

REGLA DE MAYORÍA, CONFLICTO SOCIETARIO Y DEBERES DE LEALTAD

POR HERNÁN J. RACCIATTI¹

Sumario

Es en la sociedad cerrada donde se advierte con mayor intensidad el conflicto societario. Contribuye a ello la circunstancia de que, en general, el socio tiene expectativa de trabajar de modo remunerado en la sociedad y la inexistencia de un mercado para la venta de su participación en el supuesto de conflicto.

Por otra parte, la regla de la mayoría como modo de toma de decisiones entre los socios puede dar lugar a comportamientos oportunistas desventajosas para la minoría.

Jueces y legisladores deben dar una especial preponderancia en la imposición de cumplimiento de deberes de lealtad con la sociedad y entre los socios completando el contrato social en lo que no pudo ser pactado por los socios.

Introducción

Sin dudas, entre las grandes discusiones abiertas en el marco del derecho societario se encuentra la del conflicto, siempre latente, entre mayorías y minorías por el reparto de poder en el ámbito de la sociedad anónima. Se trata, concretamente, de la principal causa del conflicto intrasocietario.

Sin embargo, el tema y las cuestiones que se plantean alrededor de ello, no han sido objeto del análisis omnicompreensivo que, desde la óptica de política legislativa, a mi entender, se merecen.

¹ Paraguay 777, piso 12, Rosario. CP. 2000. Teléfono: 0341-5300030. E-mail: hjracciatti@estudioracciatti.com.ar

Un intento por conceptualizar al “conflicto societario”

Hay algo que resulta innegable: la aparición de conflictos es un dato natural en todo tipo de relaciones humanas.

Una división sumamente elemental, pero no por ello menos clara y ejemplificativa, de la fenomenología de las relaciones jurídicas, es aquella que separa el ámbito de las relaciones pacíficas del de las relaciones conflictivas; en otras palabras, el mundo de la observancia del derecho del de su perturbación.

Por naturaleza, el derecho tiene, entre sus misiones, el objetivo de restablecer el orden ante las situaciones de conflicto. El derecho, en sí, se vuelve, de algún modo, un medio de superación de conflictos.

El conflicto adquiere dimensión para el mundo del derecho, dejando de ser una pura contienda humana y social, cuando los grupos en pugna realizan actos o toman medidas tendientes a expresar su intención de someter el conocimiento y la resolución del conflicto a un procedimiento predeterminado por el ordenamiento jurídico. En ese momento el conflicto se formaliza o institucionaliza².

Nuestra Ley de Sociedades no refiere en ninguna de sus normas al conflicto societario, aunque, obviamente, lo prevé, no lo ignora; ello, en la medida que contempla, igual que la mayoría de los distintos ordenamientos jurídicos, normas inspiradas en el fin de restablecer el orden jurídico interno cuando el mismo es quebrado o vulnerado e, incluso, prevé un procedimiento especial para el caso que las diferencias, las divergencias y oposiciones deriven en litigios. En otras palabras, no se escapó al legislador la posibilidad de que se presenten situaciones de violación de la normas existentes o de confrontación entre grupos de socios en su carácter de tales, como miembros de la sociedad; esto es, situaciones de contraposición vinculado a *lo social* entre aquellos que cuentan con los votos necesarios para conformar la voluntad social (la *mayoría*) y aquellos que constituyen “el resto” (la *minoría*).

² En dicha línea se expresa Suárez Anzorena diciendo que “... *Del silencio y la divergencia, o inclusive a la pugna en el seno interno de la sociedad, se trasciende al litigio que la externaliza...*”, SUÁREZ ANZORENA, Carlos. “La noción de conflicto societario”, “Derecho Societario y de la empresa”, *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. V Congreso de Derecho Societario*, Tomo II, p. 290.

Lo expuesto nos permite arribar a una primera conclusión: necesariamente el *conflicto* ha de afectar los intereses vinculados a *lo social*.

El típico conflicto societario en las sociedades cerradas de nuestro país es el que se produce entre accionistas mayoritarios y minoritarios, mucho más que aquellos conflictos que podrían llegar a ser más propios de otros países en los cuales, los mismos, se presentan entre los accionistas y los directores³. Salvo, por supuesto, aquellos casos en que el conflicto se focaliza con los administradores por ser éstos subordinados a los intereses de los accionistas controlantes, o cuando se trata de los mismos accionistas controlantes desarrollando esta función.

El Diccionario de la Real Academia Española define al término *conflicto* como “*lo más recio de un combate, punto en que aparece incierto el resultado de la pelea; apuro, situación desgraciada y de difícil salida.*”

Como se ve, el término *conflicto* refiere, en su definición, a situaciones de combate, disputa o pelea, sin resultado cierto y de difícil salida.

Según el mismo diccionario, el término *societario* es definido como “*... perteneciente o relativo a las asociaciones...*”

De este modo, uniendo el significado de ambas palabras podemos decir que el término *conflicto societario* remite a una situación de combate o pelea de resultado incierto y difícil salida en el ámbito de una sociedad.

Carlos Suárez Anzorena, en su momento, procuró dar una definición del “conflicto societario” con el afán de caracterizar dicho concepto como una específica categoría jurídica, dotada de contenido propio y sujeta a un particular régimen. En su concepción, el conflicto societario existiría en la medida que el mismo se formaliza o externaliza a través del requerimiento de la intervención de la justicia. Hasta ese momento habría diferencias de opinión o de interés, discordancia, divergencia u oposición en el seno de los órganos, enfrentamientos y antagonismo entre mayorías y minorías, pero el conflicto, en la concepción propuesta, no existiría hasta tanto no se acuda ante autoridad competente demandando una decisión extrasocial (de

³ Ver en coincidencia con esta apreciación, GIOVENCO, Arturo. “El buen gobierno en la sociedad anónima”, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, N° 25/26, noviembre/diciembre 2003; enero/febrero 2004, p. 124.

orden exógeno, diríamos) que vaya a modificar el orden jurídico societario interno⁴.

Soy de la idea que el término *conflicto societario* podría ser utilizado de un modo más genérico en nuestra praxis societaria, para referir no solo a aquellas situaciones en las cuales se ha requerido la intervención de la justicia o de tribunales arbitrales o mediadores para la resolución de desavenencias o litigios entre los socios o entre éstos o grupos de éstos con la sociedad –insistimos, siempre vinculado a lo social– sino cuando, sin haber llegado aún a tal extremo, ya existen y se han exteriorizado en el terreno interno, entre los socios o entre éstos con la sociedad o con los administradores sociales como tales, discrepancias, peleas o desacuerdos sobre la determinación y extensión de los derechos que a cada uno corresponden en la condición que detentan –socios, administradores o sociedad– en relación con hechos determinados, o sobre la correcta utilización de esos derechos y, aún más, a aquellos supuestos donde las discordancias se limitan al inconformismo con el modo en que el grupo de socios que, por regla mayoritaria, hace de su voluntad la voluntad social, gestiona o gobierna la sociedad⁵. De lo indicado en el párrafo precedente podemos extraer otra conclusión: el término *conflicto societario* debería comprender o incluir –en su extensión de concepto jurídico abierto o indeterminado– tanto a conflictos jurídicos como a conflictos relativos al modo de organización, administración o gobierno, que podremos llamar como conflictos políticos.

Los primeros, como lo dijimos más arriba, presuponen la discrepancia sobre la aplicación, alcance o interpretación de una o varias normas vinculadas con lo social, y a los derechos y obligaciones que dichas normas conceden o imponen.

Los segundos aparecerían en los casos que la discrepancia o desacuerdo recae con carácter de repetición y reincidencia en

⁴ Ibidem, p. 290.

⁵ Ver en coincidencia con este criterio, CRACOGNA, Dante. “Acerca de la noción de conflicto societario y sus posibles medios de solución”, en *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario. IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Tomo II, p. 173 y siguiente, Rosario, 3, 4 y 5 de octubre de 2001. En apreciación que compartimos, señala este autor que no resulta relevante a los fines de la conceptualización del conflicto societario la existencia de una acción judicial, ya que el *conflicto societario* puede existir aún cuando el mismo jamás llegue a instancia judicial o se solucione antes. Deja en claro este autor que la noción de *conflicto societario* supone que siempre se halle comprometido el interés social.

los criterios o puntos de vista diferentes sobre la orientación y marcha que se imprime a los negocios sociales y a la conducción o gobierno de la organización social, sin que se haya incurrido, aún, en un cuestionamiento de orden jurídico.

En el ámbito societario nos encontramos con dos clases de conflictos de intereses: i) aquellos en el cual los intereses personales de una o varias personas (socios o administradores) están en contraposición con su deber, debiendo dicho conflicto ser resuelto a favor de los deberes; y, ii) aquellos en que la expresión *conflicto de intereses* refleja una relación de oposición o contradicción entre intereses pertenecientes a distintos sujetos o grupos de sujetos⁶, pudiendo presentarse los supuestos de: a) conflicto entre el interés social y el interés extrasocial de un socio; b) conflicto entre el interés social y el interés individual de un socio, pero no extrasocial sino vinculado a su condición de socio; y, c) conflictos de intereses suscitados entre socios o grupos de ellos vinculados a su condición de socio, pero neutros en relación con el interés social⁷.

Los conflictos intrasocietarios causados por el reparto de poder como típicos de las sociedades cerradas

Ahora bien, ¿dónde se advierten mayormente estos conflictos entre mayorías y minorías?

Tengo para mí que, fundamentalmente, en sociedades cerradas⁸ donde el socio no es un “inversor”, sino que, por el

⁶ Vid, sobre el tema, CUIF, Pierre Francois. “L’ conflit d’ interets. Essai sur la détermination d’ un principe juridique en droit privé», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, janvier/mars, 2005, N° 1, p. 1 y siguientes.

⁷ Conforme, SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. *Conflicto de intereses entre socios en sociedades de capital*, ps. 53 a 56, y 155 a 198, editorial Aranzadi, 2000.

⁸ No podemos dejar de remarcar que las sociedades cerradas y familiares representan en la República Argentina más del 90% de las sociedades anónimas constituidas, absorben casi el 70% del empleo útil y aportan más del 50% del Producto Bruto Interno; conforme VITQLO, Daniel R. “Necesaria flexibilización del régimen legal de sociedades anónimas en el caso de las sociedades de familia”, en *Conflictos en Sociedades Cerradas y de Familia*, p. 11, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires. En los Estados Unidos de Norte América, la profesora Tara J. Wortman informa sobre la semejanza del fenómeno, diciendo que “... nearly ninety percent of all corporations are closely held enterprises, which customarily are characterized by a small number of shareholders with intereses in both ownership and control...”. WORTMAN, Tara J. “Unlocking

contrario, su carácter de tal viene, por lo general, anexo a una actividad en la sociedad que constituye muchas veces su medio y forma de vida, su trabajo, lo cual sumado a la iliquidez de su participación incrementa, como dijimos, la posibilidad y crudeza del conflicto⁹. El hecho de que recaiga, en forma usual, en las mismas personas, tanto el carácter de socio como el de administrador de la sociedad, es otra particularidad de la sociedad cerrada que se presenta como germen de conflicto cuando existen desaveniencias entre grupos de socios y los minoritarios son excluidos de la administración, sin poder vender su participación. Es que el accionista de pequeñas o medianas sociedades anónimas cerradas o familiares suele tener una expectativa de trabajo, de que sus opiniones sean consideradas y de que se solicite su colaboración en la gestión.

El modo de organizar el poder en la sociedad anónima cerrada como causa del conflicto societario

Tratar de enumerar o sistematizar con cierto grado de certeza las posibles causas de los conflictos societarios entre mayorías y minorías no parece tarea sencilla.

En un primer término, podría decirse que unas posibles causas de conflictos son de orden *estructural*, siendo la principal aquella propia del modo de organización del ejercicio del poder en la sociedad anónima¹⁰.

lock-in: limited liability companies and the key to underutilization of close corporation statutes", in *New York University Law Review*, Vol. 70, December 1995, number 6, p. 1362.

⁹ Conforme, ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. "Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y-separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)", en *Revista de Derecho Mercantil*, N° 222, octubre-diciembre de 1996, ps. 1112/1113, y cita 58 al pie de la última página indicada. Sobre el punto se expresa también en el derecho norteamericano Tara J. Wortman, quien expresa que "... close corporations must have mechanisms to deal with deadlock that could dangerously curtail the ability to run the business, especially since investment in the close corporation is often the sole source of income for close corporation shareholders..."; WORTMAN, Tara J. ob cit., ps. 1369/1370.; puede verse también, MOLL, Douglas. "Shareholder oppression in Texas close corporation. Majority rule isn't what it used to be", in *Texas Bar Journal*, Vol. 63, p. 434, 2000.

¹⁰ Conforme FARRAR, John H. and BOULLE, Lawrence J. "Minority shareholder remedies. Shifting dispute resolution paradigms", in *Bond Law Review*, 2001, 13, p. 5 (Bond University Faculty of Law).

Al respecto, es por demás conocido que las decisiones societarias se resuelven en la sociedad anónima por el régimen mayoritario. La asamblea de socios funciona bajo el principio de la mayoría, combinado con el principio capitalista en el sentido que la mayoría no se toma por personas sino por participación en el capital que tienen los socios¹¹.

En la evolución de la sociedad anónima, la regla mayoritaria vino a reemplazar a la unanimidad como modo de tomar decisiones en virtud de inmovilismo que provocaba esta última, inconsistente con la necesidad de asegurar una resolución efectiva y cierta en los temas bajo tratamiento que es propio del mundo de los negocios. Si la regla de la *unanimidad* constituía un ideal, el riesgo de bloqueo e ineficacia justificaba el pasaje al (*imperfecto*) principio mayoritario. De tal modo, el principio mayoritario viene a ser una salida razonable frente a la imposibilidad de resolver por unanimidad¹².

Entonces, el ejercicio del poder (del control) le corresponde a los mayoritarios, aun cuando es claro que deben ejercerlo en pos del interés social. Y esa posibilidad de ejercer el poder implica naturales ventajas sobre un grupo de accionistas (los mayoritarios) con respecto al otro (los minoritarios), entre las

¹¹ Ver, URÍA Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y MUÑOZ PLANAS, José M. "Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles", dirigido por Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Manuel OLIVENCIA, Tomo V, La Junta General de Accionistas, p. 26, editorial Civitas.

¹² La regla se apoya sobre la ficción de otorgar a una decisión mayoritaria la misma fuerza que si ella resultara del consenso entre todos, atribuyéndole los mismos efectos que corresponden a la unanimidad, aunque ésta no exista; vid., BERT Daniel et LAKHDARI Tayeb, "La mise en oeuvre de la règle de l'unanimité en droit des sociétés (a propos de CA Versailles, 12e ch., 24 février 2.005)", en *Recueil Dalloz*, 2005, N° 27, p. 2. Ver también, VANASCO, Carlos A. *Sociedades Comerciales*, Tomo 2, Parte especial, p. 470, edit. Astrea, 2006. Por su parte, Jesús Alfaró Águila Real expresa con mucha claridad que "... la regla mayoritaria -propia de las sociedades de capital- no es una alternativa perfecta. Si las decisiones se adoptan por mayoría para evitar los costes de la unanimidad, se pierden las ventajas del consentimiento como mecanismo contractual típico que garantiza la protección de los derechos de cada uno de los socios realizada en el momento fundacional..."; ALFARO AGUILA REAL, Jesús. "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", en *InDret*, Revista para el análisis del derecho, 4/2005, p. 4, Barcelona. Con palabras similares lo explica Agostino Gambino, al decir que el principio mayoritario "... é lo strumento praticamente più idoneo per impedire al singolo di ostacolare con il veto la realizzazione dello scopo comune: alla volontà de un numero di membri inferiore alla totalità è attribuita efficacia vincolante per la totalità..."; GAMBINO Agostino. *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, p. 110, Giuffrè editore, Milano, 1987.

que no pueden dejar de mencionarse el mejor y más completo acceso a la información y el control y manejo de los recursos sociales.

Es, precisamente, la centralización del poder en manos de uno de los grupos de socios, una causa clara de conflicto entre mayorías y minorías y de lucha por el poder societario cuando se presentan desacuerdos o desavenencias entre los socios por cuestiones propias de la gestión empresarial. En estos casos (frente a desacuerdos o desavenencias) es común que mayorías y minorías se comporten hostil y oportunistamente¹³ entre ellas, ejerciendo todas las vías que tengan, cualquiera de ellas, para prevalecer en su interés y, aún, dañarse, importándoles poco, a veces, la suerte de la sociedad.

Sin embargo, en esa estructura de reparto de poder y de beneficios que es la sociedad anónima es la mayoría la que puede prevalecer sobre la minoría por su posibilidad de imponer su voluntad en la asamblea, aprovechando deslealmente ese poder¹⁴.

Por lo demás, la posibilidad de nombrar al administrador –que corresponde a la mayoría– otorga, a su través, el control efectivo sobre los bienes sociales y, de tal forma, tal poder tiene consistencia patrimonial.

Y, a partir de tal circunstancia, el valor de las acciones de control –las acciones de la mayoría– suelen tener un valor

¹³ Un acto oportunista “... es aquel en el cual alguien destruye parte del excedente cooperativo para asegurarse la obtención de una porción más grande del mismo...”; ALFARO AGUILA REAL, Jesús, ob cit., en nota anterior, p. 4, cita 3 al pie de página.

¹⁴ Ya hemos dicho que tales conductas son conocidas como técnicas de *freeze-out*. En tal sentido, Douglas Moll explica que “... *standard freeze-out techniques include the refusal to declare dividends, the termination of a minority shareholder's employment, the removal of a minority shareholder from a position of management, and the “siphoning off” of corporate earnings through high compensation to the majority shareholder. Quite often, these tactics are used in combination...*”, MOLL Douglas K. “Minority oppression & the limited liability company: learning (or not) from close corporation history”, en *Wake Forest Law Review*, Vol. 40, 2005, p. 890. Por su parte, Ricardo Nissen menciona como causa del conflicto societario en Argentina, la frecuente conducta de los accionistas controlantes que “... *disponen del patrimonio social y de la marcha de los negocios en forma absolutamente unilateral, desconociendo o ignorando totalmente los derechos que la Ley de Sociedades Comerciales reconoce a los accionistas minoritarios...*”, conforme NISSEN, Ricardo. “El conflicto societario en la Argentina. Causas que lo originan y propuestas de prevención y solución”, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, N° 11, julio-agosto de 2001, p. 20.

notablemente superior al de un *paquete* minoritario, y ello, precisamente porque el primero asegura el control y manejo del patrimonio social y el segundo, no¹⁵.

Estamos frente a uno de los llamados *privilegios del control* de los que aprovecha la mayoría.

¿Qué es lo que lleva a un eventual comprador del paquete de control a pagar una *prima* o un sobre valor por las acciones que otorgan la mayoría, comparándolo con lo que estaría dispuesto a pagar por aquellas cuya adquisición no otorgaría el control?

En un estudio realizado no hace demasiado tiempo (en el año 2001) por Alexander Dick y Luigi Zingales¹⁶ basado en una muestra de cuatrocientas doce (412) transacciones privadas de cambio de control ocurridas en todo el mundo entre 1990 y el año 2000, se muestra que el valor que le atribuye el adquirente –el precio que se paga (valor privado)– es superior al que le atribuye el mercado –el precio de cotización (valor público)– variando la magnitud de esa diferencia de valor entre un dos por ciento (2%) en países como Inglaterra o los Estados Unidos hasta un cincuenta por ciento (50%) en países como Brasil o Eslovaquia, situándose en Argentina en una diferencia en torno al treinta por ciento (30%).

Ocurre, precisamente, que son numerosos los pequeños privilegios y ventajas que aprovecha quienes controlan la sociedad que lo llevan a pagar un sobre valor de las acciones que se adquieren sobre el precio de cotización en el mercado¹⁷, pero

¹⁵ El tema es explicado claramente por Jaeger y Denozza, cuando indican que el socio mayoritario, al designarse como administrador y percibir ingresos por tal vía, no se muestra interesado en que se distribuyan utilidades. Al quedar las utilidades no repartidas en la sociedad crece el patrimonio social y, consecuentemente, el valor de las acciones, las cuales no le resultan difíciles de vender en virtud de que otorgan el control del patrimonio social así engrosado. Por su parte, el socio minoritario, quien difícilmente pueda vender sus acciones –que no otorgan el control sobre los bienes sociales– y que, además, tampoco percibió remuneración como administrador, habrá contribuido con esas utilidades no repartidas a crear una riqueza de la cual no puede aprovecharse. Ver, JAEGER, Pier Giusto y DENOZZA, Francesco, ob cit., p. 231.

¹⁶ DICK, Alexander y ZINGALES, Luigi. "Private Benefits of Control: An International Comparison", *Working Paper* N° 535, The Center for Research in Security Price, Harvard University, 2.001 (This paper can be downloaded without charge from the Social Science Research Network Electronic Paper Collection at: <http://papers.ssrn.com>).

¹⁷ Refiriéndose al tema, y buscando explicaciones, Cándido Paz Ares dice que "... *el poder y la gloria no parecen explicación suficiente. La gente no dilapida miles de millones solo para mandar, salvo que mandar incremente el retorno*

tenemos para nosotros que lo que hace esencialmente diferente a los accionistas mayoritarios es su poder para resolver sobre la política de gestión de la sociedad y para realizar actos de administración y disposición vinculados al patrimonio social¹⁸.

Como lo señala Paz Ares¹⁹, en el artículo ya citado, seguramente esos *beneficios privados del control* no serán extracciones de la caja de la sociedad, sino el resultado de operaciones complejas, creativas y refinadas y, generalmente, vinculadas o

esperado de la inversión (en cuyo caso "dilapidar" no sería la palabra adecuada). Y si es así, una de dos: o bien el adquirente paga la prima de control porque confía en producir más valor del que estaba produciendo el management anterior (si el valor esperado de los flujos de caja era de 100, espera que bajo su gestión sea de 150) o bien lo paga porque confía en apropiarse de más valor del que corresponde a su participación (si le corresponde el 30% de los flujos de caja espera obtener un 45%)..."; PAZ ARES, Cándido. "Por un derecho de sociedades reflexivo", p. 1, *Expansión*, 25 de mayo de 2002.

¹⁸ Ver sobre el tema, asimismo, ZINGALES, Luigi. "Les petits privilèges du contrôle majoritaire", sección L'art de la finance, *Les Échos*, año 2000; también, LE MAUX Julián, *ob. cit.*, loc. cit. ¿Cuáles son estos pequeños privilegios a los cuales nos referimos que, de alguna forma, emanan o son consecuencia de la administración del patrimonio social? Entre muchos otros, que van a depender del tamaño de la empresa y el sector en el que se desenvuelve entre otras variables, podemos mencionar, especial información de apreciable valor en relación con el mercado y al sector donde se desenvuelve la sociedad, posibilidades de negocios vinculados a los sociales, el derecho a una oficina propia de los puestos de poder dentro de la empresa social (siendo o no administradores, aunque, por supuesto, resuelto desde la administración de la sociedad), derecho a vehículos con o sin chofer, tarjetas de crédito corporativas, teléfonos y pasajes, computadoras portátiles, invitaciones y participación en eventos que permiten acceder a relaciones de poder y oportunidades de negocios importantes, regalos empresarios, representaciones en cámaras empresarias, etc. Y, téngase en cuenta, que hemos enumerado entre los llamados *privilegios del control* aquellos en los que no se advierte una ilicitud, pero hemos obviado aquellos otros tales como la eventual utilización marginal de bienes sociales (vg. cosechadoras o sembradoras de una sociedad dedicada a la explotación agropecuaria que fuera del tiempo de utilización por la sociedad son empleados para explotaciones propias por los socios mayoritarios), comisiones en las ventas o compras de activos sociales, producción no denunciada que se vende para beneficio de los controlantes o administradores, u otras operaciones de este tipo que podrían estar configurando verdaderos actos ilícitos. Véase, en relación con el tema, la enumeración que realiza DUPRAT, Diego. "Los dividendos *de facto* y su improcedencia en el derecho argentino", en *Problemas y Cuestiones sobre las Sociedades*, p. 220, nota 1 al pie de esa página, editorial Ad-Hoc, 2006. Volveremos sobre el punto *infra* en el cuerpo del texto.

¹⁹ PAZ ARES, Cándido. "Por un derecho de sociedades reflexivo", *Expansión*, 25 de mayo de 2002.

justificadas en el marco de fines u objetivos de la empresa que se administra.

Así vemos como hay una causa de orden *estructural*, inevitable por cierto, actuando como germen de conflicto.

Pensando sobre esta idea (la circunstancia de tomar decisiones por mayoría como posible causa de conflicto societario) es interesante compulsarla y complementarla con la inteligente argumentación que realiza el profesor español Alvaro Águila Real²⁰, para quien las mayorías inestables (las que no se conforman sino circunstancialmente) o las *super* mayorías deberían disminuir la posibilidad de conflicto.

Así, opina que si el reparto de participaciones en el capital entre los socios son equilibradas, en principio la homogeneidad de intereses garantizaría la ausencia de conflicto, ya que al no existir un único socio mayoritario, ésta (la mayoría) se formaría a través de distintas coaliciones o alianzas variables, donde los socios en ocasiones podrán formar parte de la mayoría y en otras no, reduciéndose el riesgo de comportamiento oportunista que lesiona no solo los intereses de los minoritarios sino también los de la propia sociedad.

Asimismo, y siempre siguiendo a este autor, si existiera un socio o accionista *súper mayoritario* (90% del capital) tampoco debería tener sentido que se comporte aprovechando su participación e imponiendo decisiones interesadas en detrimento de sus socios, ya que teniendo una participación *súper mayoritaria* le sobran los incentivos para maximizar el valor y el rendimiento de la empresa sin necesidad de *aprovecharse* de la porción de sus socios que le resulta insignificante²¹.

Otra causa de orden *estructural* del conflicto societario está también, y ya nos hemos referido a ello con suficiente extensión en el título anterior (y allí remitimos la lector), en la dificultad de deshacer el vínculo societario por parte del socio minoritario al no existir un mercado de participaciones sociales de esta clase de sociedades²².

²⁰ ALFARO AGUILA REAL, Jesús. "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", en *InDret*, Revista para el análisis del derecho, 4/2005, p. 8, Barcelona.

²¹ *Ibidem*, p. 9.

²² Sobre el particular, ver NISSEN Ricardo, *ob cit.*, en nota 42, p. 21, donde expresa que "... en consecuencia, el "cautiverio" en que se encuentran los socios o accionistas en esta clase de sociedades, constituye germen para la proliferación de conflictos en el seno de las mismas, lo cual podría ser

Y no solo el activo del socio minoritario (su participación social) es ilíquido, sino que no existe un sistema que permita conocer el *real* valor de la participación de un modo cierto y accesible, lo que vuelve aún más difícil y conflictiva una eventual *disolución* del conflicto.

La importancia de la eficiencia (o ineficiencia) del Poder Judicial ("How bad judges can spoil good laws"²³)

La capacidad y madurez de los jueces para hacer una interpretación adecuada del derecho vigente y establecer reglas precisas y claras dirigidas a los operadores económicos y jurídicos (léase, empresarios y abogados) es determinante para el correcto funcionamiento de un cuerpo normativo. Lo que queremos significar con lo expuesto es que resulta de muy poca utilidad tener la mejor ley de sociedades comerciales, si el sistema judicial no está adecuadamente capacitado ni es lo suficientemente eficiente en su aplicación.

De esta forma, un sistema judicial que funciona ineficientemente contribuye al incorrecto funcionamiento del orden de normas que analiza y aplica²⁴.

Si el juez al resolver establece reglas claras que sean válidas para cualquier otro caso de naturaleza similar los actores del sistema sabrán a que atenerse en el futuro, y, de esa forma, puede desincentivarse la conflictividad. Si, por el contrario, las resoluciones judiciales contienen una alta carga de imprevisibilidad se incentiva la aparición de *aprovechadores* del sistema y, con ello, la facilitación del conflicto societario.

superado con la admisión legal, para las sociedades anónimas cerradas o de familia, de previsiones estatutarias mediante las cuales se permita el retiro voluntario de los accionistas, lo cual constituye una variante del instituto de la resolución parcial del contrato de sociedad. Del mismo modo, la posibilidad de la sociedad anónima de excluir a un accionista moroso en el cumplimiento de sus obligaciones, permitirá separar de su seno a quien procura exclusivamente la satisfacción de sus intereses particulares, en desmedro del interés social...

²³ ENRIQUES, Luca. "Do Corporate Law Judges Matter? Some Evidence from Milan", en *European Business Organization Law Review*, 3, año 2002, p. 769.

²⁴ Ídem, ob cit. en nota anterior, p. 769, donde expresa que "... At the most basic level, everyone agrees that a certain degree of honesty among judges and judicial effectiveness (in terms of speed and practical enforceability of courts decisions) are necessary elements of a sound corporate law system...".

El deber de lealtad como pauta esencial de integración del contrato de sociedad

La imposición de los deberes de lealtad al socio mayoritario en relación con la sociedad y a la minoría constituye el más y mejor contrapeso a la discrecionalidad que puede ocultarse tras la regla de la mayoría²⁵. El deber de lealtad establece un *standard* de conducta que impone a la mayoría –formada por uno o varios socios– emitir su voto contemplando no sólo los intereses propios vinculados a lo social, sino también aquellos intereses de los socios minoritarios que tengan vinculación con lo social. Tal *standard* de conducta es aplicable también a los socios minoritarios en el momento que pretenden ejercer sus derechos (voto, pedidos de información, impugnaciones de nulidad). Las situaciones donde el conflicto societario aparece con mayor asiduidad son conocidas y han sido consideradas en esta ponencia y, por supuesto, son perfectamente identificadas por los Juéces.

Desde esta perspectiva, entonces, el desarrollo jurisprudencial deberá asignar especial relevancia al deber de lealtad de los socios para completar las situaciones no previstas por la ley y el contrato social, integrándolo con las normas de comportamiento (de conducta) que las partes habrían pactado, de haber podido, al momento de constituir la sociedad²⁶.

²⁵ Véase SAEZ LACAVE, M^a Isabel. "Las bases económicas del derecho de la junta de socios", *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, abril de 2008, p. 52.

²⁶ ALFARO AGUILA REAL, Jesús, ob cit., p. 15.