

La dinámica mayoría – minoría en las sociedades de capital

Rodolfo Fernández-Cuellas



Reial Acadèmia Europea de Doctors
Real Academia Europea de Doctores
Royal European Academy of Doctors

BARCELONA - 1914



RODOLFO FERNÁNDEZ-CUELLAS

Abogado. Fundador y socio director del bufete MILINERS Abogados y Asesores Tributarios.

Doctor en Derecho “*Cum Laude*” por la Universidad de Barcelona. Profesor de derecho mercantil y codirector del Seminario de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de ESADE (URL).

Es autor de varias monografías y artículos doctrinales en las siguientes materias: derecho de sociedades, en particular sobre responsabilidad de administradores, conflictos societarios y competencia judicial objetiva; derecho digital y tecnológico, en particular contratación en internet y sus efectos; arbitraje y tecnología. Ha sido ponente en congresos internacionales y en jornadas y seminarios en diversas universidades e instituciones, tales como ESADE, la Universidad de Barcelona, el Il·tre. Colegio de la Abogacía de Barcelona, la International Technology Law Association y la International Practice Group.

Como abogado su actividad profesional se centra en el derecho mercantil, derecho de sociedades y conflictos societarios, derecho concursal, contratos de distribución y competencia desleal, derecho digital, innovación y *start up's*. Ha intervenido como abogado y árbitro en procesos arbitrales nacionales e internacionales. Es secretario y letrado asesor de varios consejos de administración y ha participado en el lanzamiento de multitud de empresas de alta innovación y de multinacionales con presencia o desarrollo en España.

Es Vice-Presidente de la Asociación para el Fomento del Arbitraje. Miembro del Grupo de Economía Digital del Círculo de Economía. Ex miembro del Comité Legislativo del Mobile World Capital. Chair del Ethics Committee de la International Practice Group. Ex-Chair del Arbitration & Mediation Committee de la International Technology Law Association. Ex-Presidente de la Sección de Derecho Mercantil del Il·tre. Colegio de la Abogacía de Barcelona. Co-fundador del *think tank* de impulso tecnológico y científico Cercle per al Coneixement.

La dinámica mayoría – minoría en las sociedades de capital

Excmo. Sr. Dr. Rodolfo Fernández-Cuellas

La dinámica mayoría – minoría en las sociedades de capital

Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, como
Académico Correspondiente, en el acto de su recepción
el 15 de marzo de 2018

Excmo. Sr. Dr. Rodolfo Fernández-Cuellas
Doctor en Derecho

Y contestación del Académico de Número

Excm. Sr. Dr. Emili Gironella Masgrau
Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales

COLECCIÓN REAL ACADEMIA EUROPEA DE DOCTORES



Reial Acadèmia Europea de Doctors
Real Academia Europea de Doctores
Royal European Academy of Doctors

BARCELONA - 1914

www.raed.academy

© Rodolfo Fernández-Cuellas

© Real Academia Europea de Doctores.

La Real Academia Europea de Doctores, respetando como criterio de autor las opiniones expuestas en sus publicaciones, no se hace ni responsable ni solidaria.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del “Copyright”, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamos públicos.

Producción Gráfica: Ediciones Gráficas Rey, S.L.

Impreso en papel offset blanco Superior por la Real Academia Europea de Doctores.

ISBN: 978-84-09-00419-5

Depósito Legal: B 6898-2018

Impreso en España –Printed in Spain- Barcelona

Fecha de publicación: marzo 2018

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	9
DISCURSO DE INGRESO	15
I.- INTRODUCCIÓN.....	15
II.- LA CAUSA DE LA SOCIEDAD: EL ÁNIMO DE LUCRO	17
La causa en el contrato de sociedad.	17
El ánimo de lucro en la jurisprudencia sobre sociedades.	47
III.- LAS TENSIONES ENTRE MAYORÍA Y MINORÍA:	
LA DOCTRINA DE LA OPRESIÓN.	53
Planteamiento del problema.	53
Algunas soluciones y propuestas doctrinales. Crítica.	60
Conductas abusivas y situaciones de opresión.	65
La doctrina de la <i>oppression</i> y del <i>unfair prejudice</i> en derecho anglosajón.	
Su recepción en derecho español.....	68
IV.- SISTEMAS DE OCULTACIÓN DE BENEFICIOS:	
GRUPOS DE CASOS DE OCULTACION FRAUDULENTA.....	79
V.- EL DERECHO A PARTICIPAR EN LAS GANANCIAS	
SOCIALES VS EL DERECHO AL DIVIDENDO MÍNIMO.	
LAS SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES.	87
La naturaleza del derecho al reparto de las ganancias	
como derecho subjetivo de carácter mediato.	87
Derecho al dividendo acordado.	96
Análisis de casos en la jurisprudencia respecto al derecho	
al reparto de las ganancias sociales.	100
VI.- EL DERECHO DE SEPARACIÓN COMO POSIBLE	
SOLUCIÓN A SITUACIONES DE OPRESIÓN.	115
Evolución y naturaleza.....	115
Fundamento.	117
Derecho de separación <i>ad nutum</i>	119
La separación por justos motivos como causa estatutaria.	123

Régimen vigente en la Ley de Sociedades de Capital en el derecho de separación de socios.	124
Las causas legales de separación.	125
Causas estatutarias de separación.....	127
VII.- EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL ART. 348 BIS.	
CRÍTICA.	129
VIII.- PROPUESTAS DE REGULACIÓN DE <i>LEGE FERENDA</i>	
PARA EVITAR LA OPRESIÓN.	177
Propuestas de orden legislativo.	177
Propuestas doctrinales.	183
Nuestra propuesta de mejora legislativa.....	192
IX. - CONCLUSIONES.	201
BIBLIOGRAFÍA	211
DISCURSO DE CONTESTACIÓN	221
Publicaciones de la Real Academia Europea de Doctores	239



PRESENTACIÓN

Excel·lentíssima Degana de l' Il·lustre. Col·legi de la Advocacia de Barcelona

Excel·lentíssim Sr. President de la Reial Acadèmia Europea de Doctors;

Excel·lentíssims Srs. Acadèmics;

Il·lustríssims Magistrats de l'Audiència Provincial de Barcelona;

Il·lustríssim Sr. Secretari General de l'Excel·lentíssim Ajuntament de Barcelona.

Il·lustríssim Sr. Cònsol del Regne dels Països Baixos.

Il·lustríssimes Autoritats;

Estimada família; Benvolguts amics; Distingit públic.

Es un gran honor y un placer estar aquí hoy y dirigirme a ustedes con este discurso de ingreso en la solemne ceremonia de recepción de la Reial Acadèmia Europea de Doctors.

Más importante que el contenido del discurso de ingreso en el que seguidamente entraré es expresarles a todos mi agradecimiento.

En primer lugar agradecimiento al Presidente Excmo. Dr. Dr. D. Alfredo Rocafort Nicolau, por su apoyo total y sabio consejo desde el principio.

Agradecimiento hacia el Excmo. Sr. Dr. D. Emili Gironella por promover mi candidatura de ingreso en esta Excelentísima Corporación, y que durante todos estos meses que han precedido al día de hoy me ha guiado y tutelado sabiamente en el

conocimiento de la Academia y de sus miembros y tan bien me ha aconsejado en la preparación del discurso de ingreso.

Agradecimiento a mis padrinos en esta ceremonia, al Excmo. Sr. Dr. Alfonso Hernández-Moreno, que fue además mi maestro en la Universidad de Barcelona y director de mi tesis doctoral. Igualmente al Excmo. Sr. Dr. José M^a Bové, por orientarme sabiamente.

Quiero mostrar mi agradecimiento hacia todos los Excelentísimos Sres. Académicos de la Reial Acadèmia Europea de Doctors, por haberme recibido con cálida hospitalidad y amistad, a los que espero corresponder con dedicación y amor para conseguir los objetivos de la Academia que asumo como propios desde este momento.

En el día de hoy culmina un largo camino que se remonta a muchos años atrás y es mi deber afirmar que el acto de hoy ha sido posible gracias a un sinfín de aportaciones. Recordando a Ortega y Gasset, siendo que *yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo*. Es obligado reconocer que la circunstancia ha existido gracias a quienes me han acompañado en el camino.

Así quiero expresar mi agradecimiento a tantas personas que me han acompañado y apoyado durante estos años, pues de todas ellas he aprendido en las más diversas facetas y han imbuido en mí la pasión y profundo amor por el derecho, en general por el derecho privado y especialmente por el derecho mercantil.

En primer lugar en la Universidad de Barcelona, donde estudié la licenciatura en derecho y donde recibí la positiva influencia de mis profesores, especialmente quisiera destacar aquellos que

inocularon en mí la vocación por el derecho privado ya en la licenciatura, como el profesor D. Alfonso Hernández-Moreno, el profesor D. Xabier Añoveros, Excmo. Vicepresidente de esta Real Academia Europea de Doctores, y también al profesor D. Pedro Miroso.

Allí tuve la oportunidad de conocer y tener como maestro al profesor Alfonso Hernández-Moreno, que reforzó en mí la pasión por el derecho privado patrimonial y que posteriormente dirigió mi tesis doctoral, hoy aquí mi padrino en este acto. Y también, después en los años de doctorado entre otros ilustres profesores compañeros de la cátedra del profesor Hernández-Moreno, en aquel entonces muy especialmente, el profesor José Domingo Valls, cuya guía y consejo fueron esenciales para la culminación de mi tesis doctoral.

Y fue en ese cenáculo donde tuve la suerte de conocer y trabar amistad con el profesor José Manuel Albuquerque, eminente abogado de Barcelona, cuya generosidad plena no podré nunca agradecer suficiente.

Años más tarde ya como profesor de derecho mercantil en la Facultad de Derecho de ESADE, gracias a la guía y consejo de los profesores Pedro Miroso – entonces Decano de la Facultad de Derecho- , y Miguel Trias Sagnier, que me abrieron un nuevo mundo de conocimiento científico hasta entonces apenas explorado por mí en el ámbito académico aunque sí en el ámbito profesional: el derecho mercantil. Y de ellos continuo aprendiendo todos los días afortunadamente.

Como también quiero citar al profesor Daniel Vázquez, de la Universidad de Barcelona, con quien comparto investigación en el Grup de Recerca de dret mercantil, que integra investigadores de varias universidades y centros académicos.

Y en la misma medida, en otros campos del saber, he podido disfrutar del conocimiento multidisciplinar gracias a personas tan destacadas en el ámbito de la tecnología y de la innovación como los ilustres ingenieros D. Antoni Garrell y D. Joaquim Català, co-fundadores del Cercle per al Coneixement, institución que fue pionera a principios de este siglo en la introducción de la innovación, la ciencia y la tecnología en el mundo empresarial e institucional catalán, cuando muy pocos tuvieron esa visión temprana, y que colaboró en el impulso desde la sociedad civil a la Barcelona de hoy como *cluster* tecnológico y de innovación.

A todos ellos debo agradecer hoy su apoyo y transmisión de conocimientos, pues sin ellos hoy no estaría hablándoles desde este estrado.

También quiero expresar mi más profundo agradecimiento a quienes me han acompañado en mi vida profesional como abogado. Muy especialmente a los compañeros del bufete MILLINERS, proyecto profesional que iniciamos hace muchos años, y con quienes compartimos la profesión. En especial Ramon Garcia-Bragado, Elisabet Rosa, Joaquín Bordas, Luis Ferrajoli, Carla Martí, y Clara Escudero; y sin olvidar también a los en su día compañeros Jordi Capelleras y Víctor Villagra que, junto a otros colegas, han contribuido a construir un gran proyecto profesional.

Y juntos seguimos disfrutando de grandes satisfacciones de esta profesión que tiene como esencia algo tan bello como es la abogacía, es decir, ayudar y defender los derechos de aquellas personas y entidades que lo necesitan. El término abogado procede del latín, *Advocatus*, y más concretamente de *ad auxilium vocatus*, es decir el que es llamado para auxiliar.

Y finalmente debo decirles que hoy estoy aquí sobre todo y por encima de todo gracias a mi familia. A mi mujer, Diana, una persona excepcional, de una generosidad e inteligencia extraordinarias, que ha sabido apoyarme y estar siempre en los buenos y en los malos momentos, educando también a nuestros hijos, a la vez que ejercía una brillante carrera de dirección empresarial. Que ha logrado enseñarme y compartir conmigo su vida y con ello los mejores principios y valores consagrados en el amor a la familia.

Y a mis hijos, Sandra y Rudi, que siempre habéis respetado y apoyado mi dedicación a la ciencia jurídica y mi vocación profesional. Y os felicito pues habéis valorado la opción de acceder al conocimiento y habéis tomado la decisión correcta. Hoy os digo que acceder a la Universidad es entrar en la luz y el conocimiento ilustrado. Amad la Universidad como madre que será de vuestra alma, sed conscientes del privilegio que se os brinda, y apreciarla como la gran oportunidad para cultivar vuestro espíritu.

Y finalmente, estoy aquí sobre todo y por encima de todo, gracias a mis padres, que me enseñaron los principios que me han inspirado durante mi vida y que me han permitido con su esfuerzo acceder a la Universidad y al conocimiento. A mi padre Álvaro, que ya no está con nosotros, que me enseñó la importancia del cumplimiento del deber, la lealtad y la honestidad. Y a mi madre Juana, una mujer excepcional, pues de ella aprendí y continuo aprendiendo lo que significa el amor al trabajo bien hecho y la determinación. Y como olvidar a los ascendientes, como mi abuela Fernanda, ejemplo de coraje y emprendimiento empresarial. Y mi abuelo Álvaro, testimonio de vocación por el conocimiento y el saber humanístico.

Y por supuesto a mis familiares y amigos todos, muchos aquí presentes, especialmente a aquellos que habéis venido desde vuestros países de origen, desde muy lejos, recorriendo miles de kilómetros, para estar hoy aquí con nosotros.

A todos vosotros, solamente puedo deciros gracias.



❧ I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades son el instrumento principal del desarrollo empresarial en los tiempos actuales y tanto el legislador como los juristas tenemos la obligación de impedir que sean instrumentos de sometimiento, opresión o abuso de derecho.

Es por todo ello que la dinámica mayoría – minoría en las sociedades de capital ha sido y sigue siendo un gran reto para los juristas estudiosos del derecho mercantil y también para los abogados en su ejercicio profesional. Para este discurso de ingreso hemos estudiado extensamente a los autores que han abordado esta problemática, tanto en nuestro derecho como en otros que nos pueden servir de muestra.

En este trabajo nos interesa investigar sobre las soluciones, analizando a la doctrina española y también a la internacional, y así partiendo del análisis de la problemática, encontrar los cauces que permitan superar las contradicciones que nuestro derecho por ahora no ha sido capaz de solventar y que aparecen como un serio problema para el desarrollo empresarial. Pensamos que es favorable al interés público y al orden económico que el socio minoritario pueda sentirse confortable en una sociedad de capital, sea anónima o limitada, de pequeño tamaño o cotizada, de modo que la incorporación del capital minoritario constituya una de las fuentes de financiación principal de las empresas.

Hasta ahora las soluciones reguladas por el legislador no dan una solución eficaz, básicamente porque no se ha dotado a los Tribunales de los recursos adecuados para ello. No podemos confundir que sea posible impugnar acuerdos sociales antijurí-

dicos con la eficacia real de dicha impugnación procesal desde la perspectiva del minoritario que sufre una situación real de abuso. Como veremos en este trabajo a menudo la vía procesal, ya sea la ordinaria o la arbitral, no son suficientes si el legislador no ofrece los instrumentos adecuados.

La renovación de una doctrina jurídica tras otra anterior a la que supera o completa, comporta en esencia recuperar lo ya dicho dotándolo de nuevos bríos, de mayor profundidad, apuntando a nuevos aspectos. Todo lo que se investigue debe apoyarse de un modo u otro, ya sea para confirmar o remendar, sobre el estudio de los juristas que nos han precedido. Dijo el Eclesiastés que no hay nada nuevo bajo el sol y que todo lo que habrá de ser ya fue y cuanto ya fue será.

Sin embargo, más bien soy partidario de la tesis heraclitiana, que no en cambio de la pura permanencia e inmutabilidad de la esencia parmenidiana, pues el análisis permanente lleva fácilmente a la parálisis, y es por ello que la mutación del derecho y los avances que deben producirse, debiendo ser meditados y ponderados con sumo cuidado, son también necesarios, inevitables. Quizá el ritmo jurídico no sea ni deba ser trepidante, pero nuestro derecho de sociedades debe ir evolucionando para lograr las cotas de modernidad y competitividad que las empresas requieren.

Debemos ser capaces de adaptar nuestra legislación a los tiempos actuales y a las avanzadas tendencias legislativas en derecho comparado. Así asumimos la brillante perspectiva del gran jurista italiano Tullio Ascarelli cuando dice que *en la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario, por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales.*





II. LA CAUSA DE LA SOCIEDAD: EL ÁNIMO DE LUCRO

La causa en el contrato de sociedad

Decía GAYO que entre las fuentes de las que proceden las obligaciones se mencionan varias figuras de causas “*ex variis causarum figuris*”. La causa es el hecho productor, el hecho constitutivo, en cambio la fuente es aquel o aquellos supuestos de hecho a los cuales el ordenamiento liga el nacimiento de una relación obligatoria.

No vamos a analizar aquí la teoría de la causa en el derecho romano ni tampoco en el derecho intermedio o en la codificación, solamente revisaremos brevísimamente su moderna formulación en nuestro derecho en la medida en que nos interesa para sustentar la importancia y necesidad del ánimo de lucro como elemento causal en el contrato de sociedad.

Señala DÍEZ-PICAZO¹ que suele hablarse de causa en varios sentidos diversos. En un sentido hablamos de causa como aquel hecho o fenómeno al que el ordenamiento jurídico liga automáticamente otro hecho o fenómeno distinto o liga un poder de una persona de implantar este nuevo fenómeno (por ejemplo, se habla de causas de nulidad, causas de extinción del usufructo etc.). O bien también se habla de causa del negocio jurídico como fundamento, esto es la razón que justifica el que un determinado negocio jurídico reciba la tutela del ordenamiento jurídico, que el derecho considera merecedor de tutela.

¹ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial IV*, Civitas, 2010, pág. 270.

Así llega a la conclusión el insigne profesor de que debe distinguirse entre causa de la atribución, causa de la obligación y causa del negocio.

Nos centramos aquí en la causa del contrato o del negocio y en concreto nos interesa porqué se realiza un negocio, y concretamente en el caso que nos ocupa, porqué se realiza el contrato de sociedad, cuál es la causa eficiente y determinante de que se realice. Y ello nos lleva a analizar la situación subyacente y previa que explica el porqué ese negocio jurídico se llega a celebrar. Del mismo modo esta situación subyacente y que justifica el negocio explicaría la corrección del mismo y su conformidad con el ordenamiento jurídico. *A sensu contrario* si no existe tal conformidad o simplemente no existe la situación subyacente en conformidad al derecho hablaríamos de causa ilícita o inexistente y el derecho denegaría su protección.

Esta idea enlaza con el concepto que el profesor Federico DE CASTRO denomina causa concreta. Dice DE CASTRO que la causa es *“la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales....aquello que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera el amparo jurídico”*².

Recuerda DE CASTRO que el intérprete, el juez o el abogado, deben contemplar el objeto y el contenido del negocio jurídico para determinar su posible ineficacia, pero ello bien separado del concepto de causa del mismo. La causa es algo distinto y que está fuera del contenido del negocio, y estando relacionada e interconectada con el objeto y contenido, hay que separarla nítidamente pues atiende a todo lo que constituye el negocio y a lo que resulte constituido por el negocio, en cuanto pueda determinar el carácter social y jurídico de lo declarado y hecho.

2 DE CASTRO Y BRAVO, F. *El Negocio Jurídico*, Civitas, 1997.

La conclusión a la que llegamos de este brevísimo análisis de la teoría de la causa en derecho español es la necesidad de causa lícita para que exista negocio jurídico válido y eficaz. Inicialmente permitió distinguir el carácter vinculante de los contratos a pesar de la ausencia de forma solemne, también permitió distinguir los negocios jurídicos válidos de aquellos otorgados *iocandi causa* o sin sentido o con sentido contrario al ordenamiento jurídico.

Actualmente la causa es exigida como requisito *sine qua non* para la existencia de negocio jurídico, en particular para la existencia de negocio jurídico patrimonial. Sentada esta premisa, hoy se sigue considerando que la perfección externa o aparente de un negocio jurídico o de un contrato no podrá impedir, siendo pertinente la correspondiente investigación interna por el Juez, la declaración de ineficacia sancionando la falta de causa como simulación o la causa ilícita como negocio en fraude de ley³. Como veremos a lo largo de este trabajo, puede haber en ciertos contratos de sociedad causa distinta a la principal.

Así ocurre en algunos casos que el contrato de sociedad y la personalidad jurídica societaria se utiliza con fines diversos al ánimo de lucro, de modo que la causa lícita –cuando es ilícita damos por descontado la nulidad- puede ser múltiple e incluso diversa de la principalmente contemplada por el derecho. Así ocurre en los más diversos contratos y negocios jurídicos, pero no por eso deja de existir en ellos elemento causal necesario, aunque aparezca en mayor o menor medida en su celebración. Veámoslo.

3 El Tribunal Supremo en sentencia de 5 de mayo de 1958 declaró la disolución de una sociedad anónima por considerar que la causa era ilícita.

El Código Civil definió con acierto el contrato de sociedad:

*La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria **con ánimo de partir entre sí las ganancias** (art 1665 CC).*

Definición legal del Código Civil que establece los requisitos constitutivos para que nazca el contrato – aportación de dinero, bienes o industria- e igualmente la causa del contrato: el ánimo de partir entre sí las ganancias.

Por su parte el Código de Comercio en el art. 116 también señala que:

*“El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, **para obtener lucro**, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.”*

Por su parte la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en sendos derogados arts. 3 de las mismas, como también en el vigente art. 2 de la Ley de Sociedades de Capital ha permitido afirmar que el objeto social es indiferente en estos tipos sociales respecto de la causa lucrativa, y así se ha defendido por un sector doctrinal que la estructura de la sociedad creada en conformidad a tales tipos sociales puede servir para varios fines, siempre que sean lícitos, posibles y esté determinado en los estatutos sociales, sin que sea necesario que el objeto de la sociedad constituya actividad económica⁴. Establecía el art. 3 de la Ley de Sociedades Anónimas, y del mis-

⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ y RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Carácter mercantil en AAVV”, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XIV, Vol. 1 A, 1999. Pág. 80 y ss.

mo modo el art. 3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada:

LSA Art. 3.º Carácter mercantil.

La Sociedad Anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil, y en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable, quedará sometida a los preceptos de esta Ley.

LSRL Artículo 3. Carácter mercantil.

La sociedad de responsabilidad limitada, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil.

Y actualmente el art. 2 de la LSC establece:

Art. 2. Carácter mercantil.

Las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil.

Anticipando algunas de las cuestiones que más adelante expon-dremos, como se puede fácilmente observar de la literalidad de estos preceptos, la mercantilidad de las sociedades de capital no depende del objeto sino que se acude a la mercantilidad por la tipología social como remedio para terminar con la polémica de la distinción entre sociedad civil y sociedad mercantil, así como la larga discusión doctrinal de la disciplina y legislación aplicable a las sociedades civiles con forma mercantil en torno al art. 1.670 del Código Civil. El carácter mercantil de la sociedad de capital es cuestión ya superada y pacífica y no es eso lo que aquí nos ocupa.

Una cuestión es que la sociedad de capital será mercantil, cualquiera que sea su objeto, y otra cosa bien distinta es si tal sociedad, cualquiera que sea su objeto, puede existir sin ánimo de

lucro. Como ya hemos apuntado no debe confundirse objeto con causa y ambos son requisitos esenciales de todo contrato sin los cuales no tendrá eficacia.

Podemos distinguir tres tesis doctrinales respecto al ánimo de lucro como elemento causal del contrato de sociedad: la teoría unitaria, que considera el lucro como causa misma del contrato de sociedad; la teoría múltiple o ecléctica que entiende el lucro como parte de la causa pero no es la única ni excluyente cambiando otras causas además, y la tesis que considera que el lucro se identifica con el fin social “*descausalizando*” el contrato de sociedad.

En el derecho italiano la sociedad surge de un contrato, del que es fuente, y el Código Civil la configura como aquel contrato en el que dos o más personas convienen en constituir por sus aportaciones un fondo social en el deseo de compartir las ganancias que puedan resultar por el desarrollo y ejecución de uno o varios actos de comercio (art. 1.697).

En ningún caso se contempla que los bienes aportados constituyan un patrimonio común de los socios sino que las aportaciones realizadas serán una dotación de la sociedad, de la nueva persona jurídica. Así Cesare VIVANTE en la doctrina mercantilista italiana, destaca la inexistencia de transferencia de bienes o fondos entre los socios, y la intención de los contratantes de constituir un fondo social desde el nacimiento de la sociedad y durante toda su vida jurídica⁵.

Sin embargo esta aportación no tiene por causa la constitución de un fondo común, pues no hay en ningún caso fondo o patrimonio común, no hay comunidad entre los socios. Lo que

5 Cesare VIVANTE, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo II, 1911, pág. 37 y ss.

realmente se constituye es una persona o entidad jurídica nueva y diferente, con una dotación patrimonial que la caracteriza, y que a diferencia de una comunidad de bienes o copropiedad tiene un fin último y superior, que es lo que realmente la caracteriza y constituye su causa, cual es el ánimo de lucro y de reparto entre los socios de las posibles ganancias.

En este sentido VIVANTE confirma esta posición nuclear de la causa en el contrato de sociedad, considerando que toda sociedad debe tener por fin esencial la distribución de beneficios entre los socios⁶, a diferencia de otros contratos bilaterales y onerosos, la sociedad se caracteriza especialmente por el ánimo de lucro que constituye su esencia y causa genuina. Lo que en otros contratos onerosos son intereses contrapuestos en la sociedad es interés común de los contratantes, socios de la nueva entidad jurídica.

Cándido PAZ-ARES⁷ considera que el ordenamiento jurídico tiene un concepto de sociedad muy simplificado, de modo que caben dentro de él todos los fenómenos asociativos, desde la asociación hasta las cuentas en participación con independencia de su identidad estructural o causal. Como veremos más adelante en este capítulo este autor es actualmente uno de los grandes desarrolladores de las tesis del fin social y, en consecuencia, la no necesidad de ánimo de lucro, desdibujando la causa.

Luis DíEZ-PICAZO⁸ apunta al contrato de sociedad como vehículo de creación de una estructura y también como generador de relaciones obligatorias. En efecto tiene por objeto la creación de una superestructura que es parcialmente un ordenamiento jurí-

6 VIVANTE, Op. Cit, pág. 53.

7 Cándido PAZ-ARES, *Comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia*, II, pág. 1301.

8 Luis DíEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial IV*, Civitas, 2010, pág. 606 y siguientes.

dico, un establecimiento de órganos y una distribución de competencias y, por otra parte, es un instrumento de creación de especiales relaciones obligatorias. En esta línea considera DÍEZ-PICAZO como elemento característico y definidor del contrato de sociedad diseñado por el art. 1.665 CC el lucro común partible, que es buscado por los socios, con independencia de que sea o no el fin fundamental. Así por ejemplo señala que la ganancia puede tener contornos diversos y, por ejemplo, considerarse como un ahorro de costes o de gastos. La ganancia además debe ser común a todos los socios y se podrá distribuir entre los socios en la forma que en el contrato se hubiera pactado.

Respecto a la distribución de ganancias y pérdidas, en el concepto de sociedad el Código Civil en el art. 1.665 habla de *“ánimo de partir entre sí las ganancias”*. Por tanto la expresión presupone el objetivo y deseo de obtener ganancias y que esta ganancia se distribuye entre ellos.

La ganancia significa un incremento positivo de los haberes sociales obtenidos como consecuencia de la actividad económica o patrimonial llevada a cabo por los socios, una vez deducidos los gastos. Y la distribución de las ganancias comporta necesariamente una transferencia patrimonial de fondos o bienes de la sociedad, pudiendo ser dinerario pero también bienes sociales concretos y determinados. En cambio la pérdida es un incremento negativo, una disminución del haber social, que puede proceder de causas diversas, básicamente de la obtención de escasos ingresos o ninguno, o bien por los excesivos gastos.

De modo que el ánimo de lucro está también relacionado con el riesgo empresarial, ya que las pérdidas serán sufridas por los socios, que pueden perder las aportaciones realizadas e incluso responder personalmente de todas las deudas sociales en determinados tipos societarios.

Las pérdidas y las ganancias se deberán distribuir conforme a lo pactado. Así los socios son libres conforme a la autonomía de la voluntad de establecer la distribución correspondiente en ganancias y pérdidas. Existen algunas limitaciones. Es el caso del art. 1.691 que dice que es *“nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas”*.

Es la prohibición de los pactos leoninos, que deben su nombre a la fábula de Fedro en que asociado el león con varios animales para hacer una presa, al verificar el reparto de la misma se fue adjudicando por diferentes conceptos sus diversas partes, hasta quedarse el león con todo por ser el más fuerte.

Así la prohibición de los contratos o pactos leoninos es precisamente prohibir que en la sociedad no puede atribuirse a uno la totalidad de las ganancias o la totalidad de las pérdidas. El efecto será la nulidad.

El problema tendrá lugar cuando la atribución de ganancias o pérdidas no es total sino parcial. Es decir, en principio no sería un pacto leonino aquel que atribuye la mayor parte de las ganancias o pérdidas a uno u otro, siempre que no haya completa exclusión. Por excepción el párrafo 2 del art. 1.691CC permite que el socio industrial sea eximido de toda responsabilidad en las pérdidas, mediante pacto debemos entender, pues en tal pacto se valorará que el socio industrial ha desplegado una actividad, un trabajo o industria, y participa en las pérdidas sufriendolas precisamente por no tener su actividad remunerada. Esta idea es la que subyace en la sociedad civil como contrato que permite la aportación de industria o trabajo por los socios, además de bienes y dinero.

En segundo lugar la regla de la proporcionalidad en la distribución. Establece el CC en el art. 1.689 que se estará en primer

lugar a lo pactado para el reparto de ganancias y pérdidas. Si solamente se hubiese pactado la participación en las ganancias, la participación en las pérdidas se hará del mismo modo y en la misma proporción. A falta de pacto la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas debe ser proporcional a lo que haya aportado a la sociedad. Sin embargo el socio que lo fuere solo de industria tendrá una parte igual a la del que menos haya aportado. Si además de industria también aportó capital recibirá la parte proporcional que por dicho capital le corresponda.

Se trata de un contrato plurilateral o al menos bilateral, que crea un fondo común organizado como empresa y que, al menos por el tenor literal del 1.665 CC –con ánimo de partir entre sí las ganancias-, tiene por causa obtener una ganancia o lucro repartible entre los socios.

La cuestión, siendo apasionante para cualquier jurista estudioso del derecho mercantil y, en general, del derecho privado, además cobra especial relieve en el tema que es objeto del presente trabajo. En efecto, como singularmente acontece con el derecho a repartir las ganancias sociales que regula el art. 93 de la actual LSC y la necesaria derivada final del mismo, que es si los socios tienen o no derecho a obtener una parte del beneficio. Si bien, como expondremos, la concreción del derecho abstracto que reconoce la doctrina al reparto de ganancias sociales, puede traducirse en percepción de utilidades o satisfacción económica para los socios por caminos distintos al reparto del posible beneficio existente.

El ánimo de lucro, en efecto, pensamos que es un concepto que va mucho más allá de la percepción de una parte del dividendo en uno o varios ejercicios concretos. La realización del ánimo de lucro puede hacerse efectiva, por ejemplo, a través de la posible enajenación con obtención de una plusvalía de la participación

del socio, o incluso por su intervención en la gestión o en la administración mediante la retribución correspondiente, entre otras posibilidades, y todas ellas podrían considerarse, de un modo u otro, satisfacción del elemento causal.

O dicho de otro modo, debemos preguntarnos si a la postre ¿el socio habría entrado a formar parte del contrato de sociedad, ya fuera de modo originario en su fundación o bien más tarde por vía sobrevenida, sin la esperanza al menos de obtener una satisfacción económica o lucro, ya fuera a corto, medio o largo plazo?

Y planteado desde la óptica del posible abuso de la mayoría sobre la minoría, si no existe tal ánimo de lucro en el elemento causal, ¿podrá lícitamente la mayoría de control negar toda percepción al socio, atesorando permanentemente el beneficio anual, evitando la venta de la sociedad a terceros? ¿Podrá por tanto la mayoría excluir en definitiva a la minoría de cualquier percepción? ¿Y en tal caso dicha actitud sería constitutiva de abuso?

En ese plano, que no es puramente teórico, ¿podría el socio venir en la fundación del contrato de sociedad, con una causa no lucrativa, como podría ser formar parte de un proyecto en común, dirigido a largo plazo a la creación de un patrimonio empresarial que se robusteciera con el tiempo, sin pretender obtener rendimiento o satisfacción alguna? Eliminando la necesidad del ánimo de lucro como causa del negocio exigida por el ordenamiento jurídico, este será el resultado.

Así se ha planteado por la doctrina moderna si cabe la sociedad sin ánimo de lucro. Existen otras clases de personas jurídicas como las asociaciones o fundaciones que pueden desarrollar actividades empresariales, y sin embargo no persiguen un ánimo de lucro.

La polémica sobre el ánimo de lucro como elemento causal de la sociedad nos lleva al concepto de sociedad mismo en nuestro derecho. La doctrina ha desarrollado la discusión, que ha alcanzado un gran dinamismo en los últimos años, respecto a los que, siguiendo un concepto estricto de sociedad fundan su esencia en el ánimo de lucro como elemento causal del contrato, frente a los que en una interpretación o tesis progresiva entienden que cabe dar entrada a un concepto amplio de sociedad en el que desaparece dicho elemento causal consistente en el ánimo de lucro que es reemplazado por un fin común como elemento estructural del contrato, que de este modo superaría la distinción entre sociedad y asociación, permitiendo la configuración como sociedad de cualquier ente asociativo, ya tenga finalidad lucrativa o bien tenga cualquier otra finalidad.

La cuestión de la finalidad lucrativa o el ánimo de lucro como elemento causal en el concepto de sociedad, en el contrato de sociedad, fue pacífico hasta fechas relativamente recientes. La doctrina unánimemente pensaba, y sigue pensando una buena parte de ella, que los arts. 1.665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio son contundentes y no dejan lugar a dudas de la exigencia de ánimo de lucro para que exista sociedad. La doctrina civilista y la doctrina administrativista, y también la doctrina mercantilista tradicional, afirman el carácter esencial del ánimo de lucro para poder hablar de sociedad en nuestro Derecho. Así la doctrina civilista como LACRUZ, DÍEZ-PICAZO, ALBALADEJO, CAPILLA, PUIG-BRUTAU, CASTÁN, MANRESA, entre otros, han defendido esta tesis. Sin embargo con discrepancias se pronuncia PANTALEÓN.⁹

9 PANTALEÓN PRIETO, "Asociación y sociedad, a propósito de una errata del Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, págs. 17 y siguientes.

En el mismo sentido la gran mayoría de la doctrina mercantilista¹⁰ como continuadora de las tesis de los sistemas latinos, ha defendido la necesidad de ánimo de lucro como elemento causal necesario.

En esta dirección URÍA¹¹ considera al contrato de sociedad como una asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa con ánimo de obtener un beneficio individual participando en el reparto de las ganancias que se obtengan. Así considera que no pueden entenderse como verdaderas sociedades mercantiles las asociaciones de personas que no persigan un fin económico lucrativo, y en estos casos reconoce un concepto amplio de ánimo de lucro, ya que el beneficio individual puede consistir en un incremento positivo de la riqueza, cuanto en cualquier ventaja de tipo patrimonial, de modo que el ánimo de lucro permanece como elemento causal también en esos casos aunque revestido de connotaciones distintas, aceptando por tanto un concepto amplio o flexible.

Modernamente DÍAZ ECHEGARAY ha defendido, apoyándose en la doctrina del Tribunal Supremo y en la influencia del Derecho francés, la necesidad de ánimo de lucro como elemento causal del contrato de sociedad, y así se establece como premisa indiscutible tanto en el art. 116 del CCo. como igualmente en el art. 1.665 CC, y con mayor razón en la sociedad mercantil de capital por antonomasia, como es la sociedad anónima¹². De modo que la causa del contrato de sociedad es

10 GARRIGUES, Teoría general de las sociedades mercantiles, Revista de Derecho Mercantil, 1974.

URÍA, Derecho Mercantil, 1991.

BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, 1990 y ediciones siguientes.

VICENT CHULÍA, *Compendio de Derecho Mercantil*, 1991.

DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho Mercantil I*, 1997.

11 URÍA, *Derecho Mercantil* 27ed., 2000. Págs. 162 y ss.

12 DÍAZ ECHEGARAY, *El Derecho a Participar en el Reparto de las Ganancias Sociales. A la luz de la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005*. Edit. Aranzadi, 2006, pág. 34.

el ejercicio de una actividad económica que se encamina a la obtención del lucro mediante el reparto de los beneficios obtenidos por la sociedad.

Dentro de este sector denominado doctrina tradicional, se señala el equívoco que existe por algunos autores en la interpretación de los arts. 3 LSA y LSRL –actualmente art. 2 LSC- que estableció la llamada mercantilidad por la forma.

Sin embargo la mercantilidad de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada no comportaba que el art. 3 estableciera o autorizara sociedades de capital desprovistas de finalidad lucrativa. Al contrario, el legislador pretendió con dichos preceptos en ambas leyes terminar con la polémica en torno al art. 1670 CC y la coexistencia de sociedades civiles y mercantiles en las que el criterio de la forma había quedado relegado.

Así afirma defendiendo esta tesis Alberto BERCOVITZ, acertadamente en nuestra opinión, *“cabe mantener con razón que la mercantilidad por forma, cualquiera que sea el objeto de la sociedad regula la cuestión sobre el carácter civil o mercantil de la sociedad, pero no afecta en absoluto a la noción misma de sociedad y los requisitos exigidos legalmente para que una sociedad pueda considerarse como tal, y que por tanto el Código Civil como el Código de Comercio establecen la finalidad de lucro como elemento definidor del contrato de la sociedad en general...”*

La perspectiva desde el ámbito del derecho constitucional ha llevado a que los autores más progresistas, como Cándido PAZARES, que veremos seguidamente, defiendan en torno al art. 22 CE que instaura el libre derecho de asociación, que la elección de ciertos tipos asociativos no significa que sea inherente a los mismos el ánimo de lucro.

Frente a esta posición, también desde esta perspectiva constitucionalista, algunos autores han replicado con la doctrina del Tribunal Constitucional, en sentencia 23/1987, que considera que si bien es cierto que el art. 22 CE tiene proyección sobre la sociedad mercantil, en cuanto a la libertad de asociarse debe prevalecer la protección del art. 33 CE en cuanto al derecho de propiedad y especialmente el art. 38 CE que proclama el reconocimiento de la libertad de empresa.

Así en el Fundamento Sexto indica *“Sin embargo, y aun si admitiese esa apertura del derecho fundamental de asociación, éste solo podría invocarse en aquellos casos en que realmente apareciese vulnerado el contenido de dicho derecho. Pero en las sociedades mercantiles y, en particular, en las sociedades de capitales, cuya forma más característica es la sociedad anónima, predomina frente a las relaciones derivadas de la unión de personas, las nacidas de la unión de capitales, por lo que sin excluir la posibilidad de que en determinados casos pueda producir una lesión del derecho de asociación, respecto a este tipo de sociedades, es necesario plantear en cada supuesto si el derecho de que se trata y que se entiende lesionado es efectivamente de naturaleza asociativa o bien tiene carácter preferentemente económico. En el presente recurso la posibilidad o no de que un acuerdo social reduzca sin indemnización las facultades del usufructuario plantea una cuestión que atañe sobre todo al contenido de derechos patrimoniales que se reconoce en el art. 33 de la constitución y cae por tanto fuera del derecho de asociación y del ámbito del recurso de amparo”*.

Es por tanto, en nuestra opinión, que aparece aquí de nuevo precisamente el elemento de ánimo de lucro como requisito causal necesario, lo que distingue ambas personas jurídicas, sociedad y asociación.

Sin embargo en los últimos años, y procedente de influencia del derecho alemán, se abre paso una pléyade de destacados mercantilistas que han introducido un concepto amplio de sociedad, que exige dos elementos: el origen negocial y la promoción por los socios de un fin común no necesariamente lucrativo.

El origen de esta teoría arranca ya de atrás, y es del profesor GIRÓN TENA, que defendió en varios de sus trabajos, empezando por sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español¹³. Tesis seguida por un amplio sector de la doctrina mercantilista, como FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, SÁNCHEZ CALERO, BELTRÁN, entre otros.

Sin embargo especial mención hay que hacer del trabajo de PAZ-ARES, Ánimo de lucro y concepto de sociedad en “Estudios homenaje a José Girón Tena”, 1991. En dicho trabajo PAZ-ARES siguiendo la pauta marcada por GIRÓN TENA, consideró que debía prescindirse radicalmente del requisito del fin lucrativo *descausalizando* el concepto de sociedad para vertebrar dicho concepto sobre bases estructurales, como un fenómeno organizativo neutral e independiente de la índole o naturaleza del fin.

Decía GIRÓN que las razones que provocaron la reserva del sistema societario a fines lucrativos proceden de la estela de la codificación napoleónica, y fueron razones de policía, un sistema de control administrativo de las asociaciones del que se excluyó a las sociedades. Así era sencillo, según la tesis de GIRÓN, controlar la actividad de las asociaciones por el elemento del lucro al quedar éste atribuido exclusivamente a las sociedades. Esta apreciación se mostró ya en la época de la co-

13 GIRÓN TENA, “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1947. Igualmente más tarde desarrollado en “Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho”, *Revista de Derecho Privado*, 1954.

dificación con la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, acentuándose en la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964. Y luego con el art. 22 la Constitución Española de 1978.

En el texto constitucional PAZ-ARES ha visto un cambio de orientación, y considera que se produce la liberación de todo el espacio asociativo, desfuncionalizando o despolitizando el ánimo de lucro, abriendo el cauce a la posibilidad de una noción amplia de sociedad que se encontraría en estado latente en algunas normas heterogéneas y escasamente cohesionadas de nuestro ordenamiento, como es la propia regulación de la sociedad civil y la regulación de las asociaciones contenidas en el Código Civil y en la legislación especial¹⁴. Actualmente esta caracterización ha llegado hasta la Ley Orgánica del Derecho de Asociación vigente, Ley Orgánica 1/2002 que en su artículo 1.4 establece:

“Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico.”

En esta línea de desarrollo el último episodio legislativo lo tenemos en el Codi Civil de Catalunya, que en su art. 321-1 define la asociación:

“Les associacions són entitats sense ànim de lucre, constituïdes voluntàriament per tres o més persones per a complir una finalitat d'interès general o particular, per mitjà de la posada en comú de recursos personals o patrimonials amb caràcter temporal o indefinit.”

¹⁴ Cándido PAZ-ARES, Op. Cit. Pág. 734 y ss.

Así estos autores, en particular PAZ-ARES emblemáticamente, consideraron que el elemento caracterizador de la sociedad no es el ánimo de lucro sino la comunidad de fin o intereses¹⁵. El fin común último es normalmente, aunque no necesariamente, el ánimo de lucro. El fin próximo es el objeto social, esto es, la actividad que se ha programado desarrollar para la consecución del fin común, y considera ambos elementos como inseparables, pues ninguno de ellos es capaz por sí mismo de llenar la causa del contrato de sociedad.¹⁶

Así llega a la conclusión, sin duda de gran interés, que la sociedad anónima encuentra en el art. 36 del Código Civil abrigo a la “neutralidad causal”, al decir:

“Las asociaciones a que se refiere el número 2º del artículo anterior se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedades, según la naturaleza de éste.”

Así la sociedad anónima y, en general, la sociedad de capital, para PAZ-ARES puede albergar como contrato y como entidad jurídica cualquier ánimo sea o no lucrativo, en tanto que puede incluir cualquier objeto, al decir el art. 3 de la Ley de Sociedades Anónimas “cualquiera que sea el objeto”. En realidad se trata de desplazar el centro de gravedad del sistema societario desde sus bases causales a sus bases estructurales, configurando la sociedad como “*un fenómeno organizativo neutral o independiente de la índole o naturaleza del fin.*”

15 Cándido PAZ ARES, Comentario al art. 1665 en Comentarios al Código Civil, Tomo II, pág. 1307. Igualmente señala PAZ-ARES en “Animo de lucro y concepto de sociedad”, AAVV, *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, 1991, p. 741: <<que la fungibilidad causal en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada “puesto que como señalaban los arts. 3 LSA y 3.II LSRL, estos tipos sociales pueden emplearse para el desarrollo de “cualquier objeto”- determinan la posibilidad de que estas sociedades puedan aplicarse a la consecución de un fin no lucrativo>>.

16 Cándido PAZ ARES, “Las sociedades mercantiles”, en la obra *Lecciones de Derecho Mercantil*, director Aurelio Menéndez, Thomson Civitas, 2005.

Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA¹⁷, revisa la doctrina tradicional y la formulación del Código Civil y del Código de Comercio –arts. 1665 y 116 respectivamente-, admitiendo que la tesis tradicional exige la creación de un patrimonio común como elemento necesario del nacimiento de la entidad jurídica y, a la vez, la consecución de un ánimo de partir entre sí las ganancias u obtención de lucro. Siendo este último el elemento diferenciador entre sociedad y asociación, y ello tanto en la Ley de Asociaciones de 1887, como en la Ley de 1964 y también en la Ley Orgánica que regula el derecho de asociación de 22 de marzo de 2002.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA apoya las tesis de GIRÓN y de PAZ-ARES y defiende la revisión de los elementos configuradores de la sociedad y, en particular, la vieja propuesta del patrimonio común como un presupuesto mínimo y definitorio de “los fenómenos societarios”. En consecuencia, considera que nuestro Derecho admite la posibilidad técnica de sociedades de carácter meramente obligacional, donde la aportación para realizar el fin social no comporta por si sola la exigencia legal de contribuir con bienes o derechos y, menos aún, de destinarlos a la constitución de un “fondo real”. Así concluye que para que *“haya sociedad es irrelevante la titularidad de los derechos reales y de crédito que se adscriben a la consecución del fin común, se estructure o no bajo la forma de un fondo común; lo que cuenta es que todos los socios colaboren patrimonialmente en la consecución del fin.”*

Por lo que se refiere a la necesidad o no de ánimo de lucro vamos a analizar por su interés la tesis de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. Considera que el art. 35.2 CC al referirse al “interés particular” no es sinónimo de carácter lucrativo. Ello

17 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de Sociedades* Vol. I, 2010. Págs. 34 y ss.

en combinación con el art. 1666 CC, la existencia de asociaciones de interés particular sin fines lucrativos, como también el reconocimiento legal de que las sociedades de responsabilidad limitada y las anónimas son mercantiles por razón de la forma, lleva al profesor FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA a la conclusión de que existen sociedades “*con un objeto no lucrativo*”.

Por ello considera este autor que estamos ante un proceso de pérdida de significado conceptual del ánimo de lucro en favor de una dimensión puramente tipológica, de modo que la diferenciación entre sociedad y asociación no puede venir motivada por la naturaleza lucrativa del fin. Acoge las tesis de GIRON y PAZ-ARES, con apoyo en los arts. 35 y 36 del Código Civil, y llega a la conclusión de que es el fin común el verdadero rasgo diferenciador por excelencia del contrato de sociedad y elemento configurador de la *causa societatis*, fundándolo en el art. 1666 I cuando dice que “*La sociedad debe tener un objeto lícito y establecerse en interés común de los socios*”. Y citando a PAZ-ARES afirma “*que la prosecución y realización del fin social común es el verdadero nervio funcional sobre el que se asienta la especificidad de la sociedad, siendo elemento que ha de situarse en el plano causal en conexión con el objeto social, que es su manifestación más próxima*”.

Sin embargo, a continuación reconoce las dificultades que encierra el requisito de la actividad común, como exigencia causal propia o imperativa, al existir sociedades en nuestro derecho, como la sociedad universal (art. 1671 y ss. CC) o las sociedades de uso o disfrute (art. 1678 CC), en las que el fin o interés común de los socios queda diluido. Y acaba reconociendo, a la postre, que la sociedad en derecho español es un concepto tan amplio que admite también la sociedad en que cada partícipe trabaja por su cuenta en una actividad distinta y después comunica los resultados.

Especial atención merecen como elementos la existencia de un patrimonio común y una finalidad lucrativa, son rasgos caracterizadores propios del tipo sociedad civil, cuya esencialidad para el concepto de sociedad hay que rechazar de plano, concluye el autor: *“La existencia en el tráfico de sociedades puramente internas u obligaciones así como de sociedades desprovistas de un ánimo de lucro confirma lo que acabamos de decir. Tampoco los restantes elementos constituyen de suyo trazos definitorios del concepto de sociedad sino únicamente rasgos característicos del modelo típico de sociedad, diseñado por el artículo 1665 CC, que conforman el llamado “concepto estricto de sociedad”. Se trata por consiguiente de elementos que, al no ser esenciales para el nacimiento del fenómeno societario, carecen de función ordenadora.”*

En esta misma dirección recientemente RODAS PAREDES considera que la falta de fin lucrativo no determina la nulidad de la sociedad, al decir que *“Como es bien sabido, la doctrina más tradicional ha reconocido en el ánimo de lucro un elemento característico de los contratos asociativos en derecho privado. A pesar de ello, este ánimo de lucro, si bien puede formar parte de los fines sociales, en nuestra opinión no forma parte de la causa del contrato de sociedad, puesto que de ser así, la falta de fin lucrativo en las sociedades de capital debería determinar la nulidad de la sociedad.”* Y así concluye que la finalidad lucrativa es una opción entre otras de las que pueden desarrollar las sociedades mercantiles, pero no es un requisito de validez de las mismas¹⁸.

Incluso se ha defendido que sería válido el pacto estatutario de total renuncia al lucro, de modo que el lucro sería un elemento

18 Paola RODAS PAREDES, *La separación del socio en la Ley de sociedades de capital*, Marcial Pons, 2013, pág. 68. Igualmente en la línea apuntada por PAZ-ARES en “Ánimo de lucro y concepto de sociedad” op. Cit. Considera que si el ánimo de lucro es el elemento causa inamovible del contrato de sociedad la consecuencia, que no admite, sería la ajuricidad o antijuricidad de todos los contratos de sociedad que no se adscribieran a este fin.

discrecional y por tanto renunciable. Y dentro de esta categoría de pactos cabría distinguir entre los que establecen la renuncia a repartir las ganancias sociales y en segundo lugar el pacto que permite la participación en las ganancias pero no como dividendo, sino como obtención de otro tipo de ventajas patrimoniales. Respecto al primero de los pactos, defendido por GIRÓN TENA como hemos visto, podría caer en pacto leonino expresamente prohibido. En cambio, la segunda de las posibilidades debe admitirse, en el sentido de causa lucrativa *polifuncional* que buena parte de la doctrina defiende.

Realmente estas tesis son modernamente de gran interés respecto al análisis que efectuamos acerca de si la sociedad tiene o no como causa el ánimo de lucro. Observemos que la doctrina expuesta no utiliza siquiera el concepto causa sino que habla de elementos caracterizadores de la sociedad, o incluso de objeto que parece confundir con el concepto de causa, para llegar a la conclusión de que carecen de esencialidad.

Lo cierto es que el ánimo de lucro como elemento necesario para que la sociedad exista es discutible al menos, pues *de facto* existen sociedades sin ánimo de lucro que han sido creadas al amparo de la tesis de la tipología por la forma. Han sido constituidas con apariencia de validez y funcionan en el tráfico jurídico siendo aceptadas como sociedades mercantiles de capital, por ejemplo, ya que han sido constituidas con arreglo a la tipología societaria correspondiente, con independencia de su objeto y de su causa.

Siendo esto cierto, no lo es menos que diluir los elementos configuradores del contrato de sociedad y, en particular, el ánimo de lucro, nos lleva a un concepto de sociedad que sirve casi para cualquier cosa. Serviría tanto para un objeto y finalidad propios de una fundación, de una asociación o de cualquier otra perso-

na jurídica. En tal caso lo único relevante, de seguirse esta tesis, sería la posibilidad de crear una entidad jurídica separada para actuar en el tráfico, tenga o no ánimo de lucro, tenga o no un interés privado o público.

Debemos reconocer que crear una persona jurídica, de cualquier tipología pero muy especialmente una sociedad, es algo relevante para el tráfico jurídico y debe ser cuidadosamente analizado por el Derecho si cualquier entidad nos vale para cualquier fin, sin exigencia de causa que caracterice al contrato y a la persona jurídica resultante.

Ciertamente pensamos que esta tesis doctrinal progresiva de la sociedad por el fin, que ha ganado partidarios los últimos años, puede amparar las más variadas situaciones de abuso y opresión de la mayoría sobre la minoría. Si la sociedad no exige causa, o debilitamos la causa objetivándola, de modo que la causa es la actividad económica principal o el objeto social, cualquier sociedad podría a la postre amparar la exclusión del ánimo de lucro respecto de los socios o de aquellos que no forman parte del núcleo de administradores y que, de algún modo, constituyen la mayoría extractiva que controla la entidad jurídica.

Así pensamos que, si bien no podemos negar la posibilidad al amparo de la legalidad vigente de sociedades en las que el ánimo de lucro no conforma su causa jurídica y que acceden a la personalidad jurídica incluso, en realidad deben ser excepciones a la regla, siendo más que nunca hoy necesaria la causa lucrativa para configurar la existencia del contrato de sociedad.

Observamos en la tesis expuesta de un lado un marcado finalismo en la descripción de la causa del contrato de sociedad. Y de otro, la equiparación o confusión del objeto con la causa. No

parece que la causa eficiente pueda equipararse al objeto social. En efecto el objeto del contrato social es la actividad principal u objeto social configurado en los estatutos y pactos, sin embargo la causa del contrato nada tiene que ver con el objeto y no puede confundirse con él, la causa del contrato aparece nítidamente separada en el de sociedad como el ánimo de obtener lucro o ganancias que constituye el propósito original y fundamental de los socios en el momento de perfeccionarse el contrato y que debe contar con el amparo jurídico como requisito configurador elevado a esencial.

Especialmente cuando el art. 3 de la Ley de Sociedades Anónimas, hoy ya derogada por la Ley de Sociedades de Capital, decía *“cualquiera que sea el objeto”* está pensando en el objeto en sentido propio o literal, como actividad a desarrollar, y así terminar con la confusión generada con el art. 1.670 CC sobre las sociedades civiles con forma mercantil, que es un tema bien distinto¹⁹ al de la causa lucrativa del contrato de sociedad.

De otro lado, el reconocimiento de la sociedad particular, de mero uso y obtención de frutos de una o varias cosas determinadas, no obsta en ningún momento ni diluye la esencialidad del ánimo lucrativo, que no se descarta en ningún momento ni en el art. 1678 ni tampoco en el 1674, sino todo lo contrario, es precisamente el 1674 un nuevo emblema que refuerza la necesidad de ánimo de lucro como elemento causal, no así en cambio ciertamente el fin común, que se diluye en estos preceptos.

Por tanto, en conformidad en parte con las tesis de PAZ-ARES y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, en efecto el fin o actividad en común no es propiamente un elemento imprescindible, pero sí lo es y no nos parece diluido el ánimo de lucro, que reviste a toda sociedad en la regulación de nuestros códigos y también en

19 DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho Mercantil I*, 1977, pág. 554 y siguientes.

la Ley de Sociedades de Capital. La causa última en la sociedad de capital debe ser el ánimo de lucro, cuestión distinta es que pueda o no expresarse en el contrato e incluso no aflorar durante largo tiempo en la vida de la persona jurídica creada.

Desde la óptica administrativista FERNÁNDEZ FARRERES en contraposición a las tesis de PAZ-ARES, defiende que “*a los efectos del art. 22 de la Constitución no son englobables en el concepto de asociación ni las corporaciones, ni las sociedades civiles y mercantiles, desplazando así al artículo 38 de la Constitución relativo a la libertad de empresa el engarce del derecho a la libre creación de sociedades civiles o mercantiles*”²⁰.

Así el art. 1.665 del Código Civil no se ha visto diluido por el resto de disposiciones que configuran la materia. El art. 1.666 al aludir al “interés común de los socios” añade un aspecto diferencial pero sin suprimir o afectar a la causa lucrativa. O el art. 1.671 y 1.672 relativos a la sociedad universal, que anclan en la tradición romanista de la *societas*. Tesis que se confirma con el art. 116 del Código de Comercio. Y con la Ley de Sociedades Anónimas –art. 3- y también la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada –art 3.II- enmarcan el ánimo de lucro de las sociedades mercantiles. Así las dudas interpretativas del art. 35 y 36 del Código Civil deben despejarse con este marco sistémico.

El art. 35.2 CC al decir “*asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales*” se está refiriendo a las asociaciones con ánimo de lucro, remachando el art. 36 que esas “*asociaciones de interés particular... se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de este.*” Por tanto está confirmando la naturaleza lucrativa del contrato de sociedad.

20 FERNÁNDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución*, 1987

Como ha destacado la doctrina mayoritaria tradicional (DÍEZ-PICAZO, DE LA CÁMARA), que consideramos plenamente vigente, la clasificación es confusa al distinguir entre asociaciones de interés público y asociaciones de interés particular, sin embargo esta dualidad interés público-interés privado, en realidad está distinguiendo las asociaciones *strictu sensu* de las sociedades civiles y mercantiles según el criterio mismo de la finalidad lucrativa y el reparto de ganancias con arreglo a cuotas o participaciones preestablecidas²¹.

Las leyes que sucesivamente han venido regulando el derecho de asociación y la asociación como persona jurídica, la de 1887, la de 1964, y actualmente la Ley Orgánica 1/2002, como también el Codi Civil de Catalunya en su art 321.1 ponen de manifiesto la distinción en nuestro sistema de dos categorías claramente diferenciadas, las asociaciones y las sociedades. Estableciendo el art. 1.4 de la Ley del Derecho de Asociación que las disposiciones relativas a las asociaciones no afectan a las sociedades y que quedan excluidas de la presente ley.

En palabras del profesor Aurelio MENÉNDEZ, que sigue la teoría de la causa múltiple o ecléctica, la interpretación correcta de los arts. 35 y 36 del Código Civil *es que las asociaciones de interés particular no tienen por qué identificarse con la sociedad y, en consecuencia, han de reconocerse, al lado de las asociaciones de interés particular lucrativas, las asociaciones de interés particular no lucrativas*.²²

A este argumento hay que añadir el poderoso tenor literal de los arts. 1665 CC y 116 CCo que declaran terminantemente la causa lucrativa como “*animus*” de la sociedad en nuestro Dere-

21 FERNÁNDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución*, Op cit., pág. 164.

22 Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Sociedad anónima y fin de lucro”. *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, 1995.

cho, rechazando cualquier tentación a la generalización de las excepciones que puedan existir. En consecuencia nos parece, siguiendo a este sector doctrinal, que la construcción de una sociedad de capital no lucrativa no puede admitirse en nuestro Derecho, y ello tanto por la aplicación del art. 116 CCo, al ser emblemáticamente una sociedad mercantil, como también por la propia aplicación del Codi Civil de Catalunya y la Ley Orgánica del Derecho de Asociación, que excluyen claramente de su ámbito de aplicación las sociedades con ánimo de lucro y remiten su regulación al Derecho mercantil.

ORTEGA PARRA²³ señala que el debate respecto al derecho a participar en el reparto de las ganancias es el principal entre los derechos económicos atribuidos al accionista, y la problemática debe referirse al debate del ánimo de lucro, de la finalidad lucrativa, como elemento del contrato de sociedad. Y al respecto indica que debe reconocerse la existencia de sociedades donde el riesgo empresarial no existe o es escaso, como por ejemplo las sociedades de mera tenencia de bienes, que no realizan actividad empresarial alguna. Y como indica ORTEGA modernamente la doctrina se divide entre los que defienden un concepto estricto de sociedad, asentado en el ánimo de lucro como elemento causal del contrato, frente a los que sostienen un concepto amplio presidido por la única exigencia de un fin común, ya sea con finalidad lucrativa o sin ésta.

Al respecto cabe decir por nuestra parte que las sociedades de mera tenencia de bienes no siempre reúnen tampoco el requisito de fin común que destaca este sector de la doctrina, como sería el caso de la sociedad de mera tenencia de bienes constituida por un solo socio, que por motivos obvios no puede per-

23 Sonia ORTEGA PARRA, *La participación del socio en las ganancias sociales*, edit. Tirant, 2015. Págs. 26 y ss.

seguir un fin común. Por eso pensamos que las excepciones que existen en el tráfico jurídico, siendo numerosas, no son óbice al elemento causal de ánimo de lucro.

De hecho las anomalías por vía de simulaciones relativas en Derecho son frecuentes, existen en el tráfico fundaciones y asociaciones que formalmente lo son y en cambio no reúnen el requisito legal de fin fundacional o de persecución de un interés común a los asociados, o contratos de compraventa que en realidad encubren una donación.

Sin embargo frecuentemente en estos casos dichos contratos y negocios jurídicos permanecen como válidos y eficaces en el tráfico en la medida en que no son impugnados para declarar su ineficacia, y nadie discute que debe existir una causa jurídica, diversa en cada caso, que el ordenamiento exige para la existencia del contrato o negocio. Del mismo modo en el contrato de sociedad existen anomalías, situaciones de posible simulación en las que se ha utilizado el vehículo societario para una finalidad no empresarial o no lucrativa en el sentido de realizar una actividad económica o de riesgo empresarial, pudiendo en cambio admitirse un concepto de ánimo de lucro dirigido por ejemplo al ahorro de costes, optimización de gestión, ventajas fiscales, que también es ánimo de lucro aunque no comporte reparto de ganancias.

Así todas estas excepciones, como señala Aurelio Menéndez, siendo importantes no consiguen eliminar el elemento causal del ánimo de lucro.

En la línea que apuntamos por su parte ILLESCAS ORTIZ entiende que “... *Se denomina derecho al dividendo el derecho que a repartir entre sí las ganancias sociales se atribuye por la ley genéricamente a los socios. El fundamento positivo último de dicho derecho*

cuya denominación no se encuentra sólidamente establecida ni por la legislación ni por la doctrina se halla en la causa del contrato de sociedad: el art. 1665 del CC alude de modo expreso al ánimo a partir entre sí las ganancias que ilustra la affectio societatis de los socios al momento de celebrar el contrato de compañía. Este espíritu empresarial y remunerador que anima a los socios se reitera en el art. 116 del Ccom cuando se señala que la obligación de aportar que los contratantes adquieren lo es “para obtener lucro”. De modo ya más preciso, el CC se remite al pacto social para la determinación exacta de las modalidades del reparto de los beneficios entre los asociados: su art. 1689.I establece que “las pérdidas y ganancias (sociales) se repartirán en conformidad con lo pactado”; dicha libertad de pacto atribuida a los fundadores de la compañía no es sin embargo absoluta. Casi sin solución de continuidad art. 1691.I del propio CC se preceptúa que “es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias...”. Supone la norma transcrita la prohibición expresa del denominado pacto leonino en cuya virtud el reparto de las ganancias sociales queda vetado para alguno de los asociados²⁴”.

ILLESCAS distingue seguidamente la causa del contrato como derecho genérico frente al derecho concreto al dividendo, al decir que *“incardinado en la causa del contrato, este derecho es de un carácter genérico y posee diversas manifestaciones concretas sin que constituya base normativa suficiente como para que el socio pueda reclamar en cada ejercicio social a la sociedad una parte de las ganancias sociales repartibles”*.

Siendo cierto que no es lo mismo la causa del contrato social y la expresión concreta de la misma en un dividendo concreto, sí lo es que el efecto adverso de no satisfacer ese ánimo de lucro

24 ILLESCAS ORTIZ, “El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte”. *Derecho de los Negocios*, nº 21, junio de 1992.

que constituye la causa del contrato sería tanto como dejar al contrato vacío de causa lo que comportaría una simulación absoluta y su nulidad radical o inexistencia por ausencia de uno de los elementos esenciales. Aquí la ausencia, a diferencia de otros contratos en los que no existe causa expuesta, sería sobrevinida al producirse su extracción por los mayoritarios que impedirán en definitiva la satisfacción de las prestaciones. La causa existirá pues lucro habrá, si hay beneficio, pero quedará en el remanso de la sociedad que, al tener personalidad jurídica separada, impedirá el goce al socio.

Consideramos que el concepto de lucro debe ampliarse, dando un paso más frente a las tesis de la doctrina tradicional, de modo que no debe identificarse ánimo de lucro con percepción de dividendos, ni siquiera como el derecho abstracto a participar en las ganancias sociales. El ánimo de lucro engarza con la necesidad de proporcionar a los socios una ventaja económica aunque no consista en un beneficio repartible, pero sí una ventaja patrimonial que debe ser cierta, determinada y cuantificable en un plazo razonable de tiempo. Por tanto pensamos que no es necesario acudir a una ampliación del concepto de sociedad en el que desaparece el ánimo de lucro como elemento causal del contrato, sino que debemos ampliar el concepto de lucro en sí mismo como percepción económica más allá del dividendo²⁵, en la línea del art. 1.832 del Código Civil francés que ensancha la noción estricta del ánimo de lucro incluyendo en ella tanto el lucro subjetivo “*en vue de partager le bénéfice*” como el lucro objetivo “*our de profiter de l'économie qui pourra en résulter*”.

25 Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Op. Cit. Pág. 55 y 56, enlaza con el concepto amplio de ánimo de lucro, pero considerándolo como necesario para que exista sociedad, a través de la distinción entre lucro subjetivo y objetivo: “Diríamos en otros términos, que para hablar de sociedad no es necesario que el fin común consista en el reparto de los beneficios entre los socios (lucro subjetivo), sino que es suficiente que el beneficio para los socios consista en el logro de economías no rediviticias, es decir la simple obtención de ganancias o ventajas económicas (lucro objetivo).

Observamos en el Código Civil francés esta expansión del concepto de ánimo de lucro, que iría más allá del reparto del beneficio como lucro estricto u objetivo, alcanzando un lucro conceptual, amplio o subjetivo en el sentido de obtención de riqueza o de cualquier ventaja económica.

Pensamos que esta posición encajaría con una interpretación moderna de los arts. 116 CCo y con el art. 1665 CC, pues exigen la participación en las ganancias sociales, aunque no dictan la forma concreta de hacer efectivo dicho reparto, pudiendo consistir en la percepción de cualquier ventaja patrimonial. Así consideramos que debe acogerse el concepto de ánimo de lucro en un sentido moderno como el ánimo de percibir cualquier ventaja patrimonial.

Al respecto la ventaja patrimonial que sustituiría al reparto de dividendo no puede ser incierta, por ejemplo mediante la renuncia al reparto sin concreción alguna de sustitución, sino que consideramos que de existir tal sustitución debe ser por pacto expreso de carácter parasocial, debiendo ser cierta y determinada y hacerse efectiva en un plazo razonable. Lo contrario sería caer de nuevo en los pactos leoninos o en la mera idea de compartir ventajas o intereses, que es propia de la asociación y bien distinta del concepto de ánimo de lucro como elemento causal.

El ánimo de lucro en la jurisprudencia sobre sociedades

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dejado clara la necesidad de ánimo de lucro como elemento causal. En sentencia de 4 de abril de 1988, al indicar que la sociedad del caso tenía una finalidad ajena a cualquier propósito lucrativo “...*que es característico de las sociedades civiles y mercantiles y que se recoge explícitamente en los preceptos definidores (artículo 1665 CC y*

116 C. de C.), lo que determina que las normas de tales sociedades no sean aplicables a la litigiosa”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1986 declara que toda empresa es una organización de capital y trabajo para la maximización de resultados *y la obtención de un incremento patrimonial ilimitado destinado a ser distribuido entre los socios*. Así el derecho español de sociedades de capital reconoce el derecho de los socios a participar en el reparto de las ganancias sociales y del patrimonio resultante de la liquidación (art 93 LSC) sin embargo únicamente podrán hacer efectivo este derecho cuando exista acuerdo de la mayoría del capital social, que convertirá aquel derecho abstracto en el concreto derecho al reparto o cuota de liquidación. En caso contrario, de no existir dicho acuerdo de la mayoría del capital social, el derecho abstracto quedará insatisfecho permanentemente, siendo entonces la posición del socio minoritario un título que le otorga un derecho abstracto más cercano a la expectativa frustrada que a un verdadero derecho patrimonial.

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1983, indica en su considerando segundo, con la misma contundencia “...*en todo caso será indispensable para la existencia legal de negocio o acto constitutivo cuando se trate de la fundación simultánea o por convenio (artículo 10 de la Ley), una declaración de voluntad creativa, seriamente emitida, con el designio de someter unos bienes que se hacen comunes a la disciplina jurídica de la sociedad, persiguiendo un fin de lucro que habrá de obtenerse mediante el desarrollo de una determinada actividad a cuyo servicio se ponen aquellos, requisito inexcusable al que conviene la clásica denominación de affectio societatis y sin cuya concurrencia no puede tenerse por producido el consentimiento ni por eficaz el negocio jurídico constitutivo de sociedad, cualquiera que sea su forma (artículo 1665 CC y 116 C de Com.)”*

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2007, confirma la doctrina del Alto Tribunal exigiendo el ánimo de lucro como causa del contrato de sociedad al decir: *“La Sala comparte el criterio de la sentencia recurrida. Sin entrar en el debate doctrinal, y a reserva de una precisión del legislador sobre la constatación de un “interés de la sociedad” que habría de ser respetado por socios y administradores, el ánimo de lucro se presenta en la sociedad (art. 1665 CC; 116 CCom.) como uno de los principios configuradores, y en el caso, además la sentencia recurrida lo constata, sin que la recurrente haya combatido esta apreciación. La jurisprudencia se ha inclinado por las tesis contractualista, antes que por las institucionalistas, señalando predominantemente el fin lucrativo como causa del contrato de sociedad. (...) De este modo, los acuerdos sociales son consecuencia y cumplimiento del contrato de sociedad, y han de respetar su causa. Ello da sentido a preceptos como el artículo 48.2 a) LSA e impide que se lleven a efecto donaciones con cargo al patrimonio social, que serían contrarias al fin lucrativo, en perjuicio de los derechos individuales del socio, salvo que se verifiquen mediante acuerdo unánime, y con cargo a reservas de libre disposición. Aunque no se impide la realización de actos que signifiquen transmisión o enajenación a título lucrativo para alcanzar determinados fines estratégicos o el cumplimiento de fines éticos, culturales, altruistas, cuando no impliquen vulneración, impedimento o obstáculo a la realización de derechos como los que reconoce el art. 4.2 a) LSA, como ocurre cuando se verifique moderada disposición de parte de los beneficios.”*

También podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1992 y la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 2001.

No cabe duda pues de que en la jurisprudencia española la necesidad de ánimo de lucro es causa del contrato de sociedad sin el cual no tendrá validez ni efecto jurídico.

La DGRN en Resolución de 2 de febrero de 1966 estableció la prohibición de que la sociedad mercantil pueda realizar actos a título gratuito con carácter habitual. Esta resolución fue muy criticada por confundir la realización de actos a título gratuito con la inexistencia de ánimo de lucro en la sociedad mercantil. Sin embargo el equívoco se aclaró con la doctrina de la DGRN en los años siguientes, como es la Resolución de 22 de noviembre de 1991, en el sentido de considerar como necesario el ánimo de lucro y en cambio siendo bien distinto que la sociedad pueda realizar con carácter ocasional esporádico o marginal actos a título gratuito. Y en este sentido FERNANDEZ DEL POZO ha defendido que la sociedad totalmente carente de ánimo de lucro no sería inscribible por ser su objeto social ilícito²⁶.

La Resolución de la DGRN de 2 de junio de 2016, recoge la doctrina del Tribunal Supremo citando la sentencia de 29 de noviembre de 2007, entre otras muchas, y afirma que *“los acuerdos sociales son consecuencia y cumplimiento del contrato de sociedad, y han de respetar su causa. Ello da sentido a preceptos como el artículo 48.2 a) LSA (art 93.a) de la vigente Ley de Sociedades de Capital) e impide que se lleven a efecto donaciones con cargo al patrimonio social, que serían contrarias al fin lucrativo, en perjuicio de los derechos individuales del socio, salvo que se verifiquen mediante acuerdo unánime, y con cargo a reservas de libre disposición.”*

Aunque también reconoce, a título excepcional *“Ciertamente, el tipo de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada es adoptado en algunas ocasiones como simple técnica organizativa, habida cuenta de su funcionalidad y el criterio de mercantilidad formal de aquéllas –cualquiera que sea su objeto-. Derivado de la propia regulación legal (artículo 2 de la Ley de Sociedades de Capital). Por ello, dada la indudable existencia de sociedades*

26 Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, “La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles” (*Estudio especial del artículo 213 de la Ley de Sociedades anónimas*), 1997.

de capital que, en la realidad y según la legislación especial, carecen débase empresarial y ánimo de lucro en sentido estricto, no cabe desconocer las opiniones doctrinales que niegan o interpretan muy flexiblemente la finalidad lucrativa como elemento caracterizador de las sociedades de capital, por considerar que prevalece el elemento estructural u organizativo del concreto tipo social adoptado y no el fin perseguido de suerte que sería suficiente que la sociedad proporcione ventajas patrimoniales a la actividad de los socios.”

Es decir, la DGRN confirma en esta resolución la necesidad de ánimo de lucro como elemento causal, aunque existan sociedades que, como excepción a la regla puedan no tener como causa la obtención de lucro en sentido estricto, sí tendrán en todo caso dicha causa en sentido amplio, entendida como obtención de ventaja patrimonial a los socios.

Así concluyendo este apartado, en nuestra opinión la sociedad mercantil, como también la sociedad civil, tienen como causa jurídica inherente el ánimo de lucro, lo que viene confirmado modernamente entre otras varias normas aquí extensamente analizadas, en la publicación y posterior entrada en vigor del art. 348 bis LSC, que tiene sentido únicamente como consecuencia de exigir la Ley la causa jurídica lucrativa para la validez del contrato de sociedad de capital. Sin embargo a la vez es preciso reconocer un concepto revisado de ánimo de lucro como elemento causal, entendido como la voluntad de los socios al crear el negocio jurídico de obtener un resultado que comporte una ventaja patrimonial y no necesariamente un beneficio o dividendo.

Así entendemos que los fines exclusivamente altruistas, benéficos o de exclusiva persecución del bien común o del interés público, sin ir acompañados en alguna medida de una posible concurrencia de causa lucrativa, irían contra la naturaleza ca-

pitalista de las sociedades de capital y, en general, del concepto de contrato de sociedad. Las sociedades de capital dedicadas a actividades propias de una ONG, por ejemplo el voluntariado en África, que perciben ingresos y reparten beneficios ¿qué son realmente? ¿Tienen ánimo de lucro? Realmente perciben ingresos y reparten sus beneficios



❧ III. LAS TENSIONES ENTRE MAYORÍA Y MINORÍA: LA DOCTRINA DE LA OPRESIÓN

Planteamiento del problema

Es un dogma en las sociedades de capital, a diferencia de las sociedades personalistas o de personas, que los acuerdos de la mayoría del capital social rigen la sociedad en la medida en que se imponen sobre la minoría. Así, siendo la junta general el órgano soberano de expresión de la voluntad social, se adoptarán los acuerdos por el principio mayoritario, debiendo la minoría acatar los acuerdos.

La Ley de Sociedades de Capital recoge numerosos supuestos dirigidos a proteger a terceros acreedores, y en esa dirección se encuentran las normas sobre cuentas anuales, publicidad registral, exigencia mínima de fondos propios y obligaciones de reducción y aumento de capital.

Escasean sin embargo las normas tuitivas de la minoría, para evitar que la sociedad pueda convertirse en un instrumento de abuso de la mayoría sobre la minoría en el ejercicio de una actividad empresarial. En efecto el llamado problema de agencia aflora en las sociedades de capital cerradas, frecuentemente, toda vez que es fácil establecer grupos de control en la dirección de la sociedad, a lo que se añade la dificultad de encontrar un mercado real en el que poder vender los socios sus participaciones o acciones, siendo a menudo la única solución acudir precisamente a los socios que ya controlan como mayoría la sociedad, malbaratando el valor de su participación.

El legislador ha tratado de limitar el problema de agencia con varias medidas como veremos seguidamente, atribuyendo, por ejemplo, a la junta general la competencia para decidir la aplicación de los beneficios sociales. Sin embargo, a diferencia de las sociedades personalistas que requieren la unanimidad en la toma de decisiones, en las sociedades de capital basta la mayoría para que un grupo se imponga sobre el otro impidiendo a los minoritarios cualquier rendimiento económico de la sociedad. Y ello no solamente referido al dividendo, sino a múltiples situaciones que la doctrina ha venido identificando como seguidamente expondremos²⁷.

En el Código Civil ya aparecen disposiciones dirigidas a evitar situaciones de injusticia con respecto a algunos de los socios. Es el caso del art. 1690 que permite confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y en las pérdidas, y solamente podrá ser impugnada la designación hecha por él cuando evidentemente haya faltado a la equidad. Así el Código pretende evitar que la decisión de distribución y la parte correspondiente a cada socio recaiga precisamente en un socio.

Esta actividad particular de arbitrador procede del derecho romano como *societas ex uis partibus quas titius aestimatur fuerit*, es decir, los socios han acordado atribuir a un tercero la designación de cada uno en las ganancias y en las pérdidas. Es un verdadero arbitrador que podría utilizarse también en situaciones como las que describimos en este trabajo y que actualmente rigen en varios ordenamientos próximos al nuestro, observando que algunas de las soluciones del derecho comparado frecuentemente ya existían en Roma y por ello, existen

27 Jesús ALFARO-ÁGUILA REAL, “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *InDret* 4/2005. www.indret.com. En la misma dirección Elisa Pilar LUCAS MARTÍN, “Somera descripción de la lógica del artículo 348 bis LSC”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid*, mayo 2013

también en nuestro derecho civil, al que en este caso acudimos, y así, reflexionando sobre esta disposición del art. 1690, podemos ofrecer una solución en situaciones de opresión.

Podemos citar algunas disposiciones en esta dirección, en las que el derecho de sociedades de capital intenta evitar situaciones de opresión, que cómo mínimo demuestran una creciente preocupación por el legislador en la protección de la minoría en la sociedad de capital:

- i) Los accionistas que representen al menos el 1% del capital social tienen la facultad de solicitar a los administradores de la sociedad la asistencia de un notario que acuda a la reunión de la junta general y levante acta de la reunión. En cambio en la sociedad de responsabilidad limitada se exige al menos el 5% del capital social para ejercitar este derecho (art. 203 LSC).
- ii) Los socios que ostenten al menos el 5% del capital social están facultados para requerir a los administradores la convocatoria de una junta general (art 168 LSC). Y en caso de no atenderse la petición podrán instar la convocatoria al Registro Mercantil o al Juzgado de lo Mercantil.
- iii) El socio minoritario que ostente al menos el 5% del capital social puede impugnar los acuerdos nulos o anulables adoptados por el consejo de administración, en el plazo de treinta días desde que tuviere conocimiento de los mismos y siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción (art. 251.1 LSC).
- iv) Los socios que ostenten individual o conjuntamente una participación que les permita convocar la junta general, es decir el 5% del capital social, pueden ejercitar la acción social de responsabilidad en defensa del interés social, cuando

los administradores no hayan convocado la junta solicitada a tal fin, o cuando la sociedad no entablare la acción dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de la adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando el acuerdo hubiere sido contrario a la exigencia de la responsabilidad. Incluso podrán ejercitar la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general. Y en caso de renuncia a la acción tienen derecho a oponerse e impedir la renuncia o transacción aquellos accionistas que representen el 5% del capital social. (239 y 238 LSC)

- v) Todo socio puede igualmente ejercitar la acción individual regulada en el art. 241 LSC, para el caso en que los administradores ocasionen daños directos en su patrimonio.
- vi) El socio que ostente el 5% del capital social puede requerir al registrador mercantil para que designe un auditor de cuentas para que revise las cuentas de un ejercicio social, siempre que no hayan transcurrido más de tres meses desde el cierre de dicho ejercicio (art. 265.2 LSC). Igualmente en la Sociedad de Responsabilidad Limitada los socios con un capital social igual o superior al 5% pueden solicitar la revisión de la contabilidad de la sociedad con antelación a la celebración de la junta general, una vez convocada.
- vii) Varias disposiciones en la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales, como las normas relativas al proyecto de fusión y sus requisitos, informe de experto independiente en la fusión y escisión, así como en los aumentos y reducciones de capital, aunque están pensadas en realidad para la protección de los acreedores, también en la práctica permiten un control a favor de la minoría.

- viii) En general las disposiciones sobre la publicidad registral, que permite a todo socio conocer las vicisitudes sociales, aunque están dirigidas en particular a la protección de los terceros acreedores.
- ix) Las disposiciones sobre la retribución de los administradores sociales y su debida publicidad, reforzadas actualmente en la LSC, que exige su incorporación a los estatutos sociales, con una política de retribución proporcional y adecuada en consideración al tamaño de la sociedad y al sector, art 217 LSC.
- x) Y finalmente, especialmente con la reforma de la Ley 31/2014, el art. 204.1 LSC relativo a la lesión del interés social por conducta abusiva de la mayoría: *“la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.”* Volveremos más adelante con este importante precepto.

De esta enumeración, que no es exhaustiva sino dirigida a destacar algunas disposiciones fundamentales en la materia que nos ocupa, a la que debemos añadir especialmente el derecho de separación, cuya *ratio legis* es precisamente la protección del socio minoritario, nos lleva a afirmar que difícilmente puede decirse que no existan disposiciones que ofrezcan protección aparente a la minoría.

Cuestión distinta, y eso es lo principal que debemos preguntarnos es: ¿cuáles de estas disposiciones son realmente eficaces ante situaciones de opresión?

¿Los socios que se consideran oprimidos encuentran solución rápida, eficaz y certera en la legislación sustantiva y en la Administración de Justicia, que ponga a salvo sus derechos? ¿Cómo evitar un largo peregrinar judicial que difícilmente solventará la opresión del socio ni le otorgará el disfrute o transmisión del valor patrimonial de su inversión?

Es por ello que el legislador está obligado a pensar en soluciones realmente eficaces, no solamente retóricas, y que con éxito han sido experimentadas en otras jurisdicciones, como es la doctrina de la “opression” o de *“unfairly prejudicial conduct”* en el Derecho Norteamericano e Inglés²⁸.

Hasta la publicación de la Ley 25/2011 que introdujo el art. 348 bis de la LSC no existió otro camino que la impugnación de los acuerdos sociales para el socio minoritario que sufría año tras año un atesoramiento permanente de los beneficios. Existen sin embargo multitud de sentencias que ni siquiera declaran la nulidad o anulabilidad de dichos acuerdos.

Dichas soluciones han resultado realmente eficaces gracias a la flexibilidad judicial del derecho norteamericano, pues, las bases de tal doctrina son las mismas que en nuestro derecho se vienen elaborando desde hace largo tiempo, como es la doctrina del abuso de derecho. La diferencia estriba en hacer realmente eficaz su ejercicio mediante un proceso judicial con tutela efectiva y, como hemos expuesto, en nuestro sistema eso no ha sido posible, al no poder el juez en derecho español dictar resoluciones que modifiquen o sustituyan a las adoptadas por el órgano soberano que es la junta general.

28 Autores como MARTÍNEZ ROSADO, exponen medidas paliativas de las situaciones de opresión en la línea que ha sido aceptada plenamente en el Derecho de Estados Unidos, Reino Unido, Canadá o Australia. Ver Conductas opresivas de la mayoría frente a la minoría en las sociedades cerradas (a propósito del art... 18 de la propuesta de reglamento de la Sociedad Privada Europea y de la Regulación Norteamericana.

Por tanto la gran cuestión es ¿cómo podemos superar esta situación y permitir a los tribunales la solución de situaciones claramente abusivas y por tanto injustas? Incluso, debemos también preguntarnos ¿cómo podemos evitar que situaciones abusivas lleguen a judicializarse perjudicando al propio devenir de la sociedad?

Es frecuente que en las sociedades de capital, especialmente en las sociedades cerradas, los socios lleguen a situaciones de conflicto. La doctrina distingue entre conflictos horizontales, cuando se producen entre los socios únicamente, y verticales, cuando tienen lugar entre los socios y la sociedad. Igualmente se distingue, por razón de su gravedad y perduración, entre conflictos estructurales y coyunturales.

Lo cierto es que los conflictos en las sociedades cerradas, especialmente en la sociedad de responsabilidad limitada, son excesivamente frecuentes, no aflorando la mayoría de ellos a los tribunales por imposibilidad o incapacidad económica del socio minoritario unas veces, o bien porque faltan medios jurídicos eficaces para la defensa de sus derechos, que llevan a los socios minoritarios a conformarse con la situación de abuso permaneciendo en la opresión o, en el mejor de los casos malvendiendo su participación en el capital.

Existen razones jurídicas, económicas y sociológicas que llevan al conflicto. La regla mayoritaria que es la que rige el funcionamiento de las sociedades, y no puede ser de otra manera, y ello comporta que un grupo se haga con el control, existiendo ausencia de separación normalmente entre los socios de control –insiders- y los administradores. O bien éstos serán frecuentemente designados o controlados por aquellos.

Lo que suele provocar el conflicto en las sociedades estables y consolidadas es la imposibilidad frecuente de desinvertir o

transmitir la posición del socio minoritario. No existe un mercado que permita al socio transferir su posición y frecuentemente será el mayoritario el comprador natural que, lógicamente, desde su posición de control podrá minimizar el precio de la adquisición lo que perpetuará el conflicto. En efecto son infrecuentes los casos de existencia de pactos parasociales o cláusulas estatutarias en las sociedades de capital que regulen la salida o adquisición de las acciones o participaciones de un socio.

Algunas soluciones y propuestas doctrinales. Crítica

Entre las posibles cláusulas estatutarias o parasociales que faciliten la salida y levanten el bloqueo o eviten la disolución de la sociedad, la doctrina estudia recientemente las cláusulas *shotgun o shoot-out clause*. También llamada “cláusula de la ruleta rusa”, cláusulas de duelo, o pacto andorrano. Igualmente las cláusulas de subasta como alternativa a las anteriores. Estas cláusulas han sido estudiadas no solamente en el derecho norteamericano e inglés, de donde proceden, sino también más recientemente en Europa, y han sido puestas en práctica por la abogacía en España desde hace años para solventar situaciones de conflicto y establecer mecanismos de salida.

En la doctrina mercantilista española debemos destacar el reciente estudio de Luis FERNÁNDEZ DEL POZO²⁹. Es un sistema preventivo y sumario, expeditivo, de solución del bloqueo societario (*corporate deadlock*) entre los socios enfrentados, a través de un procedimiento de compra o venta forzosa que fuerza la salida de uno de los socios. Como indica FERNÁN-

29 Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, “Las llamadas cláusulas de duelo (shoot-out clauses) y las de subasta como mecanismos estatutarios para remediar las situaciones de bloqueo societario”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305, julio – septiembre 2017. El profesor FERNÁNDEZ DEL POZO realiza aquí un interesante análisis del comportamiento de las partes durante el procedimiento, siendo un estudio no solamente jurídico sino también de ciencia económica.

DEZ DEL POZO “*Se pone en marcha el procedimiento mediante comunicación dirigida al otro socio (o coalición de socios) de una oferta conjunta, de compra de la participación ajena o de venta de la participación propia, por un precio que el propio oferente determine (shotgun price). Comunicada la oferta el socio instante de la aplicación de la cláusula (socio proponente u oferente) constituye a la contra-parte (socio destinatario de la oferta o socio obligado) en la obligación alternativa de vender o de comprar a su elección el paquete de acciones o participaciones del socio oferente o las acciones o participaciones propias, respectivamente, y por el mismo precio comunicado.*”

Este tipo de cláusulas se caracterizan por su radicalidad, y como dice el autor por su “luctuosidad”, ya que dejan fuera de la sociedad necesariamente a una de las partes o grupos de socios. En efecto, la mera oferta es a la vez de compra o de venta, de modo que el oferente o socio proponente se obliga a comprar por el precio ofertado, lo cual quiere decir que es el precio en el que valora las acciones o participaciones. Del mismo modo el socio destinatario tiene la obligación alternativa pudiendo elegir entre comprar por dicho precio o vender su parte al socio proponente.

Estas cláusulas de duelo, como también las *drag-along* (de arrastre) o *tag-along* (de acompañamiento), pueden figurar inscritas en el Registro Mercantil mediante su incorporación estatutaria, lo que les otorgará un efecto *erga omnes* del que carecerían si no fueran públicas y constaran en pacto parasocial. De este modo, cualquier socio que en el futuro se incorpore a la sociedad lo hará aceptando *ab initio* con su incorporación las cláusulas de desbloqueo, como el resto de estatutos sociales.

Sin embargo la eficacia *erga omnes* que logramos con la publicidad registral gozando de indudables ventajas, puede comportar también inconvenientes, como es desvelar frente al mercado y

posibles competidores cuales son los caminos para una posible adquisición, lo que no suele gustar a los directivos y socios de las sociedades, en muchos casos, que se sienten “expuestos” frente a su competencia.

Como alternativa a la anterior puede ser de gran utilidad práctica la cláusula de subasta³⁰, ya que las cláusulas anteriores no aseguran que la compañía sea asignada finalmente al socio que valora más el negocio. En cambio la subasta del negocio entre los socios permitirá obtener un precio directamente vinculado a la valoración que los propios socios le dan –ambos en este caso– pues podrán aproximarse progresivamente al mismo, de modo que se logra la eficiencia máxima, ya que quien más puja es porque valora más la sociedad. Se han propuesto también soluciones mixtas consistentes en iniciar el proceso con subasta en la primera fase pujando las partes por el derecho de proponer la venta, y en otra segunda fase entraría en juego la cláusula de venta forzosa.

A su vez, existen modalidades intermedias de la cláusula *shot-gun*, normalmente más aplicadas en la praxis de la abogacía, en las que se contempla en parasocial o estatutos la cláusula con un precio para la venta forzosa o incluyendo opciones de compra o de venta, previamente acordado en el mismo parasocial o, al menos, las bases para su determinación. Estas soluciones, aunque comportarán algún coste de valoración, tienen la ventaja de que la fijación del precio no será caprichosa o abusiva del socio oferente mayoritario, que tendrá suficiente información para hacer la oferta, frente al minoritario que quizá no pueda pagarlo.

30 P. McAfee, “Amicable divorce: Dissolving a partnership with Simple Mechanisms”, *Journal of Economic Theory*, 56, 1992, págs. 266 y ss. Según cita de FERNÁNDEZ DEL POZO, Op. cit. pág. 227.

Pensamos que estas soluciones, siendo muy útiles, difícilmente serán eficaces en las situaciones de abuso u opresión que nos ocupan en este trabajo, especialmente cuando el minoritario ha quedado expulsado de la gestión y carece de información. Las cláusulas de desbloqueo que citamos están pensadas para socios en posición de igualdad, o de cierta proporcionalidad al menos, generalmente en sociedades bien asesoradas jurídicamente y cuyos socios a su vez también lo están. Precisamente por eso cuentan con contratos parasociales o estatutos sofisticados, porque han intervenido abogados especialistas en su redacción. A medida que el minoritario tiene una participación más pequeña, o bien la sociedad carece desde su constitución del adecuado asesoramiento especializado, será más difícil que resulten eficaces, y ello por las siguientes situaciones frecuentes en la práctica de la abogacía:

- i) El socio minoritario sometido a abuso no conoce la verdadera situación financiero-patrimonial de la sociedad. No es cierto que los socios son los que mejor conocen la situación económica de su sociedad, más bien al contrario, los socios minoritarios cuando existe situación de abuso son expulsados de cualquier información financiera relevante y de los proyectos estratégicos de la compañía. Por definición el socio minoritario es tenido como molesto por la mayoría *de insiders* que controla la sociedad de forma abusiva, ya que en su pensamiento interno, si realmente el comportamiento de la mayoría es abusivo, la función principal del minoritario, que era la aportación de capital, ya se produjo en su día y ahora probablemente no queda nada más que aportar por el minoritario, sino al contrario, tendrá la esperanza de obtener un retorno y solamente podrá ser un dividendo o plusvalía.
- ii) El socio minoritario sometido a abuso frecuentemente carece de fondos para poder afrontar la compra de la parte

del mayoritario, y ello no solo porque es por definición una porción mayor que la suya, sino especialmente porque el minoritario abusado no goza de percepciones o de ventajas patrimoniales en la sociedad, y además difícilmente podrá obtener la financiación necesaria de las entidades financieras que sí darán apoyo financiero a los *insiders* con quienes colaboran como proveedores financieros.

- iii) Y finalmente, además el socio minoritario, expulsado de la gestión, por definición no conoce el negocio con la capacidad de gestionar con éxito la sociedad, o al menos se abren incógnitas sobre esa posibilidad.

Es por ello que para las situaciones de abuso o de opresión que nos ocupan en este trabajo, deberemos pensar más bien en soluciones de compra que pasen por cláusulas contractuales o legales en las que exista una parte —el socio o socios mayoritarios que controlan la gestión— que deba adquirir del minoritario su parte para evitar la continuidad del abuso.

En estos casos de conflicto mayoría - minoría no hay en principio un problema de bloqueo propiamente dicho de la sociedad, ya que por definición el minoritario difícilmente podrá bloquear la sociedad, pero no cabe duda de que los juristas deberemos encontrar soluciones que eviten los abusos. Y ello no solamente por el superior principio de justicia como expresión jurídica de la bondad en el sentido de ayuda a los demás que debe presidir el ánimo de todo jurista, sino también porque debe evitarse la litigiosidad empresarial como solución habitual, pues normalmente no es precisamente la solución, y en cambio sí es una sangría que destruye el tejido empresarial.

Conductas abusivas y situaciones de opresión

La doctrina ha clasificado las conductas abusivas de la mayoría distinguiendo tres grupos de casos³¹, seguimos aquí a VÁZQUEZ LÉPINETTE:

- i) *Actuaciones de la mayoría dirigidas a limitar los ingresos de los socios minoritarios, como es el caso de la no distribución de dividendos con carácter sistemático, la reducción del número de administradores con exclusión de los socios-administradores minoritarios, o el despido de los socios minoritarios empleados de la sociedad, con la correspondiente pérdida de retribuciones.*
- ii) *Un segundo grupo de conductas opresivas son todas aquellas actuaciones dirigidas a apropiarse de los activos sociales y de las oportunidades de negocio de la sociedad (“tunneling” o “siphoning”).*

Entre estas últimas se encuentran actitudes tendentes a vaciar el patrimonio social. Incluimos en este apartado las retribuciones excesivas de los administradores, contraviniendo las normas previstas en el art. 217 y concordantes de la LSC. Otras actitudes opresoras de este grupo se encuentran reguladas por la LSC en los límites de los deberes de los administradores (227, 228 y 229 LSC) e igualmente en los conflictos de intereses de los socios (190 LSC).

Sin embargo es cierto que el control de los socios minoritarios será prácticamente inexistente cuando no forman parte del órgano de administración, como habitualmente acontece, y resulta incontrolable en sociedades cerradas,

31 Tomás VÁZQUEZ LÉPINETTE, *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*. Thomson Civitas, 2007.

estén auditadas o no, que puedan desviarse fondos hacia personas o entidades vinculadas con los administradores, o directamente desarrollar nuevas líneas de negocio complementarias o íntimamente relacionadas con el objeto social que deberían iniciarse y desarrollarse dentro de la sociedad si se respetaran las obligaciones de no competencia y los deberes sociales de los administradores.

En estos casos se produce una lamentable paradoja en nuestro derecho de sociedades que sigue sin solución en los tribunales. Los socios perjudicados pueden ejercitar la acción social de responsabilidad y, en caso de triunfar, el administrador quedará cesado por ministerio de la ley y el importe defraudado a la sociedad deberá reponerse con su patrimonio a la propia sociedad, nunca al socio que ejercitó la acción.

Carece dicho socio de la posibilidad de ejercitar la acción individual de responsabilidad, ya que el daño se ha realizado contra la sociedad por el administrador que a su vez suele ser el socio mayoritario o controlado por la mayoría. Así, si triunfa la acción social, se repondrá el quebranto patrimonial a la sociedad, que continuará controlada por la misma mayoría, sin que por tanto perciba ninguna ventaja patrimonial con ello el socio minoritario que ejercitó la acción. Sobran comentarios.

- iii) En tercer lugar señala VÁZQUEZ LÉPINETTE un *tercer tipo de comportamientos opresivos, consistentes en la puesta en práctica de mecanismos dirigidos a privar a los minoritarios de sus derechos políticos y lo económicos (p.ej. privación sistemática de derechos de información, aumentos de capital injustificados, etc.)*

- iv) Añadimos por nuestra parte aquí un cuarto grupo de casos que incluye aquellos en que los socios afectados por conductas opresivas tienen también funciones directivas e incluso son apoderados o administradores de la sociedad, y se les priva exclusivamente por la vía de hecho de toda participación en la gestión que les corresponde e incluso de toda información. Se trata de aquellos casos en que siendo los minoritarios parte del órgano de administración se detenta la gestión por unos ocultando en la práctica la información al resto, de modo que a pesar de su petición son capaces de articular un mecanismo *de facto* que evita que los socios minoritarios también administradores puedan ejercer sus obligaciones de gestión.

Estos casos se producen gracias a la cúpula de poder que los socios mayoritarios articulan con medios y recursos humanos y económicos de su dependencia, que ocultarán e impedirán el acceso a la gestión y a la información a los minoritarios.

Son situaciones reales, no de laboratorio. En este grupo de casos la opresión se torna doblemente abusiva, ya que no solamente perjudicará a los minoritarios por las vías de los supuestos antes citados, sino que además al impedir el natural ejercicio de sus funciones directivas por no poder acceder a la información o ser ignoradas o no ejecutadas sus decisiones e instrucciones, serán responsables de la gestión en la que de facto no participan al haber quedado excluidos, con las graves consecuencias que se deriven para la sociedad y para terceros.

Esta conducta, de extrema opresión, lleva a dos alternativas a los minoritarios: o bien acatan la opresión de los mayoritarios y se convierten en dóciles coadyuvantes de su gestión compartiendo los resultados y su responsabilidad, o bien pasan a la ofensiva y en su caso inician su estrategia oponiéndose a acuer-

dos del consejo o votando en contra, o bien dimiten de sus funciones directivas y cargos en el órgano de administración.

Esta última decisión, siendo la coherente para evitar al menos la responsabilidad solidaria como administradores por actuaciones no compartidas, tiene el inconveniente de alejarse todavía más de toda posibilidad de obtener la información relegándose a meros socios minoritarios *outsiders* y abocándose a la judicialización.

No vamos a entrar en el análisis pormenorizado de cada caso, pues excedería del propósito de este trabajo. Lo importante es observar que en todos estos supuestos existe un denominador o causa común que siempre se produce en todos los casos de opresión: la dificultad práctica que tiene el minoritario para poder transmitir su posición de socio y abandonar la sociedad con una valoración razonable de sus participaciones o acciones.

La doctrina de la *oppression* y del *unfair prejudice* en derecho anglosajón. Su recepción en derecho español.

Es cierto que legalmente la ley prohíbe la intransmisibilidad en las sociedades cerradas y son nulos los pactos o cláusulas que hagan imposible la transmisión de las participaciones en la sociedad limitada. Así el art. 108.3 establece que “*Sólo serán válidas las cláusulas que prohíban la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos, si los estatutos reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. La incorporación de estas cláusulas a los estatutos sociales exigirá el consentimiento de todos los socios.*”

Y respecto a la sociedad anónima tajantemente el artículo 123.2 establece “*Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción.*”

Sin embargo en la práctica la posición del socio minoritario en las sociedades cerradas es de muy difícil transmisión a valor razonable, a valor de mercado, y probablemente si su cuota en el capital social es relevante todavía será más difícil que cualquier socio o un tercero esté interesado en adquirir su posición, y precisamente es difícil porque se trata de una posición en la que si existe verdaderamente opresión el socio oprimido se encuentra con una cuota en el capital cuyo valor razonable es relevante, sin embargo carece de percepción alguna, de beneficio, retribución, salario, o cualquier otro emolumento, y además está alejado de la información y de la gestión, por lo que tampoco puede hacer nada para modificar dicha situación.

Son escasas las sociedades de capital en las que existen cláusulas estatutarias o en pacto parasocial que articulen un derecho de separación del socio o un pacto de adquisición o compraventa, al estilo de la “*russian roulette clause*” antes analizada o cualquier otra que ofrezca una salida al minoritario. Normalmente los estatutos sociales responden a plantillas o modelos predeterminados, que se firman en la constitución de la sociedad con prisas, irreflexivamente y con escaso o nulo asesoramiento jurídico.

Y aquí llegamos a una cuestión clave para evitar las situaciones de opresión: la sociedad y los socios que están adecuadamente asesorados por un abogado especialista en derecho mercantil serán los que en la fase constitutiva de la sociedad podrán contar con los estatutos sociales adecuados o pacto parasocial que les permita una desinversión a valor razonable.

Parte de la doctrina ha criticado el derecho de separación del art. 348 bis al considerar que pretende establecer un beneficio mínimo repartible convirtiendo a la sociedad de capital en un sistema de depósito retribuido para el socio. Esta simplificación

desconoce que la respuesta de la jurisprudencia y de la norma vigente va dirigida precisamente a evitar la opresión del socio minoritario, que se encuentra impedido totalmente para abandonar o desinvertir en la sociedad obteniendo un valor razonable a su inversión y queda a merced de la mayoría hostil³².

Así en la jurisprudencia norteamericana el caso “Walensky v. Jonathan Royce Int’l Inc.”, gráficamente expone: *“The interest owned by a minority shareholder in a closely held corporation is often a precarious one. In fact, it has been characterized by this court as being one of ‘acute vulnerability’* (el interés titularidad de un socio minoritario en una sociedad cerrada es a menudo precario. De hecho, esto ha sido caracterizado por este tribunal como “grave vulnerabilidad”³³)

En efecto, la injusticia en las situaciones de opresión del socio minoritario, por estar siempre o casi siempre enmascaradas de un marco de legalidad al amparo de una norma y tratándose de un inversor al invertir en sociedades cerradas —el socio minoritario— que difícilmente puede ser contemplado como un consumidor, reviste mayor gravedad que en otros casos en que el abuso de derecho y el fraude de ley son más evidentes.

La doctrina de la opresión nace en el derecho anglosajón, en la jurisprudencia de los Estados Unidos y ha sido articulada como un conjunto de soluciones en la disolución de sociedades, de modo que el socio minoritario pudiera reclamar la disolución judicial siempre que los administradores o socios de control actuaran dolosamente en perjuicio de la minoría, de modo ilegal, opresivo o fraudulento³⁴.

32 NGO DA THAN, *La sociedad anónima familiar*, 1963.

33 Caso Walensky v. Jonathan Royce Int’l, Inc, 6245 A.2d 613, 615 (N.J. Ct. App. Div. 1993)

34 Es el caso “Baker v. Commercial Body Builders Inc”, 507 P.2d 387, 395-96 (Oregón, 1973), sentencia del Tribunal Supremo de Oregón, que estableció una lista de “remedies” de modo que podían articularse

En estos casos se entiende que no procede aplicar la regla de discrecionalidad empresarial “*business judgement rule*” sino la alternativa que sería reconocer a cargo del socio administrador y a favor del minoritario la existencia de un deber de lealtad reforzado (*enhanced fiduciary duty*) y de este modo dar satisfacción al socio minoritario de lo que son sus expectativas razonables (*reasonable expectations*)³⁵.

En el derecho inglés la Companies Act 2006 ha introducido la cláusula s994, de modo que el socio podrá obtener del Juez la resolución consistente, entre otros *remedies*, que los restantes socios y/o la sociedad adquieran su participación social cuando pueda demostrar que sus derechos y los de la sociedad han sido o pueden ser perjudicados por acción o inacción de esta. Esta línea supone una importante evolución en el derecho inglés frente a la legislación anterior de la Companies Act de 1948, y actualmente la jurisprudencia británica es claramente más favorable a aceptar la salida del socio como remedio a situaciones de opresión que conforme a la legislación anterior requerían de un largo periodo de incubación para que los tribunales británicos aceptarían una compraventa o separación como salida coercitiva.

En el derecho inglés la minoría oprimida por la mayoría puede solicitar al tribunal la disolución de la compañía fundamentado en que es equitativo proceder de este modo. Así se establece en

varias alternativas a la disolución, tales como nombrar un administrador judicial para que continúe con la gestión, o un interventor en protección de los socios minoritarios, ordenar una auditoría que pueda determinar los fondos que hayan sido desviados, etc. y emblemáticamente ordenar a los mayoritarios la compra de las acciones de los socios minoritarios al precio justo y razonable que determine el tribunal, o, alternativamente, ordenar a los mayoritarios la venta a los minoritarios de una determinada cuota en el capital al precio señalado por el tribunal. Sin duda estas dos últimas decisiones ordenadas por el tribunal solucionarían el problema. Sin embargo nuestro sistema jurídico hoy por hoy no permite esta solución si no está pactada en estatutos o puede ejercitarse un pacto parasocial que lo contemple.

35 S. ROYO-VILLANOVA y L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Una propuesta de redacción alternativa del artículo 348 bis LSC.” *LA LEY*, Wolters Kluwer, febrero 2017.

la Insolvency Act de 1986. Sin embargo modernamente con la reforma de la Companies Act de 2006, precisamente para evitar la disolución, las soluciones pasan por la petición de *unfair prejudice* al tribunal, en conformidad con el artículo s994. Esta petición dirigida a eliminar la opresión requiere de dos fundamentos: 1) conducta de los negocios por la mayoría de forma injusta y perjudicial y 2) un acuerdo o decisión corporativa que sea o pudiera ser injustamente perjudicial, “*unfairly prejudicial*”.

La petición por perjuicio injusto triunfará si concurren a juicio del tribunal la injusticia, entendida como actuación maliciosa, genuinamente dolo en nuestro derecho y, a la vez, un perjuicio acreditado para la minoría. Así en el caso *Jesner v Jarrard Properties*, que ilustra un supuesto en que no existía mala fe o dolo porque las partes acordaron acerca de la conducta seguida por la mayoría.

En el derecho inglés los tribunales acogen las peticiones por perjuicio injusto cuando están referidas a expectativas legítimas. En este sentido es doctrina asentada por la jurisprudencia inglesa que los socios en la sociedad tienen la legítima expectativa a que la sociedad sea dirigida y administrada rectamente y conforme a derecho, lo que significa que deberá serlo en conformidad con los estatutos y las obligaciones legales que los administradores tienen encomendadas.

En tales casos el tribunal acogerá la petición por perjuicio injusto y podrá acordar libremente con amplísima discrecionalidad una serie de medidas para resolver la opresión, que comportan una verdadera intromisión en la vida societaria difícil de imaginar en nuestro derecho, como son:

- Regular la conducta de la sociedad en los negocios y actividades futuras.
- Imponer a la sociedad que evite reiterar el acto, por acción u omisión, que el minoritario haya alegado.
- Imponer a la sociedad autorización judicial para cualquier alteración de los estatutos sociales.
- Acordar la compra de las acciones por parte de unos socios con respecto de otros.

La más común de las decisiones a adoptar en sentencia es que el tribunal acuerde que las acciones o participaciones del peticionario sean adquiridas por la mayoría. Se inicia entonces el correspondiente proceso de valoración de las mismas, no exento de dificultades.³⁶

Podemos sacar una conclusión principal y es que la solución pasa en el derecho inglés por evitar la disolución, la insolvencia y el derecho de separación, ya que éste último puede provocar aquellas. La solución actualmente pasa por imponer a la mayoría que es declarada opresora la compra de las acciones de la minoría, así como otras medidas dirigidas a la abstención en reiterar las conductas ilícitas.

Sin embargo, pensamos que la solución no está en aplicar directamente sin más el derecho norteamericano o inglés, pues

36 NEWINGTON-BRIDGES, Charlie, *A practical guide to unfair prejudice petitions and their interaction with derivative claims*. St John's Chambers, enero 2016. Igualmente FLOURENTZOU, Natasa, M. Shambartas, 2017 págs 25 y 26. El *unfair prejudice* regulado actualmente en la *Companies Act* s994 establece que el accionista puede solicitar al tribunal una medida o resolución dirigida a remediar el perjuicio y evitarlo en el future cuando se produce la siguiente circunstancia: "*the affairs of the company are being or have been managed in a way which is unfairly prejudicial to the interests of shareholders generally or some part of its shareholders*".

no es un ejercicio razonable ni realista incorporar instituciones de derecho comparado recta vía. Por ejemplo la solución que se ofrece paradigmáticamente de disolución judicial forzosa o de pleno derecho de la sociedad casa mal con nuestro derecho. Sería contraria al fin social que toda empresa está llamada a cumplir y, por supuesto, contraria al principio de conservación del negocio jurídico societario y de la persona jurídica creada.

Las incorporaciones deben hacerse con fino filtro y cautela. Sí que nos parecen soluciones adecuadas para *repcionar* las referidas a la compra forzosa de la participación del minoritario por el mayoritario (*buy out* o compra forzosa), o viceversa el derecho del minoritario oprimido a adquirir la participación del mayoritario opresor si fuera posible³⁷, o al menos una parte de la misma para no encarecer la transacción y que permitiera al minoritario ganar la mayoría.

Si estas soluciones que, en mi opinión deben tratarse como preferentes en una eventual reforma legislativa, no son factibles hoy en la práctica por imposibilidad o ausencia de recursos o de la posibilidad de obtenerlos, supletoriamente, una vez acreditada la opresión o al menos con indicios suficientes, cabría acudir como medida a la intervención o supervisión ordenada por el juez o el árbitro, de aquella sociedad en la que aparecen indicios claros de abuso, incluso aún antes de la sentencia o laudo que lo declare.

La intervención de la sociedad, siquiera parcial, es una solución que contempla nuestro derecho procesal y que, sin embargo, no es prácticamente utilizada por los tribunales en los supuestos que aquí estudiamos. Dicho remedio tendría pleno sentido en el caso de ejercitarse medidas cautelares dirigidas

37 VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil, Volumen I*, 23ª Ed. Tirant lo Blanch, 2012, pág. 856.

a evitar la continuación y perpetuación del abuso mientras dura el procedimiento judicial, que puede durar años hasta obtener una sentencia firme, de modo que cuando termine el procedimiento probablemente no existirá interés jurídico susceptible de protección. Así consideramos que acreditados suficientemente los requisitos necesarios para adoptar un juicio provisional o indiciario por parte del tribunal o también del árbitro, si fuera el caso, entendemos que sería positivo en muchos casos adoptar una medida de intervención en la gestión social, mediante el nombramiento de un interventor que fiscalice la gestión. O incluso podría llegar a acordarse la suspensión de facultades en casos extremos, nombrando un administrador judicial.

Este tipo de medidas serían realmente eficaces para evitar males mayores durante los años de pendencia judicial y, a la vez, facilitarían al minoritario una prueba de la verdadera gestión del socio mayoritario que de otro modo será muy difícil que obtenga y que le es imprescindible en el procedimiento.

Algunas de estas medidas que apuntamos ya están reguladas en nuestro derecho, no es necesario importarlas del derecho comparado sino sencillamente invocarlas y aplicarlas. En concreto la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que el tribunal pueda adoptar como medida cautelar respecto de los bienes y derechos del demandado cualquier actuación, directa o indirecta, siempre que sea conducente a hacer posible la tutela judicial efectiva y que no pueda sustituirse por otra medida igualmente eficaz si bien menos gravosa o perjudicial para el demandado (art. 727.1 LEC). El tribunal podrá adoptar medidas que consistan en órdenes o prohibiciones de contenido similar a los que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte (727.2 LEC).

Por lo tanto, el nombramiento de un interventor que pueda controlar las actuaciones de los administradores y también de la junta general incluso si la opresión procede de este órgano, en nada puede perjudicar el funcionamiento normal de la sociedad durante el procedimiento, pudiendo en la sentencia, si así se planteó en la demanda, convertir esta medida en definitiva mientras no se dé una salida a la situación de opresión.

Así por la vía del art 727. 2º cabe dictar la medida de intervención o la administración judicial de bienes productivos, “... cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.”

Los términos del precepto son suficientemente amplios para dar acogida a lo que argumentamos, como sería la medida cautelar consistente en nombrar un interventor judicial o al menos un experto independiente que fiscalice puntualmente, mientras dure el procedimiento pues hasta la sentencia firme pueden tardar muchos años, de modo que en la demanda se haya solicitado la intervención vía medida cautelar, ya sea porque se pretende la responsabilidad y cese el administrador o simplemente ante el deterioro de la paz social que pueda perjudicar a la productividad.

Por ejemplo, es indudable que una impugnación de acuerdos en una sociedad que pueda terminar en una condena por abuso ante el no reparto continuado de dividendos sin motivo alguno, con satisfacción simultánea de altas retribuciones para el órgano de administración, puede perjudicar en muchos casos a la productividad en la medida en que enquistaba un problema y desencadena una judicialización y conflicto permanente entre los socios.

En todo caso el art. 727.11^a permite al tribunal, como cláusula de cierre, adoptar “...*otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.*”

Lo que permite al juez acordar la designación de expertos o interventores que, con una revisión limitada de carácter mensual, puedan frenar situaciones de difícil reparación con el transcurso del tiempo y evitar especialmente la continuidad en el abuso.

Sin embargo debemos manifestar que se trata de medidas cautelares acordadas por los tribunales en contadísimas ocasiones hasta hoy. En buena parte porque deben pedirse a instancia de parte y no suele hacerse o bien porque la fianza que la ley prevé no puede disponerse fácilmente por el minoritario o puede ser muy gravosa, o bien porque no es fácil acreditar el *periculum in mora* y difícilmente será acogido como *periculum indirecto*. Sea como fuere se trata de mecanismos ya existentes y propios de nuestro derecho desde hace mucho tiempo y que deben aprovecharse, promoverse y facilitarse por el legislador, mediante las reformas legislativas pertinentes.

Adicionalmente, para prevenir situaciones judiciales la Ley de Sociedades de Capital podría contemplar la designación de un experto, en una eventual reforma y como medida de jurisdicción voluntaria, que acreditados ciertos requisitos que puedan ser indicios claros de “*oppression*”, ya sea uno de ellos de modo contundente o varios de menos relieve concatenados. A saber, la denegación permanente de información a socios o a consejeros no apoderados, la retribución excesiva y desproporcionada de los administradores “*insiders*”, la ausencia de reparto de dividendos habiendo obtenido beneficios durante largo tiempo, operativas de *tunneling*, conflicto de intereses con retribuciones

cruzadas a los administradores o socios mayoritarios en otras sociedades, entre otros, son situaciones que deben permitir la solicitud al Registrador Mercantil de la designación de un experto independiente que fiscalice dichas actuaciones e informe trimestralmente a los socios de posibles actuaciones abusivas o fraudulentas.

En el marco legislativo actual estas disposiciones pueden adoptarse por el juez como medida cautelar, pero, una vez más, eso exige incoar un procedimiento judicial.

Pues bien, en nuestro derecho, además de la impugnación del acuerdo por abusivo o contrario a la Ley, solamente se contempla un supuesto de hecho de situación de abuso – la falta de reparto de beneficios en el art. 348 bis- y de otro lado solamente también un solo remedio frente a los múltiples que el legislador podría fácilmente prever – el derecho de separación- .

Y además, como veremos posteriormente en este trabajo, se ha automatizado en su regulación vigente de tal modo que se convierte en un resorte casi recurrente que en la regulación vigente no admite siquiera alegación de situaciones de posible insolvencia en caso de ejercicio, o de abuso de la minoría si se utiliza de mala fe. Por ejemplo sería el caso de que se haya acordado en pacto parasocial evitar el reparto durante el tiempo en que deban restituirse los préstamos con la entidad financiera en cumplimiento de un *covenant*, que ha sido conocido y consentido no sólo por los administradores sino incluso por los socios.





IV. SISTEMAS DE OCULTACIÓN DE BENEFICIOS: GRUPOS DE CASOS DE OCULTACIÓN FRAUDULENTA

Las prohibiciones de fraude de ley y el abuso de derecho son los límites infranqueables. La mayoría de *insiders*, que controlan la sociedad, deberán obtener mediante parasocial o por vía estatutaria una solución que garantice la estabilidad y un reparto o contraprestación, especialmente una cláusula de salida mediante compra de su cuota al minoritario, cláusulas de arrastre (*drag along*) o acompañamiento (*tag along*), entre otras, que todos los socios admitan como justo.

En defecto de soluciones leales en estatutos o pacto parasocial la mayoría puede tener la tentación de utilizar alguno de los siguientes mecanismos:

- Elevación de reservas estatutarias

Toda vez que actualmente el art. 348 bis se refiere específicamente a los beneficios repartibles, es preciso compensar las pérdidas y descontar igualmente la reserva legal y las reservas estatutarias.

Sin embargo, las reservas estatutarias que no son frecuentes de ver en las sociedades cerradas, podrían ahora de pronto, si se actúa maliciosamente, florecer espontáneamente a raíz de la entrada en vigor del precepto. De este modo se conseguiría el objetivo de disminuir el resultado distribuible, pero la sociedad tendrá la carga de la prueba respecto de la necesidad o conveniencia de dichas reservas estatutarias, pudiendo considerarse

fraude de ley la creación de reservas cuya principal finalidad sea precisamente evitar el reparto o disminuir su importe sustancialmente.

- Mantenimiento de beneficios en las sociedades filiales en grupos de sociedades.

En los grupos de sociedades sería sencillo por la mayoría en la sociedad matriz acordar en las juntas generales de las filiales el no reparto atesorando los beneficios de modo que estos no asciendan hacia la matriz o holding. De este modo, al menos formalmente, el minoritario en la matriz no podrá exigir el reparto ya que no existirá beneficio en dicha matriz.

Burda construcción sería esta que no resiste el mínimo análisis, y que con toda probabilidad sería desmontada por los tribunales. Sin embargo, la mayoría puede gozar de un tiempo de gracia mientras dura la resolución del caso, que obligará nuevamente al minoritario a ejercitar acciones judiciales, con lo que no se consigue uno de los objetivos de la norma, que es precisamente evitar la litigiosidad.

- Operaciones contables.

Aquí cabrían diferentes argucias para artificialmente disminuir el beneficio, como dotar provisiones innecesarias o sobrevalorar los deterioros de valor de ciertos activos.

- Política de retribución abusiva o detracción de activos.

Estaría entre el elenco de contravenciones a la ley por abusiva una política de retribución del órgano de administración excesiva que contradiga lo dispuesto en la ley, respecto a la adecuada proporcionalidad y moderación que debe observarse, teniendo

en cuenta la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares del mercado de empresas comparables – conforme al art. 217.4 LSC-.

También son habituales otros métodos como la contratación de empresas vinculadas con el mayoritario con el fin de detraer fondos contratando a dichas empresas como proveedores. Este es un punto que contempla la LSC en sede de infracción de los deberes de lealtad y de conflictos de intereses.

En efecto, el art. 228 entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad establece: c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. O las reguladas en el art. 229, como realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias y hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia. Igualmente hacer uso de los activos sociales o aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

El art. 217 de la LSC con la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modificó la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo, alteró sustancialmente el régimen retributivo de los administradores de las sociedades de capital. Así establece el sistema de reserva estatutaria y aprobación de la junta general para establecer el régimen de retribución de los administradores, con carácter general, en su *“condición de tales”*. En cambio el art. 249 3º y 4º de la LSC dispone que la retribución de los miembros del consejo de administración que sean nombrados consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente

por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.

Ello ha llevado a dos posiciones doctrinales, de un lado los que defienden que todos los administradores, también los consejeros ejecutivos, están sujetos en su retribución a la aprobación de la junta general y a reserva estatutaria. Y de otro lado los autores que han considerado que el art. 249 regula de modo separado la retribución de los consejeros ejecutivos, que estaría sometida a los acuerdos del propio consejo sin necesidad de aprobación de la junta general ni de reserva estatutaria, bastando con que la retribución se acomode a la política de retribuciones aprobada, eso sí, por la junta general.

No vamos a entrar a fondo en el debate, por exceder al tema que nos ocupa en este trabajo, pero al menos vamos a apuntar como está la cuestión actualmente. La DGRN ha considerado que la LSC establece una dualidad de sistemas y confiere un régimen específico a los consejeros ejecutivos, correspondiendo al consejo la fijación de su retribución. Así lo establece en resoluciones de 5 de noviembre de 2015, 10 de mayo de 2016 y 17 de junio de 2016.

En este sentido la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 30 de junio de 2017, ha establecido que debe respetarse dicha dualidad y separarse dos supuestos: el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo.

Así afirma la sentencia que el sistema de retribución inherente al cargo debe constar siempre en los estatutos. Sin embargo la función ejecutiva no es una función inherente al cargo de “consejero como tal”. Es una función adicional que nace de una relación jurídica añadida a la que surge del nombramiento como consejero por la junta general; que nace de la relación jurídica

que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro. En consecuencia, la retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es necesario que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero.

La sentencia de la Audiencia Provincial ha sido casada por la recientísima sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de febrero de 2018, cuya doctrina es clara y contundente. La relación entre los artículos 217 a 219 de una parte y 249 por otra de la LSC tiene carácter cumulativo, no alternativo. Las especialidades del art. 249 LSC deben ajustarse a la norma general del art. 217.4 y cumplir los requisitos específicos de los arts. 218 y 219. Nuestro sistema de órgano de administración social es monista, no existe una distinción entre un órgano ejecutivo y de representación y otro de supervisión, como en los sistemas duales. Los administradores sociales, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas. Por tanto la expresión “administradores en su condición de tales” se está haciendo referencia al administrador en el ejercicio de su cargo que se menciona en el primer apartado del art. 217.

La sentencia del Tribunal Supremo no es jurisprudencia consolidada, por ser la primera, pero ha comportado un cambio de criterio en el sentido apuntado, de modo que claramente favorece la postura que defendemos, redundando en la transparencia de modo que los derechos de la minoría estarán en mayor medida protegidos si existe reserva estatutaria a la retribución de los administradores, sean o no sean ejecutivos. Pues son precisamente los ejecutivos los que en mayor medida percibirán habitualmente una parte sustancial de dicha retribución.

Si bien es cierto que de la regulación vigente es difícil llegar a una interpretación distinta, nuevamente nos encontramos ante un régimen jurídico que facilita la comisión de abusos por parte de los administradores colegiados que podrán obviar el conocimiento de la junta general, si no es por el único control posible a través de la política de retribuciones. Regulación excesivamente genérica que como decimos, consagra el imperio de los *insiders*, y permitirá la absorción de recursos reduciendo los beneficios anuales.

Por tanto, con carácter general, debemos decir que las medidas de protección de la minoría, ya sea el 348 bis actualmente o cualquier otra en el derecho vigente, como la impugnación de acuerdos por no reparto abusivo, no están pensadas para evitar este tipo de situaciones.

Cualquier desvío de fondos indebido que pueda comportar una disminución del beneficio de la sociedad, ya sea instado por la junta general por la aprobación mayoritaria, o bien por los administradores realizando negocios o transacciones que desvíen el beneficio social y en la práctica lo disminuyan, podrán ser consideradas fraude de ley.

Además de comportar también frecuentemente un incumplimiento del deber de lealtad de los administradores que colaboren con los mayoritarios en dichas prácticas, en la línea de lo prescrito igualmente por el art 190.1.e) que prohíbe al socio el ejercicio del derecho de voto cuando tenga por objeto dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el art. 230.

Es de gran interés la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de septiembre de 2017, en la que trata precisamente la cuestión de la retribución del administrador

ante una impugnación de acuerdos sociales que consideraba la misma excesiva y perjudicial al interés social. Así la sentencia analiza el tradicional tema del interés social, tanto desde la postura institucionalista como desde la contractualista. Como es sabido la tesis institucionalista considera que el interés social es distinto del de sus socios, contemplando la preeminencia de la sociedad de capital como una institución. El interés social o intereses de la sociedad coinciden con los de los componentes de la empresa (accionistas, trabajadores, administradores, acreedores, etc.).

En cambio, la teoría contractualista, consagrada en nuestro Derecho por el Tribunal Supremo³⁸, entre otras en la sentencia de 7 de diciembre de 2011, defiende que *“el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de los socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social”*.

Así la sentencia invoca la defensa del interés social en aplicación del art. 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que dispone: *“la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.”*

38 El art. 7 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el consejo de la CNMV opta también por la tesis contractualista y pone el énfasis en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el accionista común, que responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a la maximización, de forma sostenida del valor económico de la empresa.

El deber de fidelidad entre los socios es especialmente destacado en esta sentencia de 12 de septiembre de 2017, por eso afirma que deben controlarse las decisiones mayoritarias ya que abusa de su derecho de voto el socio mayoritario que adopta decisiones sociales con clara desconsideración de los intereses de los demás socios. Y citando la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2012, particularmente cuando el cargo de administrador sea ostentado por el mayoritario, la situación puede ser abusiva cuando la fijación de una retribución excesiva pueda convertirse en un instrumento a través del cual la mayoría imponga a la minoría una distribución de los beneficios distinta a la que determina la respectiva participación en el capital. Y concluye que la retribución es desproporcionada y por tanto declara nulo el acuerdo por ser contrario al interés social.





V. EL DERECHO A PARTICIPAR EN LAS GANANCIAS SOCIALES VS EL DERECHO AL DIVIDENDO MÍNIMO. LAS SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES

La naturaleza del derecho al reparto de las ganancias como derecho subjetivo de carácter mediato

La cualidad de socio o accionista entraña una pluralidad de derechos, de contenido económico, político y mixto, que aparecen en distintos preceptos de la LSC, siendo el art. 93 el que establece el derecho a participar en las ganancias sociales, entre otros de contenido económico y también político. El art. 148 LSC también reconoce y regula derechos de contenido económico y de contenido político destacando entre estos últimos emblemáticamente el derecho de voto.

Así el art. 93 es del siguiente tenor:

“Art. 93. Derechos del socio.

En los términos establecidos en esta Ley, y salvo los casos en ella previstos, el socio tendrá como mínimo, los siguientes derechos:

- a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.*
- b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.*
- c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.*
- d) El de información.”*

En primer lugar hay que decir que el precepto no contiene todos los derechos del socio, siendo una enumeración incompleta, aunque sí figuran los más importantes. Solamente dentro de los derechos económicos estarían muchos otros como el derecho a un dividendo preferente, el derecho a ceder la acción o participación a terceros o a transmitir el usufructo, etc.

De otro lado también cabe la reflexión de si hablamos de derechos o facultades, ya que podemos considerar que el derecho es la participación o acción y del mismo se derivan estas y otras facultades propias de la posición de socio.

Y algunos de ellos, al menos, son claramente renunciables, como el derecho de suscripción preferente. En este caso, no sólo es renunciable sino que no se da en todos los casos, actualmente únicamente en el caso de aumento de capital con aportaciones dinerarias. En tal sentido la Ley de Sociedades de Capital establece en el art. 304.1 que el derecho de preferencia en los aumentos de capital se reconoce únicamente en “*los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales...., con cargo a aportaciones dinerarias*”. Por tanto, tratándose de aportaciones no dinerarias e incluso de compensación de créditos no sería de aplicación el derecho de asunción preferente en las sociedades de responsabilidad limitada.

Este precepto extendió a la sociedad limitada lo que ya era aplicable en la sociedad anónima desde la Disposición Final Primera de la Ley 3/2009, de 3 de abril. Así lo ha interpretado la DGRN en Resoluciones de 2 de octubre de 2015 y de 6 de febrero de 2012.

Vamos a centrarnos en el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.

De la expresión “*participar en el reparto de las ganancias sociales*” que el art. 93 reconoce como derecho mínimo del socio, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia ha desarrollado la tesis de la distinción entre derecho abstracto y derecho concreto al dividendo.

Sin embargo es cierto, como apunta también la doctrina mercantilista más autorizada³⁹ que existen medios muy diversos de participar en las ganancias sociales, pero no son *reparto* de ganancias sociales. Por ejemplo, el socio puede participar en las ganancias sociales –entendidas como beneficio– mediante la obtención de nuevas acciones, como dividendo en especie, por retribución de trabajo o retribución como administrador. O incluso percibiendo retribuciones por servicios u obras diversas con empresas vinculadas, autorizadas y conforme al deber de lealtad. Si bien es cierto que en estos supuestos propiamente, dichas percepciones irán contablemente a disminuir el beneficio, no es menos cierto que jurídica y económicamente deben considerarse percepciones en tanto que es socio.

Sin embargo en los casos expuestos no habrá reparto alguno de beneficios o ganancias sociales. El concepto *reparto* en una interpretación lógica, y aun literal del art. 93, significa percibir un dividendo, una ganancia, y por tanto en una sociedad de capital solamente puede repartirse aquello que se ha ganado, y si hablamos de ganancias por tanto debemos referirnos precisamente al beneficio.

Así consideramos que la clásica distinción entre derecho abstracto y derecho concreto que viene manejando la doctrina y sobretudo la jurisprudencia, debe superarse en aras a un concepto unitario de derecho al dividendo. Concepto actual, que

39 Aurelio MENÉNDEZ, Cándido PAZ-ARES, entre otros. Op. Cit.

se confirma con la entrada en vigor del art. 348 bis que, si bien no establece el derecho concreto a un dividendo mínimo, sin duda sí es mecanismo disuasorio para que tenga lugar el oportuno acuerdo de reparto.

El dividendo no es concreto o abstracto, sino simplemente es derecho al dividendo, al reparto de los beneficios sociales. En consecuencia lo único preciso y pendiente será que la junta lo decida y apruebe, pero el derecho del socio al reparto existe y la Ley lo configura como un derecho esencial e insoslayable, siendo el primero de todos los que constituyen la enumeración del art 93 que encabeza la Sección 1ª, Capítulo II del Título IV bajo la rúbrica “Los derechos del socio”.

Se configura el derecho a participar en las ganancias sociales como un derecho subjetivo y autónomo, no como una expectativa de derecho. Existe una gran diferencia entre el concepto del art. 93 a) y la mera expectativa. Es un derecho subjetivo cierto, determinable aunque todavía no determinado, como derecho natural o habitual a percibir la cuota correspondiente de las ganancias sociales participando así en el patrimonio social. El hecho de que la junta general se oponga al acuerdo de reparto de las ganancias y acumularlo a reservas, aún teniendo derecho a ello si razonablemente procede, será una anomalía, debe configurarse como una excepción, y ese es el tenor literal y también, entendemos, la interpretación lógica del art. 93 a).

Cuestión distinta es que esa percepción de las ganancias sociales pueda recibirse no como un acuerdo de dividendo sino mediante otros acuerdos sociales distintos, igualmente satisfactorios del derecho mismo a percibir las ganancias sociales, como una reducción de capital con devolución de aportaciones, liquidación de reservas disponibles, entre otros. Pero es evidente que no será *reparto de las ganancias sociales* el atesoramiento, el mero hecho de acumular a reservas el beneficio del ejercicio.

Parece claro que el derecho al reparto de las ganancias sociales constituye pues una de las manifestaciones fundamentales, con carácter de derecho subjetivo, de otro concepto más amplio, que es el ánimo de lucro, y que se encuentra genuinamente, en el marco de las sociedades mercantiles, en el art. 116 del Cco:

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

En otro capítulo de este trabajo citamos a ORTEGA PARRA⁴⁰ señala que el debate respecto al derecho a participar en el reparto de las ganancias es el principal entre los derechos económicos atribuidos al accionista.

Por su parte ILLESCAS ORTIZ entiende que *“... Se denomina derecho al dividendo el derecho que a repartir entre sí las ganancias sociales se atribuye por la ley genéricamente a los socios. El fundamento positivo último de dicho derecho cuya denominación no se encuentra sólidamente establecida ni por la legislación ni por la doctrina se halla en la causa del contrato de sociedad: el art. 1665 del CC alude de modo expreso al ánimo a partir entre sí las ganancias que ilustra la affectio societatis de los socios al momento de celebrar el contrato de compañía. Este espíritu empresarial y remunerador que anima a los socios se reitera en el art. 116 del Ccom cuando se señala que la obligación de aportar que los contratantes adquieren lo es “para obtener lucro”. De modo ya más preciso, el CC se remite al pacto social para la determinación exacta de las modalidades del reparto de los beneficios entre los asociados: su art. 1689.I establece que “las pérdidas y ganancias (sociales) se repartirán en conformidad con lo pactado”; dicha libertad de pacto*

⁴⁰ Sonia ORTEGA PARRA, *La participación del socio en las ganancias sociales*, edit. Tirant, 2015. Págs. 26 y ss. Op. citada

atribuida a los fundadores de la compañía no es sin embargo absoluta. Casi sin solución de continuidad art. 1691.I del propio CC se preceptúa que “es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias...”. Supone la norma transcrita la prohibición expresa del denominado pacto leonino en cuya virtud el reparto de las ganancias sociales queda vetado para alguno de los asociados⁴¹”.

Por tanto este autor recoge acertadamente la causa lucrativa y, como plasmación de la misma en la ejecución del contrato ese *ánimus* se concreta en el resultado perseguido, que no puede ser otro que la realización efectiva del reparto del beneficio obtenido. De este modo el reparto de las ganancias entre los socios se enmarca como el resultado normal o natural que los contratantes deberán obtener si la sociedad tiene éxito y existen beneficios.

Sin embargo debemos reconocer que la situación es bien distinta en la empresa cotizada que en la no cotizada. En la cotizada el accionista puede obtener liquidez inmediata en un mercado regulado, donde teóricamente su derecho está protegido por la legislación del mercado de valores y la información que recibe es amplísima y detallada. Si bien también adolece de serios defectos que ponen en jaque al sistema financiero y bursátil, como recientemente ha ocurrido en España con la Resolución del Banco Popular el 7 de junio de 2017, sociedad cotizada en el IBEX 35 que en principio es sinónimo de solidez en la solvencia, en la que más de 300.000 accionistas perdieron de la noche a la mañana sus ahorros cuando pocos días antes los máximos responsables económicos del Gobierno afirmaban que debía existir tranquilidad absoluta respecto a la situación de dicho banco.

41 ILLESCAS ORTIZ, “El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte”. *Derecho de los Negocios*, nº 21, junio de 1992. Op. citada”

Sin embargo en la sociedad no cotizada el socio o accionista minoritario, si se ve privado de todo derecho a participar en las ganancias, carece de un mercado y del derecho a que la mayoría le compre su participación, salvo pacto expreso. De manera que los *insiders* son los que controlan la sociedad con el apoyo de los socios mayoritarios.

Los *insiders* seleccionan y deciden las inversiones de las empresas, en cambio los inversores externos son quienes financian estas inversiones. El reconocimiento de esta situación de tensión o conflicto de intereses entre ambos da lugar a la llamada teoría del *coste de agencia durante el ciclo de vida* de la política de dividendos.

Con independencia del art. 348 bis como remedio específico, nuestro Derecho ofrece una mala solución ante los abusos: la impugnación del acuerdo por abusivo conforme al art. 204.1 LSC, en particular el párrafo segundo, en conformidad con el art. 7 del CC, o bien impugnación por fraude de ley por vulnerar el art. 93 LSC.

La solución es impugnar el acuerdo por parte del minoritario, que estará lógicamente ya de por sí empobrecido en la mayor parte de los casos, que deberá iniciar y financiar un *via crucis* judicial en varias instancias, o como mínimo costear un arbitraje si hay cláusula arbitral en los estatutos, y durante esos años de procedimientos seguirá sin participar en las ganancias sociales, frente a los *insiders* protegidos por la mayoría extractiva que gozarán del poder en la sociedad y por tanto del control de los fondos.

Notemos que, en el mejor de los casos, el resultado final será la nulidad del acuerdo, de manera que le basta a la mayoría con dulcificarlo un poco en la siguiente junta general y sustituirlo

por un acuerdo similar concediendo un pequeño reparto de beneficios por ejemplo.

De ahí que parece razonable que el legislador se hiciera eco del clamor existente en la doctrina y ofreciera alguna solución, siquiera precipitada y parcial al problema, como fue el art. 348 bis.

Con una visión realmente empresarial e innovadora de la economía el legislador debería facilitar que el ahorrador pequeño y mediano, además de ir a Bolsa pueda también invertir en *start ups* y pequeñas sociedades, y la forma de facilitarlo es precisamente proteger su posición evitando los abusos. En cambio todas las normas relativas a la capitalización en los arts. 273 y siguientes se dirigen fundamentalmente a proteger a los acreedores, y no a los socios *outsiders*, que son los que de verdad ofrecen una financiación a las empresas, alternativa a los canales de financiación bancaria. La situación actual dificulta la entrada de capital fresco en las sociedades pequeñas y de nueva creación, ya que la posición de los minoritarios puede en muchos casos quedar desprotegida.

Por tanto hay un derecho no inmediato sino mediato o potencial a las ganancias por parte de los socios o accionistas, pero no es una pura hipótesis o expectativa sino un derecho subjetivo mediato, es decir que naturalmente deberá concretarse mediante un acto jurídico subsiguiente que lo convierta en un verdadero derecho subjetivo de crédito, de naturaleza obligacional o crediticia, mediante el acuerdo en junta general que le atribuya el carácter de derecho subjetivo.

Realmente no podemos considerar el derecho a participar en el reparto de las ganancias una mera expectativa, pues si fuera una pura ilusión de obtener ganancias sin un instrumento jurí-

dico que lo ampare se desnaturalizaría la causa lucrativa como inherente al contrato de sociedad, y en cambio sabemos que no es así ya que existe verdadera protección del derecho a participar en las ganancias, obteniéndose la tutela judicial a través de la impugnación del acuerdo por abuso de derecho o bien en el caso de denegarse cuando proceda permitirá ejercitar el derecho de separación conforme al art. 348 bis, que actuará como instrumento disuasorio de situaciones de abuso.

Sin embargo se admite el pacto estatutario o parasocial por el cual los socios pueden renunciar a participar total o parcialmente en las ganancias, lo que ha llevado a algunos autores, como GIRÓN TENA a considerar el ánimo de lucro como un elemento discrecional y renunciabile. Consideramos que la imposición por la mayoría a la minoría de un pacto estatutario de tal naturaleza comportaría un acto de mayoría opresiva, por tanto reprochable, que haría posible su impugnabilidad. Pero en determinados casos, por acuerdo unánime de todos los socios el pacto sería válido, en mi opinión. En cambio no nos parece aceptable su carácter indefinido en el tiempo, como un pacto estatutario más, ya que comportaría una vinculación excesivamente onerosa que contradice el principio de prohibición de las vinculaciones perpetuas y por tanto sería resoluble *ad nutum*. En cambio, sí podría aceptarse por un período relativamente corto, por ejemplo cinco años.

En conclusión el art. 116 C de Com y el 1665 CC, y también el 93 LSC presuponen la participación en las ganancias sociales, pero no establecen ni imponen la forma en que debe establecerse el reparto, pues la participación en las ganancias podría consistir desde la percepción de un dividendo, hasta la percepción de cualquier ventaja patrimonial, por ejemplo como retribución, derecho a adquirir nuevas participaciones, stock options etc.

Derecho al dividendo acordado

Un concepto es beneficio y el otro dividendo. No hay un derecho al beneficio *ab initio*, sin embargo ello hay que matizarlo y no se puede afirmar tajantemente. De un lado es indudable que la personalidad jurídica de la sociedad frente a sus socios o accionistas tiene una consecuencia de autonomía patrimonial. Por tanto el ente societario, que tiene patrimonio propio, adquiere *ipso iure* la propiedad del beneficio en el momento de su generación. Queda entonces bajo la exclusiva voluntad de la junta general la decisión de que tales beneficios o parte de ellos puedan distribuirse como dividendos, pasando en ese momento al patrimonio individual de los socios como derecho de crédito individualizado y ajeno a la relación societaria. Sin el acuerdo de la junta no es factible la distribución del beneficio.

Frente a esta posición algunos autores han considerado que el derecho del socio al beneficio societario tiene su origen en el contrato de sociedad, de modo que sería la contraprestación a la que tendrían derecho, con carácter sinalagmático. Sin embargo el contrato de sociedad excede de un contrato sinalagmático simple, las prestaciones de los socios en la fundación de la sociedad salen de su patrimonio y entran en la formación de un nuevo patrimonio, el patrimonio social, con un mismo interés, integrado en una nueva persona que es la sociedad.

Por tanto entendemos que cuando el art. 93 se refiere al derecho de los socios a participar en las ganancias sociales no se está refiriendo a la apropiación del beneficio, ya que el cómo y el cuándo lo desarrolla la ley en los arts. 273 LSC y concordantes. El 273 diferencia claramente entre beneficio del ejercicio de “dividendos”. El beneficio distribuible se expresa con carácter condicional. El dividendo se adquiere por el acuerdo de la junta general, que es el título constitutivo del derecho.

En cambio el derecho al dividendo se confiere en la ley por excepción, como puede verse en el caso de las participaciones y acciones privilegiadas en el art. 95 y en el de las participaciones y acciones sin voto, en el art. 99.

Así la doctrina y la jurisprudencia sitúan el art. 93 LSC como un derecho abstracto al dividendo, no existiendo derecho a apropiarse del resultado, del beneficio *ab initio* si no existe acuerdo de la junta que lo concrete. Por ello es confuso hablar de derecho abstracto, siendo deseable por seguridad jurídica afirmar que el derecho existe cuando se acuerda en la junta, por tanto no hay derecho abstracto sobre el beneficio, pues no cabe su ejercicio, sino solamente derecho subjetivo al dividendo acordado.

El art. 93 es un derecho a participar en los repartos, otorgando al socio la tutela correspondiente, de modo que solo se infringirá el art. 93 cuando el socio resulte excluido del reparto y no se le compense por otro medio distinto al dividendo –ya que podría participar de las ganancias a través de sistemas diversos-, o se lleve a cabo vulnerando los principios societarios, generando situaciones expropiatorias mediante abuso del derecho. Junto con el 204.1 antes comentado, ofrece al socio oprimido por la mayoría, la posibilidad de impugnar los acuerdos expropiatorios de la mayoría que se dirijan a excluirle de la participación en las ganancias, y que soslayen de forma abusiva dicha posibilidad, por ejemplo atesorando ejercicio tras ejercicio de forma injustificada los beneficios.

Recordemos que deberán reputarse nulos los llamados pactos leoninos, que son los acuerdos que excluyan a uno o varios socios de toda participación en los beneficios. *“Art. 169ICC: es nulo el pacto que excluye uno o más socios de toda parte en las ganancias o pérdidas”*

Sí son admisibles en cambio, y es aconsejable introducirlas en los estatutos, las cláusulas que establezcan la concreción del derecho al dividendo en atención al beneficio obtenido. Por ejemplo las que reconozcan el derecho a repartir un tanto por ciento del beneficio del ejercicio, o su detracción obligatoria para repartirlo como dividendo. Actualmente con las limitaciones que establece el art. 348 bis, al que nos referiremos en otro capítulo de este trabajo.

Una vez cubiertas las disposiciones de los arts. 273 y 274 y concordantes, que son imperativas: a) que el valor del patrimonio neto no resulte inferior al capital social como consecuencia del reparto; b) que el importe de las reservas disponibles sea al menos igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance; c) que se dote una reserva indisponible equivalente al fondo de comercio que aparezca en el activo del balance, destinándose una cifra del beneficio que represente al menos un cinco por ciento del fondo de comercio d) que se destine un 10% del beneficio a la reserva legal, hasta que esta alcance al menos el 20% del capital social.

En conclusión obsérvese que el art 273 dice que *“podrán repartirse dividendos”*, y además lo establece con carácter condicional a las necesidades de patrimonio neto *“sólo podrán”*....por lo que debemos concluir que no existe derecho al dividendo no acordado. El derecho al dividendo no viene establecido *ex lege*, sino que deberá configurarse por la junta general.

Por tanto el socio no está dotado de acción alguna que le permita exigir a la junta general que acuerda la no distribución que decida algo distinto, ni un año de forma aislada ni tampoco de forma periódica. Es por ello que el socio no puede ejercitar una pretensión o acción concreta e inmediata. Salvo que el acuerdo de la junta se repunte arbitrario y contrario al art. 7 del CC por

existir abuso de derecho. Cabrá entonces impugnar el acuerdo de aplicación del resultado, o bien ejercitar el art. 348 bis solicitando la separación por no reparto de, al menos, la tercera parte de los beneficios.

Siendo lo anterior cierto, no lo es menos que lo natural será la aplicación del art. 93 LSC, como norma que enmarca el derecho del socio y accionista a participar en el reparto, norma que aunque general y pendiente de concreción es de obligatorio cumplimiento, imperativa, y deberá aplicarse de modo natural si existen beneficios y así lo permite la situación financiera de la sociedad.

La junta resolverá sobre la aplicación del resultado de acuerdo con el balance aprobado. Debe por tanto previamente aprobarse el balance.

El art. 276: *“1. En el acuerdo de distribución de dividendos determinará la junta general el momento y la forma de pago. 2. A falta de determinación sobre esos particulares, el dividendo será pagadero en el domicilio social a partir del día siguiente al del acuerdo”.*

Desde que se adopta el acuerdo en la junta el dividendo entra en el patrimonio personal del socio. Se configura como un derecho de crédito del socio frente a la sociedad. Cuestión distinta es en qué momento es exigible, ya que pueden existir acuerdos en junta que establezcan la demora de dicha exigibilidad. Nuevamente, no sería válido por abusivo el acuerdo de junta que acordara la demora durante años para el pago si no existe una poderosa razón que así lo exija.

En cambio consideramos admisible el pacto parasocial por el que los socios, todos los socios o bien aquellos que deseen

acordarlo, establezcan que una parte o la totalidad de los dividendos acordados por la junta para reparto se remansen o acumulen en un fondo pendiente de su reparto a un plazo, por ejemplo cuando dichos socios adquieran cierta edad.

Análisis de casos en la jurisprudencia respecto al derecho al reparto de las ganancias sociales

1er GRUPO: Hay muchas sentencias que giran en torno al concepto de derecho abstracto, que transita a derecho concreto al dividendo cuando se adopta el acuerdo por la junta. Así la sentencia del Tribunal Supremo emblemática es la de 30 de enero de 2002, ponente Xavier O’Callaghan.

La sentencia TS de 7 de diciembre de 2011, recoge la doctrina del derecho concreto del crédito del accionista contra la sociedad una vez es reconocido en la junta, frente al derecho abstracto, que también juzga indiscutible. Lo interesante de esta sentencia es que dictada tras la introducción en la LSC del art. 348 bis, y parece indicar que la falta de reparto de dividendos sistemáticamente y su actual impugnación por abusiva perdería virtualidad con la entrada en vigor del 348 bis, ya que este ofrece una salida, el derecho de separación.

No nos parece una posición admisible que el ejercicio del derecho de separación venga a enervar otras acciones por abuso de la mayoría en la junta general, ya que siendo escasas las opciones del socio para impugnar conductas abusivas consideramos que no pueden limitarse en ningún caso, mas al contrario deben favorecerse para salir de la opresión.

Podemos incluir aquí también la SAP Madrid 434/2005, que reconoce que el socio tiene unas expectativas al asociarse, y que

ese derecho abstracto le permite al accionista oponerse a acuerdos sociales que le excluyan, sin más, de la participación en los beneficios, o en los casos en que los propios beneficios se reconduzcan a partidas que no respondan a una propia necesidad para el normal desarrollo de la sociedad. Y afirma que no se podrá sistemáticamente negar el reparto de beneficios que aparezcan en la cuenta de la compañía sin lesionar el derecho que el socio tiene al reparto del dividendo.... Y añade *“que en una sociedad como la anónima, capitalista por excelencia, el reparto de beneficios, es esencial en su propia configuración legal.”* Y por tanto el derecho abstracto permitirá ejercitar acción contra acuerdos sociales que vedan sistemáticamente o sin justificación o razonabilidad alguna, el reparto de beneficios a favor de los accionistas, pues la acción confiere a su titular legítimo el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el reparto resultante de la liquidación.

2º GRUPO: En esta misma línea pero atendiendo especialmente a la justificación económico financiera, o dicho de otro modo, enfatizan la importancia del juicio de razonabilidad económica en cuanto a la retención de beneficios. Lo que determinará o no la viabilidad del acuerdo social, pues el interés social habitualmente será el determinante de tal retención.

En el mismo sentido la SAP de Barcelona, de 21 de septiembre de 2000. En sentido contrario en este caso, el juicio de razonabilidad económica llevó a la Sala a considerar que no estaba justificada económicamente la impugnación.

Igualmente, recogiendo la doctrina del TS sobre el abuso, la sentencia del Juzgado Mercantil 1 de Palma de Mallorca, considera que no puede el juez actuar como un órgano fiscalizador del acierto o desacierto económico de las decisiones empresa-

riales del órgano de administración, ni un órgano dictaminador de lo que en cada momento haya de resultar conveniente para la sociedad. *“El acuerdo de la junta de aplicar los beneficios a reservas puede tener una explicación empresarial perfectamente razonable, puesto que supone un aumento de la financiación propia que elimina o reduce la necesidad de acudir a la ajena. Es el órgano social y no el juez quien tiene que valorar la oportunidad empresarial de la decisión en el marco de un ámbito de libertad de la sociedad.”* La sentencia no aprecia el abuso de derecho porque atiende a las decisiones adoptadas por la mayoría de control en ejercicios anteriores, que en varios ejercicios recientes en los últimos diez años sí acordaron repartir una parte de las ganancias.

Véase pues el criterio restrictivo para apreciar el abuso: *“Es cierto que el análisis del no reparto de dividendos debe efectuarse desde el prisma del acuerdo adoptado en relación con los resultados del ejercicio concreto y según la situación de la junta en que se aprueban. Pero no es menos cierto que lo sucedido en ejercicios anteriores puede ofrecer indicios reveladores de si se está en presencia de una conducta abusiva o no. Decimos ellos porque se concuerda que en los ejercicios 2009 a 2013, existiendo beneficios, el acuerdo de la junta fue la de repartir dividendos, en un importe total de 7.704.000.-€, de los cuales 983.800.-€ correspondieron al actor. Ello sería indicativo que la sociedad es proclive a distribuir sus ganancias entre los socios, y que sólo por razones sobrevenidas y extraordinarias adopta un acuerdo distinto de lo que venía aconteciendo hasta la fecha. (...) Por estas razones, el Tribunal no considera que se haya producido la situación de abuso que se expone en la demanda, considerando que existe un motivo razonable, justificado y documentado por el que se hacía conveniente el no reparto de dividendos. De esta forma no puede declararse la nulidad respecto de este acuerdo.”*

La prueba de la justificación económica, es analizada también en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 de mayo de 2014: *se detalla con profusión de análisis pericial, que demuestra la existencia de reservas holgadas y a la vez la ausencia de mayores necesidades de capitalización, y así concluye con la nulidad del acuerdo por vulnerar el art. 7.2 del CC “al no existir justificación alguna para el no reparto de dividendos a los socios”.*

3er GRUPO: Otro grupo de resoluciones ponen énfasis en la competencia exclusiva de la junta general para la aprobación del resultado, de modo que los tribunales no tienen dicha competencia, y en cambio el socio puede acudir al recurso de nulidad o anulabilidad del acuerdo social, no a su sustitución o subsanación.

Es obvio que el juez no puede rehacer las cuentas anuales mal formuladas, y por ende tampoco puede decidir cuál es el dividendo repartible. Así la sentencia de 28 de enero de 2005 de la SAP de Murcia, proclama que *“... la decisión de la junta de aplicar todo o parte del beneficio neto obtenido en el ejercicio a uno u otro destino no incumbe a los Tribunales de justicia, que no pueden ordenar el reparto de dividendos o decidir su cuantía.”*

4º GRUPO. Este grupo se caracteriza por acoger la doctrina de que el Tribunal puede, al amparo de la doctrina de prohibición de abuso de Derecho, poner límites a la actividad empresarial, de modo que incluso puede acordarse por el Juez un reparto de dividendo que restablezca el derecho del demandante. Supone esta doctrina jurisprudencial un giro radical frente a la doctrina anterior.

Es el caso de Inversiones Marpel, S.L., sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2017. La junta de socios había acordado que el resultado del ejercicio 2010 fuera aplicado en su integridad a la dotación de reservas voluntarias. El Juez no sólo decretó la nulidad del acuerdo social, en el aspecto concreto referido a la aplicación del resultado de 2010, sino que además ordenó que la sociedad debía repartir entre los socios un dividendo calculado sobre el 30% de los beneficios del referido ejercicio social. Y la Sala destaca que el juez no es un órgano fiscalizador del “desacierto económico” de las decisiones empresariales ni un órgano dictaminador de lo que en cada momento haya de resultar conveniente para la sociedad. Es el órgano social y no el juez el que tiene que valorar la oportunidad empresarial de la decisión en el marco de un ámbito de libertad de la sociedad.

Sin embargo en la sociedad se habían acumulado reservas en los ejercicios precedentes desde el año 2006 al 2009 ambos inclusive. Y es en el ejercicio 2010 cuando el resultado vuelve a ser de sustanciosos beneficios y el órgano de administración vuelve a proponer con el aval de la mayoría social que no se pague dividendo a los socios y se destinen de nuevo tales ganancias a engrosar las reservas voluntarias de la sociedad.

Y así la Sala afirma que “... Resulta bastante llamativo que con tal grado de potencia patrimonial de la entidad y varios ejercicios sucesivos de obtención de sustanciosos beneficios se decidiera que ello no se materializara, en alguna medida, en la percepción de un dividendo por parte de los socios. Las cifras son tan significativas que, francamente, resulta bastante verosímil el alegato de la parte demandante de que ha estado padeciendo una situación de sistemática privación de la posibilidad de materializar su participación como socio en el fruto de las ganancias sociales (puesto que ya en ejercicios precedentes, en situaciones análogas, también se acor-

dó su no reparto).” Y concluye “... Si se detecta, como interpretamos que ha ocurrido en este caso, que el sustrato del acuerdo es un comportamiento de esa índole por parte de la mayoría social, el mismo debe ser declarado nulo por contravención de un imperativo mandato legal. Coincide por lo tanto, este tribunal con la apreciación del juez de lo mercantil. No estamos enfrentándonos a un comportamiento normal de libre determinación económica en el seno de una sociedad mercantil con respecto al destino lógico de unos beneficios empresariales, sino a una conducta de mera imposición abusiva por parte de la mayoría que estaba decidiendo del someter a la minoría, una vez más, a verse privada de una razonable participación en lo que estaban siendo la sistemática obtención de beneficios sociales, año tras año, sin que el socio minoritario estuviera obteniendo rendimientos merced a la inversión que realizó en el capital social. No es esa una conducta que la ley ampare y por lo tanto se justifica que este tribunal otorgue ante ella la tutela judicial solicitada por la minoría. Porque las decisiones societarias responden al principio mayoritario y éste ha de ser respetado, pero siempre y cuando se sitúe dentro del cumplimiento de la legalidad. Si lo que ocurre es que se desbordan los límites marcados por ella, debe otorgarse tutela judicial a la minoría que se ha visto avasallada en el disfrute de sus derechos.”

Igualmente la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de marzo de 1997, ha entrado a valorar una concreta distribución de dividendos arrogándose dicha competencia, que es soberana de la junta.

Sin embargo la sentencia más importante de este grupo, por ser del Tribunal Supremo, es la de 26 de mayo de 2005, ponente Alfonso Villagomez Rodil, caso Markestil S.L., el Juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad del acuerdo de junta general que había acordado el no reparto de beneficios de la sociedad ordenando que los bene-

ficios del ejercicio “*se repartan entre los socios en proporción a su participación, sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en este procedimiento*”.

“...privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría.”

Es decir, la sentencia no se limita a declarar la nulidad del acuerdo por abusivo sino que ordena que todo el beneficio de ese ejercicio concreto se reparta en su totalidad entre los socios, lógicamente en proporción a sus participaciones, huelga decirlo. El Tribunal Supremo confirma dicha decisión y sienta la siguiente doctrina:

- La autorización de dedicar la totalidad de los beneficios a constituir reservas libres para nada quedó acreditada.
- El derecho a participar en las ganancias se configura como un derecho mínimo de los socios.
- En cambio el derecho a los dividendos que se presenta como un derecho de tránsito de derecho abstracto social a un derecho de crédito a favor del socio cuando se aprueba el reparto en junta no es un derecho absoluto de reparto de todos los beneficios, pues, aparte de las reservas legales se pueden constituir otras de carácter voluntario.
- Sin embargo en el caso enjuiciado resulta que las reservas carecieron de toda justificación, debidamente probada, ni tampoco se acreditó situación alguna de iliquidez de la sociedad.

- Y concluye que toda vez que en la sociedad nunca se han repartido dividendos entre los socios, privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática se presenta a todas luces como una actuación abusiva que no puede obtener el amparo de los tribunales. Queda por tanto justificada la impugnación promovida del acuerdo social y la estimación del Juez de instancia del acuerdo de aplicación del resultado.

Esta sentencia supone un giro radical en la doctrina jurisprudencial ya que confirma que si hay beneficios el socio minoritario no tiene derecho de crédito directo hasta que no hay acuerdo de junta, pero sí tiene un verdadero derecho subjetivo al reparto, que deberá decidir la junta, pues de lo contrario el tribunal podrá acordar el reparto de la totalidad. Es decir el derecho mínimo es participar de algún modo en las ganancias, de modo que lo natural y ordinario será acordar el reparto y por tanto el atesoramiento no está justificado si no hay un plan de inversión o de algún modo está previsto qué hacerse con las reservas acumuladas.

Así el Tribunal Supremo da carta de naturaleza a la pretensión de sustituir la voluntad de la junta, amparándose en el art. 708.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando así se solicite por el impugnante del acuerdo, y podrá declarar el Juez el reparto de beneficios si no lo hizo la junta general, en tanto que no estaba justificado el atesoramiento año tras año de en forma de reservas.

Aunque supone sin duda un gran avance consideramos que no es una solución que ampare los derechos del minoritario. La sentencia del Tribunal Supremo comentada es del año 2005 y la demanda se presentó en 1996. Además de largos años de

procedimientos, la sentencia solamente confirma el reparto en un ejercicio concreto que acordó el Juez de primera instancia, el de 1994. Y no olvidemos que la sociedad nunca había repartido beneficios.

Por tanto ¿Qué ocurre con la posición de los minoritarios todos los años hasta que se obtiene la sentencia firme desde la presentación de la demanda? Los acuerdos adoptados en años sucesivos no podrán acumularse como hecho nuevo y únicamente pueden ser objeto de una impugnación judicial separada.

¿Y qué ocurre después de la sentencia firme en los años siguientes si la mayoría decide en junta continuar con el atesoramiento? Pues que el minoritario no tendrá otro remedio que iniciar un nuevo procedimiento dirigido a la impugnación del acuerdo y obtener un reparto, mientras no se solvente el problema por el legislador.

Con respecto al número de años de no reparto que son necesarios para considerar abusiva la posición de la mayoría, la jurisprudencia ha considerado abusiva la negación de reparto durante ocho años consecutivos cuando los resultados económicos habían sido muy favorables – sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de junio y de 15 de septiembre de 1997-. Por el contrario, cuando han sido tres ejercicios consecutivos en los que se acordó el no reparto y atesoramiento a reservas no se ha considerado abusivo, como fue el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de septiembre de 2009.

En conjunto la situación era y continúa siendo de un casuismo excesivo, y consecuentemente de falta de seguridad jurídica respecto a cuándo y en qué medida la decisión de no reparto continuada y sin inversiones previstas en el horizonte puede o

no considerarse abusiva. En mi opinión este es el escenario idóneo para favorecer y perpetuar el abuso, siendo la posición del minoritario fácilmente vulnerable sin remedio por los *insiders* que deseen permanecer en la posición de abuso.

5º GRUPO: La sent de la AP de Barcelona, Secc. 17ª, de 4 de diciembre de 2013. En el caso enjuiciado se había otorgado el derecho de usufructo sobre las participaciones sociales, pero se excluía su extensión a nuevas participaciones derivadas del derecho de asunción, ni tampoco al derecho de asunción preferente derivado. El usufructo otorgaba exclusivamente el derecho a los dividendos distribuidos durante el usufructo. La sala enjuició únicamente la relación entre usufructuario y nudo propietario, al margen de consideraciones societarias, sin ser controvertido si la decisión de la junta general de destinar a reservas los beneficios es acertada o no, ni tampoco se impugna acuerdo. El tribunal considera que se está vaciando de contenido el derecho de usufructo, pues aun reconociendo que la imputación de beneficios a reservas puede beneficiar al socio pues incrementa el valor de la sociedad, en el caso del usufructuario el crecimiento y solidez financiera de la sociedad en nada le aprovecha, sino que al contrario ve totalmente frustrada toda expectativa patrimonial quedando vacío de contenido.

Sin embargo la sentencia, confirmando la de primera instancia, considera que no cabe destinar todos los beneficios de los ejercicios a dividendos, y reduce el importe cuantificando como prudente el 25% de los beneficios, ya que entiende que proteger financieramente a la sociedad también es procedente. Cita como apoyo de esta cuantificación la sent. TS de 20 de marzo de 2012.

Finalmente la sent AP Barcelona, de 27 de julio de 2015, expone la tesis del abuso de derecho como opresora de la mi-

noría, establece los requisitos para apreciar el abuso conforme al CC y al Codi Civil de Catalunya : a) el uso de un derecho externamente legal b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestándose bien de forma subjetiva (el autor solamente tiene intención de perjudicar) o bien bajo una forma objetiva (cuando el daño procede del exceso o de la anormalidad de su ejercicio).

Parece también indicar la resolución, aunque no lo dice, que si existe por tanto un procedimiento específico para reparar el abuso, - como puede ser si entra en vigor el 348 bis, en ese momento ya promulgado pero suspendido en su vigencia-, no sería idónea la vía del abuso de derecho como motivo de impugnación del acuerdo.

En conclusión podemos resumir que el socio minoritario deberá acreditar para impugnar el acuerdo:

- 1) Que la retención de beneficios por la sociedad no es razonable económicamente, cubiertas todas las prevenciones legales sobre el patrimonio social.
- 2) El socio minoritario debe justificar que existe una imposición de la mayoría como fruto de una política injustificada de atesoramiento de beneficios, siendo a contrario que la mayoría y los *insiders* intentarán justificar dicha retención en aras a la política de autofinanciación de la empresa y al interés social.
- 3) Mientras estuvo en suspenso el art 348 bis había que acudir al abuso de derecho ex art. 7.2 CC (mejor que no al fraude de ley en aras al art 93 LSC, ante el riesgo de considerarse por el tribunal que no ofrece más que un carácter imperativo

del mal llamado *derecho abstracto* al reparto de ganancias). Y digo mal llamado porque los derechos societarios, como todos los demás aunque no tengan carácter concreto, o son o no son y si no son lo que no cabe es hablar de derecho abstracto, sino de verdaderos derechos subjetivos susceptibles de tutela legal y judicial, aunque todavía no se hayan convertido en derechos de crédito.

Pero esta apreciación no ha sido confirmada tras la entrada en vigor del art. 348 bis, no habiendo nada, en nuestra opinión, que impida al minoritario ejercitar plenamente su derecho a impugnar los acuerdos sociales por abusivos si, como es lógico, prefiere permanecer en la sociedad a ejercer el derecho de separación.

- 4) El minoritario puede intentar, en el mejor de los casos, que el acuerdo de atesoramiento que impugna se declare nulo y, si su abogado lo articula adecuadamente en la demanda y ante la permanente voluntad de no repartir, el tribunal podrá sustituir la voluntad de la junta general con fundamento en el art. 708.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acordando un reparto total de los beneficios de ese ejercicio –caso Markestil- o un reparto parcial que juzgue razonable en atención a lo acreditado en el caso –caso Inversiones Marpel-.

Estos casos en la jurisprudencia son todavía aislados, pero el motivo no es que el tribunal no lo acoja en otros supuestos, sino que sencillamente no se plantea por el abogado en el suplico de la demanda. El tribunal no puede sino conceder aquello que se le pide en conformidad con la Ley. Si el abogado no pide al juez, con fundamento en el art. 708.2 LEC, que intervenga en la declaración de la junta para aceptar el reparto que debió producirse y no se produjo precisamente por la actuación opresora

de la mayoría, el resultado será la nulidad del acuerdo de no reparto, en el mejor de los casos, pero el juez no podrá condenar sobre elementos que no se le solicitaron en la demanda. El 708.2 ofrece los mimbres, pero luego hay que hilvanarlos.

El derecho a participar de las ganancias sociales igualmente puede corresponder a terceros, no socios, como los trabajadores, directivos o administradores que no sean socios. Y por otro lado caben distintas formas de participación, sin necesidad de repartir un dividendo. Por ejemplo se pueden repartir reservas disponibles, cabe realizar una reducción de capital con devolución de aportaciones, o aumentos con entrega gratuita de acciones, o bien que el beneficio vaya incrementando el patrimonio societario, ya que aumenta el valor de la participación del socio.

Sin embargo hay que analizar en cada caso si se ha producido o no una mayoría opresiva, o extractiva, de modo que debemos analizar si los socios han resultado beneficiados como partícipes de las ganancias por cualquiera de estos medios o por otros, y si no lo ha sido, hay que analizar caso por caso si los socios pueden fácilmente hacer efectiva su salida de la sociedad, lo cual será muy difícil en las sociedades cerradas o no cotizadas.

Como conclusión de este brevísimo análisis jurisprudencial, pensamos que sería deseable una solución legislativa más eficaz que el derecho de separación por no reparto. El derecho de separación es una posibilidad, aunque tampoco es cierto que esa solución ofrezca la mejor salida al derecho del minoritario pues la valoración que ofrece la ley en el caso de separación a su cuota en el capital –tendente con frecuencia a criterios de valoración contables que deben ser superados- no es la que podría llegar a valorarse en un ámbito de negociación *"going business"* y con criterios de flujos de caja a futuro. De ello nos ocuparemos en los siguientes capítulos.

De otro lado, la solución que ofrece nuestro derecho consistente en impugnar los acuerdos o ejercer el derecho de separación, no es solución suficiente a las situaciones de opresión.

Reconozcamos que no es solución justa ofrecer al minoritario, que lleva años sin participar de ningún modo en las ganancias y viene contemplando como los *insiders* disfrutaban del control en situaciones que realmente se juzguen como abusivas, acudir a los tribunales, con años por delante de procedimientos, que tendrá que financiar a su costa sin obtener mientras tanto tampoco ninguna participación o dividendo en la sociedad, para terminar con la simple nulidad del acuerdo como premio.





VI. EL DERECHO DE SEPARACIÓN COMO POSIBLE SOLUCIÓN A SITUACIONES DE OPRESIÓN

Evolución y naturaleza jurídica

Con antelación al vigente TRLSC aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, la antigua Ley de Sociedades Anónimas no contenía una regulación general sobre el derecho de separación de los socios, pues únicamente preveía referencias puntuales, como la sustitución del objeto social –art. 147-, el cambio de domicilio al extranjero –art. 149.2- y la transformación de la sociedad anónima en una sociedad colectiva o comanditaria – art. 225.2 y 3-.

El motivo de tal excepcionalidad era probablemente que el legislador contemplaba la sociedad anónima como una sociedad típicamente abierta, donde los socios podían salir de la sociedad mediante la transmisión de sus acciones a un tercero. Si bien es sabido que la sociedad anónima no cotizada, aunque su régimen legal tiende a favorecer tales principios, en la práctica dista mucho de lograrlos, siendo sociedades con más o menos accionistas cuya transmisión de cuota minoritaria en el capital no es fácil al no existir un mercado.

En cambio la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en sus arts. 95 a 103 sí regulaba la posibilidad de separación de los socios, estableciendo causas legales de separación tasadas y permitiendo también la inclusión de causas estatutarias, con la exigencia de que fuera por acuerdo unánime de los socios.

Posteriormente la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales, en su art. 13 supuso un hito en esta evolución pues permitió la separación de socios por causas legales, por causas estatutarias, y también cuando concurriera justa causa por la voluntad del socio. Posteriormente la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, permitió la separación de los socios en los casos de transformación de la sociedad y de traslado del domicilio social al extranjero.

En esta evolución la introducción del art. 348 bis por la Ley 25/2011 es un salto cualitativo.

El derecho de separación es un derecho de resolución contractual del contrato de sociedad concedido al socio para percibir de la sociedad misma –no de terceros o de otros socios- la cuota que le corresponda en el capital social.

Así se considerará el valor razonable de sus acciones o participaciones sociales y se le liquidará haciendo efectiva la resolución contractual. El derecho de separación permite resolver el contrato social respecto a uno o varios afectados, y tiene la virtud de mantener dicho contrato evitando la disolución de la sociedad.

Posibilita la resolución del contrato apartándose un socio de la sociedad, al estar disconforme con determinadas decisiones, manteniendo el contrato y la persona jurídica respecto al resto de socios. Frente al principio de conservación de la persona jurídica societaria, no del simple contrato social, que directamente se verá afectada por la resolución, pudiendo incluso afectar a su propia subsistencia.

Se produce entonces una dicotomía clara, un juego de equilibrios que de romperse hacia uno u otro lado por el legislador

comportarán necesariamente, o bien el amparo de la opresión y el abuso en perjuicio de la minoría o, alternativamente, pondrán en riesgo la subsistencia misma de la persona jurídica y del contrato social en su conjunto que, como negocio jurídico, afecta necesariamente a varios socios y también a la sociedad como entidad jurídica independiente.

Fundamento

El derecho de separación cumple una función de tutela del socio frente a la mayoría, pero no es un derecho reconocido a la minoría sino al socio en particular.

A la vez tiene el efecto de permitir la conservación del contrato y de la persona jurídica, facilitando de un lado la resolución concreta respecto a un socio que, si no ve atendidas sus peticiones, en conformidad a las causas legales o estatutarias de separación que le permitan el ejercicio del derecho, podrá resolver el contrato⁴². *“Así en la regulación del derecho de separación hay que procurar el equilibrio entre derechos e intereses contrapuestos: el derecho del socio a romper el vínculo contractual ante decisiones o situaciones que hacen inexigible su permanencia en la sociedad y el de la conservación de ésta”*⁴³

Era objeto de discusión, como veremos seguidamente, si podría configurarse en estatutos sociales la separación por la simple denuncia del socio. Es decir la separación *ad nutum*. Entendemos por derecho de separación *ad nutum* el que se funda en la mera voluntad del socio de abandonar la sociedad, sin alegar causa justa o tasada en la Ley.

⁴² Carmen ALONSO LEDESMA, “La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios”. *Revista de Derecho Mercantil* núm. 287/2013.

⁴³ Carmen ALONSO LEDESMA, Op. Citada.

Sin embargo, la separación *ad nutum*, cuando es contemplada en nuestro derecho, debe realizarse de buena fe y en tiempo oportuno, conforme al art 224 del Código de Comercio y 1705 y 1706 del Código Civil. Dichos preceptos son reguladores de sociedades de personas, las llamadas sociedades personalistas, en que la implicación de los socios es total y absoluta arrastrando todo su patrimonio al éxito o fracaso de la sociedad, respondiendo personal e ilimitadamente de las deudas sociales, por lo que es preciso que, en esta clase de sociedades, el socio pueda separarse en cualquier momento si la sociedad tiene término indefinido, denunciando el contrato social, no solamente su voluntad de separarse extinguiendo puramente el vínculo de socio, sino extinguiendo la sociedad misma.

Por tanto en las sociedades personalistas no tiene sentido que exista como tal el derecho de separación, ya que su ejercicio comportará *ipso iure* la disolución de la sociedad.

Sin embargo en las sociedades en que los socios limitan su responsabilidad al patrimonio aportado a la sociedad, reviste gran utilidad ingeniar un mecanismo como la separación del socio, que permita, ya sea por la vía de la separación *ad nutum* o bien *ad causam*, depende del caso, evitar la disolución de la sociedad, permitiendo que continúe actuando en el tráfico y, a la vez, dando satisfacción al socio que insta la separación.

Este razonamiento no debemos olvidarlo cuando contemplemos el derecho de separación en sus distintas clases y aplicaciones, pues si de la separación se colige o puede razonablemente inferirse el mismo resultado pernicioso para la economía como es la desaparición de la empresa, de modo que la continuidad de la misma devenga imposible por su propia estructura contable y financiera, o por esta en consideración a otras circunstancias como la cuota de capital que ostenta el socio que se separa,

acontece entonces que el resultado será contrario a lo que realmente el legislador debe procurar, que es la continuidad y solvencia de la sociedad en aras al interés social. Es decir, el interés de la sociedad de capital y de todos sus socios, pero también de la Sociedad con mayúscula, es decir, el interés público que debe observar cualquier legislador prudente.

Derecho de separación *ad nutum*

La doctrina⁴⁴ ha considerado que el ejercicio *ad nutum* del derecho de separación no es predicable en las sociedades de capital, permitiendo un derecho de separación *ad nutum* únicamente en sociedades de capital bajo un régimen de vinculación opresiva obligatoria o bien de vinculación opresiva real del socio. En el primer caso estarían aquellos supuestos en que el socio venga obligado a realizar prestaciones personales en la sociedad, como ocurre en las sociedades en que los socios desarrollan su profesión u oficio.

Es el caso que contempla la Ley de Sociedades Profesionales 2/2007, de 15 de marzo, que establece en su art. 13:

“1. Los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento. El ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad. 2. Si la sociedad se ha constituido por tiempo determinado, los socios profesionales sólo podrán separarse, además de en los supuestos previstos en la legislación mercantil para la forma societaria de que se trate, en los supuestos previstos en el contrato social o cuando concurra justa causa.”

⁴⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL y CAMPINS VARGAS, “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 (García de Enterría, J – coordinador, 2014, págs. 65 a 93.

En sentido similar el art. 15.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico.

En cuanto a los supuestos de vinculación real que deviene opresiva, apuntan ALFARO Y CAMPINS los casos de socios cuyo patrimonio se encuentra principalmente sometido, incluido, en la sociedad, como sería el caso de sociedades familiares, patrimoniales o industriales, en que se ha heredado la cuota correspondiente, y por tanto regiría el principio de prohibición de las vinculaciones perpetuas en su aspecto de vinculación real por amortización de la propiedad del socio, que tendría como única solución el derecho de separación.

La jurisprudencia abogó por la posibilidad de admisión de la separación *ad nutum* en algunos pronunciamientos como la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2002, la de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de septiembre de 2002 contra la que se interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 9/2005 de 17 de enero.

Especialmente el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de noviembre de 2011, ponente Gimeno-Bayón, cuya doctrina parte del criterio apuntado, contrario a la libre admisión, al decir que *“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 interés en la sociedad”*.

Sin embargo sentado este principio, abre la vía a interpretaciones más amplias para las sociedades cerradas, en particular para la sociedad de responsabilidad limitada, prevaleciendo las relaciones personales entre los socios frente a las corporativas o institucionales, conforme a la doctrina siguiente:

- *El derecho de separación del socio cumple la función de tutela del socio y de la minoría frente al carácter necesariamente vinculante de determinados acuerdos de especial trascendencia adoptados por la mayoría.*
- *El derecho de separación es manifestación de la flexibilidad del régimen jurídico de la Ley que permite que la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias.*
- *El carácter cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada no es argumento limitativo, pues aunque es un principio configurador debe ceder ante la llamada cláusula de puerta abierta, que incluso subordina la validez de las cláusulas de prohibición de la transmisión voluntaria de participaciones al reconocimiento de la facultad de separación en cualquier momento, actualmente plasmada en el art 108.3 Ley de Sociedades de Capital.*
- *La admisión de la separación ad nutum no supone la vulneración de lo previsto en el art. 1256 CC, ya que son los estatutos y no el contrato de sociedad lo que habilita al socio a separarse de un contrato de duración indefinida.*
- *Y en fin el derecho de separación ad nutum regulado estatutariamente ni estaba vetado en el antiguo texto de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ni tampoco lo está ahora en la Ley de Sociedades de Capital.”*

A favor de esta tesis debemos concluir que el art. 225 del Código de Comercio, que es aplicable a todas las sociedades mercantiles, admite la separación del socio por su voluntad, *ad nutum*, al decir:

“El socio que por su voluntad se separase de la compañía o promoviere su disolución, no podrá impedir que se concluyan del modo más conveniente a los intereses comunes las negociaciones pendientes, y mientras no se terminen no se procederá a la división de los bienes y efectos de la compañía.”

Este precepto al acomodarse como supletorio en el caso de las sociedades de capital, que tienen su régimen legal específico, no impide su aplicación directa en este caso al no existir norma prohibitiva. Sin embargo, entendemos que el Código de Comercio está pensando realmente en las sociedades de personas, donde el derecho de denuncia de la sociedad es consustancial a evitar la vinculación permanente de la persona, pero no en cambio a las sociedades de capital en las que el socio no tiene porqué tener otra vinculación más allá de la inversión realizada. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de 25 de septiembre de 2003 o en la de 2 de noviembre de 2010, admitió el pacto estatutario de libre separación de socios en la sociedad limitada, por tanto como separación *ad nutum* sin alegar justos motivos o causa específica, siempre que fuera acompañado de ciertas cautelas para evitar que con su ejercicio se causara daño a la sociedad o a terceros relacionados con ella, y reconociendo en el caso de la Resolución de 25 de septiembre de 2003 que una cláusula de este tenor sólo sería admisible en determinadas condiciones y forzando la interpretación de las normas.

En conjunto no nos parece que la cláusula estatutaria de separación *ad nutum* pueda acogerse, ya que desvirtuaría la regulación legal sobre el derecho de separación, que de por sí ya tiene un carácter restringido y tasado en causas legales específicas y tipificadas en cada caso, no generalizables ni aplicables por analogía a casos que pudieran aparecer como similares, pues

si los socios pueden en las sociedades capitalistas separarse por su sola voluntad sin justificar su decisión, como ocurre en las sociedades personalistas, no tendría sentido establecer causas legales de separación y podría en tal hipótesis admitirse la disolución a instancia de cualquiera de ellos.

Y ello con la excepción del caso regulado en el art. 108.3 LSC que permite al socio de la sociedad limitada separarse “*en cualquier momento*” cuando tenga una cláusula que le prohíba la transmisión de sus participaciones sociales por actos “*inter vivos*”, cuyo fundamento es en efecto prohibir lo que sería una vinculación perpetua, por las mismas razones que el socio de las sociedades personalistas puede también separarse de la sociedad en el caso del art. 225 CCo⁴⁵.

La separación por justos motivos como causa estatutaria

La separación por justos motivos no se contempla ni regula en la Ley de Sociedades de Capital, salvo la regulación del art 346 que establece las causas legales de separación, y atiende únicamente a situaciones de modificación extraordinaria y sustancial de los estatutos sociales, como veremos seguidamente.

L

a separación por justos motivos como causa estatutaria general, ya sea expresa o implícita, vendría a tener el carácter de cláusula de cierre, al amparo de la libertad estatutaria para configurar causas de separación. Esta cláusula ciertamente, de un lado, permitiría superar posibles situaciones de opresión o abuso de la mayoría y disputas en situación irreconciliable, dotando al sistema de mayor flexibilidad.

⁴⁵ Carmen ALONSO LEDESMA, “La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios”. *Revista de Derecho Mercantil* 287/13, obra citada.

Sin embargo lo cierto es que admitir una cláusula de cierre del sistema comportaría una gran inseguridad jurídica abocando al intérprete a utilizarlo abusivamente y privaría de sentido a nuestro sistema de configuración de causas legales, ya que todas ellas deben estar justificadas en el sentido de ser justas, por tanto admitir una cláusula general de cierre haría superflua cualquier regulación.

Por otro lado, cuando un socio quiere separarse siempre es por alguna razón que, de admitirse la cláusula general en una futura reforma, permitiría al socio elevar los motivos o razones a causa de la separación de un modo u otro justificada. Y la consecuencia inmediata sería que la reclamación del socio, expresada en el proceso judicial, podría conducir en la práctica a su admisión judicial de forma casi automática, lo que en poco tiempo nos conduciría sin remedio a un sistema próximo a la separación *ad nutum*, que consideramos indeseable para el derecho de sociedades de capital.

Régimen vigente en la Ley de Sociedades de Capital en el derecho de separación de socios

Se trata de un régimen de derecho de separación imperativo, de modo que el legislador considera que si la mayoría del capital social altera por un acuerdo de modificación estructural o de cambio de objeto alterando el contrato social, o alterándolo de tal modo que el socio se encuentra ante una realidad societaria sustancialmente distinta, podrá dicho socio apartarse de tal situación resolviendo el contrato de sociedad.

En cambio no aparece regulación en el art. 346 LSC que admita y regule el derecho de separación por conflicto permanente y duradero, que comporte situación de opresión de la mayoría

sobre la minoría, o derivada de comportamientos abusivos. Y es esta precisamente la *mens legis* que está en el origen del art. 348 bis, como veremos.

Lo regula la LSC en el Capítulo I del Título IX, inicialmente compuesto por los arts. 346 a 349. El art. 348 bis se añadió posteriormente por la Ley 25/2011, de 1 de agosto. Posteriormente se suspendió el precepto en su vigencia por la Ley 1/2012.

Los arts. 353 a 359 complementan la regulación con normas que son comunes a la exclusión de socios.

La ley regula causas legales de separación y causas estatutarias.

Causas legales de separación

Conforme al art. 346 los socios que no hayan votado el correspondiente acuerdo (incluyendo los que no tengan derecho de voto) pueden separarse de la sociedad en los siguientes casos:

a) sustitución o modificación sustancial del objeto social⁴⁶

⁴⁶ La letra a) del apartado primero del art. 346 LSC fue modificada también por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo. Con la reforma se añadió como causa de separación legal a la sustitución del objeto social la “modificación sustancial”. Así se configura como nueva causa de separación la modificación sustancial del objeto social, que parece referida a la modificación formal que se produzca en los estatutos. Sin embargo entendemos que debería interpretarse en sentido amplio, por un lado si manteniéndose la actividad originaria se modifica sustancialmente el objeto ello sería causa de separación. Igualmente si la modificación del objeto social se produce por la vía de hecho, con una mutación sustancial de la actividad original establecida en los estatutos como objeto, consideramos que también debería acogerse la separación del socio, ya que de modo irregular por parte de la mayoría que controla la sociedad se estaría produciendo una modificación sustancial del objeto. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011 considero procedente una interpretación correctora que permitiera al socio separarse de la sociedad siempre que se produzca “una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que le convierta en una realidad jurídica o económica distinta”.

- b) prórroga de la sociedad
- c) reactivación de la sociedad
- d) creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos.
- e) en las sociedades de responsabilidad limitada tendrán, además, derecho a separarse de la sociedad los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales.
- f) en los casos de transformación de la sociedad y de traslado de domicilio al extranjero los socios tendrán derecho de separación en los términos establecidos en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Buena parte de la doctrina científica⁴⁷ considera vigente la doctrina jurisprudencial que considera que las causas legales de separación no pueden ser limitadas o restringidas por los estatutos, al constituir *ius cogens*, proclamado en particular en la sentencia del Tribunal Constitucional 9/2005, de 17 de enero, ya citada.

No vamos a entrar aquí en el estudio de cada una de las causas legales de separación. Sin embargo como comentario consideramos que son supuestos rígidamente excepcionales, que el legislador ha querido restringir con *numerus clausus*, y no están pensados para dar solución a las situaciones de dominio de la mayoría que provoque abuso a los minoritarios, siendo incluso

⁴⁷ Entre otros Pedro José Vela, Vicent Chuliá, siendo esta una de las polémicas más vivas en torno al art. 348 bis al enmarcarse dicho precepto claramente entre las causas legales de separación, no en las voluntarias.

en algunos casos situaciones absolutamente excepcionales en la práctica, como por ejemplo la prórroga de la sociedad, la reactivación o la transformación. Estadísticamente dichos acuerdos sociales no se producen nunca o casi nunca en las sociedades de capital, de modo que no podemos contar con las causas legales para solucionar situaciones de injusticia.

Causas estatutarias de separación

Respecto a las causas estatutarias el art. 347 prevé que los estatutos puedan establecer otras causas de separación distintas a las previstas en la ley, debiendo acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo de su ejercicio. Exigiendo para la incorporación a los estatutos, la modificación o la supresión de estas causas de separación estatutarias, el consentimiento de todos los socios.

Por tanto se exige unanimidad de todos los socios de la sociedad, no solamente de los que concurran a la junta general donde deban adoptarse los acuerdos.

La interpretación literal de esta norma abona la tesis de que las causas legales de separación no son disponibles por la autonomía de la voluntad y los socios no podrán excluirlas libremente, ya que si éstas causas estatutarias exigen el consentimiento de todos los socios significa que, a la postre, las causas que el legislador ha establecido no pueden ser ignoradas⁴⁸.

Por tanto los socios por unanimidad pueden incluir, suprimir o modificar las causas de separación en la regulación estatutaria,

⁴⁸ En este sentido ILLESCAS, “¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado?”, *Derecho de los Negocios* núm. 254. Op. citada. En contra de esta posición ALFARO ÁGUILA-REAL

y ello podrán hacerlo en el momento de la constitución o en otro posterior. Sin embargo las causas legales deberán ser respetadas y no cabe su disponibilidad en estatutos.

Así se desprende de una interpretación también literal del art 346 d) LSC cuando permite al socio separarse de la sociedad en caso de “*creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos*”.

En efecto el art. 346 permite únicamente en este caso y no en el resto de supuestos de causas legales de separación pactar en estatutos libremente lo contrario, lo que abona la interpretación que defendemos de que las causas legales de separación son imperativas y no modificables en los estatutos sociales.

Esta exigencia reduce de entrada la posibilidad real de aplicación a las sociedades pequeñas, de pocos socios, ya que en las sociedades grandes será en la práctica muy difícil que todos los socios consientan en la junta su introducción.

La ley no resuelve si las causas estatutarias de separación deben contemplar justa causa o se trata de supuestos de separación estatutaria *ad nutum*. Sin embargo el art. 108.3 LSC sí establece un supuesto de separación *ad nutum* del socio cuando los estatutos prohíben la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*.



❧ VII. EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL ART. 348 BIS. CRÍTICA.

Análisis de la oportunidad y fundamento

El problema de la falta de distribución de dividendos, o la ocultación de los mismos por parte de los socios que ejercen el control y frecuentemente la administración de la sociedad, de modo que año tras año se niegan injustificadamente a repartir beneficios pese a registrar la sociedad resultados positivos, es sin duda uno de los casos frecuentes de opresión.

Esta situación de opresión por no reparto de dividendos, cuando es realmente abusiva u opresora, cohabita generalmente con la percepción por la mayoría de *insiders* de la correspondiente retribución por otras vías, frecuentemente injustificadas, lesivas al interés social y contrarias al deber de lealtad que debe presidir la actuación de los administradores.

Hasta ahora la única solución que tenía el socio minoritario, que injustamente había sido privado de los beneficios sociales y de cualquier percepción del haber social de forma reiterada y abusiva, era acudir a los tribunales o eventualmente a un arbitraje para obtener la nulidad del acuerdo social que deniega la distribución del dividendo, pero no podía ni puede, salvo excepciones concedidas por la jurisprudencia, solicitar al tribunal que condene a la sociedad al pago del dividendo.

En efecto, en nuestro derecho vigente difícilmente puede el tribunal ir más allá de la nulidad del acuerdo que impedía el reparto y ordenar este, ya que eso sería como sustituir la decisión

social anulada por otra decisión de reparto de una parte o todos los beneficios del ejercicio correspondiente⁴⁹.

Con la dificultad añadida de que llegado el día en que el juez dicte sentencia, si ordenara el reparto de dividendos sería respecto a un ejercicio anterior, objeto de autos, ya lejano en el tiempo y totalmente cerrado, pues al formular la parte actora demanda sería insustancial la petición de un reparto futuro, sobre ejercicios futuros sobre los que se desconoce cuál será la decisión de la junta general.

Como principio general la junta es soberana para decidir acerca de si atesora o reparte el beneficio existente. Esta libre disposición viene limitada únicamente por la prohibición de abuso de derecho (art. 7.2 CC), lo que comporta a cargo del impugnante acreditar que la principal finalidad del acuerdo de no reparto es perjudicar a la minoría.

Pueden ser indicios de abuso la falta de reparto durante varios años a pesar de no estar prevista ninguna inversión por el órgano de administración, el exceso de reservas sin necesitar la sociedad dicho excedente de caja y además no utilizarlo para nuevos proyectos e inversiones.

Sin embargo el Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias la libertad de la junta para decidir sobre los beneficios, como órgano soberano. Como es el caso de la sentencia de 19 de marzo de 1997, por todas, recalando que no puede hablarse de un derecho al dividendo por parte del socio, pues carece del derecho a que se le entregue su parte alícuota del beneficio obtenido sino merced al acuerdo de la junta general que decida el reparto del dividendo.

⁴⁹ En el ámbito anglosajón rige el mismo principio con la llamada *business judgment rule*, que establece que el juez no es un órgano dictaminador de lo que en cada momento pueda ser conveniente para la sociedad, pues son los órganos sociales, emblemáticamente la junta general, y no el juez quien debe valorar la oportunidad empresarial de la decisión.

Sin embargo ha habido algunos pronunciamientos más recientes que han ido más allá, como la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, caso Markestil S.L. También las de la AP de Álava de 19 de octubre de 2010, de Barcelona de 21 de enero de 2011, o la de Baleares de 21 de diciembre de 2010. En ellas observamos que se declara la nulidad del acuerdo por abusivo, al consistir en un acuerdo sistemático y reiterado de no repartir y reinvertir los beneficios, y además condenan al reparto de los beneficios en la parte proporcional a las participaciones de cada socio, o a adoptar un acuerdo en junta general en el que se decida repartir en *“la proporción que la junta considere oportuna”*.

Como ya hemos comentado en este trabajo, la sentencia del TS de 26 de mayo de 2005, caso Markestil SL, el Juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad del acuerdo de la junta general que había acordado el no reparto de beneficios de la sociedad ordenando que los beneficios del ejercicio *“se repartan entre los socios en proporción a su participaciones, sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en este procedimiento”*.

Es decir, la sentencia no se limita a declarar la nulidad del acuerdo por abusivo sino que ordena que todo el beneficio de ese ejercicio concreto se reparta en su totalidad entre los socios, lógicamente en proporción a sus participaciones, huelga decirlo. Esta sentencia supone un giro radical en la doctrina jurisprudencial ya que confirma que si hay beneficios el socio minoritario no tiene derecho de crédito directo hasta que no hay acuerdo de junta, pero sí tiene un verdadero derecho subjetivo al reparto, que deberá decidir la junta, ya que de lo contrario el tribunal, amparado por el art. 708.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podrá acordar el reparto de la totalidad, si así se solicita en la demanda por la parte actora.

Es decir el derecho mínimo es participar de algún modo en las ganancias, de modo que lo natural y ordinario será acordar el reparto y por tanto el atesoramiento no está justificado si no hay un plan de inversión o de algún modo está previsto qué hacer y cómo invertir las reservas acumuladas.

En otra línea argumental y relacionando el abuso por no reparto con el elemento causal del ánimo de lucro, el Tribunal Supremo en varias sentencias, por todas la de 7 de diciembre de 2011, ha declarado que en conexión con la causa lucrativa que constituye el negocio societario –es decir las sociedades deben procurar lucro a los socios si obtienen beneficios- que *“los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos – tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría...”*

Sin embargo el legislador de derecho mercantil no solventará el problema mientras no dote al sistema de un recurso ágil y económico, que permita al minoritario sometido al abuso una solución rápida y sin coste judicial.

Consideramos que las soluciones legislativas que dirijan al minoritario como vía preferente a una impugnación de acuerdos por abusivos no solucionan nunca el problema, solamente lo eternizan, ya que el tribunal, por lo general, no podrá ordenar el reparto, salvo las excepciones vistas en las que hay que loar la imaginación del abogado impugnante y la valentía del tribunal. Ni podrán tampoco los tribunales fijar la proporción ni sustituir en lo menester la voluntad de la junta general erigiéndose

en órgano soberano, pues dicha solución no encaja con nuestro derecho vigente, ni sustantivo ni procesal.

Además conviene recordar que el socio minoritario, si realmente se encuentra en situación de abuso, difícilmente podrá costear los gastos procesales que le lleven, durante años, salvo cláusula arbitral en los estatutos que permitiera una agilización del proceso, hasta una sentencia o laudo eventualmente favorable que se limite a declarar la nulidad del acuerdo sin sustituirlo por otro que le satisfaga en su legítimo derecho.

En el mejor de los casos si el tribunal impone a la sociedad el reparto del dividendo, deberá producirse para ese ejercicio enjuiciado en concreto, únicamente el que ha formado parte del procedimiento judicial, no pudiendo nunca el tribunal generalizar el reparto a otros ejercicios que no han sido objeto de ese procedimiento concreto. Con lo que la vulneración de los derechos del socio minoritario está de nuevo servida.

Como respuesta legislativa a esta situación finalmente vio la luz el art. 348 bis de la LSC, que se introdujo por la Ley 25/2011 de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE.

Así bajo la rúbrica de “*Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos*”, establece:

1. *A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.*

2. *El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.*
3. *Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.*

El precepto estuvo en vigor nueve meses y de conformidad con la Ley 1/2012, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, se declaró en suspenso hasta el 31 de diciembre de 2014. Sin embargo por Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, en la Disposición Final Primera, se prolongó la suspensión de la vigencia del art. 348 bis hasta el 31 de diciembre de 2016. Finalmente y tras más de cinco años desde su promulgación entró en vigor el 1 de enero de 2017.

Así se configura un derecho de separación por no reparto de dividendos, como mecanismo coercitivo y disuasorio, radical e improvisado, manifiestamente mejorable, sin duda, pero que a pesar de las críticas y de la polémica constituye un primer intento de solución. Un punto de partida sobre el que construir un sistema de equilibrio para evitar los abusos, que vaya más allá de un caso concreto de opresión como es el atesoramiento excesivo.

El precepto sigue la línea jurisprudencial marcada por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, o la más reciente de la Audiencia Provincial de Baleares de 21 de diciembre de 2010, ya citadas antes en este capítulo, en las que los tribunales condenan a la sociedad al reparto de los beneficios en la parte proporcional a las participaciones de cada socio.

El antecedente inmediato principal está en la Comisión General de Codificación en su Propuesta sobre un código de sociedades mercantiles del año 2002.

El precepto se introdujo en el Congreso de los Diputados como una medida para ayudar a solucionar supuestos de conflictos entre la mayoría y la minoría en la política de dividendos. Se introdujo a través de una enmienda presentada por el Grupo Popular en el Congreso. Como justificación de la enmienda se argumentó que *“el derecho del socio a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos.... La falta de distribución de dividendos no sólo bloquea al socio dentro de la sociedad, haciendo ilusorio el propósito que le animó a ingresar en ella, sino que constituye uno de los principales factores de conflictividad. El reconocimiento de un derecho de separación es un mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad. Con esta solución se posibilita el aumento de los fondos propios, permitiendo que las sociedades destinen dos tercios de esas ganancias a la dotación de reserva, y se satisface simultáneamente la legítima expectativa del socio”*.

El precepto ha suscitado numerosas críticas de buena parte de la doctrina, señalándose incluso que viola los principios constitucionales de libertad de empresa, seguridad jurídica, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos⁵⁰.

Parte de la doctrina ha señalado que la falta de distribución del dividendo que prescribe el art. 348 bis LSC no tiene por qué presuponer siempre y en todo caso una situación de opresión

50 IBÁÑEZ GARCÍA, “Sobre el derecho obligatorio al dividendo ¡Qué barbaridad! ¿Hay Derecho?”, Blog sobre la actualidad jurídica y política, <http://hayderecho.com>, 27 de julio de 2011.

de la mayoría sobre la minoría. Así antes de la entrada en vigor del precepto ha sido frecuente comprobar que sociedades de escasa capitalización, caracterizadas por el lanzamiento de productos y servicios novedosos, de alta tecnología, como las llamadas *start up*, pueden estar más de cinco años desde su creación sin repartir beneficios por diversas razones, a las cuales coadyuvan generalmente todos los socios por unanimidad en el correspondiente pacto parasocial, que contemplará la prohibición de reparto mientras no se cumplan ciertos mínimos de flujo de caja, devolución de capital acreedor por acuerdo expreso con las entidades financieras –*covenants* en los contratos de préstamo y otros financieros que articulan como condición resolutoria del préstamo precisamente el reparto durante cierto tiempo, pero también y muy especialmente sujeto a determinadas condiciones de reservas, flujo de caja y capitalización-.

Pensemos en situaciones de dificultad financiera o preconcursales donde la sociedad puede acudir a la refinanciación como alternativa al concurso de acreedores. O bien pueden darse en empresas de nueva creación, inversiones en activos productivos con alto apalancamiento, o de productos o servicios de alta tecnología o innovación –las llamadas *start up*-. Los *covenants* establecerán la obligación de no reparto de dividendos en tanto no se haya devuelto total o parcialmente el préstamo o bien la sociedad haya alcanzado una capitalización⁵¹suficiente.

Han existido varios intentos y propuestas de reforma, desde la doctrina y también desde el legislador. Así la enmienda transaccional para evitar las posibles situaciones de dificultad económica a las que puede llevar una interpretación literal del precepto. El Congreso de los Diputados aprobó dicha enmienda en la que *“se insta al Gobierno a que dentro del marco del nuevo Código*

51 Véase el artículo de Tatiana CUCURULL POBLET, “La política de dividendos en la empresa familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 753, pág. 240 y 241, febrero de 2016.

Mercantil que se está elaborando desde el Ministerio de Justicia, se estudien e impulsen las modificaciones legislativas que haya que introducir en la Ley de Sociedades de Capital para que, sin menoscabo del derecho de separación y del derecho a la distribución de los dividendos legalmente repartibles que se puedan generar por la explotación del objeto social, que asiste a los accionistas minoritarios, no se lleve a las sociedades no cotizadas a situaciones de dificultad económica”.

Posteriormente a esta enmienda transaccional el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió presentó ante las Cortes Generales, el 21 de mayo de 2012, una enmienda proponiendo un texto renovado del art. 348 bis que permitiría la libertad de pacto estatutario contrario al reparto, entre otras medidas que, en nuestra opinión, comportarían modular y reducir su aplicación real o al menos dejarían en el terreno de la indeterminación su aplicación y por tanto coadyuvaría a la generación de nuevas disputas en las sociedades, como sería el hecho de introducir el criterio de interés social para evitar el reparto, o el llamado dividendo razonable.

Recientemente el Grupo Popular ha presentado una Proposición de Ley publicada en el BOCG el 1 de diciembre de 2017, a la que nos referiremos en particular, en el siguiente capítulo de este trabajo.

Para que pueda ejercitarse el derecho de separación, siguiendo aquí la doctrina que establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de marzo de 2015, siendo el ponente el Ilmo. Sr. José M^a Ribelles, que iremos comentando en este capítulo, deben darse las siguientes condiciones:

- Que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil.

- Que el socio hubiera votado a favor de la distribución de dividendos.
- Que la junta general no acuerde un reparto de dividendos de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior.
- Que dicha falta de reparto no tenga justificación en una limitación legal, como sucedería si hubiera que compensar pérdidas o dotar reservas legales o estatutarias.

A la vista del precepto parece que su ejercicio se caracterizará por un automatismo sin freno alguno, sin consideración a otras cuestiones, como podría ser la concurrencia de una causa justa para la separación y su correspondiente análisis y control preventivo anterior a su aplicación. Como también un análisis previo de la situación de la sociedad para evitar su destrucción por el ejercicio del derecho —piensen en aquellas sociedades en que el socio que pretende separarse ostenta el 49% o el 50% del capital social—. En aras a evitar situaciones de análisis por el Juzgador de la concurrencia de una justa causa como presupuesto deseable, se ha preferido una solución automática, objetiva y reglamentista. Quizá el legislador ha pretendido dar una solución rápida y extrajudicial a las situaciones de abuso por no reparto de dividendos y, en cambio, puede producir un aumento de la litigiosidad en este ámbito.

La norma pivota en torno a dos derechos del socio: el derecho al dividendo y el derecho de separación.

El derecho al dividendo no se reconoce como tal como expresión concreta del genérico artículo 93. a) de la LSC que reconoce al socio el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales. De acuerdo con la literalidad del precepto la

junta general parece obligada a acordar un reparto equivalente al menos a un tercio del beneficio propio de la explotación del objeto social del ejercicio inmediatamente anterior, que sea legalmente repartible.

Ciertamente no establece de manera directa y precisa tal obligación para la junta en sentido positivo, pero en caso de que no se acuerde el reparto, el socio que hubiera votado a favor de la distribución tendrá derecho a separarse de la sociedad. Es decir, como apunta MARINA GARCÍA-TUÑÓN no hay obligatoriedad de dividendo pero ante la ausencia de este se legitima el derecho de separación⁵².

Teniendo en cuenta que el legislador con esta norma solamente intenta una solución para el problema de no reparto de dividendo, había que plantearse si cabrían soluciones menos drásticas dependiendo de cual fuera el problema.

En esta línea MORENO UTRILLA propone *de lege ferenda* soluciones diferentes según la causa de la falta de reparto de dividendos está en un conflicto de interés extrasocial o bien en un conflicto de interés social, pues dar la misma solución a ambas situaciones puede poner a la sociedad en una posición inasumible⁵³.

52 Angel MARINA GARCÍA-TUÑÓN, “Los derechos al dividendo y de separación a la luz del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: una revisión general”. *Revista de Derecho de Sociedades* 49, enero – abril 2017, págs. 27-60. En concreto señala el autor “En esta línea de argumentación se mueve el art. 348 bis de la LSC, que viene a consagrar, no la obligatoriedad de un derecho al dividendo, sino más correctamente el hecho de que ante la ausencia de éste, bajo una serie de circunstancias, se legitima al socio el ejercicio de otro, el de separación.”, pág. 38.

53 David MORENO UTRILLA, *La sindicación de bloqueo en las Sociedades Anónimas*, Tirant lo Blanc, 2015, pág. 478, señala acertadamente en mi opinión: “Así, habría que permitirse la posibilidad de exigir la distribución de dividendos a través de una acción de impugnación del acuerdo de la junta general, limitando su discrecionalidad - en el caso de conflicto de interés social-, y mantenerse el derecho de separación para los casos de opresión- en el caso de conflicto de interés extrasocial-. Esto permitiría reconocer un derecho al dividendo con límites adecuados para que no peligre la situación económica de la sociedad o no genere excesivos riesgos para el cumplimiento de sus obligaciones, de tal forma que la

De manera que si la causa del no reparto tiene interés social, como sería atesorar el beneficio para reinvertir o atender proyectos empresariales reales y contrastados, la solución no debería ser el derecho de separación sino por ejemplo exigir el pago de un dividendo mínimo de modo que en caso contrario se pudiera impugnar el acuerdo social que lo negara.

Así, podría limitarse el derecho de separación para los verdaderos casos de opresión, en los que la mayoría actúe de veras como mayoría extractiva, drenando los recursos sociales o prevaliéndose de su posición abusivamente para evitar todo rendimiento económico a la minoría.

Sin embargo el problema de este tipo de soluciones es siempre el mismo: la dificultad de probar para el minoritario la situación de opresión o abuso, debiendo acudir para ello a un costoso proceso, ya sea judicial o arbitral, en el que tendría que probar el abuso para conseguir separarse de la sociedad. De modo que pensamos que el legislador debe actuar imaginativamente, evitando situaciones de opresión a través de dar salidas al minoritario sin necesidad de que deba acreditar la opresión o abuso en un largo y costoso procedimiento.

El precepto debe convivir actualmente con otros mecanismos o remedios legales para evitar la actuación opresora de la mayoría en relación con el reparto de dividendos. Así por ejemplo simultáneamente podrán ejercitarse las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad de los administradores⁵⁴.

Y más allá, siendo un remedio solamente para una de las posibles causas de opresión, el atesoramiento abusivo por no reparto de

tutela del minoritario no dé lugar a una situación de opresión por su parte."

54 A favor de esta tesis L. FERNÁNDEZ DEL POZO/S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, "Una propuesta de redacción alternativa del artículo 348 bis LSC", *La Ley*, nº 33, febrero 2017.

dividendos, el resto de posibles situaciones de opresión quedan solamente para solventar en impugnación de acuerdos sociales, método hasta ahora muy poco eficaz en la práctica judicial.

También cabe acudir al derecho penal, en el tipo del art. 291 del Código Penal que establece como presupuesto el abuso de la posición mayoritaria en junta o en el órgano de administración. Sin embargo pensamos que el Derecho penal no es la vía de solución de las controversias mercantiles, por graves y abusivas que puedan llegar a ser. Por un lado porque el derecho mercantil debe establecer los mecanismos suficientes y completos que permitan a los jueces, tribunales y árbitros dar soluciones a las situaciones de opresión sin necesidad de acudir a procesos penales que tampoco solventan el problema y se alargan mucho más en el tiempo y que, salvo para ejercer una presión inicial esperando un posible acuerdo transaccional, no son nunca la solución a un problema que es de derecho mercantil.

Exégesis del art. 348 bis de la LSC.

Es evidente que el precepto ha suscitado numerosas dudas interpretativas que vamos a analizar, recogiendo la doctrina más autorizada.

1) Dies a quo para su aplicación en la sociedad

La aplicación se producirá a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción de la constitución de la sociedad en el Registro Mercantil.

Entendemos que el primer ejercicio será el que irá desde la constitución de la sociedad hasta el cierre, por ejemplo a 31 de diciembre, y ese será el primero. Tras ese primero, el ejercicio

quinto ya exige aplicar la norma, de modo que será el resultado con beneficio del quinto ejercicio el que deberá contar con reparto de dividendo para evitar el derecho de separación. Por tanto será en la junta ordinaria que se celebrará ya durante el sexto ejercicio desde la constitución cuando, en caso de no reparto o siendo insuficiente, el socio minoritario podrá ejercitar el derecho de separación. Esta es la interpretación también de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, siendo el ponente el Ilmo. Sr. José M^a Ribelles, de 26 de marzo de 2015.

En los casos de fusión o escisión de sociedades los cinco ejercicios se contarán desde la inscripción de la modificación estructural. Es decir, debe contarse a partir de la primera inscripción de la sociedad, ya se haya producido por la fundación de la misma o por fusión o escisión. Esta es también la solución que proponen en su propuesta de nueva redacción FERNÁNDEZ DEL POZO Y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA⁵⁵.

2) El socio legitimado para el ejercicio del derecho de separación será aquel que ostente tal condición por cualquier título válido en el momento de la celebración de la junta y que haya votado a favor de la distribución de los beneficios sociales

Debemos entender que el voto a favor del reparto tendrá lugar tanto si en la junta el presidente o quien haga sus veces propone el no reparto en absoluto o bien si propone un reparto parcial inferior al tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social que sean legalmente repartibles, y el socio petionario vota en contra del reparto parcial e insuficiente, expresando su voluntad en contra de cualquier solución que comporte un reparto inferior al establecido en el art. 348 bis.

⁵⁵ S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Una propuesta de redacción alternativa del artículo 348 bis” *LSC, Op. Cit.*

Lógicamente otra solución carecería de sentido: el socio que se opone al reparto parcial por ser inferior al tercio que establece la ley no podrá votar nunca a favor de dicho reparto insuficiente. Lo que deberá hacer en este caso es votar en contra del reparto insuficiente haciendo constar en acta que se opone al reparto parcial. O bien si se ha formulado el acuerdo en sentido negativo, es decir de no reparto de dividendo alguno, en tal caso deberá oponerse a dicho acuerdo, aunque literalmente la ley dice que debe votar a favor de la distribución de los beneficios, debe entenderse en el sentido lógico de expresar su voluntad favorable al reparto cuando se niegue por la mayoría o bien, si se propone un reparto parcial por debajo del tercio fijado por la ley, el socio petionario expresará en la junta su voluntad en contra del acuerdo de reparto que esté por debajo del tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social. Así nacerá la legitimación para el ejercicio del derecho de separación.

En este sentido buscando evitar interpretaciones absurdas o rocambolescas se pronuncia la resolución del Juzgado de lo mercantil nº 9 de Barcelona, de 25 de septiembre de 2013 y en particular también la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de marzo de 2015.

Entendemos que el socio ejercitante del derecho de separación deberá solicitar que conste en acta su voluntad contraria al no reparto. La ley no exige y por tanto creemos que no es preciso que el socio ejercite el derecho de separación en ese momento ni siquiera que se reserve el derecho a ejercitar la separación, ya que el derecho de separación nace precisamente por el no reparto de los beneficios acordado en junta en contra de la voluntad del socio, y la ley prevé que el socio podrá ejercitar dicho derecho en el plazo oportuno de un mes, al que más adelante nos referiremos.

A partir de aquí la casuística puede ser de lo más variada si consideramos situaciones de tensión en la propia junta entre los socios y los administradores. Por ejemplo en algunas juntas generales el órgano de administración puede evitar la presencia de notario para que redacte el acta de la junta, ya sea porque no se solicitó expresamente o, a mayores, porque aun habiéndose solicitado dicho órgano incumple la obligación legal tanto de requerir presencia de notario para redactar el acta como incluso prescindir de redactar el acta en el mismo acto para evitar constancia alguna.

En tales casos el socio minoritario tendrá serios problemas de prueba documental, siendo cierto que el incumplimiento de asistencia de notario siendo solicitada expresamente obrará como un principio de prueba de opresión de la mayoría, de modo que parece lógico y debería aceptarse que tras la junta, si el acta no refleja el voto del socio minoritario a favor del reparto de beneficios, no tendrá otro remedio el socio que *a posteriori* expresar la propuesta mediante notificación formal dirigida al órgano de administración, ejercitando igualmente el derecho de separación en el plazo del mes desde la celebración de la junta.

Entendemos que no es preciso, en cambio, que en el momento de la votación el socio interesado indique el ejercicio del derecho de separación, pues cuenta para ello con el plazo de un mes para ejercitarlo.

3) Para evitar el derecho de separación el reparto debe ser de al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior

Creemos que los beneficios propios de la explotación del objeto social deben ser todos aquellos que tengan carácter ordinario, entendido como no excepcional.

La denominación “*beneficio propio de la explotación*” se utiliza erróneamente. Debería hablarse de resultado de explotación. O bien de resultado ordinario que está constituido por el resultado de explotación más el resultado financiero. Así en conformidad con el Plan General Contable 2007 la cuenta de pérdidas y ganancias sería:

Ingresos de explotación
Gastos de explotación
Resultado de explotación
Gastos financieros
Ingresos financieros
Otros

Resultado financiero
Impuesto de Sociedades sobre el beneficio

Actividades interrumpidas
Resultados extraordinarios

Resultado neto = beneficio o pérdida

Además el PGC 2007 y las NIC/NIIF algunas partidas anteriormente denominadas extraordinarias y clasificadas como tales separadamente en el modelo anterior de la cuenta de pérdidas y ganancias actualmente se incluyen erróneamente dentro del resultado de explotación y del resultado financiero.

Como señala Emilio GIRONELLA MASGRAU, que formula una crítica feroz a las normas NIC/NIIF y al PGC 2007, parece que con la normativa actual se pretenda que no existan o camuflar la existencia de partidas extraordinarias. Afirma GIRONELLA que las partidas extraordinarias de la cuenta de pérdidas y ganancias del PGC de 1990 se han repartido en el modelo de la cuenta de pérdidas y ganancias actual –PGC 2007- entre

los gastos de explotación en (A.I) Resultado de explotación); entre el resultado financiero en (A.2) Resultado financiero); en una partida de nueva creación en (B. Operaciones interrumpidas. 2.I Resultado del ejercicio procedente de operaciones interrumpidas neto de impuestos, que esta sí que se trata y clasifica separadamente como tal; amén de cargarse o abonarse en (A-I) Fondos propios. III Reservas, si este es el caso, por afectar a partidas que corresponden a ejercicios anteriores, hecho este último cuyo tratamiento evidentemente es correcto.⁵⁶

Por tanto a efectos de realizar el oportuno análisis de cualquier sociedad y su resultado, si se presenta conforme al modelo PGC 2007, será preciso eliminar del resultado de explotación y del resultado financiero algunas partidas que tienen la naturaleza de extraordinarias. Más claramente, el PGC de 1990 las definía como aquellas originadas por hechos o transacciones que, teniendo en cuenta el sector de actividad en que opera la empresa cumplen las dos condiciones siguientes:

- a) caen fuera de las actividades ordinarias y típicas de la empresa, y
- b) no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia.

Inicialmente en una primera aproximación al precepto cabe pensar que ya en sede de tramitación parlamentaria el legislador indicó que el reparto sólo podía alcanzar a los *beneficios* que provinieran directamente de la explotación del objeto social, excluyendo las ganancias extraordinarias, en realidad los gastos y los ingresos extraordinarios y las pérdidas también extraordinarias: *“De otra parte, con la fórmula que se propone se evita tener que repartir como dividendos las ganancias extraordinarias*

⁵⁶ Emilio GIRONELLA MASGRAU, “Mejoras necesarias en la contabilidad e información financiera de las PYMES (y IV)”, *Revista Contable*, nº 13, julio/agosto de 2013.

(como, por ejemplo, las plusvalías obtenidas por la enajenación de un bien que formaba parte del inmovilizado fijo). La expresión "beneficios propios de la explotación" del objeto social, específicamente introducida con esa finalidad, proviene del artículo 128.1 de la LSC⁵⁷."

Frente a esta interpretación y más allá de la *mens legislatoris* pensamos que debe acogerse un criterio amplio de resultado propio de la explotación del objeto social, de modo que incluso la venta de un activo material, por ejemplo de un bien inmueble, aunque no forme parte dicha venta del objeto social sí es probable que en su día se adquiriera el activo como consecuencia de la explotación ordinaria del negocio.

Deberían excluirse para computar el resultado únicamente situaciones excepcionales que hayan generado ingresos realmente excepcionales. En este sentido la sentencia de 26 de marzo de 2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona, ha delimitado acertadamente el concepto de beneficio propio de la explotación del objeto social, debiendo incluirse todos los ingresos ordinarios propios de la actividad y únicamente excluirse operaciones extraordinarias.

Así el Tribunal considera que para que un ingreso pueda quedar excluido de la cifra final de los beneficios propios de la explotación del objeto social, debe ser ajeno a la actividad típica de la empresa pero eso no es suficiente sino que además debe ser de cuantía significativa, en relación con el importe neto de la cifra de negocio, y tener su origen en operaciones que no se producen con frecuencia, asimilándolo al concepto de "ingreso extraordinario".

57 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A. núm. 111-11, de 30 de mayo.

En efecto la sentencia de la Audiencia Provincial atiende al Plan General Contable de 1990, que definía ingresos extraordinarios *“como aquellos beneficios o ingresos de cuantía significativa que no deban considerarse periódicos al evaluar los resultados futuros de la empresa”, añadiendo que “como regla general un beneficio o ingreso se considerará extraordinario únicamente si se origina por hechos o transacciones que, teniendo en cuenta el sector de la actividad en que opera la empresa, cumple las condiciones siguientes: (i) caen fuera de las actividades ordinarias y típicas de la empresa y (ii) no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia”.*

El pago del beneficio que se haya acordado se deberá producir en el momento de su aprobación por la junta, que es cuando se devenga como derecho de crédito. Entendemos que no cabe aplazar el pago por acuerdo de la mayoría sobre la minoría, ya que el pago aplazado sería un modo de burlar el cobro efectivo del dividendo por parte del socio minoritario. A salvo claro está que el acuerdo cuente con el voto favorable en la junta del socio o socios minoritarios que acepten dicho aplazamiento en aras a facilitar la liquidez a la sociedad.

4) Deben ser beneficios legalmente repartibles

Hay que estar a los límites establecidos por el art. 273 de la LSC. En primer lugar el patrimonio neto debe alcanzar un valor igual al menos al que represente el capital social. En consonancia si existieron pérdidas de ejercicios anteriores los primeros beneficios que se obtengan deberán destinarse a compensar tales pérdidas.

Tampoco serán distribuibles los resultados que por imperativo legal se encuadran contablemente en el patrimonio neto. En tercer lugar debe tenerse en cuenta la norma sobre reservas destinadas a investigación y desarrollo, de modo que no pueden

distribuirse beneficios si no existe una cuenta de reservas disponibles que alcance al menos una cuantía igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance.

Los estatutos sociales podrán establecer también disposiciones de obligatoria aplicación, como es la constitución de reservas estatutarias. En efecto pueden establecerse estatutariamente reservas sobre un porcentaje del beneficio, que puede tener carácter sustancial. Es difícil concretar un límite que no sea abusivo, de modo que los tribunales deberán pronunciarse al respecto para delimitar el alcance de dichas disposiciones que, de ser excesivas, comportarían un fraude de ley inaceptable, ya que harían inaplicable el precepto.

Por lo demás no nos parece conveniente para que el derecho de separación sea realmente efectivo, a pesar de que muy autorizada doctrina así lo ha defendido, establecer otras previsiones añadidas que no estén específicamente previstas en la ley. Sería el caso de una genérica declaración de que el acuerdo de reparto no comprometa la solvencia de la sociedad en un período de tiempo, por ejemplo un año, de modo que la junta pudiera supeditar el reparto de beneficios a un dictamen emitido por experto independiente o auditor⁵⁸.

Lógicamente cuestión distinta sería que la sociedad estuviera en situación de iliquidez que pudiera llevar a la insolvencia inminente o actual, por no poder atender sus obligaciones corrientes o inmediatas. En tal caso, poco frecuente en la práctica ya que se trataría de un acontecimiento sobrevenido normalmente e inesperado, el reparto de beneficios chocaría frontalmente con la Ley Concursal y no cabría aceptar ni el reparto ni el

58 S. ALVAREZ ROYO-VILLANOVA y L. FERNÁNDEZ DEL POZO, op. Cit.

consiguiente derecho de separación si la consecuencia inmediata, cierta e indudable es la insolvencia de la sociedad. En este punto concreto debe prevalecer el orden público, en el ámbito del orden público económico y el principio de conservación de la sociedad como persona jurídica que acoge una empresa cuya finalidad social debe estar por encima del interés de un socio en concreto.

Sin embargo, ello no significa generalizar una posición de modo que, a la postre, la junta general pueda enervar el derecho de separación argumentando que ha obtenido o pretende obtener en cierto plazo un dictamen sobre el peligro de insolvencia de la sociedad.

5) El derecho deberá ejercitarse en el plazo de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios

Deberá por tanto comunicar a la sociedad el ejercicio del derecho de separación y a partir de ese instante se pone en funcionamiento el proceso de separación. Se trata de un plazo de caducidad, que se cuenta de fecha a fecha del mes siguiente a la celebración de la junta. Si el término final fuera festivo se traslada la fecha al inmediato día hábil.

El cómputo del plazo del mes puede suscitar dudas relacionado con lo antes comentado respecto a la ausencia de acta o el retraso en su aprobación. En efecto el art. 202.3 LSC establece que *“Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten.”*

El problema será qué ocurre si no existe acta alguna, ni privada ni pública, o que el presidente de la junta indique que se remitirá en breve y ese día no llega y estamos próximos al plazo,

como suele ocurrir tras una junta controvertida. En mi opinión no existiendo acta aprobada los acuerdos no serán ejecutables, y también es posible que el acta se apruebe con omisiones deliberadas, y con el voto en contra de la veracidad en el documento por el socio minoritario.

Es por ello que lo recomendable, ante una situación como la que indicamos de evidente inseguridad jurídica provocada por la mayoría, será notificar el ejercicio del derecho dentro del plazo del mes desde la celebración de la junta, siendo posteriormente un problema de prueba acreditar que, en efecto, el socio votó a favor de la propuesta de reparto del beneficio mínimo o en contra del acuerdo de no reparto.

Lo relevante es el ejercicio del derecho por el socio, pues para ello no necesita de acuerdo o intervención de la sociedad, que no podrá ampararse en cuestiones de procedimiento.

Así lo estableció la sentencia del Juzgado Mercantil de San Sebastián, de 30 de marzo de 2015, que establece que el socio actor ejercitó el derecho de separación cuando éste se encontraba vigente, y que la suspensión legal del derecho que tuvo lugar después no le afecta, ya que el socio comunicó por escrito a la sociedad su decisión de separarse, tras la correspondiente junta, en el plazo de un mes. Y señala el Juzgado que fue el 11 de julio de 2012, ya suspendido el derecho de separación desde el 24 de junio de 2012, cuando el socio solicitante pidió que se incluyera en el orden del día un punto relativo a su derecho de separación ante la falta de acuerdo en el precio, que fue rechazado por la junta al entender el presidente que no podía ya ejercitarse tal derecho por estar en suspenso en ese momento. En definitiva el tribunal establece que el ejercicio del derecho de separación no requiere en absoluto la intervención de la junta y que el socio lo había ejercitado cuando estaba vigente.

En idéntico sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de diciembre de 2015, invocando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 23 de enero de 2006, que afirma que el derecho de separación nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta, que no es necesaria cuando sea notarial y no requiere que la sociedad lo acepte. *“Incluso aunque la comunicación se formulara después del 10 de julio siguiente, cuando ya había entrado en vigor la suspensión del precepto (el 24 de junio de 2012) con la publicación de la Ley 1/2012, de 22 de junio, si el derecho ya había nacido con el acuerdo adoptado de los que pretendían la separación (como señala la sentencia del Tribunal Supremo citada), no se le puede conferir a dicha Ley efecto retroactivo para privar del derecho nacido al amparo de la normativa anterior, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera del Código Civil, de aplicación general.”*

6) Se excluyen las sociedades cotizadas

Entendemos que la generalización del precepto en este punto no admite excepciones. Pensamos que en una eventual reforma la exclusión no debería alcanzar a las sociedades que cotizan en el Mercado Alternativo Bursátil, regulado en el Título XI del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores. Ciertamente estas sociedades son objeto de negociación multilateral, y es un mercado de escasa liquidez, completamente distinto de los mercados secundarios oficiales. Por tanto se da en estos casos la *ratio* del art. 348 bis para su plena aplicación.

7) Las sociedades a término final

¿Es aplicable el precepto a las sociedades con término final? No están expresamente excluidas, sin embargo parte de la doctrina considera que no debería aplicarse el precepto en las socieda-

des de duración determinada, al menos cuando el plazo no sea excesivo, pues el socio puede recuperar su inversión cuando la sociedad se disuelva⁵⁹ y probablemente se han constituido a término final para evitar la salida prematura de cualquier socio.

En mi opinión, ya que la ley no distingue, solamente sería admisible esta posibilidad por la vía de considerar abusivo por la minoría el ejercicio del derecho, en aquellas sociedades por plazo determinado no superior a diez años.

8) La imperatividad del precepto y su alcance

El derecho de separación del art. 348 bis ¿Puede ser excluido por cláusula estatutaria? ¿Y por pacto parasocial?

i) Cláusula estatutaria modificativa del art. 348 bis

Si consideramos, como parece, que el derecho de separación del 348 bis, está entre las causas legales y no estatutarias, sometido a la disciplina del art. 346 y no al 347 de la Ley de Sociedades de Capital, no le sería aplicable la posibilidad de una modificación o supresión por vía estatutaria, ni siquiera por acuerdo unánime.

Cuestión distinta es la validez de un pacto parasocial que permita contemplar esta posibilidad, pues dicho pacto parasocial tendría dudas de ineficacia por nulidad de pleno al contravenir a una norma de *ius cogens*.

Durante la vigencia de la legislación anterior, que regulaba un derecho de separación por causas legales, la doctrina más auto-

⁵⁹ Josefa BRENES, “El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: la entrada en vigor del controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305, julio – septiembre 2017.

rizada⁶⁰ consideraba que se trataba de un derecho renunciable a la vez que irrevocable. En efecto, DE LA CÁMARA, analizando las causas de separación tasadas por la Ley de Sociedades Anónimas, afirma que el fundamento del derecho de separación permite conceptualarlo como un derecho renunciable es decir, puede eliminarse en los estatutos al constituir la sociedad, ya que se concede exclusivamente en su interés particular. Ahora bien si el derecho no ha sido renunciado la Junta General no podrá por acuerdo mayoritario suprimirlo ni con carácter concreto al adoptar alguno de los acuerdos que dan lugar a su posible ejercicio, ni de modo general suprimiéndolo en los estatutos para el futuro. Este sería el caso del derecho de separación a favor de los accionistas que no han votado a favor del acuerdo en los casos de cambio de objeto (antiguo art. 147.1 LSA), traslado del domicilio al extranjero (art. 149.2), y de transformación de la sociedad. Sin embargo, todos estos casos son supuestos que no contemplan la *ratio legis* del art. 348 bis.

Desde una óptica institucionalista del derecho de sociedades buena parte de la doctrina considera que es una norma de *ius cogens*, imperativa y por tanto no modificable, renunciable o modulable por estatutos o pacto parasocial, ni siquiera unánime, al incardinarse entre las causas legales con la misma imperatividad que es predicable del art. 346 LSC. Y ello por las siguientes razones⁶¹:

- 1) El derecho de separación es un principio configurador de la sociedad de capital y por tanto forma parte del concepto amplio de orden público societario, lo que comporta un límite a la autonomía de la voluntad. (art. 28 LSC, 6.2 y 1255 CC).

60 Manuel DE LA CÁMARA, "Estudios jurídicos sobre la Sociedad Anónima", Civitas 1995, pág. 178.

61 Aurora CAMPINS VARGAS, "Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?", *Diario La Ley*, nº 7824, 23 de marzo de 2012. Certero análisis de los argumentos a contrario, que posteriormente desmonta en el mismo artículo citado.

- 2) El derecho de separación tiene como *ratio legis* una situación de opresión lo que lo convierte en un justo motivo o justa causa que lo hace irrenunciable.

Así este sector doctrinal ha argumentado que el derecho de separación es un principio configurador de la sociedad de capital integrado en el concepto de orden público societario, y que su *ratio legis* es la existencia de una situación de opresión lo que lo convierte en una justa causa que lo hace irrenunciable. Así sería un límite a la autonomía de la voluntad del art. 28 de la Ley de Sociedades de Capital, y de los arts. 6.2 y 1255 del Código Civil.

- 3) Considera también este sector de la doctrina que solamente con normas imperativas puede defenderse la posición del socio minoritario, ya que un derecho dispositivo no puede amparar el interés del minoritario porque a la mayoría le basta con un acuerdo para eliminarlo, y el derecho a participar en las ganancias debe considerarse esencial ya que está en la esencia de todo contrato de sociedad⁶².

En contra de su posible modificación estatutaria se han expuesto varios argumentos:

- El art. 150 de la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002, que es el precedente inmediato del art. 348 bis, iniciaba su redacción estableciendo que se podría ejercitar el derecho de separación “salvo disposición contraria de los estatutos sociales”. Así ha defendido la doctrina que la omisión intencionada del legislador en la redacción final del precepto es un argumento a favor de la imperatividad del mismo en el texto legal.

62 A. GARCÍA SANZ, “Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 38, 2012, pág. 62.

- El art. 346 LSC regula otras causas legales de separación, distintas al supuesto de no reparto del 348 bis, sin embargo únicamente en su apartado d) relativo a la creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, admite la salvedad estatutaria, al establecer in fine “salvo disposición contraria de los estatutos”.
- A mayores, si se permitiera en estatutos la modificación o modulación del precepto o su alcance, le bastaría a la mayoría con adoptar el acuerdo correspondiente de modificación de estatutos y el minoritario se quedaría en la misma situación anterior a la introducción del precepto en nuestra legislación⁶³.

A esta posición debemos oponer, como desarrollaremos en la propuesta de reforma que exponemos en el capítulo siguiente, que si los socios aceptan unánimemente los estatutos, exigiendo por tanto para su introducción por ley el acuerdo unánime, parece que este efecto no se produciría. No vemos inconveniente ante un acuerdo unánime de estas características, excepto su perdurabilidad en el tiempo en el caso de la sociedad de término indefinido, ya que la renuncia de derechos que prevé el art. 6.2 Código Civil no puede obviarse tratándose al socio o accionista de la sociedad de capital como un inversor profesional o cuasi profesional, cercano al estatuto del empresario y lejos del estatuto del consumidor.

Autores como CAMPINS VARGAS⁶⁴ , desde una posición contractualista del derecho de sociedades, considera acertada-

63 A. GARCIA SANZ, “Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, 2012, señala: “es necesario defender la posición del socio minoritario mediante normas imperativas, normas de mínimo que garanticen la efectividad de los derechos que asisten a todo socio y entre los cuales debe figurar, sin duda, el derecho a participar en las ganancias, derecho que debe considerarse esencial.”

64 Op. citada

mente, en mi opinión, que el derecho de separación no es un principio de orden público en el derecho de sociedades. Lo que es de orden público, en mi opinión, es la prohibición de las vinculaciones perpetuas o excesivamente prolongadas, en la medida en que suponen una losa insoportable para la libertad humana y por ende para el desarrollo empresarial.

Y tiene fundamento esta prohibición en el principio universal como derecho fundamental de la dignidad de la persona (Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 10 de la Constitución), y es por esa razón que son resolubles *ad nutum* todos los contratos de duración indefinida.

Siendo este principio de orden público, el legislador y los particulares deben tener libertad de configuración, reconocimiento y ejecución de tal derecho. En las sociedades de personas, cuando se han constituido con carácter indefinido, es consustancial a las mismas la denuncia o separación *a voluntate o ad nutum*, ya que los socios no pueden ser obligados a permanecer respondiendo indefinidamente con su patrimonio de las obligaciones sociales. Sin embargo, defiende este sector doctrinal, que la situación es distinta en las sociedades de capital donde la salida natural del socio o accionista debe producirse mediante la transmisión de sus acciones o participaciones.

Por tanto la razón o causa legítima que ampara el derecho de separación en las sociedades capitalistas es la dificultad de la transmisión fuera del mercado bursátil. En efecto, la prohibición en la transmisión no existe por imperativo legal, de hecho la transmisión es el mecanismo tipificado en la ley para articular la salida de los socios en las sociedades de capital, de modo que debemos hablar de una mayor o menor dificultad, según el caso, en encontrar un mecanismo de salida para el socio que se considera oprimido. Y en segundo lugar, la *ratio legis* del dere-

cho de separación es la situación de opresión, que debe existir para evitar el puro automatismo. Si bien es cierto que sería un silogismo inaceptable equiparar ausencia de reparto con opresión sin más, siendo preciso acreditar un conjunto de circunstancias que nos lleven a la certidumbre de la opresión, también es cierto que la falta de reparto reiterada es un elemento que llevaría a presumir la existencia de la opresión.

Desde las posiciones contractualistas del derecho de sociedades CAMPINS, entre otros autores, defiende que los socios son libres para configurar la sociedad dentro del tipo que elijan, respetando eso sí, los límites a dicha libertad contractual, consistentes i) en las normas identificadoras de cada tipo social, ii) en las normas dictadas para proteger a socios que no gozan de la suficiente protección, como las que protegen a las minorías en las sociedades en las que rige el principio mayoritario en la adopción de acuerdos y, en general, iii) en las normas que tutelan intereses de terceros.

Es por tanto precisamente por el segundo de los límites que señala CAMPINS por el cual no es posible, pensamos, que la mayoría restrinja o suprima el derecho de separación mediante acuerdo mayoritario que así lo establezca en los estatutos. En esto parece que la mayor parte de la doctrina está de acuerdo.

Cuestión distinta y muy discutida es si por acuerdo unánime de todos los socios cabe renunciar en estatutos sociales y a futuro al derecho de separación del art. 348 bis, o bien restringirlo o modularlo.

Es decir ¿pueden todos los socios unánimemente acordar en los estatutos la modificación del alcance o la renuncia previa o en abstracto del derecho de separación del 348 bis?

Parte de la doctrina⁶⁵ considera admisible esta posibilidad de renunciabilidad por todos los socios y proclamada en estatutos. Consideran que habría sido consentido por todos los afectados expresamente, no se alteraría el principio de respeto a las normas dictadas para proteger a los socios por ataques de la mayoría, ya que son todos ellos unánimemente quienes lo consienten y no se trata pues de un acuerdo de la mayoría. Así dice FARRANDO MIGUEL *“A nuestro juicio, nada impide que al adquirirse la condición de socio, o con posterioridad a este momento, pueda el interesado renunciar al futuro ejercicio de dicho derecho. El sustento lógico de esta afirmación se encuentra en que dicha conducta la renuncia previa del socio no contraría el orden público”*⁶⁶.

Como señala BRENES, y por nuestra parte compartimos, esta tesis parte de una premisa errónea y es el carácter facultativo de las normas. En efecto las normas jurídicas, también las de derecho privado, tienen carácter imperativo salvo que se establezca en ellas su carácter dispositivo y por tanto el carácter facultativo o disponible es la excepción frente a la regla de imperatividad. Y añade: *“Si se admitiera que los socios pudieran renunciar por unanimidad a esa protección la utilidad de la norma sería muy escasa o nula ya que aunque se requiriera consentimiento, el socio minoritario en muchos casos se vería obligado a consentir forzado por las circunstancias o por la presión ejercida por la mayoría si quiere continuar en la sociedad”*⁶⁷.

65 Así lo han apoyado DE LA CÁMARA, GIRÓN, GARRIGUES, FERRANDO y ALFARO, y también CAMPINS con matizaciones. Argumentan estos autores que se trata de un derecho en interés del propio socio y por tanto puede renunciarlo siendo permeable a la autonomía privada, no dañaría a terceros ni a la propia sociedad, y además el Tribunal Supremo ha declarado que las normas legales que regulan la sociedad limitada son presuntivamente dispositivas y, sobre todo, en que no hay interés alguno distinto del de los socios que exija su protección a través de una norma que limite la libertad contractual.

66 Ignacio FARRANDO MIGUEL, “El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas”, *La Ley* 3308/1989.

67 Josefa BRENES, “El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: la entrada en vigor del controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305, julio-septiembre 2017, pág. 65.

Así aunque a primera vista puedan parecer acertados los argumentos a favor de la libre disponibilidad estatutaria del derecho de separación del 348 bis a futuro, no podemos compartírselos, ya sea modificando el alcance o efectos como tampoco en forma de renuncia previa o en abstracto⁶⁸, y ello por las siguientes razones, a saber:

- Formulada en estatutos la renuncia de los socios a separarse de la sociedad por no reparto de dividendos, o simplemente remitiéndose *in genere* al art. 348 bis para excluir su aplicación, renunciando al derecho, se estaría dando abrigo a la opresión, en la medida en que la mayoría tendría el terreno abonado para acordar año tras año el no reparto, vulnerando así el derecho que el art. 93 LSC reconoce a los socios de participar en el reparto de las ganancias sociales. Y ello por la propia naturaleza de la norma estatutaria, que tiene carácter indefinido cuando la sociedad se ha constituido también sin plazo determinado.
- En las sociedades cotizadas la ley certeramente excluye la aplicación del derecho de separación, pero es en las cerradas donde el socio inversor minoritario, que espera obtener en algún momento cierto rendimiento o retorno, puede ver con carácter permanente vulnerado dicho propósito si se perpetúa el no reparto ni existe opción real a la transmisión. Si los estatutos admiten la renuncia en la sociedad de capital a tiempo indefinido, será también con carácter indefinido lógicamente, lo que claramente vulneraría el principio de prohibición de las vinculaciones perpetuas.

68 Cuestión distinta sería la renuncia de presente, en la junta general ordinaria en la que corresponda ejercitar el derecho de separación una vez que se ha denegado el reparto del mínimo del tercio establecido en el art 348 bis. Sin embargo dicha renuncia carece de sentido, simplemente el socio que está legitimado para el ejercicio del derecho tiene la potestad de ejercerlo o no.

Y en nuestra opinión no es relevante a estos efectos que el socio afectado trabaje o no en la sociedad, realice o no prestaciones accesorias, o haya invertido una parte mayor o menor de su patrimonio. La vinculación perpetua se consagra simplemente si el socio inversor se ve impedido a transmitir su posición, carece de rendimiento alguno y además no puede separarse. Y el hecho de que los estatutos sean aceptados por unanimidad no puede prevalecer ante lo que sí es un principio configurador esencial del derecho privado que además es reconocido como derecho fundamental, en la medida que afecta a la dignidad de la persona.

Cuestión distinta sería que pueda admitirse una cláusula estatutaria aceptada por unanimidad de todos los socios que prevea una renuncia a un término razonable, en aras a proteger la capitalización y expansión de la sociedad, como máximo a diez años en mi opinión. Por la misma razón también debería admitirse la renuncia en una sociedad de capital a término definido, pero también con esta limitación de diez años que ya es un término más que suficiente y la sociedad que lo supere entraría en una vinculación insoportable, como por otra parte ha venido recogiendo nuestra jurisprudencia.

De *lege ferenda* autorizada doctrina ha defendido que debería acogerse la posibilidad de que los estatutos dejen sin efecto el precepto. Eso parece de recibo, al menos, si se continua formulando con el automatismo actual y dando por sentada automáticamente la opresión o abuso de la mayoría, pues puede darse el caso de que dicha situación de abuso no exista en absoluto y, en cambio, el automatismo actual del precepto nos lleva al rechazo pleno de la presente configuración legal ya que se trata de un automatismo *quasi* objetivo o simplista que comporta una verdadera abstracción del problema subyacente. Así, pensamos que la propuesta que ha defendido la doctrina mayoritariamente

de modificar el precepto y convertirlo en una norma dispositiva que permita el pacto en contrario en los estatutos, viene dada precisamente como reacción comprensible a la rigidez actual.

En mi opinión, como suele incurrir a menudo nuestro legislador de derecho mercantil, de seguir esta opción puramente dispositiva, nos iríamos de nuevo al otro extremo del péndulo. En efecto, si se introduce en el precepto la cláusula *“salvo que otra cosa dispusieren los estatutos”*, en la práctica condenaremos al precepto a su práctica inaplicación, con lo que volveremos al punto en el que estábamos de inexistencia real de norma que permita disuadir a la mayoría de la opresión al socio minoritario.

La consecuencia sería que en los estatutos previamente confeccionados como modelos en las notarías o por los abogados que defienden los intereses de los *insiders*, con toda probabilidad, se introducirá una cláusula que deje sin efecto totalmente el precepto.

De modo que pienso que debemos acudir a soluciones innovadoras, escuchando las experiencias en el Derecho comparado, evitando así volver a los tiempos recientes en que el único camino, del todo ineficaz, para el socio minoritario era impugnar hasta el infinito las conductas abusivas u opresivas, ya sea por atesoramiento excesivo de los beneficios anuales, o por cualquiera otra.

En esta línea recientemente BRENES propone *“la posibilidad de introducir una cláusula estatutaria que, sin eliminar el derecho del socio minoritario, intentara reconducir la norma legal a la previsible intención inicial y real del legislador, es decir, otorgar este derecho cuando la falta de reparto de dividendos presuponga una situación real de abuso de la mayoría y el acuerdo de no distribución resulte injustificado en aras del interés social”*⁶⁹.

⁶⁹ Josefa BRENES, Op. Cit., pág. 71.

La reserva estatutaria y su relación con el derecho de separación del art. 348 bis

Cuestión distinta es que la dotación de la reserva estatutaria pueda afectar al reparto de beneficios, y ello en la medida en que el art. 348 bis establece el porcentaje del tercio de beneficios que sean “legalmente repartibles”. Por tanto habrá que atender a los preceptos legales que regulan los beneficios que son repartibles y el art. 274 LSC ya establece la necesidad de dotar la reserva legal estableciendo que en todo caso, una cifra igual al diez por ciento el beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social, lo que no presenta ninguna duda.

En cambio respecto a la reserva estatutaria no existe límite *a priori*, ya que el art. 273.2 establece que *“Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos solamente podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social.”*

De modo que los socios en estatutos podrán libremente establecer una reserva estatutaria que afecte al beneficio reduciendo el reparto anual. Y por la misma razón podría estatutariamente establecerse, por ejemplo, que cada año un porcentaje del beneficio se aplique a la reserva estatutaria, o bien dotarse un importe hasta un cierto límite conforme a la fórmula que los socios al aprobar los estatutos hayan juzgado conveniente. Por lo tanto concluimos que las previsiones estatutarias en materia de reservas también están dentro de las previsiones de la Ley, y en consecuencia serán “legalmente repartibles” los beneficios que excedan del importe de la reserva estatutaria⁷⁰. Y no vemos

70 En esta línea también Josefa BRENES, advirtiendo también de que la modificación estatutaria

que dicha libertad estatutaria en la fijación de las reservas tenga que exigir acuerdo por unanimidad, ya que ni el 273.2 LSC ni otra norma lo contemplan así, y si el legislador lo hubiera querido excepcionar lo habría hecho con la reforma de la Ley 25/2011.

Enlazando con un capítulo anterior de este trabajo en el que hemos tratado sobre grupos de casos para analizar el fraude de ley en la comisión del abuso, lógicamente este será un supuesto emblemático en el que habrá que valorar si la conducta es o no abusiva. Así, si la sociedad por sus características y desarrollo de futuro a corto y medio plazo no prevé unas reservas superiores a las existentes, parece que no sería procedente ahora, tras la entrada en vigor del precepto y sin más fundamento, acordar estatutariamente por imposición de la mayoría frente a la minoría una reserva estatutaria que haga prácticamente inexistente el beneficio durante varios ejercicios, más allá de lo que el órgano de administración pueda documentar cumplidamente mediante un plan de negocio que realmente se ejecute.

ii) **La renuncia o modulación en pacto parasocial**

En cambio respecto a la posible admisión de un pacto parasocial en el que los socios voluntariamente renuncien a ejercer tal derecho. ¿Sería lícito dicho pacto parasocial o sería nulo por contrario al art. 6.3 del CC?

Frente a la doctrina mercantilista tradicional que consideraba nulo todo pacto que se desvíe de una norma imperativa o contradiga los principios configuradores del tipo societario, actualmente se abre paso la tesis que defiende la distinción entre el

deberá estar justificada en su conveniencia, “*ya que de lo contrario puede apreciarse la existencia de indicios de fraude que pueden motivar la impugnación posterior del acuerdo de elevación por parte del minoritario*”. Op cit., págs. 65, 66 y 76.

derecho necesario o imperativo de *ius cogens* y de *ius imperativum*.

Así PAZ-ARES considera que debe reformularse la doctrina tradicional de modo que existen normas de *ius cogens* que provienen de un determinado tipo de sociedad. En cambio las de *ius imperativum* se extienden a través de todo el derecho de sociedades y del resto del derecho privado, lo atraviesan en diagonal, y por lo tanto, no son específicas de un tipo societario sino de todos los tipos, y naturalmente también del derecho general de obligaciones.

En este grupo de *ius imperativum* estaría la prohibición de pactos leoninos (art. 1691 CC), la responsabilidad de los administradores (arts. 144 CCom. y 236 LSC). En conclusión el *ius cogens* sería disponible mediante pacto parasocial, aunque no por pacto estatutario pues la norma afectaría al tipo societario. En cambio el *ius imperativum* en el derecho de sociedades se trataría de una imperatividad sustantiva que afecta a los valores centrales o fundamentales del derecho privado.

Como hemos señalado entendemos que el derecho de separación del art. 348 bis no es una norma de orden público que afecte a los valores centrales del tipo societario o configuradores de la sociedad de capital. La norma de orden público que debemos respetar y no puede modularse es la prohibición de las vinculaciones perpetuas o excesivas y la prohibición de ejercicio abusivo por la mayoría frente a la minoría, que son precisamente los fundamentos de los que arranca la *ratio legis* del precepto.

En consecuencia entendemos que debe admitirse que los socios por unanimidad renuncien en un pacto parasocial el ejercicio del derecho de separación del art. 348 bis, siempre que dicha renuncia no comporte:

- i) El inicio por otras razones no previstas en dicho pacto de una situación de opresión no conocida por ellos ni prevista en el momento de la firma del contrato;
- ii) Una vinculación perpetua o excesiva de modo que la renuncia al derecho al dividendo o a ejercitar el derecho de separación deberá limitarse temporalmente en el contrato parasocial, con un máximo de diez años;
- iii) Que se formule de modo que no comporte de facto un pacto leonino o abusivo para el socio;
- iv) Sería recomendable incorporar simultáneamente una cláusula al pacto parasocial de compromiso o sindicación en el voto, consistente en no votar a favor del reparto de beneficios o en contra de la acumulación a reservas;
- v) En la renuncia al reparto de beneficios las partes son solamente los socios, en cambio si lo que se renuncia es el derecho de separación es parte la sociedad de dicho contrato parasocial, por tanto deberá consentirlo la sociedad.

Dicho pacto parasocial debe admitirse a tenor del art. 6.2 CC como exclusión voluntaria de la ley aplicable, ya que siempre que sea con el acuerdo unánime de los socios sería admisible el pacto que no contraría normas de orden público, como sería la renuncia total a las ganancias presentes y futuras. Así no nos parece que pueda acogerse el argumento que algún autor ha expuesto respecto a la renunciabilidad del derecho consistente en no distinguir entre el derecho de separación y su ejercicio, al decir que no podría renunciarse en pacto parasocial en la medida en que no ha surgido el supuesto de hecho o acto del que nace⁷¹. Debemos distinguir entre el derecho de separación

71 SILVA SÁNCHEZ Y SAMBEAT SASTRE, "Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de

establecido como causa legal por el art. 348 bis y el ejercicio del mismo, qué lógicamente solo podrá producirse cuando se niegue el reparto, pero el derecho existe por disposición de la ley y su ejercicio solamente tendrá lugar si concurren los hechos establecidos en el tipo legal.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de febrero de 2015, entre otras, ha admitido los pactos parasociales pero considera que no se pueden oponer a la sociedad, por lo que no resulta impugnabile un acuerdo social que los contravenga. Cuestión distinta es que se articulen mecanismos disuasorios de su incumplimiento entre los socios, como las cláusulas penales, que sí serían ejecutables.

Sin embargo consideramos que el problema de la inoponibilidad no puede obviarse y no podrá evitarse el derecho de separación ya que la sociedad no podría oponerse a su ejercicio. Algunos autores han apuntado que habría que acudir al expediente de abuso de derecho o actuación lesiva al interés social ejercida por la minoría si por el socio minoritario se ejercita la separación a pesar de haber pactado lo contrario en pacto parasocial⁷². No nos parece que este argumento pueda prosperar pues precisamente el legislador ha considerado que el 348 bis está llamado a garantizar la posición del socio minoritario a obtener una parte del beneficio social y a la vez que el resto, dos tercios del beneficio, puedan disponerse para reforzar los fondos propios. Es decir, de nuevo son dos caras de una misma moneda, no habrá separación y por tanto no habrá posible abuso de la minoría si se satisface el dividendo mínimo, por lo que no podrá alegarse para enervar el derecho de separación el pacto parasocial en consideración a un posible abuso de la minoría.

Sociedades de Capital", *Diario La Ley*, 24 de abril de 2012.

72 David MORENO UTRILLA, *La sindicación de bloqueo en las Sociedades Anónimas*, Op cit.

En este sentido algunos autores como VÁZQUEZ LEPINETTE consideran que cualquier regulación del derecho de salida o de separación debe ser necesariamente imperativa e irrenunciable, e incluso va más allá, pues considera que la solución adecuada debería ser conceder al socio oprimido el derecho a que se le compre su participación o bien el establecimiento de un derecho de venta forzosa a la participación de los mayoritarios⁷³.

Frente a estos argumentos, como ya hemos dicho anteriormente, creemos que elevar el derecho de separación a elemento o principio configurador del derecho de sociedades, con carácter de orden público, es una afirmación excesiva, predicable por lo demás de muchas otras instituciones que revisten enorme importancia, sin que por ello queramos devaluarla, pero consideramos maximalista elevarlo a criterio de orden público. Y por otro lado, si como ha sido regulado el derecho de separación en el 348 bis LSC es automático, no requiere la previa acreditación de concurrir justa causa o la *ratio legis* que lo inspira, que es la existencia previa de opresión, difícilmente puede negarse que sea renunciable. En esta línea autores como CAMPINS VARGAS y ALFARO, defienden que la renuncia se pueda regular por pacto parasocial firmado por todos los socios⁷⁴.

Lo cierto es que de acogerse la postura doctrinal de la imperatividad rígida, nos llevaría a la desestabilización económica de muchas sociedades que podrán encontrarse con un problema

73 Tomás VÁZQUEZ LEPINETTE, *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*. Thomson-Civitas 2007 págs. 82 a 87. Igualmente aplicando dicho criterio al derecho de separación del art. 348 bis LSC, en Revista de Derecho Mercantil, 283, enero-marzo 2012, pág. 169 y siguientes. En la misma línea, entre otros, Francisco VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de derecho mercantil* I vol 2º, 1991.

74 CAMPINS VARGAS, "Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?" *Diario La Ley*, núm. 7824, marzo 2012 año XXXIII.

de liquidez en el momento que corresponda aprobar el reparto del beneficio anual. Si la situación de falta de liquidez es coyuntural también es cierto que la junta es soberana, por tanto por acuerdo de la mayoría, para aplazar el reparto.

Así el art. 276 LSC permite que en el acuerdo de distribución de dividendos determine la junta general el momento y la forma del pago, y solamente a falta de determinación al respecto el dividendo será pagadero en el domicilio social a partir del día siguiente al del acuerdo.

Pensemos también en situaciones de beneficio ilíquido, por diversas razones puede producirse por ejemplo una plusvalía por la venta de un activo que implicará beneficio contablemente y en cambio es posible que no pueda hacerse líquido o cobrarse en meses o incluso en años, y en cambio el legislador no ha sabido prever esta circunstancia.

Igualmente si se acuerda el no reparto, sea por cualquier razón, el ejercicio del derecho de separación puede llevar a la sociedad a una situación irreversible. Imagínese que el socio que ejerce la separación sea titular del 40 o incluso del 49 por ciento del capital social, deberá pagársele un importe cercano a la mitad del valor razonable de la sociedad, lo que a menudo exigirá un esfuerzo que puede ser insuperable.

Del mismo modo cabe imaginar qué ocurrirá con los *covenants* y demás obligaciones asumidas con terceros por la sociedad. El derecho de separación prevalece sobre cualquier otro acuerdo, de modo que en el caso de ejercitarse la separación, el acuerdo de financiación puede contemplar la resolución del préstamo en el caso de devolución de dinerario a los socios con antelación a la total amortización del préstamo, lo que aplicaría tanto en el caso de pago del valor razonable como también en el su-

puesto previo de acordarse el reparto del dividendo. Tanto en una situación como en otra la sociedad puede verse abocada a un incumplimiento contractual que comporte la resolución del préstamo y abocarla a la insolvencia.

Como argumento a contrario, el establecer un derecho al dividendo mínimo o bien un derecho de separación disuasorio del no reparto, como el que está vigente en el art. 348 bis, puede tener también efectos positivos, más allá de evitar situaciones de abuso o de opresión de la mayoría.

En efecto, en las sociedades cerradas puede o no existir pacto parasocial que contemple cláusulas de salida o de venta de participaciones o acciones por el socio minoritario, en determinadas circunstancias. Por lo general se producen situaciones de dificultad en la transmisión. La existencia de un derecho de separación y de un dividendo mínimo ofrece a los socios minoritarios una retribución mínima como retorno a su inversión y una posible solución que permita su salida, lo que facilita la estabilidad financiera, la incorporación de nuevos socios y, en fin, el progreso de las sociedades familiares y cerradas.

La situación será bien distinta en sociedades de nueva creación, que desarrollan productos o servicios de alta innovación, caracterizadas por la necesidad de diversas rondas sucesivas de financiación, lo que exige ofrecer en el contrato parasocial un retorno al inversor que pretende obtener o bien un beneficio repartible en cierto plazo o alternativamente una posible venta futura. En cambio, en sociedades de larga trayectoria y madurez, muchas veces familiares, deberán existir protocolos familiares que recojan estas circunstancias y que den acomodo a las distintas sensibilidades entre los socios, garantizando la estabilidad y evitando controversias que pueden poner en riesgo la subsistencia de la entidad. Lo fundamental será encontrar el equilibrio entre una adecuada y suficiente capitalización de

la sociedad y la satisfacción de los derechos económicos de sus socios ⁷⁵.

En nuestra opinión, no existiendo opresión, como sería el caso de una sociedad de productos o servicios de alta tecnología o sencillamente innovadores en la que los socios pueden obtener su interés pecuniario por la vía de la venta de la empresa en un futuro próximo, es razonable que todos se comprometan en contrato parasocial y podrán lícitamente renunciar a cualquier percepción de dividendo durante cierto tiempo. Es por eso que como apuntaremos más adelante en este trabajo, consideramos que la renunciabilidad debe contemplarse y relacionarse con la inexistencia de opresión. Es decir, no podría operar la renunciabilidad del derecho de separación en los casos en que se acredite opresión y si en los demás casos.

Cuestión esta que debemos tratar bajo el prisma del estatuto del socio o accionista en la sociedad no cotizada. A diferencia de lo que acontece en la sociedad cotizada, donde la figura del accionista que invierte en Bolsa lo hace amparado por un mercado regulado, donde existen o deberían existir –aunque no siempre se aplican a la hora de la verdad como hemos podido comprobar en casos recientes de defectuosa resolución, como ha sido la del Banco Popular- los adecuados controles y requisitos imperativos de información que sitúan al accionista no profesional que invierte en Bolsa en una posición cercana al estatuto del consumidor.

Lo cierto, en cambio, es que el socio de la sociedad de capital no cotizada no es una figura asimilable a un consumidor, sino más bien a un inversor profesional, que debería contar con el asesoramiento jurídico y financiero adecuado.

75 Tatiana CURULL POBLET, “La política de dividendos en la empresa familiar”, Op. Cit.

El asesoramiento jurídico para el inversor que decide convertirse en socio de una sociedad no cotizada, generalmente cerrada con un número de socios más o menos amplio, es imprescindible y exige el análisis correspondiente antes de la entrada en el capital, mediante la correspondiente revisión de los documentos fundamentales, como los estatutos, pactos parasociales, política de retribución de los administradores, y por supuesto también conocer los proyectos de inversión a corto y medio plazo, e incluso resulta recomendable un *due diligence* o revisión limitada cuando menos de la situación financiera y jurídica: situación de la deuda y su documentación con las entidades financieras, con análisis de las cláusulas financieras de amortización – *covenants* –, pasivo a corto plazo con los proveedores y profesionales clave en el desarrollo, situación fiscal, contingencias jurídicas en la contratación con los clientes o distribuidores, laborales, entre otras.

Y en cuanto al asesoramiento financiero que debe procurarse el socio –ver el discurso de ingreso en esta Real Academia de la Excelentísima Académica Dra. Montserrat Casanovas Ramón, en el que destacó la importancia y necesidad de impulso de la figura del asesor financiero-. Esta necesidad de asesoramiento jurídico y financiero que el inversor en la sociedad de capital no cotizada debe procurarse, no significa que debamos asimilarlo a un consumidor del mercado financiero.

Y es por ello que la renunciabilidad limitada y unánime de los socios que aceptaron el no reparto o incluso la reinversión durante cierto tiempo de los beneficios sociales debe ser aceptada y no vulnera el orden público ni pilar alguno de nuestro sistema jurídico societario. Evidentemente esto no vale para los casos más habituales, de sociedades familiares donde no existe ni pacto estatutario ni parasocial en el que los socios fundadores o sus sucesores hayan renunciado a los beneficios sociales.

- 9) **Relacionado con la imperatividad y sus efectos es si el deber de fidelidad** o lealtad del socio minoritario puede o debe prevalecer en el caso de darse circunstancias extraordinarias que pongan en peligro incluso la subsistencia de la sociedad. Sería el caso en que la sociedad se encuentre en una situación económica de peligro inminente o futuro.

Si fuera inminente la insolvencia, difícilmente puede aceptarse el derecho de separación por no reparto de dividendos o el propio reparto, si choca con los principios de la Ley Concursal, de modo que en situación de insolvencia el reparto de un dividendo iría en contra del deber de fidelidad en la propia votación por parte de los socios y vulneraría los preceptos imperativos de la Ley Concursal. Cuestión esta que no tiene fácil solución, ya que en las cuotas de capital de cierta importancia por los minoritarios, el derecho de separación y el pago de la cuota podría generar la insolvencia *per se* como causa directa. Y al respecto no parece que sea fácil argumentar que siempre que la sociedad esté en peligro de insolvencia por el pago de la cuota ello permite enervar el derecho de separación y por tanto también el pago del dividendo.

10) **La importancia de la labor del experto**

Será un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el registrador mercantil. Deberá determinar el valor de la cuota del socio que ejerce el derecho de separación conforme al valor razonable, que es situación común a las normas de separación o exclusión de socios.

De existir acuerdo sobre el valor de la cuota del socio o de haberse regulado estatutariamente o en parasocial, evitaremos una nueva cuestión a menudo origen de controversia dentro de la propia controversia, ya que la Ley en caso de no acuerdo

sobre el valor razonable —conforme al art. 38 bis del Código de Comercio— establece el procedimiento para su concreción supletoriamente a través de la valoración del experto designado por el registrador mercantil del domicilio social, salvo si se trata de acciones cotizadas en cuyo caso el valor será el precio medio de cotización del último trimestre.

El auditor estará facultado para obtener toda la documentación e información de la sociedad, y actuará como un arbitrador o dictaminador, pues habrá que estar y pasar por el valor que decida, salvo impugnación de su dictamen en caso de existir error en los elementos utilizados, en el método empleado o en la valoración atribuida.

En efecto, la valoración de la cuota de separación será una cuestión polémica, en el entorno de controversia en que se producirá, y el experto deberá llegar al valor razonable, en el plazo de dos meses que tendrá para emitir el informe. Dentro de los dos meses siguientes a la recepción del informe la sociedad deberá proceder al pago sin demora.

La doctrina considera que debe calcularse el valor considerando lo que el socio obtendría si se disolviera la sociedad, entendiendo que como en toda liquidación debe atenderse a maximizar el valor de la empresa que se liquida, y por tanto el valor deberá establecerse por lo que pueda obtenerse en el mercado si se procediera a su venta como un todo, lo que lleva al criterio contable de empresa en funcionamiento.

Dejando de lado el sistema de valoración por cotización en Bolsa, que no aplicará para las sociedades no cotizadas en las que aquí nos centramos, los sistemas de valoración se suelen clasificar entre estáticos y dinámicos. Los primeros valoran el patrimonio, y entre ellos se incluyen el valor contable, el valor

sustancial, y el valor de liquidación, y se fundan en la contabilidad de la sociedad. En cambio los métodos dinámicos se basan en la proyección hacia el futuro de los resultados obtenidos por la sociedad en el pasado. Entre ellos el más aceptado es el método de flujo de caja descontado “*discounted cash flow*”, que se basa en calcular la cantidad de dinero que le queda disponible a la empresa en un período determinado y que puede distribuirse entre socios y acreedores sin afectar a su capacidad para seguir produciendo rendimientos.

La mayor parte de la doctrina financiero-contable defiende los sistemas de valoración dinámicos, siendo preciso para una adecuada valoración la triangulación de sistemas de valoración que permitan llegar a un resultado óptimo y coincidente con el concepto de valor razonable.

La jurisprudencia ha señalado que no pueden aplicarse penalizaciones por cuotas minoritarias como tampoco pueden establecerse premios en la valoración por ostentar la mayoría del capital social.

Por otro lado la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 29 de abril de 2011, consideró que no basta con tomar como elemento valorativo la contabilidad de la sociedad, sino que deben tenerse en cuenta también las plusvalías y minusvalías que haya podido tener el patrimonio social, además de hacer una proyección de los resultados futuros esperados de la sociedad, tomando en cuenta los resultados obtenidos durante un periodo anterior.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2011, estableció que siendo cierto que la valoración de acciones y participaciones para determinadas finalidades cabe una “actualización negativa” de los paquetes minoritarios, en cuanto el

adquirente se coloca en una posición alejada de la gestión y del control de la sociedad, no cabe tal descuento en los casos de separación de socios en los que el precepto impone la adquisición forzosa a valor real, de tal forma que huelgan primas de control y descuentos por minoría, ya que en otro caso se penalizaría al socio que se separa y que sufriría un detrimento de su patrimonio, perdiendo en gran parte el mecanismo de separación su función de tutela de la minoría para repercutir en beneficio directo de la sociedad al adquirir sus participaciones por un precio inferior a su valor, e indirecto de los que permaneciesen vinculados.



❧ VIII. PROPUESTAS DE REGULACIÓN DE *LEGE FERENDA* PARA EVI- TAR LA OPRESIÓN

Propuestas de orden legislativo

El art. 348 bis no ha sido la única norma que recientemente ha introducido medidas de protección de la minoría. Especialmente la reforma de la LSC operada por la 31/2014 ha introducido importantes herramientas de protección al minoritario. Especialmente el art. 204.1 que permite impugnar un acuerdo social incluso aunque no lesione el interés social si se impone de forma abusiva por la mayoría. Y se establece la presunción de que se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva por la mayoría cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

Sin embargo pocos preceptos han desatado tanta polémica doctrinal como el art. 348 bis., de modo que ya desde su promulgación al poco tiempo se declaró su suspensión, y tras su entrada en vigor desde el Congreso de los Diputados ha habido nuevos intentos de modificación o suspensión.

En primer lugar la Comisión de Economía, Industria y Competitividad en sesión de 4 de abril de 2017 aprobó la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana y publicada en el BOCG el 14 de marzo de 2017, por la que se insta al Gobierno a:

- “1. *Suspender inmediatamente la aplicación del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital mediante la aprobación de un Real Decreto-Ley.*
2. *impulsar la aprobación de un nuevo redactado del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, durante la tramitación como Proyecto de Ley de dicho Real Decreto-ley, con el fin de evitar el incremento de litigios debido a la poca claridad del artículo.”*

Recientemente el Grupo Parlamentario Popular ha presentado una Proposición de Ley para modificar el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, publicada en el BOCG el 1 de diciembre de 2017. El fundamento de dicha propuesta se explica en la Exposición de motivos. Las razones de proponer su reforma son, en síntesis, 1) que ya existen en la LSC otros preceptos dirigidos a la protección de la minoría, como especialmente el art. 204.1. 2) la aplicación del precepto en su redacción actual podría fomentar la descapitalización empresarial. 3) Es frecuente que los contratos de financiación incluyan limitaciones al reparto de dividendos por lo que la entrada en vigor de la norma puede perjudicar a la financiación empresarial. 4) Puede perjudicar modelos de negocio que requieren estabilidad y compromiso de los socios de permanecer en el capital social.

Con la reforma pretende el grupo parlamentario proponente encontrar un equilibrio entre la sostenibilidad financiera de la sociedad y “la legítima aspiración de los accionistas a participar en los beneficios cuando ello sea posible y razonable”. Las modificaciones consisten, sintéticamente en lo siguiente:

- i) El precepto deja de ser imperativo pudiendo los estatutos modificarlo o dejarlo sin efecto, siempre que sea por acuerdo unánime, ya que de lo contrario el socio disidente podría separarse de la sociedad.

- ii) El período de obtención de beneficios será más extenso, de tres años, frente a la situación vigente en que basta que el año anterior hayan existido beneficios. Se requieren con la redacción propuesta que hayan existido beneficios durante tres años consecutivos, de modo que si un año hay pérdidas se reinicia el plazo.
- iii) Se reduce el porcentaje mínimo de reparto de beneficios de un tercio a un cuarto, “moderando así el impacto del reparto sobre la liquidez de la empresa”.
- iv) Se elimina la referencia a los “beneficios propios de la explotación del objeto social”, pues se considera un concepto equívoco, de modo que el minoritario podrá participar en el conjunto del resultado del beneficio sin distinciones.
- v) Se sustituye la expresión “a partir del quinto ejercicio” por “transcurrido el quinto ejercicio” desde la fundación de la sociedad. de este modo se intentan despejar las dudas argumentadas por la doctrina, ya comentadas en este trabajo, acerca de si cabría ejercitar el derecho de separación al comienzo del quinto ejercicio respecto de las cuentas del cuarto.
- vi) Se excluye su aplicación a las sociedades en concurso, y también que hayan comunicado las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación previstas en la Ley Concursal o que hayan alcanzado un acuerdo de refinanciación siempre que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la Ley Concursal.
- vii) Y finalmente se excluye del derecho de separación en las cotizadas en general y también en aquellas admitidas a negociación en un sistema multilateral de financiación.

La Propuesta merece una valoración negativa en conjunto, desde nuestro punto de vista, pues supone un paso atrás. Sin duda reduce radicalmente el alcance del derecho de separación, puesto que, por ejemplo, la alternancia en la decisión de la mayoría sobre el reparto anual permitirá el fraude a la minoría. Es decir, basta con un año en que se formule un escaso beneficio para acordar el reparto de una cuarta parte de ese importe, y así en los tres años siguientes denegar todo reparto.

Además también se exige otro requisito de mínimos para el reparto, en el párrafo primero, y es que el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años sea inferior a la cuarta parte de los beneficios totales registrados en dicho período.

Por lo demás fía cualquier situación de abuso u opresión al ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad, y parece que permitiendo que los estatutos puedan limitar o restringir de algún modo dichas acciones. Decimos parece por cuanto la cláusula “y salvo disposición contraria de los estatutos” viene a colación del ejercicio de acciones. También podría interpretarse como una modificación genérica del precepto por vía estatutaria. En cualquier caso la técnica legislativa es muy deficiente.

Esto último si realmente es una concesión genérica a modificación estatutaria, nos parece muy criticable, y claramente inconstitucional pues autoriza que se limite al socio minoritario la defensa de sus derechos frente a la mayoría si existiera situación de opresión. Como hemos expuesto en este trabajo, las situaciones de opresión pueden tener aristas muy diversas y van más allá de la denegación de reparto de las ganancias sociales. El precepto pasa a ser dispositivo, sin ninguna limitación excepto el derecho de separación del socio que no vote a favor del

acuerdo. Conforme hemos expuesto en este trabajo, pensamos que la supresión genérica del precepto por vía estatutaria y sin limitación temporal, comportará en la práctica una extensión de la supresión a la inmensa mayoría de sociedades que acabarán incorporando la cláusula por vía estatutos pre-redactados en las notarías, lo que por tanto dejará inaplicable el precepto en la mayor parte de las sociedades.

En el lado positivo, sí que parece razonable excluir la aplicación a las sociedades en concurso de acreedores o aquellas que hayan iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación.

En cambio, excluir el precepto a sociedades que coticen en mercados como el MAB, pensamos que es un error. Se trata de mercados muy poco líquidos en la práctica, de modo que no son una salida para el minoritario que desee vender su participación.

Por lo demás, la propuesta desconoce en buena parte la doctrina jurídica publicada durante los últimos años.

La redacción es la siguiente:

Uno. El artículo 348 bis, Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos, queda redactada de la siguiente forma:

“1. Transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos o su ausencia tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, una cuarta parte de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente repartibles, siempre que se

hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores y el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años sea inferior a la cuarta parte de los beneficios totales registrados en dicho periodo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder y salvo disposición contraria de los estatutos.

2. Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo.

3. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

4. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de sociedades cotizadas o sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación.

b) Cuando la sociedad se encuentre en concurso.

c) Cuando, al amparo de la legislación concursal, la sociedad haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

d) Cuando la sociedad haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal.”

Propuestas doctrinales

Han sido varias las propuestas de nueva regulación que se han realizado desde la doctrina, y desde el propio legislador como hemos visto.

ALFARO Y CAMPINS⁷⁶ defienden en cuanto al derecho de separación *ad nutum* que así como en las sociedades de personas cabe una admisión general de una separación por mera voluntad del socio sin justificar la causa, en cambio en las sociedades de capital sólo debe reconocerse al socio un derecho de separación *ad nutum* en dos grupos de casos:

- i) cuando el socio o accionista esté obligado a realizar a favor de la sociedad prestaciones personales gravosas vinculadas a su condición de socio, y
- ii) cuando una parte muy significativa del patrimonio del socio esté representado por las participaciones o acciones de la sociedad. Fuera de estos casos no debería admitirse – dicen- la separación *ad nutum*, salvo cláusula estatutaria adoptada por unanimidad.

En cambio proponen los mismos autores ALFARO Y CAMPINS una separación por justos motivos o justa causa, aplicable a todas las sociedades mercantiles con independencia de

⁷⁶ J. ALFARO Y A. CAMPINS, “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, coordinador J. García de Enterría, 2014. Op, cit.

su duración, siempre que se den dos conjuntos de circunstancias:

- i) modificaciones estatutarias que alteren sustancialmente las bases del contrato social y
- ii) la existencia de un conflicto permanente y duradero entre la mayoría y la minoría cuyo origen se encuentre en el comportamiento abusivo de la mayoría.

Y para evitar la falta de reparto de dividendos proponen una norma de reparto como regla general y el atesoramiento como excepcional debiendo ser la mayoría la que justifique la falta de reparto entre los socios, admitiendo entonces un derecho de separación por falta de reparto únicamente en los casos de conflicto permanente y abierto entre mayoría y minoría.

Esta propuesta y otras de similar corte, merecen un juicio favorable en el plano doctrinal pero no tanto en la praxis del derecho, ya que los juristas conocemos que la dinámica empresarial es compleja y que por sus propias características las inercias que podemos considerar imposición abusiva de la mayoría para excluir a los *outsiders* de cualquier ventaja en la sociedad tienen contornos difusos, se encuentran a menudo en el filo entre la injusticia con el minoritario y la necesidad de crecimiento y progreso de la empresa, y lo que es cierto es que esa controversia llevada al terreno judicial no va a ser de fácil solución.

Sin una regulación clara y precisa, pero a la vez suficientemente conceptual evitando las fórmulas reglamentistas, no va a ser posible que el juez o el árbitro puedan resolver si existe o no un conflicto permanente y duradero cuyo origen se encuentre en un comportamiento abusivo de la mayoría, o cuando existe o no existe una vulneración del interés social sujeto, por ejemplo,

a formulaciones relacionadas con la capacidad de la sociedad para atender el cumplimiento de sus obligaciones o cualquier otra circunstancia.

En segundo lugar vamos a analizar la propuesta de FERNÁNDEZ DEL POZO / ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA⁷⁷, que transcribimos para su mejor exégesis:

Art. 348 bis. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos.

1. *Salvo que otra cosa dispusieren los estatutos, a partir del quinto ejercicio a contar desde la primera inscripción de la sociedad con duración indefnida, ya sea como consecuencia de su fundación o de una fusión o escisión, los socios que hubieran hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrán derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles, excluidos los ingresos extraordinarios o ingresos excepcionales. No tendrá lugar este derecho cuando la media de los dividendos repartidos durante los últimos cinco años alcance ese porcentaje.*
2. *En ningún caso procederá el reconocimiento del derecho de separación cuando el reembolso que hubiere de producirse en favor del socio separado haya de comprometer gravemente la solvencia o la continuidad de la sociedad en el plazo de un año. A este efecto la sociedad podrá solicitar el nombramiento de auditor al Registro Mercantil, que expresará en su informe la opinión técnica sobre esa cuestión, no procediendo el derecho si existe ese riesgo para la solvencia. La opinión del auditor se ajustará a las*

⁷⁷ L. FERNÁNDEZ DEL POZO – S. ÁLVAREZ, “Una propuesta de redacción alternativa del artículo 348 bis LSC”. *LA LEY MERCANTIL* nº 33, febrero 2017. Op. Cit.

normas técnicas establecidas en relación con la hipótesis fundamental de la empresa en funcionamiento y deberá tener en consideración las consecuencias que hubieran de producirse para la sociedad y su grupo en el supuesto de eventual incumplimiento de los pactos contraídos con terceros.

- 3. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. el plazo para hacer efectivo el reembolso no podrá exceder de cinco años desde la comunicación a la sociedad de su ejercicio y dará derecho al separado a percibir el interés legal del dinero.*
- 4. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.*
- 5. La creación, modificación o extinción de la cláusula estatutaria a la que se refiere el primer inciso del párrafo primero de este artículo, la ampliación del plazo de duración de la sociedad o la fijación para esta de una duración indeterminada constituyen otras tantas causas legales de separación de los socios que no hubieran votado a favor de los respectivos acuerdos.*
- 6. Lo dispuesto en este artículo no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad de los administradores de hecho y de derecho por violación del deber de lealtad. En ejecución de sentencia declarativa de la nulidad de acuerdos sociales, el juez podrá fijar un dividendo usual en el mercado o en el tráfico jurídico como dispone el art. 708.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En los términos previstos en el art. 40 del Código de Comercio quien acreditar un interés legítimo podrá solicitar una verificación de cuentas limitada a la comprobación de si ciertas operaciones realizadas con personas vinculadas con los administradores se han realizado en condi-*

ciones de mercado conforme a lo contemplado en el art 230.2 de esta Ley.

La propuesta de estos autores introduce mejoras sustanciales frente a la configuración legislativa vigente. Podemos comentar y recoger para nuestra propuesta algunos de sus aspectos y añadir otros nuevos que nos parecen de interés para una eventual reforma.

En primer lugar me parece acertada la formulación del carácter dispositivo del párrafo primero, especialmente teniendo en cuenta el apartado quinto que permite la separación de la sociedad si se crea por disposición de la mayoría dicha cláusula estatutaria que altere el derecho de separación, o bien la modifica o extingue. En efecto, la mayoría podrá modificar o incluso eliminar el derecho de separación pero el socio podrá separarse en tal caso conforme al mismo procedimiento. En realidad los socios constituyentes de la sociedad aceptarán por unanimidad la cláusula estatutaria derogatoria o modificativa del derecho de separación o del reparto del dividendo, y cualquier socio que sobrevenga a la fundación la aceptará o bien no adquirirá tal condición. Y por último si la cláusula estatutaria que derogue el derecho de separación se propone con carácter sobrevenido a la fundación de la sociedad de capital podrán los socios en ese momento separarse de la misma, con lo que de ningún modo se produce opresión.

Sin embargo, pensamos que la cláusula “salvo pacto en contrario en los estatutos” claramente desvirtuaría de modo general la protección que pretende la norma, al menos así sería en muchos formularios de escrituras prerredactadas donde la intervención de abogado especialista suele faltar, de modo que se acabaría firmando un alto número de sociedades nuevas, con insuficiente asesoramiento jurídico para los socios o sin asesoramiento

alguno, estableciendo en estatutos la no aplicación permanente de una norma que busca precisamente la protección de los derechos de la minoría.

Debería ponderarse una cierta equidistancia entre la imperatividad absoluta y la exclusión total. Y ello no por buscar un camino intermedio o solución ecléctica, que podría parecerlo a simple vista, sino porque pensamos que debemos trabajar en la línea de una protección real de las minorías societarias, que de ser excluida por pacto estatutario en este caso, por lo menos no tenga carácter permanente la exclusión que consolidaría la opresión que supondría el no reparto durante largos años habiendo beneficios. Lo que dejaría como única alternativa la costosa, larga, y en general ineficiente vía judicial de impugnación de acuerdos sociales.

El último inciso del párrafo primero permite una ponderación que en la fórmula vigente no existe y es una de las principales causas del automatismo y rigidez que la doctrina ha criticado con razón, y es que nazca el derecho de separación, con todas las consecuencias irreparables que puede producir para la sociedad y su continuidad, simplemente porque un año la junta decida evitar el reparto y acumular a reservas. En efecto la propuesta de FERNÁNDEZ DEL POZO/ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA en este punto permite que la sociedad pueda modular el reparto en consideración a la liquidez, a los proyectos de inversión y plan de negocio, entre otras consideraciones, pudiendo algunos ejercicios repartir más de un tercio del beneficio y otros menos o incluso atesorar el beneficio totalmente sin reparto, siempre que la media de los dividendos de los últimos cinco años alcance un tercio.

El párrafo segundo permite enervar el derecho de separación en el caso en que el reembolso que hubiere de producirse en favor

del socio separado haya de comprometer gravemente la solvencia o la continuidad de la sociedad en el plazo de un año. Para ello la sociedad podrá acudir al nombramiento de un auditor por el Registro Mercantil que expresará una opinión técnica al respecto.

Por tanto se confía en el dictamen del auditor que será decisivo para enervar el derecho, y que además deberá tener en consideración las consecuencias para la sociedad y su grupo en el supuesto de eventual incumplimiento de los pactos contraídos con terceros.

Creemos que esta regulación sería limitativa del derecho del socio a separarse de la sociedad, pues cercenaría dicho derecho en la mayor parte de los casos. La propuesta coloca al auditor en la posición de arbitrador de la prosperabilidad del derecho de separación, y pensamos que el auditor difícilmente puede asumir un juicio de valor bajo dado que su responsabilidad profesional consiste en dictaminar que no existe riesgo grave de insolvencia. Pues si declara que no hay tal riesgo y se presenta el concurso de acreedores antes de un año, su responsabilidad profesional podría alcanzar proporciones y consecuencias considerables, por lo que lógicamente adoptará una posición muy conservadora que, una vez más, será en perjuicio del socio minoritario que ejercita el derecho.

Además, si como expone la propuesta, se conserva la estructura de cláusula disuasoria, de modo que el derecho de separación lo que debe hacer es “garantizar” un dividendo medio al socio, no vemos porqué hay que introducir expedientes que llevarían a la sociedad y a sus administradores, es decir a la mayoría dominante, a confiar en el informe de un auditor que les sea favorable. En mi opinión si quiere limitarse de algún modo el derecho de separación podrá hacerse por vía estatutaria tal como se indica.

Respecto al párrafo tercero, tampoco somos partidarios de demorar el pago efectivo del reembolso que corresponda al socio durante un plazo tan largo. Parece razonable un fraccionamiento o aplazamiento durante un año o dos como máximo.

Respecto al párrafo cuarto, podría someterse al precepto a las sociedades que cotizan en mercados de escasa o nula liquidez, como el Mercado Alternativo Bursátil, indicando que las únicas sociedades a las que no sería de aplicación es a las sociedades cotizadas en IBEX y Mercados Secundarios. En efecto en algunos mercados bursátiles la situación real de los socios y las dificultades de ceder su posición son las mismas que en una sociedad no cotizada, de modo que la *ratio* del precepto se produce igualmente y las situaciones de abuso se pueden dar del mismo modo exactamente.

El párrafo quinto ofrece una ampliación de supuestos en los que existiría derecho de separación. Como ya hemos dicho lo relacionado con la modulación del derecho en estatutos, ya sea creando una clausula estatutaria que cercene o elimine el derecho a separarse, o bien que la modifique o suprima, otorgaría al socio el derecho a separarse, lo que nos parece acertado, ya que de este modo la cláusula estatutaria que module o suprima el derecho de separación será siempre conocida y aceptada por unanimidad.

La ampliación del plazo de duración de la sociedad que tenga plazo determinado – que son muy pocas actualmente- o bien la duración para la sociedad de una duración indeterminada, serán también causas de separación. Respecto a esta última entendemos la propuesta en el sentido de que existente ya la sociedad con plazo determinado se modifique estatutariamente el plazo estableciendo posteriormente un plazo indefinido o indeterminado. Pues podría entenderse, ciertamente forzando la interpre-

tación, que de publicarse una reforma de este tenor, en todas las sociedades que existan con plazo indeterminado fijado en sus estatutos nacerá el derecho de separación *ad nutum*, lo que no sería aceptable.

En cualquier caso, pensamos que una eventual reforma del precepto debería ir por el camino de una fórmula conceptual y omnicomprendensiva que admita un derecho de separación siempre que pueda acreditarse la opresión del socio minoritario, aunque ello genere controversia que deba resolverse por mediación, árbitro o juez.

En efecto, pensamos que el legislador debe huir de fórmulas reglamentistas y que debe existir un precepto legal que contemple con cierta amplitud conceptual el derecho de separación, para evitar multiplicar los preceptos destinados a tal institución que lleguen a regular multitud de causas de separación posibles.

Finalmente el apartado sexto regula una serie de remedios que habilitan al juez a fijar un dividendo que sea usual en el mercado, permitiendo la impugnación de acuerdos sociales de modo que en la demanda pueda solicitarse al juez - o árbitro también debería decirse- que declare cuál será el dividendo atendiendo al concepto de dividendo usual en el mercado o sector correspondiente de actividad. La propuesta en este sentido da carta de naturaleza a cierta jurisprudencia minoritaria de impugnación de acuerdos sociales en situaciones de atesoramiento continuado, ya comentada en este trabajo, que contempló la obligación de pago de un dividendo al socio.

Algunos autores como es el caso de VÁZQUEZ LÉPINETTE han propuesto una extensión del derecho de separación a otros supuestos, concretamente considera como fundamento para la extensión la doctrina del incumplimiento esencial recogida en

el art 25 de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, sobre compraventa internacional, “...entendiendo que el socio minoritario podrá ejercitar su derecho de separación siempre que se produzca un incumplimiento esencial del contrato social...”⁷⁸”.

No vemos por nuestra parte una extensión general del derecho de separación, no por analogía, pues se trata de una norma prevista en la *mens legislatoris* para una situación específica, como es la opresión derivada de la falta de reparto continuada de beneficios para el socio minoritario. Tampoco creemos que las normas sobre la Convención de Viena sean aplicables al derecho de sociedades, pues se trata de un tratado internacional que en efecto integra el derecho mercantil contractual internacional, de aplicación exclusiva a los supuestos previstos en la propia Convención, que son la compraventa de mercaderías y contratos relativos que las integran, como la distribución comercial y otros de colaboración que comporten compraventa. Todo ello muy lejos desde luego del terreno que aquí nos ocupa. Por otro lado la doctrina del incumplimiento esencial de los contratos ha sido extensamente desarrollada por la doctrina y jurisprudencia españolas, y a ella nos remitimos.

Nuestra propuesta de mejora legislativa

Así nuestra propuesta es la siguiente:

Art. 348 bis. Derecho de separación en situaciones de abuso u opresión

- 1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la primera inscripción de la sociedad con duración indefinida, ya sea como consecuencia de su fundación o de una fusión o escisión, los socios*

⁷⁸ Tomás VÁZQUEZ LÉPINETTE, “La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 283, enero-marzo 2012, f. pág. 185, Op. Citada.

que hubieran hecho constar en el acta, o en su defecto mediante notificación expresa, su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos, tendrán derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio del resultado de explotación obtenido durante el ejercicio anterior, que sea legalmente repartible, excluidos los ingresos extraordinarios o ingresos excepcionales. No tendrá lugar este derecho cuando la media de los dividendos repartidos durante los últimos cinco años alcance ese porcentaje.

- 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. El plazo para hacer efectivo el reembolso no podrá exceder de un año desde la comunicación a la sociedad de su ejercicio y dará derecho al separado a percibir el interés legal del dinero incrementado en dos puntos.*
- 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas en el Mercado bursátil IBEX o en el Mercado Secundario, siendo de aplicación a las sociedades cotizadas en el Mercado Alternativo Bursátil o en otros que razonablemente no permitan una liquidez inmediata.*
- 4. El abuso de derecho u opresión, la ampliación del plazo de duración de la sociedad o la fijación para esta de una duración indeterminada constituyen causas legales de separación de los socios que no hubieran votado a favor de los respectivos acuerdos o que los consideren abusivos.*

Se presumirá el abuso u opresión, además del caso de ausencia de reparto de beneficios regulado en el apartado primero de este artículo, en los casos de condena de la sociedad o de los administradores, por sentencia en primera instancia o laudo arbitral, en el ejercicio de las acciones de responsabilidad de los adminis-

tradores de hecho y de derecho por cualquier causa, y cualquier otra condena que declare el abuso de la sociedad o de los socios que ostenten la mayoría de capital sobre el socio que ejercite la acción. Durante el procedimiento podrán acordarse medidas cautelares dirigidas a la intervención de la sociedad por un experto designado al efecto.

5. *El socio que ostente el derecho de separación por cualquier causa establecida en este artículo podrá, antes de ejercitarlo, exigir al socio titular de la mayoría del capital social la compra de la totalidad de sus acciones o participaciones sociales por el precio que acuerden o, en su defecto, el que establezca el experto independiente designado a tal efecto conforme a las normas establecidas en el Capítulo III de este Título para la ejecución del derecho de separación. Igualmente el derecho de separación podrá enervarse por cualquier socio, o si fuesen varios en proporción a su participación en el capital social, que notifique al socio que hubiera ejercitado el derecho de separación, su voluntad de comprar las participaciones sociales por el precio acordado entre las partes y, en defecto de acuerdo, por el que establezca el experto independiente. En ambos casos la compraventa tendrá lugar en el plazo de un mes a contar desde la determinación del precio por el experto independiente y el precio se hará efectivo en el plazo máximo de un año desde la notificación de compra, aplicándose en tal caso el interés legal del dinero incrementado en dos puntos.*
6. *Lo dispuesto en este artículo no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad de los administradores de hecho y de derecho por violación del deber de lealtad o cualquier otra causa de responsabilidad. En ejecución de sentencia declarativa de la nulidad de acuerdos sociales, el juez podrá fijar un dividendo usual en el mercado o en el tráfico jurídico con arreglo a lo que dispone el art. 708.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En los términos previstos en*

el art. 40 del Código de Comercio quien acreditar un interés legítimo podrá solicitar una verificación de cuentas limitada a la comprobación de si ciertas operaciones realizadas con personas vinculadas con los administradores se han realizado en condiciones de mercado conforme a lo contemplado en el art 230.2 de esta Ley.

- 7. El derecho de separación que regula este artículo tiene carácter imperativo e irrenunciable. Únicamente podrá establecerse en los estatutos sociales o en pacto parasocial con el consentimiento de todos los socios la no aplicación o modificación de los derechos de protección del socio que regula este artículo con una duración máxima de cinco años, siendo nulo cualquier pacto en contrario.*

Lo que pretendemos es ofrecer aquí una propuesta que ofrezca soluciones globales a las situaciones de opresión y que faciliten la dinámica mayoría – minoría, que vayan más allá del problema del derecho al reparto de ganancias, tratando de evitar preventivamente las más frecuentes situaciones de opresión o de eliminarlas de raíz si es posible.

Pensamos que las propuestas que pueden concretarse sobre el tema que nos ocupa deberían dirigirse a hacer efectiva la transmisibilidad de la posición del socio en la sociedad cerrada, recogiendo aquí por nuestra parte algunos de los conceptos jurídicos procedentes de la doctrina del “*unfair prejudice*” y la “*oppression*” en el derecho anglosajón y, a la vez, conservando en todo lo posible aspectos de las propuestas de los autores que nos han precedido en el estudio de la materia.

Actualmente la Companies Act de 2006 establece en la Sección 994 las bases para que pueda considerarse la existencia de opresión y perjuicio injusto:

“The affairs of the company are being or have been managed in a way which is unfairly prejudicial to the interests of shareholders generally or some part of its shareholders”

En tales casos el tribunal acogerá la petición por perjuicio injusto y podrá acordar libremente una serie de medidas para resolver la opresión, que comportan una verdadera intromisión en la vida societaria inimaginable en nuestro derecho.

La más común de las decisiones a adoptar en sentencia es que el tribunal acuerde que las acciones o participaciones del peticionario sean adquiridas por la mayoría. Se inicia entonces el correspondiente proceso de valoración de las mismas, no exento de dificultades.⁷⁹

Podemos sacar una conclusión principal y es que la solución pasa en el derecho inglés por evitar la disolución, la insolvencia y el derecho de separación, ya que éste último puede provocar aquellas. La solución actualmente pasa por imponer a la mayoría que es declarada opresora la compra de las acciones de la minoría, así como otras medidas dirigidas a la abstención en reiterar las conductas ilícitas.

Así en nuestra propuesta proponemos, por decantación, extraer este aspecto para introducirlo en nuestro derecho. Siendo el comprador natural el socio mayoritario, consideramos razonable un mecanismo de compraventa forzosa de las participaciones o acciones del minoritario que sea oprimido, sujeto a determinados requisitos y plazos, y siempre que no se haya pactado una solución distinta en los estatutos sociales. De este modo el derecho de separación no será la única solución pues, como sabemos, no es la idónea.

79 NEWINGTON-BRIDGES, Charlie, St John's Chambers, enero 2016. Op. citada.

También pensamos que es hora de hacer pedagogía en los métodos de solución de las controversias, y avanzar hacia métodos de solución que no se perciban por el empresariado como sistemas alternativos, sino naturales de solución de las controversias, como son genuinamente el arbitraje y la mediación.

Recogemos también mejoras en la regulación del derecho de separación, que lo hagan más justo y eficaz, cuando quepa aplicarlo. A tal efecto proponemos también extender el derecho de separación al caso de abuso u opresión, entre otros supuestos indicados en el apartado 4.

Y, sobretodo, proponemos una presunción *iuris tantum* de su existencia de modo que recaída una sentencia o laudo, sin necesidad de que ganen firmeza, en los que se presumirá el abuso u opresión, además del caso de ausencia de reparto de beneficios en los casos de condena de la sociedad o de los administradores, por sentencia en primera instancia o laudo arbitral, en el ejercicio de las acciones de responsabilidad de los administradores de hecho y de derecho por cualquier causa, y cualquier otra condena que declare el abuso de la sociedad o de los socios que ostenten la mayoría de capital sobre el socio que ejercite la acción. También somos partidarios de una interpretación amplia de las posibles medidas cautelares, como la intervención o la administración judicial, para garantizar la condena consistente en impedir las conductas abusivas. Sin embargo con la regulación vigente de medidas cautelares no será fácil que el tribunal acuerde la medida de intervención para evitar el abuso durante el procedimiento, pues para lograr ese efecto sería precisa una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el apartado 5 proponemos un derecho de opción de venta que permita al minoritario que ostente el derecho de separación motivado por cualquier situación de opresión, exigir a la mayo-

ría del capital la compra de sus participaciones sociales. Y ello en la línea de la solución más habitual adoptada en las sentencias ante las peticiones por *unfair prejudice* del derecho inglés. De prosperar una reforma de esta índole somos conscientes de que no se solventarán todos los problemas. Por ejemplo la mayoría puede intentar negar en la junta general correspondiente el derecho de separación, pero en tal caso el socio podrá optar entre el ejercicio de tal derecho ante los tribunales o bien solicitar del juez la opción de venta de sus acciones o participaciones. Como contrapartida los socios mayoritarios podrán evitar o enervar el derecho de separación cuando el socio hubiere iniciado su ejercicio. Todo ello sujeto al mismo sistema de valoración vigente actualmente con el procedimiento que establece la LSC, que es difícilmente mejorable.

En el apartado 6 proponemos una regulación conforme con la doctrina del Tribunal Supremo que afirma que el juez podrá ir más allá de la mera declaración de nulidad del acuerdo impugnado —sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, caso Markestil, S.L.—, y en ejecución de sentencia de nulidad de acuerdos sociales que impedían el reparto de dividendos pueda fijar un dividendo que sea usual en el mercado, a través de una interpretación amplia del art. 708.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y finalmente, en el apartado 7, proponemos una solución a la cuestión de la imperatividad o disponibilidad. Consideramos que el precepto que proponemos como derecho de separación y otras medidas para evitar la opresión, debe ser de *ius cogens* con carácter general. Sin embargo acogiendo la doctrina que distingue en el derecho de sociedades las instituciones de *ius cogens* frente a las de *ius imperativum*, creemos que nos encontramos ante una norma de *ius cogens*.

Así con carácter natural el derecho de separación, y el resto de medidas propuestas como remedio a las situaciones de abuso, no podrá ser modificado o alterado por los socios salvo que el acuerdo sea unánime de todos los socios, ya lo sean en el momento fundacional o se incorporen posteriormente. Y podrán hacerlo en los estatutos sociales o bien en pacto parasocial, pero siempre con un límite temporal de cinco años. De este modo al cabo de cinco años podrán los socios revisar su contrato social y confirmar o revisar su situación, y con ello evitamos la perpetuación de posibles situaciones de abuso, pues tal perpetuación sí sería claramente un atentado a la prohibición de las vinculaciones perpetuas, que es norma de *ius imperativium* en el derecho mercantil.





IX. CONCLUSIONES

Analizada extensamente con las consideraciones expuestas la cuestión de la dinámica mayoría –minoría en las sociedades de capital, debemos finalmente sintetizar en un breve resumen la tesis que mantenemos, de modo que para los asistentes y lectores de este discurso de ingreso en la Reial Acadèmia Europea de Doctors, sea asequible revisar los aspectos más relevantes.

En este universo hegeliano de las controversias entre socios las problemáticas son tan ricas y variadas y la casuística tan extensa, que resulta complejo dar soluciones por el derecho a lo que es, a menudo, un conjunto de circunstancias, derechos e intereses que tienen múltiples aristas. En efecto, coinciden en las controversias entre socios elementos económicos y empresariales, pero también con frecuencia se transforman en personales, psicológicos, o familiares.

En las sociedades familiares resulta muy complejo a los abogados de las partes objetivar la controversia, pidiendo a sus representados que distingan entre lo personal y el ámbito empresarial, pues a menudo observamos que en las sociedades familiares en controversia frecuentemente parece que no hay nada que no sea personal, pues los comportamientos humanos tienden entonces hacia la pasión olvidando la razón. Y también es cierto que en sociedades no familiares ocurre lo mismo con demasiada frecuencia, las tensiones se enquistan y de ese quiste al tumor maligno hay un escaso trecho. Acaba envenenando la relación entre los socios, alcanzando con frecuencia a la productividad y rentabilidad de la sociedad poniendo en juego su continuidad y solvencia.

En este discurso de ingreso hemos abordado el estudio de los más autorizados autores y tribunales de la doctrina y jurisprudencia mercantilista nacional e internacional que, desde prismas y realidades económicas y sociales distintas, han analizado y estudiado el mismo problema y han tratado de encontrar soluciones. La búsqueda de esas soluciones para provocar el debate es lo que el jurista puede aportar, a través del estudio, la investigación y también desde la experiencia profesional, y aquí lo resumimos en los siguientes puntos:

- I. En primer lugar la dinámica mayoría – minoría es natural y consustancial a toda sociedad mercantil. Incluso en las situaciones de paridad en el capital entre dos socios que actúen como administradores mancomunados en paridad absoluta, el éxito de la empresa requiere que esa dinámica fluya por el camino de la cooperación y del entente. Y lo habitual será que esta sea la situación general de las sociedades, siempre con puntos de vista diversos que permiten, desde la pluralidad, enriquecer el debate, innovar, aportar conocimientos y capitales al proyecto común.

Por tanto mientras la dinámica mayoría – minoría evoluciona por el fluido camino de la paz social, con la misma intensidad es preciso que los socios y sus abogados actúen con responsabilidad, limando asperezas que inevitablemente surgirán, con estricta observancia de la Ley y conservando ese gran activo intangible e incuantificable en cualquier empresa, que es precisamente la paz social. Para tal fin, constituye el mejor remedio confiar en la figura del secretario o del letrado del órgano de administración.

Y es que en efecto en sociedades con varios socios, incluso con dos socios, resulta muy recomendable que la administración se organice colegiadamente, dando al secretario, que podrá

ser también el letrado asesor⁸⁰ del consejo o de los administradores individuales, el fundamental papel de control de la legalidad en la elaboración de los acuerdos sociales y de su documentación, y en general el adecuado asesoramiento jurídico a la sociedad. Pero también y con la misma importancia, un papel que no viene atribuido por la ley pero sí por la costumbre, por los usos mercantiles que son característicos en la praxis societaria, y es una función mediadora y arbitradora de los intereses en juego en el seno del órgano de administración.

En cambio, cuando se produce la controversia ésta podrá tener lugar por una desavenencia entre mayoría y minoría que puede o no incorporar una situación de opresión o abuso. Deberá analizarse caso por caso si existe o no tal abuso. Así con carácter general la actuación conforme a los propios actos por parte de los socios minoritarios, que hayan firmado un pacto parasocial o estatutos sociales contemplando por unanimidad la ausencia de percepción de dividendos y otras utilidades o compensaciones económicas durante cierto tiempo, no indefinidamente, debe respetarse y no podría ser tachada como abusiva, y por tanto no debería desencadenar la aplicación de soluciones radicales y traumáticas como es el derecho de separación.

80 La Ley 39/1975, de 31 de octubre, plenamente vigente y a menudo olvidada, sobre designación de letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles, establece la obligación de nombramiento de Letrado Asesor a todas las sociedades mercantiles con un capital social superior a 50 millones de pesetas (300.000.-€), o bien con volumen de negocio superior a 100 millones (600.000.-€) de pesetas, o bien que disponga de más de cincuenta trabajadores entre otras circunstancias que exigen su aplicación, exista órgano colegiado o individual de administración. Dice su exposición de motivos *“Una gran mayoría de las Sociedades mercantiles viene disfrutando del asesoramiento jurídico en el seno de sus órganos de dirección o de administración. Pero es lo cierto también que en otras Sociedades, donde falta ese asesoramiento, se adoptan a veces acuerdos que, por ignorancia de la normativa vigente, dan lugar a actuaciones irregulares que desembocan en innecesarios conflictos ante los Tribunales”*. Y dice también en su artículo Tres, regulando las funciones que corresponden al Letrado asesor: *“Corresponderá a dicho Letrado asesor, además de las funciones propias de su profesión que puedan asignarle los Estatutos de la Sociedad, asesorar en Derecho sobre la legalidad de los acuerdos y decisiones que se adopten por el órgano que ejerza la administración y, en su caso, de las deliberaciones a las que asista, debiendo quedar, en la documentación social, constancia de su intervención profesional.”*

En efecto, lo que es de orden público y por tanto hay que considerar como *ius imperativium* no es el derecho de separación sino la prohibición de las vinculaciones perpetuas, y del mismo modo que el Codi Civil de Catalunya limita la sustitución fideicomisaria, o el Tribunal Supremo ha declarado que los contratos perpetuos, indefinidos e incluso los de duración excesiva son resolubles *ad nutum* por comportar una carga insostenible, en el ámbito societario que nos ocupa es también predicable que en un contrato mercantil como el de la sociedad de capital la duración de una vinculación tan onerosa como sería impedir cualquier percepción económica, tenga una duración breve que, en mi opinión, no puede ser superior a cinco años. Transcurrido dicho período, los socios podrán reflexionar y decidir sobre un nuevo período de renuncia a sus derechos naturales o bien que el pacto quede sin efecto.

Por tanto una primera conclusión es que sí reputamos abusiva y por tanto bajo opresión la ausencia de percepción de ventajas económicas para los socios minoritarios, formen parte o no del órgano de administración, cuando esta situación se extiende en el tiempo. Igualmente deberá presumirse situación de opresión cuando existan resoluciones judiciales o arbitrales, incluso cabrá poner remedio en primera instancia, que establezcan la infracción de los deberes de lealtad por parte de los administradores, a instancia de los socios afectados, o bien se haya declarado su responsabilidad.

- II. El ánimo de lucro, considerado como causa del contrato de sociedad, ha sufrido una importante evolución por la doctrina en los últimos años. Ya hemos abordado extensamente en este trabajo a los distintos autores que han tratado la materia y sus posiciones doctrinales.

Desde luego la cuestión no es menor. Si aceptamos que el ánimo de lucro ya no es causa jurídica del contrato de sociedad, y por tanto dicho contrato y la persona jurídica que se crea a través del mismo no son más que vestiduras jurídicas para realizar cualquier actividad entre varias personas con una “finalidad común”, del mismo modo que una asociación o incluso una fundación, podría entonces aceptarse peligrosamente que la junta general acuerde por sistema no repartir dividendos, o que los socios renuncien sin inconveniente a percibir beneficios u otras ventajas económicas de la sociedad con carácter perpetuo.

No podemos admitir tal premisa a pesar de que compartimos que el ánimo de lucro como causa tiene hoy numerosas excepciones, existiendo una cierta espiritualización, sigue siendo causa jurídica en el contrato de sociedad con pluralidad de socios. Consideramos que el ánimo de lucro es precisamente la característica definitoria del contrato de sociedad frente a otras entidades jurídicas.

El ánimo de lucro, conceptuado como causa natural del contrato de sociedad, no impedirá que puedan existir sociedades en las que los socios exceptúen este elemento, o consideren que el fin social, definido como objeto social en los estatutos es el resultado o propósito que persiguen. Sin embargo pensamos que no debe confundirse causa con objeto del contrato, y en el de sociedad la causa lucrativa debe ser un elemento necesario, aunque pueda admitirse una interpretación amplia del elemento causal, entendido como el propósito de obtener una ventaja económica, que es algo distinto y más amplio que el derecho al reparto de las ganancias sociales.

III. El derecho al reparto de las ganancias sociales.

No es una mera expectativa como tradicionalmente se había señalado por la doctrina y la jurisprudencia. Es un verdadero derecho subjetivo, aunque sea mediato, configurado como esencial de todo socio en la sociedad de capital (art. 93 LSC). La circunstancia de que precise un acuerdo de junta para su concreción como derecho de crédito no le resta valor de derecho subjetivo.

Es decir, siguiendo a la mejor doctrina, hay que superar la jurisprudencia que se limita a distinguir entre el derecho abstracto a las ganancias sociales y el derecho concreto que se establecerá por acuerdo de junta. Muy al contrario, consideramos que el derecho subjetivo al reparto de las ganancias sociales existe a favor de todo socio que lo es en una sociedad rentable.

Y así siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es el caso de la sentencia de 26 de mayo de 2005 – caso Markestil S.L.–, sí procede que el Juez decida sobre el reparto cuando se ha negado sistemáticamente por la junta general, en aplicación del art. 708.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y si es así es porque el derecho subjetivo existe con antelación a que la junta general decida sobre su concreción.

Es decir lo lógico y normal si la sociedad tiene beneficios es repartirlos y lo anormal o excepcional será el atesoramiento. O al menos una parte, porque este es el derecho económico principal de todo socio, salvo que haya proyectos de inversión que honesta y realmente justifiquen el atesoramiento.

- IV. El derecho de separación del art. 348 bis no es la solución idónea ni solventa situaciones de opresión que pueden ser diversas y muy distintas al no reparto de beneficios.

El legislador debe ofrecer una solución global que, atendiendo a la doctrina y jurisprudencia en derecho comparado más avanzada, dé salida al socio oprimido e idealmente evite preventivamente las situaciones de opresión que son tan frecuentes en el momento actual.

Tal como hemos abordado ampliamente en este trabajo, el derecho de separación por no reparto de dividendos que regula el art. 348 bis trata de solventar la cuestión concreta del atesoramiento excesivo, ya que hasta su entrada en vigor la única vía era la extenuante impugnación de acuerdos sociales.

La solución del art. 348 bis, que es mejorable, configura un supuesto concreto de separación motivado únicamente por el no reparto de dividendos, cuando realmente la situación de no reparto ni es la única que puede comportar abuso, ni tiene porqué ser la principal o más importante, y además carece de sentido su carácter automático en la redacción actual pues tampoco en todos los casos el atesoramiento es abusivo.

- V. Nuestra propuesta de reforma legislativa del art. 348 bis la configuramos como una solución global para evitar las situaciones de abuso u opresión. Así recogemos el derecho de separación y proponemos su ampliación a otros supuestos, pero también a la vez buscamos sistemas para evitar la separación, a través de los derechos de opción de venta y de compra atribuidos a los socios, ya sean los minoritarios o los mayoritarios, según el caso.

La reforma del art. 348 bis LSC debería dirigirse a hacer efectiva la transmisibilidad de la posición del socio en la sociedad cerrada, recogiendo aquí por nuestra parte algunos de los conceptos jurídicos procedentes de la doctrina del “*unfair prejudice*” y la “*oppression*” en el derecho anglosajón y, a la vez, conservando aspectos de las propuestas de los autores que nos han precedido en el estudio de la materia.

Actualmente la Companies Act de 2006 establece en la Sección 994 las bases para que pueda considerarse la existencia de opresión y perjuicio injusto:

“The affairs of the company are being or have been managed in a way which is unfairly prejudicial to the interests of shareholders generally or some part of its shareholders”

En tales casos el tribunal acogerá la petición por perjuicio injusto y podrá acordar libremente una serie de medidas para resolver la opresión, que comportan una verdadera intromisión en la vida societaria hasta hoy inimaginable en nuestro derecho. La más común de las decisiones a adoptar en sentencia es que el tribunal acuerde que las acciones o participaciones del peticionario sean adquiridas por la mayoría. Se inicia entonces el correspondiente proceso de valoración de las mismas, no exento de dificultades.⁸¹

Podemos sacar una conclusión principal y es que la solución en el derecho inglés permite evitar la disolución, la insolvencia y el derecho de separación, ya que éste último puede provocar aquellas. Así como otras medidas dirigidas a la abstención en reiterar las conductas ilícitas.

81 NEWINGTON-BRIDGES, Charlie.” A practical guide to unfair prejudice petitions and their interaction with derivative claims”. *St John's Chambers*, enero 2016. Op. citada.

Así en nuestra propuesta proponemos, por decantación, extraer este aspecto para introducirlo en nuestro derecho. Siendo el comprador natural el socio mayoritario, consideramos razonable un mecanismo de compraventa forzosa de las participaciones o acciones del minoritario que sea oprimido, sujeto a determinados requisitos y plazos, y siempre que no se haya pactado una solución distinta en los estatutos sociales. De este modo el derecho de separación no será la única solución pues, como sabemos, no es la idónea.

Así con carácter natural el derecho de separación, y el resto de medidas propuestas como remedio a las situaciones de abuso, no podrá ser modificado o alterado por los socios salvo que el acuerdo sea unánime de todos los socios, ya lo sean en el momento fundacional o se incorporen posteriormente.

Y podrán hacerlo en los estatutos sociales o bien en pacto parasocial, pero siempre con un límite temporal de cinco años. De este modo al cabo de cinco años podrán los socios revisar su contrato social y confirmar o revisar su situación, y con ello evitamos la perpetuación de posibles situaciones de abuso, pues tal perpetuación sí sería claramente un atentado a la prohibición de las vinculaciones perpetuas, que es norma de *ius imperativum* en el derecho mercantil.

Esperamos que esta aportación, junto con otras que la doctrina ha elaborado, permitan una solución global al problema de los abusos y la consecuente opresión en las sociedades de capital, pues de este modo fomentaremos el desarrollo empresarial al dar confort a los inversores que prefieran las pequeñas empresas y *start ups* como destino de sus ahorros. Porque soy de la opinión que el equilibrio en las sociedades de capital entre la mayoría y la minoría facilita el éxito de la empresa y, en

cambio, el conflicto lo impide. Siendo requisito para el éxito de la empresa que exista paz social, como genuina expresión del desarrollo económico y del progreso empresarial en una economía libre.





BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO LEDESMA, C, T.: “La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 287, enero-marzo 2013.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”. *InDret* 4/2005. www.indret.com.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Derecho de separación en el caso de falta de reparto de dividendos: el art 348 bis LSC entra (de nuevo) en vigor el 1 de enero de 2017”. *Asociación Española de Asesores Fiscales*, enero 2017.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “Una propuesta de redacción alternativa del artículo 348 bis LSC”. *LA LEY mercantil* nº 33, febrero 2017, Nº 33, 1 de feb. de 2017, Edit. Wolters Kluwer.
- BRENES CORTÉS, J.: “El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades”. *Revista Derecho de Sociedades* 37, julio-diciembre 2011.
- BRENES CORTÉS, J.: “Derecho de la minoría al dividendo: el controvertido art. 348 bis LSC.” *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2012 parte Estudio, BIB 2012\3383.
- BRENES CORTÉS, J.: “El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: la entrada en vigor del controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305, julio –septiembre 2017.

BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos, 1990.

CAMPINS VARGAS, A.: “Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?” *DIARIO LA LEY*, Año XXXIII, Número 7824, 2012.

CAMPINS VARGAS, A. y ALFARO ÁGUILA-REAL, 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 (García de Enterría, J.- coord.-), 2014.

CÁCERES CÁRCELES, C.: “El ejercicio de derecho de separación del socio en caso de no distribución de dividendos. Las reformas introducidas por el art. 348 bis de la LSC”. *Derecho de los Negocios* núm. 263-264, septiembre-octubre 2012.

CARRASCO PERERA, Á.: *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*. Thomson Reuters Civitas, 2016

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES: “Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el consejo de la CNMV”.

CUCURULL POBLET, T.: “La política de dividendos en la empresa familiar (A propósito de la reforma del artículo 348 bis de la Ley”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* - Nº 753 2016 [01] Enero - [02] Febrero de 2016.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Negocio Jurídico*. Civitas 1997.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*. Civitas, 1984

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. Colegio de Registradores, 1997.

DE LA CÁMARA, M.: *Estudios jurídicos sobre la Sociedad Anónima*. Civitas, 1995.

DE LA CÁMARA, M.: *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*. Consejo General del Notariado, 1996.

DE LA CÁMARA, M.: *Estudios de Derecho Mercantil I*. Civitas, 1997.

DÍAZ ECHEGARAY, JL.: *El Derecho a Participar en el Reparto de las Ganancias Sociales. A la luz de la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005*. Edit. Aranzadi, 2006.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen IV, Las particulares relaciones obligatorias*. Civitas Thomson - Civitas, 2010.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I, Teoría del contrato*. Civitas, 2007.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Madrid, 1966-69.

DIGESTO DE JUSTINIANO, I,I 1,3, edición de Álvaro D'Ors, 1968.

DOMAT, J. : « Les Loix Civiles dans leur ordre naturel. Le Droit Public et Legum delectus », Nouvelle edition, *MDC-CLXXI*.

FARRANDO MIGUEL, I.: “El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas”. *La Ley* 3308/1989.

FELIU REY, M.I.: “Derecho de separación, flexibilización societaria y autonomía de la voluntad”. *Derecho de los Negocios*, nº 260, Año 23, mayo 2012.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “Directors liability in corporate law: cross jurisdiction survey”; *International Practice Group*, www.ipg-online.org; 2014.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “La acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”. *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3 2013.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “La responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas”. *Libro Homenaje a D. Jesús López Medel*. Editorial Colegio de Registradores, 2000.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “Competencia objetiva y arbitraje en las controversias mercantiles: necesidad de reforma”. *La Notaría*, nº 11/ 2015.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I.: “Separación y exclusión de socios. AA. VV., en la obra Las sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas”. *Tomo II, Cuadernos de Derecho y Comercio, Consejo General del Notariado*, 2016.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de Sociedades*. Vol. I, 2010.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles” (*Estudio especial del artículo 213 de la Ley de Sociedades anónimas*). 1997.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “Las llamadas cláusulas de duelo (shoot-out clauses) y las de subasta como mecanismos estatutarios para remediar las situaciones de bloqueo societario”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305, julio – septiembre 2017.

FERNÁNDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución*. 1987.

FLOURENTZOU, “M.: Minority shareholders: applicability of unfair prejudice”. *M. Shambartas*, 2017.

GALGANO, F.: *Storia del diritto commerciale. Società editrice il Mulino*, Bolonia, 1980.

GARCÍA SANZ, A.: “Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos”. *Revista de Derecho de Sociedades*, N° 38, 2012-1.

GARCÍA-TUÑÓN, A.M.: “Los derechos al dividendo y de separación a la luz del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: una revisión general”. *Revista de Derecho de Sociedades*, N° 49, enero - abril 2017.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “Teoría general de las sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1974.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “Curso de Derecho Mercantil”, *MCMXXXVI*.

GONZÁLEZ CASTILLA, F.: “Reformas en materia de separación y exclusión de socios”. En la obra *Las Reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y otros (Directores), Thomson Reuters Aranzadi, 2ª Ed., noviembre 2012.

GIRONELLA MASGRAU, E.: “Mejoras necesarias en la contabilidad e información financiera de las PYMES (y IV)”, *Revista Contable*, nº 13, julio/agosto de 2013.

GIRONELLA MASGRAU, E.: “El ebitda ¿indicador útil o inútil?” I. *Técnica Contable y Financiera* nº 2, noviembre de 2017.

GIRÓN TENA, J.: “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”. *Revista de Derecho Mercantil*, 1947.

HERNÁNDEZ MORENO, A.: *El pago del tercero*. Edit. Bosch, 1983.

- IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “Sobre el derecho obligatorio al dividendo ¡Qué barbaridad! ¿Hay Derecho?” Blog sobre la actualidad jurídica y política, *http://hayderecho.com*, 27 de julio de 2011.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “La nueva regulación del derecho al dividendo en las sociedades de capital (no cotizadas)”, *Derecho de los Negocios* núm. 263-264, septiembre-octubre 2012.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: “El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte”. *Derecho de los Negocios*, nº 21, junio de 1992.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: “¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado?” *Derecho de los Negocios* núm. 254, noviembre 2011.
- IRACULIS ARREGUI, N.: “La separación del socio sin necesidad de justificación: por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio”. *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 38, 2012-1.
- LUCAS MARTÍN, E.P.: “Somera descripción de la lógica del artículo 348 bis LSC. Universidad Complutense”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, 2013/77, Mayo 2013, disponible en http://eprints.ucm.es/21684/1/Somera_descripci%C3%B3n_de_la_l%C3%B3gica_del_art._348_bis_LSC.pdf
- LUCEÑO OLIVA, J.L.: “Derecho de la minoría al dividendo: una solución y muchas dudas (Comentario de urgencia al nuevo artículo 348 bis de la LSC)”. *DIARIO LA LEY*, año XXXII, Número 7709, 5 de octubre de 2011.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Los derechos al dividendo y de separación a la luz del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: una revisión general”. *Revista de Derecho de Sociedades* 49, enero – abril 2017.

- MARSDEN, A.: "Shareholder protection from unfairly prejudicial conduct. Case and statute citator, 2017". *Commercial-chambers.org*, *Commercial Chambers*, 2017
- MARTÍNEZ ROSADO, J.: *Los pactos parasociales*. Editorial Marcial Pons, 2017.
- McAFEE, P.: "Amicable divorce: Dissolving a partnership with Simple Mechanisms". *Journal of Economic Theory*, 56, 1992.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "Sociedad anónima y fin de lucro". *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, 1995.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ y RODRÍGUEZ ARTIGAS: "Carácter mercantil en AAVV". *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XIV, Vol. 1 A, 1999.
- MORENO UTRILLA, D.: *La sindicación de bloqueo en las Sociedades Anónimas*. Tirant lo Blanch, 2015.
- NEWINGTON-BRIDGES, Ch.: "A practical guide to unfair prejudice petitions and their interaction with derivative claims". *St John's Chambers*, 2016
- NGO DA THAN: *La sociedad anónima familiar*. 1963.
- ORTEGA PARRA, S.: *La participación del socio en las ganancias sociales*. Tirant lo Blanch, 2015.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: "Asociación y sociedad, a propósito de una errata del Código Civil". *Anuario de Derecho Civil*.
- PAZ-ARES, C.: *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo I.
- PAZ-ARES, C.: "Animo de lucro y concepto de sociedad, AAVV". *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, 1991

PAZ-ARES, C.: “Las sociedades mercantiles”. En la obra *Leciones de Derecho Mercantil*, director Aurelio Menéndez, Thomson - Civitas, 2005.

PULGAR EZQUERRA, J.: “Normas de solvencia y deberes de administradores sociales”. *El Notario del Siglo XXI*, Nº 60 (marzo-abril) 2015 .

RODAS PAREDES, P.: *La separación del socio en la Ley de sociedades de capital*. Marcial Pons, 2013.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (director): *Derecho de Sociedades I y II. Comentarios a la jurisprudencia*. Thomson Reuters, 2010.

RUIZ NUÑEZ, M.: “Artículo 348 bis LSC: interés individual vs interés social”. *Revista de Derecho de Sociedades* Nº 49, Enero - Abril 2017.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C.: “Acerca del régimen estatutario de transmisión de participaciones sociales y acciones y sobre la separación y la exclusión de socios de sociedades de capital en la propuesta de Código Mercantil”. Tomo I del libro *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, ROJO, A. y CAMPUZANO, A.B. (Coords.), Tirant lo Blanch, 2015.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Crisis económica y gobierno corporativo”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 287, 2013.

SEGURA DE LASSALETTA, R.: “Gobierno estable de la empresa familiar en AA.VV”, *El buen gobierno de las empresas familiares*, Cuatrecasas – Aranzadi, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, M.J. y SAMBEAT SASTRE, J.M^a.: “Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital”. *DIARIO LA LEY*, Año XXXIII, Nº 7825, marzo de 2012.

SILVÁN RODRÍGUEZ, F. y PÉREZ HERNANDO, I.: “Derecho de separación y dividendos: El controvertido artículo 348 bis LSC”. *DIARIO LA LEY*, Año XXXIII, Nº 7813, marzo de 2012.

TUSQUETS TRIAS DE BES, F.: *Abús de dret i tutela de la minoria en les societats de capital*, discurso de ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 2012.

URÍA, R.: *Derecho Mercantil*. 27 Ed., 2000.

VALMAÑA CABANES, A.: *Configuración legal (indirecta) del dividendo mínimo. La auditoría legal de cuentas anuales. Adaptado a la nueva Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas*. Wolters Kluwer Bosch, 2016.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*. Bosch, 2ª ed, 2015.

VÁZQUEZ ALBERT, D.: “Responsabilidad del administrador de hecho y del administrador oculto en la reforma de gobierno corporativo, en AA.VV Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo”, *Revista Jurídica de Catalunya y Thomson Reuters – Aranzadi*, 2015.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*. Thomson Civitas, 2007.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: “La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas”. *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 283, enero-marzo 2012.

VELA TORRES, P.-J.: “El derecho de separación del socio en las sociedades de capital: una reforma incompleta y parcialmente fallida”. *Derecho de los Negocios*, Nº 268, marzo-abril 2013.

VIVANTE, C.: *Tratado de Derecho Mercantil. Tomo II*, 1911.

VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio de Derecho Mercantil*. 1991.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil. Volumen I*, 23ª Ed., Edit. Tirant lo Blanch, 2012.

VILARRUBIAS GUILLAMET, F. y FAURIA PLANAS, A.: “Alcance de la suspensión del derecho de separación del socio por falta de reparto de dividendos”. *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 41, año 2013-2.

VILARRUBIAS, F. y FAURIA PLANAS, A.: “La pretendida suspensión del derecho de separación del art. 348 bis LSC”. *El Notario del Siglo XXI*, número de revista 49 (mayo-junio 2013).



Discurso de contestación

Excmo. Sr. Dr. Emili Gironella Masgrau

Excelentísima Sra. Decana de l'Ilustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona

Excelentísimo Sr. Presidente de la Real Academia Europea de Doctores

Excelentísimos Sres. Académicos

Ilustrísimos Sres. Magistrados de la Audiencia Provincial de Barcelona

Ilustrísimo Sr. Cónsul del Reino de los Países Bajos

Señoras y señores

Amigos todos

Los estatutos de la Real Academia Europea de Doctores establecen que el discurso de ingreso pronunciado por un nuevo académico sea contestado por un académico numerario designado por la Junta de Gobierno y por el Presidente.

Es un gran honor para mí que el Presidente de la Real Academia Europea de Doctores, el Excelentísimo Sr. Dr. Dr. D. Alfredo Rocafort Nicolau me haya designado para realizar el discurso de contestación al discurso de ingreso del Excelentísimo Sr. Dr. D. Rodolfo Fernández-Cuellas Fernández, como nuevo académico de esta docta y centenaria casa. Vayan en estas primeras palabras mi sentido agradecimiento por este inmerecido privilegio.

Cumplir con este deber es para mí una satisfacción personal porque he sido el mentor del nuevo académico, y cuando en su día lo propuse lo hice porque tenía muy claro quién era y su currículum. No obstante, también tengo que decir que para mí es una responsabilidad doble: primero con la Real Academia Europea de Doctores, a la que me debo al igual que todos los académicos, y segundo con el nuevo académico.

Para aquellos de Vds. que no hayan asistido nunca a un acto de estas características, les informo que es costumbre que el discurso de contestación se divida en dos partes claramente diferenciadas, a saber: Primero se ponga de relieve los aspectos más relevantes del currículum vitae del nuevo académico (*laudatio* en latín), y segundo se glosen los aspectos y puntos más significativos de su discurso de ingreso. Por tanto, siguiendo la tradición, a continuación cumpliré con este cometido.

Laudatio

El nuevo académico nació en Barcelona, el 9 de enero de 1964. Por tanto, tiene actualmente 54 años. Casado con Diana, tienen dos hijos: Sandra y Rudi.

Habla y domina los idiomas catalán, castellano e inglés, tanto a nivel personal, profesional como docente.

Formación académica

- *Licenciado en Derecho* por la Universitat de Barcelona (1983-1988). La memoria de la licenciatura (julio de 2001) versó sobre la “Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en internet”, Departamento de Derecho Civil, siendo dirigida por el Excelentísimo Sr. Dr. D. Alfonso Hernández Moreno, catedrático de derecho civil y académico de esta docta casa, que hoy ha sido uno de sus padrinos.

Fue publicada como monografía el mismo año 2001 por JM Bosch Editor.

- Realizó cursos de especialización en Derecho Privado: Diploma de Estudios de Derecho Civil de Cataluña (UB,

1988); Curso de práctica en Derecho Inmobiliario, Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña (1988) y curso de contratación mercantil, en la Universitat Abat Oliva (1985-1986).

- Realizó también cursos de postgrado en derecho privado patrimonial civil y mercantil: Curso de Derecho Inmobiliario y Urbanístico, ESADE (1996) y Curso de Derecho de Sociedades, ESADE (1997).
- *Diploma de Estudios Avanzados en Derecho* (2001).
- *Doctor en Derecho* por la Universitat de Barcelona, con calificación de excelente *cum laude* (2006). Su tesis doctoral versó sobre “Perfección y cumplimiento del contrato en Internet”. Su director fue el Excelentísimo Sr. Dr. D. Alfonso Hernández Moreno, al que me he referido anteriormente. Su tesis doctoral fue publicada como monografía en 2013.

Una anécdota curiosa de la etapa en que el recipiendario estudiaba derecho en la Universitat de Barcelona es el hecho de que pasaba los veranos en Vilassar con su familia. El largo período vacacional lo dedicaba a dar clases particulares a jóvenes de bachillerato y COU.

Conduciendo una Vespa iba por los pueblos del Maresme y ayudaba a los alumnos a recuperar asignaturas para los exámenes de septiembre, en particular latín y filosofía. Empezaba a las 9 de la mañana hasta las 14 horas. Luego, breve baño en la piscina, comía, breve siesta y a las 16 horas empezaba otra vez hasta las 21 horas. Así consiguió ahorrar dinero para comprar su primer coche: un Seat 127 de tercera mano. Todavía conserva la Vespa, del año 1980.

Actividad docente y reconocimientos académicos y profesionales

- Profesor colaborador de Derecho Civil en la Universitat de Barcelona (1995 a 2008).
- Profesor de Derecho de Sociedades Mercantiles de la Escuela de Práctica Jurídica de l'Ilustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona (1998-2006).
- Vocal del Comité Científic en Dret Mercantil del CAMPUS del ICAB (2006-2012).
- Presidente de la Sección de Derecho Mercantil del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (2006-2012). Durante su presidencia se impulsó muy notablemente la participación de los mejores abogados y juristas mercantilistas de la ciudad en la formación a colegiados a través de cursos y jornadas muy diversas.

Se creó también el Grupo de Expertos en Derecho Mercantil, un foro de reflexión e investigación en la especialidad desde entonces, con miembros destacados admitidos con carácter limitado de entre los mejores especialistas en derecho mercantil.

- Presidente del Arbitration Committee de la International Technology Law Association (2008-2012).
- Profesor de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de ESADE, Universitat Ramon Llull (2009 hasta la actualidad).

- Director de Seminario de Derecho Mercantil de ESADE, que se ha convertido en un referente para la especialidad mercantil en la comunidad jurídica, dirigido a juristas especialistas en derecho mercantil (desde 2014 hasta la actualidad).
- Miembro del Comité Legislativo del Mobile World Capital (2012-2014).
- Vicepresidente de la Asociación para el Fomento del Arbitraje (2014 hasta la actualidad).
- Miembro del Grupo Consolidado de Investigación en Derecho Mercantil (SGR 1782 GRC), reconocido por la Generalitat de Catalunya (AGAUR) (2017-2019).
- Vocal de la Comisión de Prospectives Socioprofessionals de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona (2017 hasta la actualidad).
- Chair of the Ethics Committee de la International Practice Group. Asociación internacional de bufetes de abogados al que pertenece MILINERS ABOGADOS.

Actividad investigadora

Las publicaciones realizadas por el beneficiario tratan del derecho mercantil, tecnológico, litigación mercantil y arbitraje. Detallo algunas de ellas:

- *“La responsabilidad de los administradores en la Ley de sociedades anónimas”*. Libro homenaje a D. Jesús López Medel. Editorial Colegio de Registradores (2000).

- “*Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en internet*”. Libro monográfico que recoge su memoria de licenciatura. Editorial JM Bosch Editor (2001).
- “*El usufructo de participaciones en fondos de inversión*”. Capítulo dentro de la obra “Comentarios a la Ley Catalana de Usufructo”, coordinada por el Excelentísimo Sr. Dr. D. Alfonso Hernández Moreno. Editorial Difusión Jurídica (2003).
- “*Contratación de software y arbitraje*”. Artículo publicado en la revista Anuario de Justicia Alternativa (Tribunal Arbitral de Barcelona), que documenta la ponencia impartida en las Jornadas sobre Arbitraje y Derecho de Mercado (2007).
- “*Downloading music for personal use in Spain*”. Artículo publicado en la revista internacional E-Commerce Law Reports (2007).
- “*El contrato electrónico. Formación y cumplimiento*”. Libro. Es la publicación de su tesis doctoral revisada y puesta al día (JM Bosch Editor (2013)).
- “*Distribución comercial y competencia: concurrencia de ambas figuras. Problemas de competencia judicial objetiva y acumulación de acciones*”. Artículo publicado en la obra “Competencia y acciones de indemnización”, coordinada por el Profesor Dr. Antoni Font (2013).
- “*La acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales*”. Artículo publicado en la Revista Jurídica de Catalunya, nº 3 (2013).

- “*Directors liability in corporate Law: cross jurisdiction survey*”. Artículo publicado en International Practice Group. www.ipg-online.org (2014).
- “*Controversias mercantiles: competencia objetiva y arbitraje*”. Artículo publicado en la obra “Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables”, coordinada por el Profesor Dr. Xavier Abel (2014).
- “*Competencia objetiva y arbitraje en las controversias mercantiles: necesidad de reforma*”. Artículo publicado en La Notaría nº 1 (2015).
- “*Análisis jurídico y derecho de alimentación y bebidas*”. Capítulo del libro de una obra colectiva, coordinada por el Profesor Enrique Ortega Burgos. Editorial Thomson Reuters Aranzadi (2018-en prensa).

Participación en congresos científicos y ponencias

- Congreso internacional: “*Competencia y acciones de indemnización*”. Universitat de Barcelona (2012).
- Congreso internacional: “*Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*”. UNIJES (2014).
- Congreso internacional: “*Director’s liability in corporate law*”. International Practice Group. Londres (2013).
- Ponente en las Jornadas organizadas en el Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada con el título de “*L’Admi-*

nistració de justícia a Catalunya. Model de justícia per a Catalunya” (2017).

- Ponente del Curso de Derecho de Sociedades y del Máster en Dret Societari organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (1995-1998).
- Ha impartido conferencias y seminarios en distintas instituciones públicas y privadas, tales como: ESADE; International Technology Law Association; International Practice Group; Universitat de Barcelona; Institute of International Research (IIR); IFAES; Borsa de Barcelona; Círculo Ecuestre; Cambra de Comerç de Barcelona; CIDDRIM; Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE), etc.
- Ha sido invitado como tertuliano a debates y entrevistas televisivas y radiofónicas sobre temática jurídica y económica, tales como: Onda Cero; Radio Intereconomía; Catalunya Ràdio; TV3, etc.
- Autor de diversos artículos para revistas especializadas y prensa económica y divulgativa, tales como: *Economist & Iuris*; *Expansión*; *Cinco Días*; *Món Empresarial*, etc.

Experiencia profesional y práctica jurídica

El nuevo académico es abogado en ejercicio colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Especialista en derecho mercantil, tecnológico y arbitraje.

- Es socio fundador del bufete jurídico MILINERS ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS, desde enero de 2004.

Ocupa el cargo de socio director y es el responsable del área de derecho mercantil.

- Árbitro y abogado defensor en arbitraje en distintas cortes arbitrales, impartiendo arbitrajes en conflictos de derecho mercantil, especialmente en materia de sociedades y contratación mercantil (2000 hasta la actualidad).
- Neutral por el Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI-WIPO).
- Experto-jurista designado por ADIGITAL para la resolución de conflictos ADR sobre nombres de dominio correspondientes a España “.es” (2006-2012).
- Presidente de la Sección de Derecho Mercantil del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (2006-2012).
- Chairman del Ethics Committee de la International Practice Group (Asociación internacional de bufetes de abogados). En este cargo actúa como director en mediación por disputas sufridas en el seno de la organización (2009 hasta la actualidad).
- Presidente del Comité de Arbitraje y Mediación de ITECHLAW (Asociación internacional de referencia de juristas especializados en derecho tecnológico) (2010 a 2013).

Uno de sus primeros casos como abogado consistió en el encargo de intentar solventar una grave situación consistente en una controversia entre tres hermanos que eran propietarios de una sociedad dedicada a la explotación de un gran patrimonio.

Dos de los hermanos se unieron expulsando del órgano de administración al tercero, que era su cliente, el cual se vio privado automáticamente de toda retribución en la sociedad, y por supuesto la sociedad dejó de repartir dividendos, llevándole a una situación de auténtica inanición ya que carecía de otros recursos y se vio obligado a recurrir a familiares y a amigos para sobrevivir.

El asunto ya estaba judicializado desde hacía muchos años. Cuando se lo encomendaron como abogado neófito en el despacho en que trabajaba nadie lo quería, pues el caso llevaba muchos años sin solución y todos lo consideraban un “muerto”.

El nuevo académico tuvo la gran suerte de tener como abogado oponente a quien fue una leyenda de la abogacía barcelonesa, el ilustre abogado D. José María Coronas Alonso.

La fama de su dignísimo oponente no le arredró y se tomó el asunto con gran ilusión. Afortunadamente, tras varias juntas generales y nuevas impugnaciones de acuerdos, al final los dos abogados consiguieron desbloquear el asunto y alcanzar un acuerdo, que convirtió a su cliente en un hombre con posición desahogada.

El recipiendario me confirmó en su día que aquel caso le marcó profundamente para bien su vida profesional, pues constató hasta qué punto las sociedades de capital son el mejor invento que los juristas han creado para el desarrollo de la economía y de la empresa, y a la vez pueden convertirse mal utilizadas en instrumentos de injusticia y de abuso.

Y en este punto tengo que poner especial énfasis en un rasgo de su carácter, que lo constata un hecho que ocurrió durante su viaje de novios.

En su viaje de novios al llegar al hotel en Cabo San Lucas en la Baja California (México) les informaron en recepción que el hotel estaba lleno por overbooking incontrolable y que debían trasladarse a otro hotel, a más de 100 kilómetros de distancia que se encontraba situado en medio del desierto.

Su espíritu de abogado rebelde afloró y se negó en redondo, rehusando abandonar la recepción mientras no le dieran una habitación de acuerdo con la reserva que llevaba, dado que dicha reserva la había realizado meses antes por ser su viaje de novios.

Tras discutir con la recepcionista, el jefe de recepción y el jefe del jefe de recepción, y dado que la cola desde la recepción ya salía por la puerta del hotel tras mucho rato de discusión, finalmente el director general del hotel les hizo pasar a su despacho para intentar aplacar a aquel cliente tan molesto.

La negociación se saldó con una noche en el hotel de al lado, y a cambio les compensaron con la suite presidencial para toda la estancia, champán y varios regalos más. El nuevo académico me dijo sobre este hecho que si se hubiera callado el viaje de novios habría empezado en el desierto... y no habría sido un buen comienzo.

Cargos y nombramientos en la sociedad civil

- Vocal de la Comisión Legislativa de la ADIGITAL, antes Asociación Española de Comercio Electrónico, habiendo participado en la redacción de diversas propuestas legislativas que se presentaron al Ministerio de Ciencia y Tecnología del Gobierno de España en los Anteproyectos de Ley de Comercio electrónico y el Anteproyecto de Ley de Firma Electrónica (2000 hasta la actualidad).

- Miembro fundador y Secretario General y Vocal de la Junta Directiva del Cercle per al Coneixement. Esta asociación ha sido un Think Tank en Barcelona que impulsó el desarrollo de la Sociedad del Conocimiento y de la Información en los ámbitos social, legislativo, empresarial, académico y científico, actualmente fusionado con la SEBAP (2004-2008).
- Vocal del comité estratégico de la asociación empresarial ACEDE (2015 hasta la actualidad).
- Miembro del Grupo de Economía Digital del Cercle d'Economia (2017 hasta la actualidad).
- Vicepresidente de la Junta Directiva de la Asociación para el Fomento del Arbitraje (AFA) (2014 hasta la actualidad).

Sobre el discurso de ingreso

El nuevo académico ha escogido para su discurso de ingreso en esta Real Corporación el título de “*La dinámica mayoría-minoría en las sociedades de capital*”, tema que le apasiona y en el que es un gran experto, y lo ha enfocado muy eficazmente desde plantear en primer lugar el ánimo de lucro como elemento causal de las sociedades; las tensiones entre mayoría y minoría: la doctrina de la opresión; los sistemas de ocultación de beneficios; comentando algunos casos de ocultación fraudulenta; el derecho a participar en las ganancias sociales versus el derecho al dividendo mínimo; el derecho de separación como posible solución a situaciones de opresión; el derecho de separación del artículo 348 bis; las propuestas de regulación de *lege ferenda* para evitar la opresión, finalizando con unas conclusiones muy claras y entendibles.

Ha sido un discurso bien estructurado, como todos Vds. han visto, escrito en un lenguaje de calle para que todo el mundo pudiese entenderlo y, por último, en el libro que se distribuirá al final de este acto constatarán que la exposición es clara, metódica, está adecuadamente documentada y con acertadas observaciones y opiniones personal del recipiendario por tratarse de un experto en la materia.

El nuevo académico tiene toda la razón cuando manifiesta que en las sociedades familiares resulta muy completo objetivar la controversia existente entre la mayoría y la minoría, pues en ellas frecuentemente parece que no hay nada que no sea personal, pues los comportamientos humanos tienden hacia la pasión olvidando la razón.

No obstante, también ocurre exactamente lo mismo muy frecuentemente en las sociedades no familiares, pues en ocasiones las tensiones entre las personas se enquistan y acaban envenenando la relación entre los socios, acabando en ocasiones perjudicando significativamente a la sociedad poniendo en juego incluso su continuidad y su solvencia.

Me referiré seguidamente a las ideas relevantes que entiendo subyacen en las conclusiones del discurso de ingreso que anteriormente hemos escuchado, que son las que me han llamado la atención:

- 1^a. El nuevo académico reputa abusiva y por tanto bajo opresión la ausencia de percepción de ventajas económicas para los socios minoritarios, formen parte o no del órgano de administración, cuando esta situación se alarga en el tiempo. En su opinión, el período lógico máximo para impedir cualquier percepción económica a los minoritarios, no puede ser superior a cinco años.

- 2^a. Considera que el ánimo de lucro continúa siendo la característica fundamental del contrato de sociedad frente a otras entidades jurídicas, a pesar de que comparte que dicho ánimo de lucro como causa tiene en la actualidad numerosas excepciones, existiendo incluso una cierta espiritualización del tema en diversos tratadistas.
- 3^a. El derecho al reparto de las ganancias sociales es un verdadero derecho subjetivo, configurado como esencial de todo socio en las sociedades de capital que sean rentables. La circunstancia de que precise un acuerdo de la junta general para su concreción como derecho de crédito no le resta valor de derecho subjetivo.

Lo lógico y natural es repartir beneficios realmente obtenidos en una sociedad, porque este es el derecho económico principal de todo socio, a menos que la sociedad tenga proyectos de inversión que justifiquen motivadamente el no repartirlos en un momento determinado.

- 4^a. El derecho de separación del artículo 348 bis de la Ley de sociedades de Capital no es la solución idónea ni solventa situaciones de opresión de la mayoría a la minoría que pueden ser muy distintas al no reparto de beneficios, pues la situación de no reparto no es la única que puede comportar abuso, ni tiene porque ser la principal o más importante porque tampoco en todos los casos el no reparto de beneficios es abusivo.

Procede, por tanto, según el beneficiario, buscar otras soluciones al problema porque el equilibrio en las sociedades de capital entre la mayoría y la minoría facilita el éxito de la empresa, mientras que el conflicto lo impide.

Bienvenida y conclusión

El ingreso de un nuevo académico es siempre un día de gran fiesta en esta docta casa: se incorpora una persona que aporta savia nueva y se asegura el intercambio intelectual y científico que asegura el avance del conocimiento en la materia de la que es experto.

Hoy ingresa en nuestra estimada Academia un experto en el derecho mercantil, tecnológico y arbitraje, profesor universitario y persona muy vinculada y comprometida en la sociedad civil, siendo un hombre familiar y profundamente apasionado por su trabajo. Cualidades todas ellas que, a bien seguro, aportarán nuevos valores a nuestra Academia y que nos deparrarán unos resultados notables.

Finalizo ya Excelentísimo Sr. Presidente. Veo a tu esposa Diana y a tus dos hijos Sandra y Rudi en primer fila que están aquí para testimoniarte su apoyo y su cariño, en un día tan especial para ti como es el de tu ingreso en la Real Academia Europea de Doctores. Ello significa que también has triunfado en el tema más importante de la vida de las personas, la familia. Te felicito por ello.

Amigo Rodolfo, la Real Academia Europea de Doctores te da la bienvenida y te abre las puertas de esta docta y centenaria casa y todos los académicos te deseamos muchos éxitos y larga vida.

Muchas gracias por su atención.



PUBLICACIONES DE LA REAL ACADEMIA EUROPEA DE DOCTORES

Directori 1991

Los tejidos tradicionales en las poblaciones pirenaicas (Discurs de promoció a acadèmic numerari de l'Excm. Sr. Eduardo de Aysa Satué, Doctor en Ciències Econòmiques, i contestació per l'Excm. Sr. Josep A. Plana i Castelltví, Doctor en Geografia i Història) 1992.

La tradición jurídica catalana (Conferència magistral de l'acadèmic de número Excm. Sr. Josep Joan Pintó i Ruiz, Doctor en Dret, en la Solemne Sessió d'Apertura de Curs 1992-1993, que fou presidida per SS.MM. el Rei Joan Carles I i la Reina Sofia) 1992.

La identidad étnica (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Ángel Aguirre Baztán, Doctor en Filosofia i Lletres, i contestació per l'Excm. Sr. Josep Ma. Pou d'Avilés, Doctor en Dret) 1993.

Els laboratoris d'assaig i el mercat interior; Importància i nova concepció (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Pere Miró i Plans, Doctor en Ciències Químiques, i contestació per l'Excm. Sr. Josep Ma. Simón i Tor, Doctor en Medicina i Cirurgia) 1993.

Contribución al estudio de las Bacteriemias (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent Il·lm. Sr. Miquel Marí i Tur, Doctor en Farmàcia, i contestació per l'Excm. Sr. Manuel Subirana i Cantarell, Doctor en Medicina i Cirurgia) 1993.

Realitat i futur del tractament de la hipertròfia benigna de pròstata (Discurs de promoció a acadèmic numerari de l'Excm. Sr. Joaquim Gironella i Coll, Doctor en Medicina i Cirurgia i contestació per l'Excm. Sr. Albert Casellas i Condom, Doctor en Medicina i Cirurgia i President del Col·legi de Metges de Girona) 1994.

La seguridad jurídica en nuestro tiempo. ¿Mito o realidad? (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. José Méndez Pérez, Doctor en Dret, i contestació per l'Excm. Sr. Ángel Aguirre Baztán, Doctor en Filosofia i Lletres) 1994.

La transició demogràfica a Catalunya i a Balears (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Tomàs Vidal i Bendito, Doctor en Filosofia i Lletres, i contestació per l'Excm. Sr. Josep Ferrer i Bernard, Doctor en Psicologia) 1994.

L'art d'ensenyar i d'aprendre (Discurs de promoció a acadèmic numerari de l'Excm. Sr. Pau Umbert i Millet, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'Excm. Sr. Agustín Luna Serrano, Doctor en Dret) 1995.

Sessió necrològica en record de l'Excm. Sr. Lluís Dolcet i Boxeres, Doctor en Medicina i Cirurgia i Degà-emèrit de la Reial Acadèmia de Doctors, que morí el 21 de gener de 1994. Enaltiren la seva personalitat els acadèmics de número Excms. Srs. Drs. Ricard Garcia i Vallès, Josep Ma. Simón i Tor i Albert Casellas i Condom. 1995.

La Unió Europea com a creació del geni polític d'Europa (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Jordi Garcia-Petit i Pàmies, Doctor en Dret, i contestació per l'Excm. Sr. Josep Llort i Brull, Doctor en Ciències Econòmiques) 1995.

La explosión innovadora de los mercados financieros (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent Il·lm. Sr. Emilio Soldevilla García, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresarials, i contestació per l'Excm. Sr. José Méndez Pérez, Doctor en Dret) 1995.

La cultura com a part integrant de l'Olimpisme (Discurs d'ingrés com a acadèmic d'Honor de l'Excm. Sr. Joan Antoni Samaranch i Torelló, Marquès de Samaranch, i contestació per l'Excm. Sr. Jaume Gil Aluja, Doctor en Ciències Econòmiques) 1995.

Medicina i Tecnologia en el context històric (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Felip Albert Cid i Rafael, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'Excm. Sr. Ángel Aguirre Baztán) 1995.

Els sòlids platònics (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numerària Excma. Sra. Pilar Bayer i Isant, Doctora en Matemàtiques, i contestació per l'Excm. Sr. Ricard Garcia i Vallès, Doctor en Dret) 1996.

La normalització en Bioquímica Clínica (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Xavier Fuentes i Arderiu, Doctor en Farmàcia, i contestació per l'Excm. Sr. Tomàs Vidal i Bendito, Doctor en Geografia) 1996.

L'entropia en dos finals de segle (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. David Jou i Mirabent, Doctor en Ciències Físiques, i contestació per l'Excm. Sr. Pere Miró i Plans, Doctor en Ciències Químiques) 1996.

Vida i música (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Carles Ballús i Pascual, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'Excm. Sr. Josep Ma. Espadaler i Medina, Doctor en Medicina i Cirurgia) 1996.

La diferencia entre los pueblos (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent Il·lm. Sr. Sebastià Trías Mercant, Doctor en Filosofia i Lletres, i contestació per l'Excm. Sr. Àngel Aguirre Baztán, Doctor en Filosofia i Lletres) 1996.

L'aventura del pensament teològic (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Josep Gil i Ribas, Doctor en Teologia, i contestació per l'Excm. Sr. David Jou i Mirabent, Doctor en Ciències Físiques) 1996.

El derecho del siglo XXI (Discurs d'ingrés com a acadèmic d'Honor de l'Excm. Sr. Dr. Rafael Caldera, President de Venezuela, i contestació per l'Excm. Sr. Àngel Aguirre Baztán, Doctor en Filosofia i Lletres) 1996.

L'ordre dels sistemes desordenats (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Josep Ma. Costa i Torres, Doctor en Ciències Químiques, i contestació per l'Excm. Sr. Joan Bassegoda i Novell, Doctor en Arquitectura) 1997.

Un clam per a l'ocupació (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Isidre Fainé i Casas, Doctor en Ciències Econòmiques, i contestació per l'Excm. Sr. Joan Bassegoda i Nonell, Doctor en Arquitectura) 1997.

Rosalía de Castro y Jacinto Verdaguer, visión comparada (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Jaime M. de Castro Fernández, Doctor en Dret, i contestació per l'Excm. Sr. Pau Umbert i Millet, Doctor en Medicina i Cirurgia) 1998.

La nueva estrategia internacional para el desarrollo (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Santiago Ripol i Carulla, Doctor en Dret, i contestació per l'Excm. Sr. Joaquim Gironella i Coll, Doctor en Medicina i Cirurgia) 1998.

El aura de los números (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Eugenio Oñate Ibáñez de Navarra, Doctor en Enginyeria de Camins,

Canals i Ports, i contestació per l'Excm. Sr. David Jou i Mirabent, Doctor en Ciències Físiques) 1998.

Nova recerca en Ciències de la Salut a Catalunya (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numerària Excma. Sra. Anna Maria Carmona i Cornet, Doctora en Farmàcia, i contestació per l'Excm. Josep Ma. Costa i Torres, Doctor en Ciències Químiques) 1999.

Dilemes dinàmics en l'àmbit social (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Albert Biayna i Mulet, Doctor en Ciències Econòmiques, i contestació per l'Excm. Sr. Josep Ma. Costa i Torres, Doctor en Ciències Químiques) 1999.

Mercats i competència: efectes de liberalització i la desregulació sobre l'eficàcia econòmica i el benestar (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Amadeu Petitbó i Juan, Doctor en Ciències Econòmiques, i contestació per l'Excm. Sr. Jaime M. de Castro Fernández, Doctor en Dret) 1999.

Epidemias de asma en Barcelona por inhalación de polvo de soja (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numerària Excma. Sra. Ma. José Rodrigo Anoro, Doctora en Medicina, i contestació per l'Excm. Sr. Josep Llort i Brull, Doctor en Ciències Econòmiques) 1999.

Hacia una evaluación de la actividad cotidiana y su contexto: ¿Presente o futuro para la metodología? (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numerària Excma. Sra. Maria Teresa Anguera Argilaga, Doctora en Filosofia i Lletres (Psicologia) i contestació per l'Excm. Sr. Josep A. Plana i Castellví, Doctor en Geografia i Història) 1999.

Directorio 2000

Génesis de una teoría de la incertidumbre. Acte d'imposició de la Gran Creu de l'Orde d'Alfons X el Savi a l'Excm. Sr. Dr. Jaume Gil-Aluja, Doctor en Ciències Econòmiques i Financeres) 2000.

Antonio de Capmany: el primer historiador moderno del Derecho Mercantil (discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Xabier Añoveros Trías de Bes, Doctor en Dret, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Santiago Dexeus i Trías de Bes, Doctor en Medicina i Cirurgia) 2000.

La medicina de la calidad de vida (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Luís Rojas Marcos, Doctor en Psicologia, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Ángel Aguirre Baztán, Doctor en psicologia) 2000.

Pour une science touristique: la tourismologie (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent Il·lm. Sr. Dr. Jean-Michel Hoerner, Doctor en Lletres i President de la Universitat de Perpinyà, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Jaume Gil-Aluja, Doctor en Ciències Econòmiques) 2000.

Virus, virus entèrics, virus de l'hepatitis A (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Albert Bosch i Navarro, Doctor en Ciències Biològiques, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Pere Costa i Batllori, Doctor en Veterinària) 2000.

Mobilitat urbana, medi ambient i automòbil. Un desafiament tecnològic permanent (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Pere de Esteban Altirriba, Doctor en Enginyeria Industrial, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Carlos Dante Heredia García, Doctor en Medicina i Cirurgia) 2001.

El rei, el burgès i el cronista: una història barcelonina del segle XIII (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. José Enrique Ruiz-Domènec, Doctor en Història, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Felip Albert Cid i Rafael, Doctor en Medicina i Cirurgia) 2001.

La informació, un concepte clau per a la ciència contemporània (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Salvador Alsius i Clavera, Doctor en Ciències de la Informació, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Eugenio Oñate Ibáñez de Navarra, Doctor en Enginyeria de Camins, Canals i Ports) 2001.

La drogaaddicció com a procés psicobiològic (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Miquel Sánchez-Turet, Doctor en Ciències Biològiques, i contestació per l'Excm. Sr. Pedro de Esteban Altirriba, Doctor en Enginyeria Industrial) 2001.

Un univers turbulent (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Jordi Isern i Vilaboy, Doctor en Física, i contestació per l'Excm. Sra. Dra. Maria Teresa Anguera Argilaga, Doctora en Psicologia) 2002.

L'envelliment del cervell humà (Discurs de promoció a acadèmic numerari de l'Excm. Sr. Dr. Jordi Cervós i Navarro, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Josep Ma. Pou d'Avilés, Doctor en Dret) 2002.

Les telecomunicacions en la societat de la informació (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Àngel Cardama Aznar, Doctor en Enginyeria de Telecomunicacions, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Eugenio Oñate Ibáñez de Navarra, Doctor en Enginyeria de Camins, Canals i Ports) 2002.

La veritat matemàtica (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Josep Pla i Carrera, doctor en Matemàtiques, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Josep Ma. Costa i Torres, Doctor en Ciències Químiques) 2003.

L'humanisme essencial de l'arquitectura moderna (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Helio Piñón i Pallarés, Doctor en Arquitectura, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Xabier Añoveros Trías de Bes, Doctor en Dret) 2003.

De l'economia política a l'economia constitucional (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Joan Francesc Corona i Ramon, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresariales, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Xavier Iglesias i Guiu, Doctor en Medicina) 2003.

Temperància i empatia, factors de pau (Conferència dictada en el curs del cicle de la Cultura de la Pau per el Molt Honorable Senyor Jordi Pujol, President de la Generalitat de Catalunya, 2001) 2003.

Reflexions sobre resistència bacteriana als antibiòtics (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numerària Excma. Sra. Dra. Ma. de los Angeles Calvo i Torras, Doctora en Farmàcia i Veterinària, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Pere Costa i Batllori, Doctor en Veterinària) 2003.

La transformación del negocio jurídico como consecuencia de las nuevas tecnologías de la información (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Rafael Mateu de Ros, Doctor en Dret, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Jaime Manuel de Castro Fernández, Doctor en Dret) 2004.

La gestión estratégica del inmovilizado (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numerària Excma. Sra. Dra. Anna Maria Gil Lafuente, Doctora en Ciències Econòmiques i Empresariales, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Josep J. Pintó i Ruiz, Doctor en Dret) 2004.

Los costes biológicos, sociales y económicos del envejecimiento cerebral (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Félix F. Cruz-Sánchez, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'Excm. Sr. Dr. Josep Pla i Carrera, Doctor en Matemàtiques) 2004.

El conocimiento glaciar de Sierra Nevada. De la descripción ilustrada del siglo XVIII a la explicación científica actual. (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Antonio Gómez Ortiz, Doctor en Geografia, i contestació per l'acadèmica de número Excma. Sra. Dra. Maria Teresa Anguera Argilaga, Doctora en Filosofia i Lletres (Psicologia))2004.

Los beneficios de la consolidación fiscal: una comparativa internacional (Discurs de recepció com a acadèmic d'Honor de l'Excm. Sr. Dr. Rodrigo de Rato y Figaredo, Director-Gerent del Fons Monetari Internacional. El seu padrí d'investidura és l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Jaime Manuel de Castro Fernández, Doctor en Dret) 2004.

Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Eduardo Alemany Zaragoza, Doctor en Dret, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Rafel Orozco i Delclós, Doctor en Medicina i Cirurgia) 2004.

Geotecnia: una ciencia para el comportamiento del terreno (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Antonio Gens Solé, Doctor en Enginyeria de Camins, Canals i Ports, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Eugenio Oñate Ibáñez de Navarra, Doctor en Enginyeria de Camins, Canals i Ports) 2005.

Sessió acadèmica a Perpinyà, on actuen com a ponents; Excma. Sra. Dra. Anna Maria Gil Lafuente, Doctora en Ciències Econòmiques i Empresarials i Excm. Sr. Dr. Jaume Gil-Aluja, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresarials: “*Nouvelles perspectives de la recherche scientifique en économie et gestion*”; Excm. Sr. Dr. Rafel Orozco i Delcós, Doctor en Medicina i Cirurgia: “*L'impacte mèdic i social de les cèl·lules mare*”; Excma. Sra. Dra. Anna Maria Carmona i Cornet, Doctora en Farmàcia: “*Nouvelles stratégies oncologiques*”; Excm. Sr. Dr. Pere Costa i Batllori, Doctor en Veterinària: “*Les résistences bactériennes a les antibiotiques*”. 2005.

Los procesos de concentración empresarial en un mercado globalizado y la consideración del individuo (Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Fernando Casado Juan, Doctor en Ciències Econòmiques i Em-

presarials, i contestació de l'Excm. Sr. Dr. Josep Ma. Costa i Torres, Doctor en Ciències Químiques) 2005.

“Son nou de flors els rams li renc” (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Jaume Vallcorba Plana, Doctor en Filosofia i Lletres (Secció Filologia Hispànica), i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. José Enrique Ruíz-Domènec, Doctor en Filosofia i Lletres) 2005.

Historia de la anestesia quirúrgica y aportación española más relevante (Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Vicente A. Gancedo Rodríguez, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Josep Llorc i Brull, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresarials) 2006.

El amor y el desamor en las parejas de hoy (Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Paulino Castells Cuixart, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Joan Trayter i García, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresarials) 2006.

El fenomen mundial de la deslocalització com a instrument de reestructuració empresarial (Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Alfredo Rocafort i Nicolau, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresarials, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Isidre Fainé i Casas, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresarials) 2006.

Biomaterials per a dispositius implantables en l'organisme. Punt de trobada en la Historia de la Medicina i Cirurgia i de la Tecnologia dels Materials (Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Josep Anton Planel·l i Estany, Doctor en Ciències Físiques, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Pere Costa i Batllori, Doctor en Veterinària) 2006.

La ciència a l'Enginyeria: El llegat de l'école polytechnique. (Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Xavier Oliver i Olivella, Doctor en Enginyeria de Camins, Canals i Ports, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Josep Pla i Carrera, Doctor en Matemàtiques) 2006.

El voluntariat: Un model de mecenatge pel segle XXI. (Discurs d'ingrés de l'acadèmica de número Excma. Sra. Dra. Rosamarie Cammany Dorr, Doctora en Sociologia de la Salut, i contestació per l'Excma. Sra. Dra. Anna Maria Carmona i Cornet, Doctora en Farmàcia) 2007.

El factor religioso en el proceso de adhesión de Turquía a la Unión Europea. (Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Josep Maria Ferré i Martí, Doctor en Dret, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Carlos Dante Heredia García, Doctor en Medicina i Cirurgia) 2007.

Coneixement i ètica: reflexions sobre filosofia i progrés de la propedèutica mèdica. (Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Màrius Petit i Guinovart, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Josep Gil i Ribas, Doctor en Teologia) 2007.

Problemática de la familia ante el mundo actual. (Discurs d'ingrés de l'acadèmic honorari Excm. Sr. Dr. Gustavo José Noboa Bejarano, Doctor en Dret, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Paulino Castells Cuixart, Doctor en Medicina i Cirurgia) 2007.

Alzheimer: Una aproximació als diferents aspectes de la malaltia. (Discurs d'ingrés de l'acadèmica honoraria Excma. Sra. Dra. Nuria Durany Pich, Doctora en Biologia, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Eugenio Oñate, Doctor-Enginyer de Camins, Canals i Ports) 2008.

Guillem de Guimerà, Frare de l'hospital, President de la Generalitat i gran Prior de Catalunya. (Discurs d'ingrés de l'acadèmic honorari Excm. Sr. Dr. Josep Maria Sans Travé, Doctor en Filosofia i Lletres, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. D. José E. Ruiz Domènec, Doctor en Filosofia Medieval) 2008.

La empresa y el empresario en la historia del pensamiento económico. Hacia un nuevo paradigma en los mercados globalizados del siglo XXI. (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent Excm. Sr. Dr. Guillermo Sánchez Vilariño, Doctor Ciències Econòmiques i Financeres, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Jaume Gil Aluja, Doctor en Ciències Econòmiques i Financeres) 2008.

Incertesa i bioenginyeria (Sessió Acadèmica dels acadèmics corresponents Excm. Sr. Dr. Joaquim Gironella i Coll, Doctor en Medicina i Cirurgia amb els ponents Excm. Sr. Dr. Joan Anton Planell Estany, Doctor en Ciències Físiques, Excma. Sra. Dra. Anna M. Gil Lafuente, Doctora en Ciències Econòmiques i Financeres i Il·lm. Sr. Dr. Humberto Villavicencio Mavrich, Doctor en Medicina i Cirurgia) 2008.

Els Ponts: Història i repte a l'enginyeria estructural (Sessió Acadèmica dels acadèmics numeraris Excm. Sr. Dr. Xavier Oliver Olivella, Doctor en Enginyeria de Camins, Canals i Ports, i Excm. Sr. Dr. Eugenio Oñate Ibáñez de Navarra, Doctor en Enginyeria de Camins, Canals i Ports, amb els Ponents Il·lm. Sr. Dr. Angel C. Aparicio Bengoechea, Professor i Catedràtic de Ponts de l'escola Tècnica Superior d'Enginyers de Camins, Canals i Ports de Barcelona, Il·lm. Sr. Dr. Ekkehard Ramm, Professor, institute Baustatik) 2008.

Marketing político y sus resultados (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent Excm. Sr. Dr. Francisco Javier Maqueda Lafuente, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresariales i contestació per l'acadèmica de número Excm. Sra. Dra. Anna M. Gil Lafuente, Doctora en Ciències Econòmiques i Financeres) 2008.

Modelo de predicción de "Enfermedades" de las Empresas a través de relaciones Fuzzy (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent Excm. Sr. Dr. Antoni Terceño Gómez, Doctor en Ciències Econòmiques i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Paulino Castells Cuixart, Doctor en Medicina) 2009.

Células Madre y Medicina Regenerativa (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent Excm. Sr. Dr. Juan Carlos Izpisua Belmonte, Doctor en Farmàcia i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Joaquim Girone-lla i Coll, Doctor en Medicina) 2009.

Financiación del déficit externo y ajustes macroeconómicos durante la crisis financiera El caso de Rumania (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent Excm. Sr. Dr. Mugur Isarescu, Doctor en Ciències Econòmiques, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Alfredo Rocafort Nicolau, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresariales) 2009.

El legado de Jean Monnet (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numerària Excm. Sra. Dra. Teresa Freixas Sanjuán, Doctora en Dret, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Fernando Casado Juan, Doctor en Ciències Econòmiques) 2010.

La economía china: Un reto para Europa (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Jose Daniel Barquero Cabrero, Doctor en Ciències Humanes, Socials i Jurídiques, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Alfredo Rocafort Nicolau, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresariales) 2010.

Les radiacions ionitzants i la vida (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Albert Biete i Solà, Doctor en Medicina, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. David Jou i Mirabent, Doctor en Ciències Físiques) 2010.

Gestió del control intern de riscos en l'empresa postmoderna: àmbits econòmic i jurídic (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Ramon Poch i Torres, Doctor en Dret i Ciències Econòmiques i Empresariales, i contestació per l'acadèmica de número Excma. Sra. Dra. Anna Maria Gil i Lafuente, Doctora en Ciències Econòmiques i Empresariales) 2010.

Tópicos típicos y expectativas mundanas de la enfermedad del Alzheimer (Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Rafael Blesa, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Josep Llort i Brull, Doctor en Ciències econòmiques i Dret) 2010.

Los Estados Unidos y la hegemonía mundial: ¿Declive o reinvencción? (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent Excm. Sr. Dr. Mario Barquero i Cabrero, Doctor en Economia i Empresa, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Alfredo Rocafort i Nicolau, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresariales) 2010.

El derecho del Trabajo encrucijada entre los derechos de los trabajadores y el derecho a la libre empresa y la responsabilidad social corporativa (Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. José Luis Salido Banús, Doctor en Dret, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Manuel Subirana Canterell) 2011.

Una esperanza para la recuperación económica (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Jaume Gil i Lafuente, Doctor en Econòmiques, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Josep Gil i Ribas, Doctor en Teologia) 2011.

Certes i incertes en el diagnòstic del càncer cutani: de la biologia molecular al diagnòstic no invasiu (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Josep Malveyh, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Josep Llort, Doctor en Econòmiques i Dret) 2011.

Una mejor universidad para una economía más responsable (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Senén Barro Ameneiro, Doctor en

Ciències de la Computació i Intel·ligència, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Jaume Gil i Aluja, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresariales) 2012.

La transformació del món després de la crisi. Una anàlisi polièdrica i transversal (Sessió inaugural del Curs Acadèmic 2012-2013 on participen com a ponents: l'Excm. Sr. Dr. José Juan Pintó Ruiz, Doctor en Dret: “*El Derecho como amortiguador de la inequidad en los cambios y en la Economía como impulso rehumanizador*”, Excm. Sra. Dra. Rosmarie Cammany Dorr, Doctora en Sociologia de la Salut: “*Salut: mitjà o finalitat?*”, Excm. Sr. Dr. Àngel Aguirre Baztán, Doctor en Filosofia i Lletres: “*Globalización Económico-Cultural y Repliegue Identitario*”, Excm. Sr. Dr. Jaime Gil Aluja, Doctor en Econòmiques: “*La ciencia ante el desafío de un futuro progreso social sostenible*” i Excm. Sr. Dr. Eugenio Oñate Ibañez de Navarra, Doctor en Enginyeria de Camins, Canals i Ports: “*El reto de la transferencia de los resultados de la investigación a la industria*”), publicació en format digital www.reialacademiadoctors.cat, 2012.

La quantificació del risc: avantatges i limitacions de les assegurances (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numeraria Excm. Sra. Dra. Montserrat Guillén i Estany, Doctora en Ciències Econòmiques i Empresariales, i contestació per l'acadèmica de número Excm. Sra. Dra. M. Teresa Anguera i Argilaga, Doctora en Filosofia i Lletres-Psicologia) 2013.

El procés de la visió: de la llum a la consciència (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Rafael Ignasi Barraquer i Compte, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. José Daniel Barquero Cabrero, Doctor en Ciències Humanes, Socials i Jurídiques) 2013.

Formación e investigación: creación de empleo estable (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Mario Barquero Cabrero, Doctor en Economia, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. José Luis Salido Banús, Doctor en Dret) 2013.

El sagrament de l'Eucaristia: de l'Últim Sopar a la litúrgia cristiana antiga (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Armand Puig i Tàrrach, Doctor en Sagrada Escripura, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Jaume Vallcorba Plana, Doctor en Filosofia i Lletres) 2013.

Al hilo de la razón. Un ensayo sobre los foros de debate (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Enrique Tierno Pérez-Relaño, Doctor en Física Nuclear, y contestación por la académica de número Excm. Sra. Dra. Ana María Gil Lafuente, Doctora en Ciencias Económicas y Empresariales) 2014.

**Colección Real Academia Europea de Doctores
Fundación Universitaria Eserp**

1. *La participació del Sistema Nerviós en la producció de la sang i en el procés cancerós* (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Pere Gascón i Vilaplana, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'acadèmica de número Excm. Sra. Dra. Montserrat Guillén i Estany, Doctora en Ciències Econòmiques i Empresarials) 2014.
ISBN: 978-84-616-8659-9, Dipòsit Legal: B-5605-2014
2. *Información financiera: luces y sombras* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Emili Gironella Masgrau, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José Luis Salido Banús, Doctor en Derecho) 2014.
ISBN: 978-84-616-8830-2, Depósito Legal: B-6286-2014
3. *Crisis, déficit y endeudamiento* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. José María Gay de Liébana Saludas, Doctor en Ciencias Económicas y Doctor en Derecho y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Juan Francisco Corona Ramón, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales) 2014.
ISBN: 978-84-616-8848-7, Depósito Legal: B-6413-2014
4. *Les empreses d'alt creixement: factors que expliquen el seu èxit i la seva sostenibilitat a llarg termini* (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Oriol Amat i Salas, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresarials, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Santiago Dexeus i Trias de Bes, Doctor en Medicina i Cirurgia) 2014.
ISBN: 978-84-616-9042-8, Dipòsit Legal: B-6415-2014

5. *Estructuras metálicas* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Joan Olivé Zaforteza, Doctor en Ingeniería Industrial y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Xabier Añoveros Trias de Bes, Doctor en Derecho) 2014.
ISBN: 978-84-616-9671-0, Depósito Legal: B-7421-2014
6. *La acción exterior de las comunidades autónomas* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Josep Maria Bové Montero, Doctor en Administración y Dirección de Empresas y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José María Gay de Liébana Saludas, Doctor en Ciencias Económicas y Doctor en Derecho) 2014.
ISBN: 978-84-616-9672-7, Depósito Legal: B-10952-201
7. *El eco de la música de las esferas. Las matemáticas de las consonancias* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Vicente Liern Carrión, Doctor en Ciencias Matemáticas (Física Teórica) y contestación por la académica de número Excma. Sra. Dra. Pilar Bayer Isant, Doctora en Matemáticas) 2014.
ISBN: 978-84-616-9929-2, Depósito Legal: B-11468-2014
8. *La media ponderada ordenada probabilística: Teoría y aplicaciones* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. José Maria Merigó Lindahl, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Josep Pla i Carrera, Doctor en Ciencias Matemáticas) 2014.
ISBN: 978-84-617-0137-7, Depósito Legal: B-12322-2014
9. *La abogacía de la empresa y de los negocios en el siglo de la calidad* (Discurso de ingreso de la académica numeraria Excma. Sra. Dra. María José Esteban Ferrer, Doctora en Economía y Empresa y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Carlos Dante Heredia García, Doctor en Medicina y Cirugía) 2014.
ISBN: 978-84-617-0174-2, Depósito Legal: B-12850-2014
10. *La ciutat, els ciutadans i els tributs* (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Joan-Francesc Pont Clemente, Doctor en Dret, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Enrique Tierno Pérez-Relaño, Doctor en Física Nuclear) 2014.
ISBN: 978-84-617-0354-8, Dipòsit Legal: B-13403-2014

11. *Organización de la producción: una perspectiva histórica* (Discurso de ingreso de los académicos numerarios Excmo. Sr. Dr. Joaquín Bautista Valhondo, Doctor en Ingeniería Industrial y del Excmo. Sr. Dr. Francisco Javier Llovera Sáez, Doctor en Derecho y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José Luis Salido Banús, Doctor en Derecho) 2014.
ISBN: 978-84-617-0359-3, Depósito Legal: B 13610-2014
12. *Correlación entre las estrategias de expansión de las cadenas hoteleras Internacionales y sus rentabilidades* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Onofre Martorell Cunill, Doctor en Economía y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Josep Gil i Ribas, Doctor en Teología) 2014.
ISBN: 978-84-617-0546-7, Depósito Legal: B 15010-2014
13. *La tecnología, detonante de un nuevo panorama en la educación superior* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Lluís Vicent Safont, Doctor en Ciencias de la Información y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José Daniel Barquero Cabrero, Doctor en Ciencias Humanas, Sociales y Jurídicas y Doctor en Administración y Alta Dirección de Empresas) 2014.
ISBN: 978-84-617-0886-4, Depósito Legal: B 16474-2014
14. *Globalización y crisis de valores* (Discurso de ingreso del académico de Honor Excmo. Sr. Dr. Lorenzo Gascón, Doctor en Ciencias Económicas y contestación por la académica de número Excmo. Sra. Dra. Ana María Gil Lafuente, Doctora en Ciencias Económicas y Empresariales) 2014.
ISBN: 978-84-617-0654-9, Depósito Legal: B 20074-2014
15. *Paradojas médicas* (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Venezuela Excmo. Sr. Dr. Francisco Kerdel-Vegas, Doctor en Medicina y Cirugía y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José Llort Brull, Doctor en Ciencias Económicas y Doctor en Derecho) 2014.
ISBN: 978-84-617-1759-0, Depósito Legal: B 20401-2014
16. *La formación del directivo. Evolución del entorno económico y la comunicación empresarial* (Discurso de ingreso de los académicos numerarios Excmo. Sr. Dr. Juan Alfonso Cebrián Díaz, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales y del Excmo. Sr. Dr. Juan Ma-

ría Soriano Llobera, Doctor en Administración y Dirección de Empresas y Doctor en Ciencias Jurídicas y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Fernando Casado Juan, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales) 2014.

ISBN:978-84-617-2813-8, Depósito Legal: B 24424-2014

17. *La filosofia com a cura de l'ànima i cura del món* (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Francesc Torralba Roselló, Doctor en Filosofia i Doctor en Teologia, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. David Jou i Mirabent, Doctor en Física) 2014.

ISBN: 978-84-617-2459-8, Dipòsit Legal: B 24425-2014

18. *Hacia una Teoría General de la Seguridad Marítima* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Jaime Rodrigo de Larrucea, Doctor en Derecho y Doctor en Ingeniería Náutica y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Juan Francisco Corona Ramón, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales) 2015.

ISBN: 978-84-617-3623-2, Depósito Legal: B 27975-2014

Colección Real Academia Europea de Doctores

19. *Pensamiento Hipocrático, Biominimalismo y Nuevas Tecnologías. La Innovación en Nuevas Formas de Tratamiento Ortodóncico y Optimización del Icono Facial* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Luis Carrière Lluch, Doctor en Odontología y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Antoni Terceño Gómez, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales) 2015.

ISBN: 978-84-606-5615-9, Depósito Legal: B 3966-2015

20. *Determinantes de las Escuelas de Pensamiento Estratégico de Oriente y Occidente y su contribución para el Management en las Organizaciones del Siglo XXI.* (Discurso de ingreso del académico Correspondiente para Chile Excmo. Sr. Dr. Francisco Javier Garrido Morales, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José Daniel Barquero Cabrero, Doctor en Ciencias Humanas, Sociales y Jurídicas y Doctor en Administración y Alta Dirección de Empresas) 2015.

ISBN:978-84-606-6176-4, Depósito Legal: B 5867-2015

21. *Nuevos tiempos, nuevos vientos: La identidad mexicana, cultura y ética en los tiempos de la globalización.* (Discurso de ingreso del académico Correspondiente para México Excmo. Sr. Dr. Manuel Medina Elizondo, Doctor en Ciencias de la Administración, y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José Daniel Barquero Cabrero, Doctor en Ciencias Humanas, Sociales y Jurídicas y Doctor en Administración y Alta Dirección de Empresas) 2015.
ISBN: 78-84-606-6183-2, Depósito Legal: B 5868-2015

22. *Implante coclear. El oído biónico.* (Discurso del ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Pedro Clarós Blanch, Doctor en Medicina y Cirugía y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Joaquín Barraquer Moner, Doctor en Medicina y Cirugía) 2015.
ISBN: 978-84-606-6620-2, Depósito Legal: B 7832-2015

23. *La innovación y el tamaño de la empresa.* (Discurso del ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Carlos Mallo Rodríguez, Doctor en Ciencias Económicas y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José María Gay de Liébana Saludas, Doctor en Ciencias Económicas y Doctor en Derecho) 2015.
ISBN: 978-84-606-6621-9, Depósito Legal: B 7833- 2015

24. *Geologia i clima: una aproximació a la reconstrucció dels climes antics des del registre geològic* (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Ramon Salas Roig, Doctor en Geologia, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Enrique Tierno Pérez-Relaño, Doctor en Física Nuclear) 2015.
ISBN: 978-84-606-6912-8, Dipòsit Legal: B 9017-2015

25. *Belleza, imagen corporal y cirugía estética* (Discurso del ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Josep Maria Serra i Renom, Doctor en Medicina y Cirugía y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José María Gay de Liébana Saludas, Doctor en Ciencias Económicas y Doctor en Derecho) 2015.
ISBN: 978-84-606-7402-3, Depósito Legal: B 10757-2015

26. *El poder y su semiología* (Discurso del ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Michael Metzeltin, Doctor en Filología Románica y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Joaquim Gironella i Coll, Doctor en Medicina y Cirugía) 2015.
ISBN: 978-84-606-7992-9, Depósito Legal: B 13171-2015

27. *Atentados a la privacidad de las personas* (Discurso de ingreso del académico de honor Excmo. Sr. Dr. Enrique Lecumberri Martí, Doctor en Derecho y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Joan-Francesc Pont Clemente, Doctor en Derecho) 2015.
ISBN: 978-84-606-9163-1, Depósito Legal: B 17700-2015

28. *Panacea encadenada: La farmacología alemana bajo el yugo de la esvástica* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Francisco López Muñoz, Doctor en Medicina y Cirugía y Doctor en Lengua Española y Literatura y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Joan-Francesc Pont Clemente, Doctor en Derecho) 2015.
ISBN: 978-84-606-9641-4, Depósito Legal: B 17701-2015

29. *Las políticas monetarias no convencionales: El Quantitative Easing*” (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Juan Pedro Aznar Alarcón, Doctor en Economía y Administración de Empresas y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José Luis Salido Banús, Doctor en Derecho) 2015.
ISBN: 978-84-608-299-1, Depósito Legal: B 25530-2015

30. *La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva “Edad Media”* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Fermín Morales Prats, Doctor en Derecho y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José María Gay de Liébana Saludas, Doctor en Ciencias Económicas y Doctor en Derecho) 2015.
ISBN- 978-84-608-3380-2, Depósito Legal: B 26395-2015

31. *Reflexions entorn el Barroc* (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Salvador de Brocà Tella, Doctor en Filosofia i lletres, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Josep Gil Ribas, Doctor en Teologia) 2016.
ISBN- 978-84-608-4991-9, Depósito Legal: B 30143-2015

32. *Filosofia i Teologia a Incerta Glòria. Joan Sales repensa mig segle de cultura catalana* (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Josep-Ignasi Saranyana i Closa, Doctor en teologia i doctor en filosofia, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Francesc Torralba i Roselló, Doctor en teologia i doctor en filosofia) 2016.
ISBN- 978- 84- 608-5239-1, Depósito Legal: B 1473-2016

33. *Empresa familiar: ¿Sucesión? ¿Convivencia generacional?* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Miguel Ángel Gallo Laguna de Rins, Doctor en Ingeniería y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Pedro Clarós Blanch, Doctor en Medicina y Cirugía) 2016.
ISBN- 978 84 6085663-4, Depósito Legal: B 3910-2016

34. *Reflexiones y alternativas en torno a un modelo fiscal agotado.* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Antoni Durán-Sindreu Buxadé, Doctor en Derecho y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Joan-Francesc Pont Clemente, Doctor en Derecho) 2016.
ISBN- 978-84-608-5834-8, Depósito Legal: B 4684-2016

35. *La figura del emprendedor y el concepto del emprendimiento.* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Antonio Pulido Gutiérrez, Doctor en Economía y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José Daniel Barquero Cabrero, Doctor en Ciencias Humanas, Sociales y Jurídicas y Doctor en Alta Administración de Empresas) 2016.
ISBN- 978-84-608-5926-0, Depósito Legal: B 4685-2016

36. *La Cirugía digestiva del siglo XXI* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Juan Carlos García-Valdecasas Salgado, Doctor en Medicina y Cirugía y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Xabier Añoberos Trias de Bes, Doctor en Derecho) 2016.
ISBN: 978-84-6086034-1, Depósito Legal: B 5802-2016

37. *Derecho civil, persona y democracia* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Alfonso Hernández-Moreno, Doctor en Derecho y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Joan-Francesc Pont Clemente, Doctor en Derecho) 2016.
ISBN: 978-84-608-6838-5, Depósito Legal: B 7644-2016

38. *Entendiendo a Beethoven* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Francisco Javier Tapia García, Doctor en Medicina y Cirugía y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Pedro Clarós Blanch, Doctor en Medicina y Cirugía) 2016.
ISBN: 978-84-608-7507-9, Depósito Legal: B 10567-2016

39. *Fútbol y lesiones de los meniscos* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Ramon Cugat Bertomeu, Doctor en Medicina y Cirugía y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Pedro Clarós Blanch, Doctor en Medicina y Cirugía) 2016.
ISBN: 978-84-608-8578-8, Depósito Legal: B 12876-2016

40. *¿Hacia un nuevo derecho de gentes? El principio de dignidad de la persona como precursor de un nuevo derecho internacional* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Santiago J. Castellà Surribas, Doctor en Derecho y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Joan-Francesc Pont Clemente, Doctor en Derecho) 2016.
ISBN: 978-84-608-8579-5, Depósito Legal: B 14877-2016

41. *L'empresa més enllà de l'obra estètica* (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Jordi Martí Pidelaserra, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresariales, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. José Luis Salido Banús, Doctor en Dret) 2016.
ISBN: 978-84-608-9360-8, Depósito Legal: B 15757-2016

42. *El reto de mejorar la calidad de la auditoria* (Discurso de ingreso del académico correspondiente Excmo. Sr. Dr. Frederic Borràs Pàmies, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Emili Gironella Masgrau, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales) 2016.
ISBN: 978-84-608-9688-3, Depósito Legal: B 16347-2016

43. *Geografia, diffusione e organizzazione cristiana nei primi secoli del cristianesimo* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Angelo Di Berardino, Doctor en Teología - Doctor en Historia y Filosofía y contestación por el académico de número Excmo. y Mgfco. Sr. Rector Armand Puig i Tàrrach, Doctor en Sagrada Escritura) 2016.
ISBN: 978-84-617-5090-0, Depósito Legal: B 21706-2016

44. *Los cónsules de Ultramar y Barcelona* (Discurso de ingreso del académico correspondiente Excmo. Sr. Dr. Dr. Albert Estrada-Rius, Doctor en Derecho y Doctor en Historia y contestación por el académico de

número Excmo. Sr. Dr. Carlos Dante Heredia García, Doctor en Medicina y Cirugía) 2016.

ISBN: 978-84-617-5337-6, Depósito Legal: B 21707-2016

45. *El implante dental y la Osteointegración* (Discurso de ingreso del académico correspondiente Excmo. Sr. Dr. Carlos Aparicio Magallón, Doctor en Medicina y Cirugía y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Pedro Clarós, Doctor en Medicina y Cirugía) 2016.

ISBN: 978-84-617-5598-1, Depósito Legal: B-22187-2016

46. *La empresa social compitiendo en el mercado: principios de buen gobierno* (Discurso de ingreso del académico de número Excmo. Sr. Dr. José Antonio Segarra Torres, Doctor en Dirección de Empresas y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Miguel Ángel Gallo Laguna de Rins, Doctor en Ingeniería Industrial) 2016.

ISBN: 978-84-617-5971-2, Depósito Legal: B-23123-2016

47. *Incertidumbre y neurociencias: pilares en la adopción de decisiones* (Discurso de ingreso del académico correspondiente Excmo. Sr. Dr. Jorge Bachs Ferrer, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Jaime Gil Aluja, Doctor en Ciencias Políticas y Económicas) 2016.

ISBN: 978-84-617-6138-8, Depósito Legal: B-23124-2016

48. *¿Puede el marketing salvar al mundo? Expectativas para la era de la escasez* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. José Luis Nueno Inieta, Doctor of Business Administration y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Miguel Ángel Gallo Laguna de Rins, Doctor en Ingeniería Industrial) 2016.

ISBN: 978-84-617-6499-0, Depósito Legal: B 24060-2016

49. *Calidad de vida de los pacientes afectos de cáncer de próstata según el tratamiento realizado* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Ferran Guedea Edo, Doctor en Medicina y Cirugía y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Albert Biete Sola, Doctor en Medicina y Cirugía) 2016.

ISBN: 978-84-617-7041-0, Depósito Legal: B 26030-2016

50. *Relazioni conflittuali nelle aziende familiari: determinanti, tipologie, evoluzione, esiti* (Discurso de ingreso del académico numerario Excmo. Sr. Dr. Salvatore Tomaselli, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales, Dirección de Empresa y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Miguel Ángel Gallo Laguna de Rins, Doctor en Ingeniería Industrial) 2017.
ISBN: 978-84-617-7820-1, Depósito Legal: B 1712 -2017
51. *Sobre el coleccionismo. Introducción a la historia* (Discurso de ingreso del académico correspondiente Excmo. Sr. Dr. Manuel Puig Costa, Doctor en Medicina y Cirugía y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Pedro Clarós, Doctor en Medicina y Cirugía) 2017.
ISBN: 978-84-617-7854-6, Depósito Legal: B 1713-2017
52. *Teoria de la semblança i govern universitari* (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Jaume Armengou Orús, Doctor en Enginyeria de Camins, Canals i Ports, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Eugenio Oñate Ibáñez de Navarra, Doctor en Enginyeria de Camins, Canals i Ports) 2017.
ISBN: 978-84-617-8115-7, Depósito Legal: B 2853- 2017
53. *Història de la malaltia i de la investigació oncològica. Retorn als orígens* (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm. Sr. Dr. Mariano Monzó Planella, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Joaquim Gironella Coll, Doctor en Medicina i Cirurgia) 2017.
ISBN: 978-84-617-8179-9, Depósito Legal: B 2854-2017
54. *Diagnóstico precoz del Cáncer de Pulmón: El Cribado, una herramienta para avanzar en su curación* (Discurso de ingreso del académico de número Excmo. Sr. Dr. Laureano Molins López-Rodó, Doctor en Medicina y Cirugía y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Pedro Clarós, Doctor en Medicina y Cirugía) 2017.
ISBN: 978-84-617-8457-8 , Depósito Legal: B 3937-2017
55. *Honor, crédito en el mercado y la exceptio veritatis* (Discurso de ingreso del académico de número Excmo. Sr. Dr. Felio Vilarrubias Guillamet, Doctor en Derecho y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Pedro Clarós, Doctor en Medicina y Cirugía) 2017.
ISBN: 978-84-617-8867-5 , Depósito Legal: B 6307-2017

56. *La vida és una llarga oxidació* (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numerària Excma. Sra. Dra. Nicole Mahy Géhenne, Doctora en Farmàcia, i contestació per l'acadèmic de número Excm Sr. Dr. Rafael Blesa González, Doctor en Medicina i Cirurgia) 2017.
ISBN: 978-84-617-9179-8, Depósito Legal: B 6308-2017

57. *Salud periodontal y salud general: la alianza necesaria* (Discurso de ingreso de la académica numeraria Excma. Sra. Dra. Nuria Vallcorba Plana, Doctora en Odontología y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Jaime Rodrigo de Larrucea, Doctor en Derecho y Doctor en Ingeniería Náutica) 2017.
ISBN: 978-84-617-9253-5, Depósito Legal: B 8541-2017

58. *Gobierno y administración en la empresa familiar* (Discurso de ingreso del académico de número Excmo. Sr. Dr. José Manuel Calavia Molinero, Doctor en Derecho y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Joan-Francesc Pont Clemente, Doctor en Derecho) 2017.
ISBN: 978-84-697-2296-1, Depósito Legal: B 10562-2017

59. *Darwin, Wallace y la biología del desarrollo evolutiva* (Discurso de ingreso del académico de número Excmo. Sr. Dr. Daniel Turbón Borrega, Doctor en Filosofía y Letras y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Felio Vilarrubias Guillamet, Doctor en Derecho) 2017.
ISBN: 978-84-697-2678-5, Depósito Legal: B 11574-2017

60. *EL asesoramiento financiero, la figura del Asesor Financiero y de las E.A.F.I.s* (Discurso de ingreso de la académica de número Excma. Sra. Dra. Montserrat Casanovas Ramon, Doctora en Ciencias Económicas y Empresariales y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José Maria Gay de Liébana Saludas, Doctor en Ciencias Económicas y Doctor en Derecho) 2017.
ISBN: 978-84-697-3635-7, Depósito Legal: B 15061-2017

61. *Dieta Mediterránea: una visión global / La nutrición comunitaria en el siglo XXI* (Discursos de ingreso de los académicos de número Excmo. Sr. Dr. Lluís Serra Majem, Doctor en Medicina y Excmo. Sr. Dr. Javier Aranceta Bartrina, Doctor en Medicina y Cirugía, contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. José Ramón Calvo Fernández, Doctor en Medicina y Cirugía, y la Excma. Sra.

Dra. Maria dels Àngels Calvo Torras, Doctora en Veterinaria y Doctora en Farmacia) 2017.

ISBN: 978-84-697-4524-3, Depósito Legal: B 17729-2017

62. *La conquista del fondo del ojo* (Discurso de ingreso del académico de número Excmo. Sr. Dr. Borja Corcóstegui, Doctor en Medicina y Cirugía y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Pedro Clarós, Doctor en Medicina y Cirugía) 2017.

ISBN: 978-84-697-4905-0, Depósito Legal: B 22088-2017

63. *Barcelona, Galería Urbana* (Discurso de ingreso del académico de número Excmo. Sr. Dr. Juan Trias de Bes, Doctor en Arquitectura y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Jaime Rodrigo de Larrucea, Doctor en Derecho y Doctor en Ingeniería Náutica) 2017.

ISBN: 978-84-697-4906-7, Depósito Legal: B 24507-2017

64. *La influencia del derecho español en México* (Discurso de ingreso del académico Correspondiente para México Excmo. Sr. Dr. Jesús Gerardo Sotomayor Garza, Doctor en Derecho y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Jordi Martí Pidelaserra, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales) 2017.

ISBN: 978-84-697-5210-4 , Depósito Legal: B 25165-2017

65. *Delito fiscal y proceso penal: crónica de un desencuentro* (Discurso de ingreso del académico Correspondiente Excmo. Sr. Dr. Joan Iglesias Capellas, Doctor en Derecho y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Emili Gironella Masgrau, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales) 2017.

ISBN: 978-84-697-6524-1, Depósito Legal: B 25318-2017

66. *Laïcitat i laïcisme en l'occident europeu* (Discurs d'ingrés de l'Emm. i Rvdm. Dr. Lluís Martínez Sistach, Doctor en Dret Canònic i Civil, i contestació per l'acadèmic de número Excm. Sr. Dr. Francesc Torralba Roselló, Doctor en Filosofia i Doctor en Teologia) 2017.

ISBN: 978-84-697-6525-8, Depósito Legal: B 28921-2017

67. *Lo disruptivo y el futuro: tecnología y sociedad en el siglo XXI* (Discurso de ingreso del académico Correspondiente Excmo. Sr. Dr. Luis Pons Puiggrós, Doctor en Administración y Dirección de Empresas, y

contestación del Académico de Número Excmo. Sr. Dr. José Ramón Calvo Fernández, Doctor en Medicina) 2017.

ISBN: 978-84-697-8211-8, Depósito Legal: B 29804-2017

68. *Avances Tecnológicos en Implantología Oral: hacia los implantes dentales inteligentes* (Discurso de ingreso del académico de Número Excmo. Sr. Dr. Xavier Gil Mur, Doctor en Ingeniería Química y Materiales, Rector de la Universidad de Catalunya y contestación del Académico de Número Excmo. Sr. Dr. Jaime Rodrigo de Larrucea, Doctor en Derecho y Ingeniería Náutica) 2018.

ISBN: 978-84-697-9148-6, Depósito Legal: B 1862-2018.

69. *La función del marketing en la empresa y en la economía* (Discurso de ingreso del académico de Número Excmo. Sr. Dr. Carlo Maria Gallucci Calabrese, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales y contestación del Académico de Número Excmo. Sr. Dr. Jaime Rodrigo de Larrucea, Doctor en Derecho y Ingeniería Náutica) 2018.

ISBN: 978-84-697-9161-5, Depósito Legal: B 1863-2018

70. *El nuevo materialismo del siglo XXI: Luces y sombras* (Discurso de ingreso de l académica de Número Excma. Sra. Dra. Mar Alonso Almeida, Dra. en Ciencias Económicas y Empresariales y contestación del Académico de Número Excm. Sr. Dr. Pedro Aznar Alarcón, Doctor en Económicas y Administración de empresas) 2018.

ISBN: 978-84-09-00047-0 , Depósito Legal: B 5533-2018

71. *La dinámica mayoría – minoría en las sociedades de capital* (Discurso de ingreso del académico Correspondiente Excmo. Sr. Dr. Rodolfo Fernández-Cuellas, Doctor en Derecho y contestación por el académico de número Excmo. Sr. Dr. Emili Gironella Masgrau, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales) 2018.

ISBN: , Depósito Legal:



RAD Tribuna Plural. La revista científica

REVISTA 1 - Número 1/2014

Globalización y repliegue identitario, *Àngel Aguirre Baztán*. El pensament cristià, *Josep Gil Ribas*. El teorema de Gödel: recursivitat i indecidibilitat, *Josep Pla i Carrera*. De Königsberg a Göttingen: Hilbert i l'axiomatització de les matemàtiques, *Joan Roselló Moya*. Computerized monitoring and control system for ecopyrogenesis technological complex, *Yuriy P. Kondratenko, Oleksiy V.Kozlov*. Quelques réflexions sur les problèmes de l'Europe de l'avenir, *Michael Metzeltin*. Europa: la realidad de sus raíces, *Xabier Añoveros Trias de Bes*. Discurs Centenari 1914-2014, *Alfredo Rocafort Nicolau*. Economía-Sociedad-Derecho, *José Juan Pintó Ruiz*. Entrevista, *Jaime Gil Aluja*.

Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica: ISSN: 2385-345X

Depósito Legal: B 12510-2014, Págs. 404.

REVISTA 2 - Número 2/2014 *Monográfico Núm. 1*

I Acto Internacional: Global Decision Making.

2014: à la recherche d'un Humanisme renouvelé de El Greco à Nikos Kazantzakis, *Stavroula-Ina Piperaki*. The descent of the audit profession, *Stephen Zeff*. Making global lawyers: Legal Practice, Legal Education and the Paradox of Professional Distinctiveness, *David B. Wilkins*. La tecnología, detonante de un nuevo panorama universitario, *Lluís Vicent Safont*. La salida de la crisis: sinergias y aspectos positivos. Moderador: *Alfredo Rocafort Nicolau*. Ponentes: Burbujas, cracs y el comportamiento irracional de los inversores, *Oriol Amat Salas*. La economía española ante el hundimiento del sector generador de empleo, *Manuel Flores Caballero*. Tomando el pulso a la economía española: 2014, año de encrucijada, *José María Gay de Liébana Saludas*. Crisis económicas e indicadores: diagnosticar, prevenir y curar, *Montserrat Guillén i Estany*. Salidas a la crisis, *Jordi Martí Pidelaserra*. Superación de la crisis económica y mercado de trabajo: elementos dinamizadores, *José Luís Salido Banús*.

Indicadores de financiación para la gestión del transporte urbano: El fondo de comercio, El cuadro de mando integral: Una aplicación práctica para los servicios de atención domiciliaria, Competencias de los titulados en ADE: la opinión de los empleadores respecto a la contabilidad financiera y la contabilidad de costes. Teoría de conjuntos clásica versus teoría de subconjun-

tos borrosos. Un ejemplo elemental comparativo. Un modelo unificado entre la media ponderada ordenada y la media ponderada. Predicting Credit Ratings Using a Robust Multi-criteria Approach.

Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica: ISSN: 2385-345X

Depósito Legal: B 12510-2014, Págs. 588.

REVISTA 3 - Número 3/2014

Taula rodona: Microorganismes i patrimoni. Preàmbulo, *Joaquim Gironella Coll*. L'arxiu Nacional de Catalunya i la conservació i restauració del patrimoni documental, *Josep Maria Sans Travé, Gemma Goikoechea i Foz*. El Centre de Restauració Béns Mobles de Catalunya (CRBMC) i les especialitats en conservació i restauració, *Àngels Solé i Gili*. La conservació del patrimoni històric davant l'agressió per causes biològiques, *Pere Rovira i Pons*. Problemática general de los microorganismos en el patrimonio y posibles efectos sobre la salud, *Maria dels Àngels Calvo Torras*. Beyond fiscal harmonisation, a common budgetary and taxation area in order to construct a European republic, *Joan- Francesc Pont Clemente*. El microcrédito. La financiación modesta, *Xabier Añoveros Trias de Bes*. Extracto de Stevia Rebaudiana. *Pere Costa Batllori*. Síndrome traumático del segmento posterior ocular, *Carlos Dante Heredia García*. Calculadora clínica del tiempo de doblaje del PSA de próstata, *Joaquim Gironella Coll, Montserrat Guillén i Estany*. Miguel Servet (1511-1553). Una indignació coherent, *Màrius Petit i Guinovart*. Liquidez y cotización respecto el Valor Actual Neto de los REITs Españoles (Las SOCIMI), *Juan María Soriano Llobera, Jaume Roig Hernando*. I Acte Internacional: Global decision making. Resum. Entrevista, *Professor Joaquim Barraquer Moner*.

Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica: ISSN: 2385-345X

Depósito Legal: B 12510-2014, Págs. 376

REVISTA 4 - Número 4/2014

Sessió Acadèmica: La simetria en la ciència i en l'univers. Introducció, evocació del Dr. Jaume Vallcorba Plana, *David Jou Mirabent i Pilar Bayer i Isant*. La matemàtica de les simetries, *Pilar Bayer i Isant*, l'Univers i les simetries trencades de la física, *David Jou Mirabent*. Sessió Acadèmica: La financiación de las grandes empresas: el crédito sindicado y

el crédito documentario. Los créditos sindicados, *Francisco Tusquets Trias de Bes*. El crédito documentario. Una operación financiera que sustituye a la confianza en la compraventa internacional, *Xabier Año-veros Trias de Bes*. Sessió Acadèmica: Vida i obra d'Arnau de Vilanova. Introducció, *Josep Gil i Ribas*. Arnau de Vilanova i la medicina medieval, *Sebastià Giral*. El *Gladius Iugulans Thomatistas* d'Arnau de Vilanova: context i tesis escatològiques, *Jaume Mensa i Valls*. La calidad como estrategia para posicionamiento empresarial, *F. González Santoyo*, *B. Flores Romero* y *A.M. Gil Lafuente*. Etnografía de la cultura de una empresa, *Ángel Aguirre Baztán*. L'inconscient, femení i la ciència, *Miquel Bassols Puig*. Organización de la producción: una perspectiva histórica, *Joaquim Bautista Valhondo* y *Francisco Javier Llovera Sáez*. La quinoa (*Chenopodium quinoa*) i la importancia del seu valor nutricional, *Pere Costa Batllori*.

El Séptimo Arte, *Enrique Lecumberri Martí*. "Consolatio" pel Dr. Josep Casajuana i Gibert, *Rosmarie Cammany Dorr*, *Jaume Gil Aluja* i *Josep Joan Pintó Ruiz*. The development of double entry: An example of the International transfer of accounting technology, *Christopher Nobes*. Entrevista, *Dr. Josep Gil Ribas*.

Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica: ISSN: 2385-345X
Depósito Legal: B 12510-2014, Págs. 460

REVISTA 5 - Número 1/2015

Sessió Acadèmica: Salut, economia i societat. Presentació, *M. dels Àngels Calvo Torras*. Descripción y valoración crítica de los diferentes sistemas sanitarios en Europa, *Joaquim Gironella Coll*. Efectos económicos en el sistema público de salud del diagnóstico precoz de las enfermedades, *Ana María Gil Lafuente*. Estar sano y encontrarse bien: El reto, *Rosmarie Cammany Dorr*. What is the greatest obstacle to development? *Alba Rocafort Marco*. Aceleradores globales de la RSE: Una visión desde España, *Aldo Olcese Santoja*. Zoonosis transmitidas por mascotas. Importancia sanitaria y prevención, *M. dels Àngels Calvo Torras* y *Esteban Leonardo Arosemena Angulo*. Seguretat alimentària dels aliments d'origen animal. Legislació de la Unió Europea sobre la fabricació de pinso, *Pere Costa Batllori*. Panacea encadenada: La farmacología alemana bajo el III Reich y el resurgir de la Bioética, *Francisco López Muñoz*. Laicidad, religiones y paz en el espacio público. Hacia una conciencia

global, *Francesc Torralba Roselló*. Inauguración del Ciclo Academia y Sociedad en el Reial Cercle Artístic de Barcelona. Entrevista, *Dr. José Juan Pintó Ruiz*.

Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica: ISSN: 2385-345X
Depósito Legal: B 12510-2014, Págs. 356

REVISTA 6 - Número 2/2015

Sessió Acadèmica: Subrogación forzosa del acreedor. Presentación, *José Juan Pintó*. La subrogación Forzosa del acreedor: Concepto, Naturaleza, Finalidad y Efectos, *Alfonso Hernández Moreno*. La utilización de la subrogación forzosa en la práctica: Aspectos relevantes y controvertidos, *Francisco Echevarría Summers*. Methods of Modeling, Identification and Prediction of Random Sequences Base on the Nonlinear Canonical Decomposition, *Igor P. Atamanyuk, Yuriy P. Kondratenko*. Rien n'est pardoné!, *Stravroula-Ina Piperaki*. Seguretat alimentària dels aliments d'origen animal. Legislació de la Unió Europea sobre la fabricació de pinsos II. Pinsos ecològics, *Pere Costa Batllori*. The relationship between gut microbiota and obesity, *Carlos González Núñez, M. de los Ángeles Torras*. Avidesa i fulgor dels ulls de Picasso, *David Jou Mirabent*. Problemática de la subcontratación en el sector de la edificación, *Francisco Javier Llovera Sáez, Francisco Benjamín Cobo Quesada y Miguel Llovera Ciriza*. Jornada Cambio Social y Reforma Constitucional, *Alfredo Rocafort Nicolau, Teresa Freixes Sanjuán, Marco Olivetti, Eva Maria Poptcheva, Josep Maria Castellà y José Juan Pintó Ruiz*. Inauguración del ciclo "Academia y Sociedad" en el Reial Cercle Artístic de Barcelona: Nuevas amenazas. El Yihadismo, *Jesús Alberto García Riesco*. Presentación libro "Eva en el Jardín de la Ciencia", *Trinidad Casas, Santiago Dexeus y Lola Ojeda*. "Consolatio" pel Dr. Jaume Vallcorba Plana, *Xabier Añoveros Trias de Bes, Ignasi Moreta, Armand Puig i Tàrrach*. Entrevista, *Dr. David Jou Mirabent*.

Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica: ISSN: 2385-345X
Depósito Legal: B 12510-2014, Págs. 400

REVISTA 7 - Número 3/2015 Monográfico Núm.2

II Acto Internacional: Congreso Internacional de investigación "Innovación y Desarrollo Regional". Conferencia Inaugural: Lecciones de la

crisis financiera para la política económica: austeridad, crecimiento y retos de futuro, *Aznar Alarcón, P., Gay de Liébana Saludas, J.M., y Rocafor Nicolau, A.*, **Eje Temático 1. Gestión estratégica de las organizaciones:** Diseño, operación y gestión de un modelo de negocio innovador, *Medina Elizondo, M. y Molina Morejón, M.* Matriz insumo producto como elemento de estrategia empresarial, *Towns Muñoz, J.A., y Tuda Rivas, R.* Valoración sobre la responsabilidad social de las empresas en la comarca lagunera, *De la Tejera Thomas, Y.E., Gutiérrez Castillo, O.W., Medina Elizondo, E., Martínez Cabrera, H., y Rodríguez Trejo, R.J.* Factores de competitividad relacionados con la internacionalización. Estudio en el estado de Coahuila, *González Flores. O., Armenteros Acosta, M del C., Canibe Cruz, F., Del Rio Ramírez, B.* La contextualización de los modelos gerenciales y la vinculación estratégica empresa-entorno, *Medina Elizondo, M., Gutiérrez Castillo, O., Jaramillo Rosales, M., Parres Frausto, A., García Rodríguez, G.A.* Gestión estratégica de las organizaciones. Los Estados Unidos de Europa, *Barquero Cabrero, J.D.* El análisis de la empresa a partir del Valor Añadido, *Martí Pidelaserra, J.* Factors influencing the decision to set up a REIT, *Roig Hernando, J., Soriano Llobera, J.M., García Cueto, J.I.* **Eje Temático 2: Gestión de la Innovación y desarrollo regional:** Propuesta metodológica para la evaluación de ambientes de innovación empresariales. Aplicaciones en el estado de Hidalgo, México, *Gutiérrez Castillo, O.W., Guerrero Ramos, L.A., López Chavarría, S., y Parres Frausto, A.* Estrategias para el desarrollo de la competitividad del cultivo del melón en la comarca lagunera. *Espinoza Arellano, J de J., Ramírez Menchaca, A., Guerrero Ramos, L.A. y López Chavarría, S.* Redes de Innovación Cooperativa en la región lagunera. *Valdés Garza, M., Campos López, E., y Hernández Corichi, A.* Ley general de contabilidad gubernamental. Solución informática para municipios menores de veinticinco mil habitantes, *Leija Rodríguez, L.* La innovación en la empresa como estrategia para el desarrollo regional, *González Santoyo, F., Flores Romero, B., y Gil Lafuente, A.M.* Aplicación de la Gestión del conocimiento a la cadena de suministro de la construcción. La calidad un reto necesario, *Llovera Sáez, F.J., y Llovera Ciriza, M.* **Eje Temático 3. Gestión del capital humano y cultura organizacional:** Influencia del capital humano y la cultura emprendedora en la innovación como factor de competitividad de las pyme industriales, *Canibe Cruz, F., Ayala Ortiz, I., García Licea, G., Jaramillo Rosales, M., y Martínez Cabrera, H.* Retos de la formación de empresarios competitivos de la región lagunera, México.

Competencias estratégicas gerenciales y su relación con el desempeño económico en el sector automotriz de Saltillo. *Hernández Barreras, D., Villanueva Armenteros, Y., Armenteros Acosta, M. del C., Montalvo Morales, J.A. Facio Licera, P.M., Gutiérrez Castillo, O.W., Aguilar Sánchez, S.J., Parres Frausto, A., del Valle Cuevas, V.* Competencias estratégicas gerenciales y su relación con el desempeño económico en el sector automotriz de Saltillo, *Hernández Barreras, D., Villanueva Armenteros, Y., Armenteros Acosta, M. del C., Montalvo Morales, J.A.* Identificación y diseño de competencias laborales en las áreas técnicas de la industria textil en México. *Vaquera Hernández, J., Molina Morejón, V.M., Espinoza Arellano, J. de J.* Self-Perception of Ethical Behaviour. The case of listed Spanish companies, *García López, M.J., Amat Salas, O., y Rocafort Nicolau, A.* Descripción y valoración Económico-Sanitaria de los diferentes sistemas sanitarios en el espacio europeo, y de las unidades de hospitalización domiciliaria en las comunidades autónomas de España, *Gironella Coll, J.* El derecho público en el Quijote. Derecho de gentes y derecho político, *Añoveros Trias de Bes, X.*

Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica: ISSN: 2385-345X
Depósito Legal: B 12510-2014, Págs. 558

REVISTA 8 - Número 4/2015

Sessió Acadèmica: l'Aigua, una visió interdisciplinària. Presentació, *M. dels Àngels Calvo Torres*. El agua: Características diferenciales y su relación con los ecosistemas, *M. dels Àngels Calvo Torres*. L'Aigua en l'origen i en el manteniment de la vida, *Pere Costa Batllori*. Planeta oceàno, pasado, presente y futuro desde una visión particular. Proyecto AQVAM. Aportación sobre el debate del agua. Fausto García Hegardt. Sesión Académica: Ingeniería y música. Presentación, *Eugenio Oñate Ibáñez de Navarra*. Las comunicaciones móviles. Presente y futuro, *Ramon Agustí*. Sessió Acadèmica: Debat sobre la religió civil. Presentació, *Francesc Torralba Roselló*. La religió vertadera, *Josep Gil Ribas*. La religión civil, Ángel Aguirre *Baztán*, La religión en la que todos los hombres están de acuerdo, *Joan-Francesc Pont Clemente*. Aportació al debat sobre la religió, *Josep Gil Ribas*. El camino hacia la libertad: el legado napoleónico en la independencia de México, *Enrique Sada Sandoval*. Los ungüentos de brujas y filtros de amor en las novelas cervantinas y el papel de Dioscórides de Andrés Laguna, *Francisco López Muñoz y Francisco Pérez Fernández*. La lingüística como economía de la lengua.

Michael Metzeltin. Situación de la radioterapia entre las ciencias, *Santiago Ripol Girona*. Conferencia “Las Fuerzas Armadas y el Ejército de Tierra en la España de hoy”, *Teniente General Ricardo-Álvarez-Espejo García*. Entrevista, *Dr. Eugenio Oñate Ibáñez de Navarra*.

Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica: ISSN: 2385-345X
Depósito Legal: B 12510-2014, Págs. 410

REVISTA 9 - Número 1/2016

Sessió Acadèmica: Unitats canines d'odorologia. Usos actuals i noves perspectives, *M. dels Àngels Calvo i Lluís Pons Anglada*. La odisea de la voz. La voz y la ópera. Aspectos médico-artísticos. *Pedro Clarós, Marcel Gorgori*. Sessió Acadèmica: La bioeconomía, nou paradigma de la ciència. Presentación, *M. dels Àngels Calvo*, liEconomía ecològica: per una economía que faci les paus amb el planeta, *Jordi Roca*. Capital natural versus desarrollo sostenible, *Miquel Ventura*, Sesión Académicas Multidisciplinaria: Accidente nuclear de Chernóbil. El accidente de la central nuclear de Chernóbil. Controversias sobre los efectos sobre la salud 30 años después, *Albert Biete*. Los efectos sobre el medio animal, vegetal y microbiano, *M. dels Àngels Calvo*, El cost econòmic de l'accident de Txernóbil: una aproximació, *Oriol Amat*. La visión del ingeniero en el accidente y actuaciones reparativas posteriores, *Joan Olivé*. Chernóbil y Fukushima: La construcción diferencial mediática de una misma realidad, *Rosmarie Cammany*. El virreinato de la Nueva España y la Bancarrota del Imperio Español, *Enrique Sada Sandoval*. Mistakes and dysfunctions of “IRR” an alternative instrument “FYR”, *Alfonso M. Rodríguez*. El derecho y la justicia en la obra de Cervantes, *Xabier Añoveros Trias de Bes*. Arquitectura motivacional para hacer empresa familiar multigeneracional, *Miguel Angel Gallo*. La vida de Juan II de Aragón (1398-1479) tras la operación de sus cataratas, *Josep M. Simon*. PV Solar Investors Versus the kingdom of Spain: First state victory, at least 27 more rounds to go, *Juan M. Soriano y José Ignacio Cueto*. Entrevista, *Dra. M. dels Àngels Calvo Torras*.

Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica ISSN 2385-345X
Depósito legal: B 12510-2014 Págs.418

REVISTA 10 - Número 2/2016 *Homenajes Núm. 1*

Presentación a cargo del Académico Numerario Excmo. Sr. Dr. Joan-Francesc Pont Clemente, Discurso de ingreso de la Académica de Honor Excma. Sra. Dra. Rosalía Arteaga Serrano. Trabajo aportado por la nueva Académica de Honor: *Jerónimo y los otros Jerónimos*. Presentación a cargo del Académico Numerario Excmo. Sr. Dr. Pedro Clarós Blanch. Discurso de ingreso de la Académica de Honor Excma. Sra. Dra. Leslie C. Griffith. Trabajos aportados por la nueva Académica de Honor: *Reorganization of sleep by temperatura in Drosophila requires light, the homeostat, and the circadian clock, A single pair of neurons links sleep to memory consolidation in Drosophila melanogaster, Short Neuropeptide F Is a Sleep-Promoting Inhibitory Modulator*. Presentación a cargo del Académico Numerario Excmo. Sr. Dr. Josep-Ignasi Saranyana Closa. Discurso de ingreso del Académico de Honor Excmo. Sr. Dr. Ernesto Kahan. Trabajo aportado por el nuevo Académico de Honor: *Genocidio*. Presentación a cargo del Académico Numerario Excmo. Sr. Dr. Juan Francisco Corona Ramon. Presentación del Académico de Honor Excmo. Sr. Dr. Eric Maskin. Trabajos aportados por el nuevo Académico de Honor: *Nash equilibrium and welfare optimality, The Folk theorem in repeated games with discounting or with incomplete information. Credit and efficiency in centralized and decentralized economies*.

Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica ISSN 2385-345X
Depósito legal: B 12510-2014 Págs.384

REVISTA 11 - Número 3/2016

Sesión Académica: Medicamentos, genes y efectos terapéuticos. *M. dels Àngels Calvo, Joan Sabater Tobella*. Sessió Acadèmica: Ramon Llull (Palma, 1232-Tunis, 1316). Presentació, *Josep Gil Ribas*. Ramon Llull. Vida i obra, *Jordi Gayà Estelrich*. L'art com a mètode, *Alexander Fidora*. El pensament de Ramon Llull, *Joan Andreu Alcina*. Articles – Artículos: Los animales mitológicos como engendro de venenos y antídotos en la España Áurea: a propósito del basilisco y el unicornio en las obras literarias de Lope de Vega, *Cristina Andrade-Rosa, Francisco López-Muñoz*. El poder en la empresa: Potestas y Auctoritas, *Miguel Ángel Gallo Laguna de Rins*. El efecto del Brexit en la validez de las cláusulas arbitrales existentes con Londres como sede del arbitraje y en la decisión de las partes de pactar a futuro cláusulas arbitrales con Londres como sede del

arbitraje, *Juan Soriano Llobera, José Ignacio García Cueto*. Desviaciones bajo el modelo de presupuesto flexible: un modelo alternativo, *Alejandro Pursals Puig*. Reflexiones en torno a la economía del conocimiento, *Leandro J. Urbano, Pedro Aznar Alarcón*. Lliurament del títol de Fill Il·lustre de Reus al Dr. Josep Gil i Ribas (21.09.2016), *Josep-Ignasi Saranyana Closa*.

Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica ISSN 2385-345X
Depósito legal: B 12510-2014 Págs.316

REVISTA 12 - Número 4/2016 *Homenajes Núm.2*

Discurso de ingreso del Académico de Honor *Excmo. Sr. Dr. Aaron Ciechanover*, presentación a cargo del Académico Numerario *Excmo. Sr. Dr. Rafael Blesa González*. Discurso de ingreso del Académico de Honor *Excmo. Sr. Dr. Josep Maria Gil-Vernet Vila*, presentación a cargo del Académico de Número *Excmo. Sr. Dr. Pedro Clarós Blanch*. Discurso de ingreso del Académico de Honor del *Excmo. Sr. Dr. Björn O. Nilsson*, presentación a cargo de la Académica de Número *Excma. Sra. Dra. Maria dels Àngels Calvo Torres*. Discurso del Académico de Honor *Excmo. Sr. Dr. Ismail Serageldin*, presentación a cargo de la Académica de Honor, *Excma. Sra. Dra. Rosalía*.

Edición impresa ISSN: 2339-997X. Edición electrónica ISSN 2385-345X
Depósito Legal: B 12510-2014 Págs 272

REVISTA 13 - Número 5/2016

Debate: El impacto del BREXIT en la economía española y en el resto de países de la UE. *Oriol Amat Salas, Santiago José Castellà Surribas, Juan Francisco Corona Ramón y Joan-Francesc Pont Clemente*. Debate: Titanic, Cómo tomar imágenes a 3800 metros de profundidad. El corto viaje del Titanic- Seguridad marítima, antes y después del Titánic, *Jaime Rodrigo de Larrucea*. El naufragio del Titanic y sus enseñanzas, *Frederic Malagelada Benapres*. ¿Arqueología subacuática a 4000 metros de fondo?, *Pere Izquierdo i Tugas*. Los límites de la imagen submarina, *Josep Maria Castellví*. Conférence sur la mission Aout 2016 Sur l'Eclirage du Titanic, *Christian Petron*. Moderador del Debate, *Andrés Clarós Blanch*. Al grito de nación: Mompo y Cartagena, precursoras en la independencia de Colombia, *Enrique Sada Sandoval*. Satisfacción de

los alumnos con el plan de estudios de las licenciaturas en educación primaria y preescolar, *Rocío del Carmen López Muñiz*. Degradación ambiental del agua subterránea en el entorno de la gestión gubernamental de los recursos Hídricos, México, *José Soto Balderas*. La Formazione Generazionale nelle Aziende Familiari, *Salvatore Tomaselli*. La fagoterapia y sus principales aplicaciones en veterinaria, *Diego Morgades Gras*, *Francesc Josep Ribera Tarifa*, *Sandra Valera Martí* y *M. dels Àngels Calvo Torras*. Aproximació al món d'Àusias March, *Salvador de Brocà Tella*. Diseño estratégico para el reemplazo de equipo en la empresa, *González Santoyo, F. F. Flores Romero* y *Gil Lafuente, Ana Maria*. The end of accounting. Discurso de ingreso como Académico Correspondiente del Excmo. Sr. Dr. Baruch Lev y discurso de contestación del Excmo. Sr. Dr. Oriol Amat Salas. Entrevista, *Dra. Miguel Ángel Gallo Laguna de Rins*.

Edición impresa ISSN: 2339-997X. Edición electrónica ISSN 2385-345X
Depósito Legal: B 12510-2014 Pags 316

REVISTA 14 - Número 1/2017

Debate: La amenaza interna de la Unión Europea - La amenaza interna de la Unión Europea Refundar Europa, *Santiago José Castellà*. Rumbo económico en 2017, ¿marcado por la brújula política?, *José María Gay de Liébana*. Debate: Juan Clarós cambió la historia de Cataluña en la guerra de la Independencia 1808-1814, *Pedro Clarós*, *Leticia Darna*, *Domingo Neuenschwander*, *Óscar Uceda*. Presentación del libro: Sistemas federales. Una comparación internacional - Presentación, *Teresa Freixes*. Introducción, *Mario Kölling*. El federalismo en Alemania hoy, *Roland Sturm*. La ingeniería política del federalismo en Brasil, *Celina de Souza*. La construcción federal desde la ciudad, *Santiago José Castellà*. Debate: Empresa familiar. Más allá de la tercera generación- Empresa familiar. Más allá de la tercera generación. El resto de la sucesión, *Juan Francisco Corona*. Empresa familiar, *José Manuel Calavia*. Debate: La situación hipotecaria en España tras las sentencias del tribunal de justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo – Presentación, *Alfonso Hernández-Moreno*. Origen de la crisis hipotecaria y activismo judicial, *Fernando P. Méndez*. La evolución legislativa y jurisprudencial en la calificación registral en materia de hipotecas, *Rafael Arnáiz*. El consentimiento informado y el control de transparencia, *Manuel*

Ángel Martínez. Cláusulas suelo, intereses moratorios y vencimiento anticipado, *Antonio Recio.* El problema psíquico y psicológico en Don Quijote, *Xabier Añoveros.* El análisis y la gestión del riesgo a partir de la Evaluación Formal de la Seguridad (EFS/FSA): un nuevo modelo de seguridad portuaria, *Jaime Rodrigo.* Entrevista, *José Ramón Calvo.*

Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica ISSN 2385-345X. Depósito Legal: B 12510 – 2014. Págs. 468

REVISTA 15 - *Número 2/2017*

Debate: Lutero 500 años después 1517-2017). Presentación, *Josep-Ignasi Saranyana.* Martin Luter en el seu context històric, *Salvador de Brocà.* Martín Lutero y los inicios de la Reforma protestante, *Josep Castanyé.* Die theologische Entwicklung Martin Luthers und die Confessio Augustana. *Holger Luebs.* Lutero como creador de la lengua literaria alemana moderna, *Macià Riutort.* Debate: Mejora de la viabilidad de las empresas familiares. Empresa familiar: Incrementar su supervivencia, *Miguel Ángel Gallo.* De la Gobernanza y su ausencia: Gestión pública y Alta dirección en la forja del Estado Mexicano (1821-1840), *Enrique Sada Sandoval.* Los huevos tóxicos o la eficacia de una RASFF, *Pere Costa.* Control de Micotoxinas en la alimentación y salud pública, *Byron Enrique Borja Caceido y M. Àngels Calvo.* La aplicación parcial del principio de subsidiaridad es contraria al Tratado de la UE, se enfrenta al principio de solidaridad y fomenta los nacionalismos de Estado, *Félix de la Fuente Pascual.* Costa Brava 2020 Reserva de la Biosfera. Retos y oportunidades de innovar integrando el uso sostenible del territorio y el mar, *Miquel Ventura.* 1r Encuentro Científico. Convergencia de caminos: Ciencia y empresa RAED- IESE-ULPGC. III Acto Internacional. Congreso Europeo de Investigaciones Interdisciplinaria: La evolución de la ciencia en el siglo XXI. Entrevista, *Pedro Clarós*

Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica ISSN 2385-345X. Depósito Legal: B 12510 – 2014. Págs. 242.

REVISTA 16 - Número 3/2017 *Monográfico Núm.3*

III Acto Internacional. Congreso Europeo de Investigaciones Interdisciplinarias “La evolución de la Ciencia en el Siglo XXI”. Conferencia Inaugural: Limits to taxation, *Dr. Juan Francisco Corona*. **Bloque Ciencias Humanas y Sociales:** La crisi della democrazia rappresentativa, *Dra. Paola Bilancia*. El reto de mejorar la información financiera de las empresas, *Dr. Frederic Borràs*. Financial reporting and auditing in a global environment, *Dr. José Maria Bové*. La emergencia de las ciudades en la nueva sociedad internacional: ¿Hacia la ciudad estado?, *Dr. Santiago José Castellà*. Déficit, deuda e ilusión financiera, *Dr. Juan Francisco Corona*. Europa en la encrucijada, *Dra. Teresa Freixes*. Empresa familiar: Incrementar su supervivencia, *Dr. Miguel Ángel Gallo*. Algunas consideraciones críticas acerca del retractor de créditos litigiosos y el derecho a la vivienda, *Dr. Alfonso Hernández-Moreno*. El cambio climático y su comunicación: factores determinantes para su comprensión, *Dra. Cecilia Kindelán*. Comentarios sobre la empresa partiendo de los conceptos de rentabilidad y productividad, *Dr. Jordi Martí*. Academic contributions in Asian tourism research: A bibliometric analysis, *Dr. Onofre Martorell*, *Dr. Marco Antonio Robledo*, *Dr. Luis Alberto Otero*. *Dra. Milagros Vivell*. El Fondo de Comercio Interno registrado como una innovación en la Contabilidad, *Dr. Agustín Moreno*. Laicidad y tolerancia: vigencia de Voltaire en la Europa de hoy, *Dr. Joan-Francesc Pont*. La toma de decisiones empresariales inciertas mediante el uso de técnicas cualitativas, *Dr. Alejandro Pursals*. Presente y futuro de la Unión Europea: El papel de la educación y la universidad, *Dr. José Regidor*. El derecho y la legislación proactiva: nuevas perspectivas en la ciencia jurídica, *Dr. Jaime Rodrigo*. Assess the relative advantages and disadvantages of absorption costing and activity based costing as alternative costing methods used to assess product costs, *Alba Rocafort*. Instrumentos para la creación de empleo: Las cooperativas de trabajo, *Dr. José Luis Salido*. Acotaciones a la cultura de la edad moderna occidental, *Dr. Enrique Tierno*. **Bloque Ciencias de la Salud:** ¿Cómo debemos enfocar el tratamiento mediante implantes dentales?, *Dr. Carlos Aparicio*. Estilos de vida y cáncer. Situación Actual, *Dr. Albert Biete*. Alzheimer, síndrome de Down e inflamación, *Dr. Rafael Blesa*, *Dra. Paula Moral Rubio*. Foodborne viruses, *Dr. Albert Bosch*, *Dra. Susana Guix i Dra. Rosa M. Pintó*. Resistencias a los antimicrobianos y alimentación animal, *Dra. M. Àngels Calvo*, *Dr. Esteban Leandro Arosemena*. Tabaco o Salud: Los niños no eligen, *Dr. José Ramón Calvo*. La enfermedad cal-

culosa urinaria: situación actual de los nuevos paradigmas terapéuticos, *Dr. Joaquim Gironella*. La organización hospitalaria, factor de eficiencia, *Dr. Francisco Javier Llovera, Dr. Lluís Asmarats, Javier Soriano*. Esperanza de vida, longevidad y función cerebral, *Dr. José Regidor*. Nueva metodología para el tratamiento del TDAH mediante el ejercicio físico, *Dra. Zaira Santana, Dr. José Ramón Calvo*. **Conferencia de clausura:** La Bioingeniería en el tratamiento de la sordera profunda, *Dr. Pedro Clarós*. **Conferencia especial:** Agustín de Betancourt. Un ingeniero genial de los siglos XVIII y XIX entre España y Rusia, *Dr. Xabier Añoveros Trias de Bes*. **Els Acadèmics – Los Académicos:** Entrevista / Entrevista / Interview: *Dr. Xabier Añoveros Trias de Bes*. Edición impresa ISSN: 2339-997X, Edición electrónica ISSN 2385-345X. Depósito Legal: B 12510 – 2014. Págs. 560.





EMILI GIRONELLA MASGRAU

El Dr. Emili Gironella Masgrau es Profesor Mercantil por la Escuela Profesional de Comercio de Sabadell, Licenciado y Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universitat de Barcelona. Censor Jurado de Cuentas, Economista Auditor y Auditor de Cuentas.

Ha dedicado su actividad profesional a la auditoría y a la elaboración de informes periciales. Es socio en la sociedad de auditoría Gironella Velasco Auditores, S.A. Es el auditor que lleva más años en activo en España (más de 47 años).

Ex presidente de la Agrupación Territorial en Cataluña del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (Colegio de Censores Jurados de Cuentas de Cataluña en la actualidad). Fue vocal del Comité de Normas y Procedimientos del Registro de Economistas Auditores. Fue Coordinador de la Graduaturn y Master en Auditoría de Cuentas impartida por la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de la Universitat de Barcelona.

El Colegio de Economistas de Cataluña le otorgó en 2007 la distinción de Economista del año, versión despacho profesional, y el Colegio de Censores Jurados de Cuentas de Catalunya le concedió la distinción de Auditor Distinguido 2015. Profesor de las asignaturas Auditoría y Análisis de Estados Financieros en la Universitat Pompeu Fabra (UPF) durante 17 años.

Ha escrito tres libros e infinidad de artículos sobre contabilidad, auditoría y finanzas, algunos de los cuales, por su novedad, han sido seguidos y enseñados a generaciones de auditores de cuentas. Ha sido también profesor de auditoría durante muchos años en infinidad de instituciones en toda la geografía española, además de conferenciante activo en congresos, seminarios, colegios profesionales, jornadas técnicas y cámaras de comercio.

“La sociedad de capital y las relaciones entre sus socios, fuente del progreso empresarial y del avance económico y, a la vez, caldo de cultivo para que se produzcan abusos indeseables.

Es preciso regular legislativamente una solución global que otorgue al socio minoritario una posición de garantía que evite situaciones de opresión y le permita una salida de la sociedad en términos justos y ágiles. De este modo será factible que el inversor privado e institucional invierta como socio minoritario en el desarrollo empresarial de sociedades de alta innovación, start up's, y otras sociedades no cotizadas, y avanzaremos ofreciendo canales de financiación siempre que realmente sea justa la dinámica entre mayoría y minoría. Y como resultado lograremos nuevas cotas de desarrollo empresarial.”

Rodolfo Fernández-Cuellas

1914 - 2014

Colección Real Academia Europea de Doctores



**Generalitat
de Catalunya**

