

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

ABÚS DEL DRET I TUTELA DE LA MINORIA EN LES SOCIETATS DE CAPITAL

DISCURS D'INGRÉS
de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. DR. FRANCESC TUSQUETS TRIAS DE BES
i

CONTESTACIÓ
de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. DR. RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA

6 de novembre de 2012

BARCELONA
MMXII

DISCURS D'INGRÉS
de l'acadèmic de número
IL·LM. SR. DR. FRANCESC TUSQUETS TRIAS DE BES

Excm. Sr. President de l'Acadèmia,
Il·lms. Sres. i Srs. acadèmics,
Autoritats,
Senyores i senyors,
Amics,

PROEMI

Tinc especial interès, i no només per cortesia, que les meves primeres paraules siguin per expressar públicament el meu agraïment als acadèmics per l'honor que m'han conferit en rebre'm en aquesta prestigiosa institució; sens dubte un dels màxims referents en el món jurídic català.

Agraïment que m'agradaria personalitzar, en primer lloc, en els acadèmics que van proposar la meva candidatura: el Dr. Josep M. Font i Rius, l'acadèmic més antic i que, com a catedràtic d'Història del Dret, va impartir la primera lliçó de dret que vaig rebre a la meua vida, un matí del mes d'octubre del ja llunyà any 1965; el meu mestre, el professor Rafael Jiménez de Parga, a qui mai agrairé prou el seu magisteri, i que ha tingut la generositat d'acceptar fer la contestació del meu discurs d'ingrés; i el magistrat de la Sala 1a del Tribunal Suprem, excel·lent jurista i millor persona Dr. Ignacio Sancho Gargallo.

I permeteu-me també que particularitzi el meu agraïment en la persona del President de l'Acadèmia, l'amic Josep-D. Guàrdia i Canela.

Voldria correspondre a la confiança rebuda treballant de forma activa en les importants tasques que aquesta Corporació desenvolupa.

No vull amagar però, que als sentiments de satisfacció per haver estat elegit membre de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, i de preocupació per la responsabilitat assumida, haig d'afegir la gran il·lusió que em fa pertànyer a una institució que van presidir el meu besavi Joan de Déu Trias i Giró (1901-1903), catedràtic de Dret Internacional Públic i Privat de la Universitat de Barcelona, i el meu avi Josep M. Trias de Bes (1960-

1965), també catedràtic de la mateixa disciplina (el meu avi va succeir en la càtedra al seu pare); i de la qual van formar part l'advocat Joan de Déu Trias de Bes (1954-1965) i el notari Frederic Trias de Bes (1960-1969), tots dos germans del meu avi.

Permeteu-me un record molt personal. Poques setmanes després d'haver jo començat els estudis de dret a la Universitat de Barcelona, va morir el meu avi. Era en aquell moment president de L'Acadèmia, que aquell dia celebrava sessió ordinària, la qual va quedar suspesa quan va arribar la notícia de la seva mort. Molts acadèmics es van desplaçar al domicili dels meus avis al carrer Consell de Cent per expressar el condol a la família. Va ser el primer contacte que vaig tenir amb l'Acadèmia, que 47 anys després m'honora en acceptar-me'n com a membre.

I de la meva branca paterna, amb menys vincles amb el món jurídic, voldria esmentar el notari i degà del Col·legi de Notaris de Barcelona Antoni Par i Tusquets, que va ésser elegit acadèmic de mèrit l'any 1934¹.

* * * *

Vinc a ocupar la medalla i setial que porta el nom de l'il·lustre jurista Jaume de Montjuïc (Jacobus de Monte Judaico).

Malauradament no hi ha coincidència entre els historiadors respecte al lloc i data del seu naixement, estudis, obra, ni data de la seva mort.

Pel que he pogut esbrinar, va néixer a la segona meitat del segle XIII, va estudiar a Bolonya amb el professor Dino de Mugello, i va viure molts anys a Barcelona, on va exercir com a jutge i va formar part del Consell de Cent, com a "savi en dret" des de l'any 1314; i l'any 1341, ja gran, va ser admès entre els canonges de la Catedral de Barcelona.

És autor de "*Glossae seu postillae in usaticos barcinonenses*"², que cons-

¹ Vid. L. Pagarolas, "*Història de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*", Barcelona, 2000, p. 154.

² Sobre aquesta qüestió podeu veure, Aquilino Iglesias Ferreirós, "*Las glosas de Jaume Montjuïc a los usatges de Barcelona*" INITIUM: Revista catalana d'història del dret, n. 7, 2002, p. 849 a 961.

titueix uns dels comentaris més antics i reconeguts dels Usatges³.

Sembla que va morir a Barcelona l'any 1345.

Bona prova del seu prestigi és que dona nom a l'“*Associació Catalana d'Història del Dret, Jaume de Montjuïc*”.

Des de la restauració de l'Acadèmia l'any 1954 han ocupat el setial Jaume de Montjuïc, l'advocat civilista Francesc d'Assis Ripoll i Fortuño, el magistrat que fou president de l'Audiència Territorial de Barcelona Carlos Obiols i Taberner, i el meu antecessor immediat Josep M. Pou de Avilés.

El Dr. Pou de Avilés va ser professor meu de Dret Civil a la Universitat de Barcelona.

Vaig tenir efectivament la gran sort de cursar la llicenciatura en dret a la segona meitat dels anys seixanta a la Universitat de Barcelona, amb un claustre de professors excepcional, integrat, per esmentar només els acadèmics, pels professors Font Rius, Latorre, Fernández de Villavicencio, Albaladejo, Pérez Vitoria, Polo, Córdoba, Puig Ferriol, Roca, Badosa, Borrás, Mans, Badenes, Pou de Avilés, Casals, Pintó, Guàrdia i Martínez-Sarrión.

Dels meus professors, del seu tarannà personal i universitari, vaig aprendre moltes més coses que els continguts dels programes de les respectives assignatures que impartien.

Josep M. Pou de Avilés va néixer el 7 de setembre de 1921 a Vilassar de Mar. Es va llicenciar en dret a la Universitat de Barcelona en 1943 amb premi extraordinari i va obtenir el títol de doctor a la llavors anomenada Universidad Central de Madrid l'any 1947, amb una tesi sobre “*La paternidad judicialmente declarada*”.

Va exercir la professió d'advocat durant més de seixanta anys, de forma intensa com ho demostra la seva pertinença als col·legis de Barcelona, Granollers, Lleida, Sant Feliu de Llobregat, Madrid, Mataró, Figueres, Girona i Vic⁴.

Com va exposar el professor Agustín Luna a la necrològica del Dr. Pou de Avilés, que va pronunciar a la sessió de l'Acadèmia del dia 9 de desembre de 2011, “... fue un brillantísimo abogado, muy reputado por su doctrina, eficazísimo en la diatriba argumental, sabio reductor de lo complicado a la

³ En aquest sentit és important destacar que l' eminent jurista Tomás Mieres al pròleg de la seva obra “APPARATUS SUPER CONSTITUTIONIBUS CURIARUM GENERALIUM CATHALONIAE”, es va excusar de comentar els Usatges de Barcelona, per considerar que ja havien estat prou glossats per Jaume de Montjuïc i Jaume de Callís. Així observat per Juan Vallet de Goytisoló, “Las fuentes del derecho según el “apparatus super constitutionibus curiarum generalium cathaloniae” de Tomás Mieres”, en *Libro-homenaje a Ramón M^a Roca Sastre*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1988, Vol. I, pp. 316 i 403 (Separata).

⁴ *Vid.* Guia judicial de Catalunya 2007, p. 1008.

sencillez y muy brillante en su oratoria"⁵.

Durant la seva llarga activitat professional van passar (en el sentit tradicional d'aquest terme) pel seu despatx molts joves que després han estat magnífics advocats, entre els quals ni més ni menys que l'expresident de l'Acadèmia Dr. Pintó Ruiz.

La seva intensa dedicació a l'advocacia no li va impedir destacar com a professor universitari. Professor auxiliar primer, després adjunt i més tard professor titular numerari, va ensenyar dret civil a la Universitat de Barcelona durant més de 42 anys, i és autor d'una extensa obra en aquesta matèria prou coneguda.

Però potser no tothom sap que, juntament amb el seu oncle Gabriel Avilés Cucarella va redactar un manual de "*Derecho Mercantil*", del qual es van publicar edicions els anys 1947, 1953 i 1959.

Un aspecte molt destacable de la seva activitat com a jurista va ser la seva actuació com a secretari de la Comissió de Juristes que va preparar la proposta de text de la Compilació de Dret Civil de Catalunya de 21 de juliol de 1960.

El Dr. Pou de Avilés va ser elegit per formar part de l'Acadèmia el dia 29 de gener de 1986, i va ingressar el 10 de desembre de 1990 amb la lectura del discurs reglamentari que va versar sobre l'accessió invertida; discurs que va contestar el Dr. Pintó Ruiz.

Va participar activament en els treballs ordinaris de l'Acadèmia, i entre les seves darreres intervencions destaca la contestació al discurs d'ingrés del Dr. Antoni de P. Escura sobre "*La seguretat jurídica en el comerç electrònic*" el 22 de març de 2001.

Brillant advocat, bon professor i acadèmic, el Dr. Pou de Avilés va ser també un magnífic àrbitre. Tinc l'honor de formar part de la junta directiva del Tribunal Arbitral de Barcelona, i he pogut constatar que ha deixat en el TAB un gratíssim record de les seves actuacions arbitrals.

Va morir a Barcelona el dia 7 de maig de 2011, pocs mesos abans de complir 90 anys.

* * * *

Procedeixo a continuació a la lectura del meu discurs en el que intentaré exposar que la prohibició de l'abús del dret és aplicable als conflictes societaris, en especial en situacions d'opressió dels socis minoritaris, com a conseqüència de conductes abusives per part de la majoria de control.

Aquests conflictes es presenten especialment en les petites i mitjanes

⁵ Vid. <http://www.ajilc.cat/publicacions.asp>

societats, que són la gran majoria de les que operen a Catalunya. Probablement perquè com ja va posar de manifest VICENS VIVES: “Els catalans hem estat un poble que mai no ha manejat grans capitals”⁶.

En efecte, en les grans societats, en particular les cotitzades, hi ha un mercat organitzat que permet al soci minoritari que hagi perdut *l' affectio societatis*, transmetre les seves accions. Possibilitat aquesta que és inexistent en les petites societats tancades, per manca d'un mercat organitzat per a la transmissió de participacions socials.

En aquests supòsits el soci minoritari, en aplicació de la doctrina de l'abús del dret, pot impugnar els acords imposats de forma abusiva per la majoria de control. Val a dir, però, que per aquesta via es pot aconseguir l'anul·lació d'aquests acords, però no necessàriament solucionar de forma definitiva el conflicte intrasocietari. Caldrà per tant cercar alternatives que permetin resoldre de manera concloent la controvèrsia.

El títol del discurs és, com ja s'ha avançat:

ABÚS DEL DRET I TUTELA DE LA MINORIA EN LES SOCIETATS DE CAPITAL

Inde latae leges, ne firmior omnia posset
(Ovidi, *Fasti*, 3, 279)

I

LES SOCIETATS DE CAPITAL

1.1.- *Concepte*

La tradicional classificació, d'origen doctrinal, de les societats mercantils entre personalistes i de capital ha adquirit carta de naturalesa, mitjançant el Reial decret legislatiu 1/2010, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de societats de capital (BOE núm. 161, de 3 de juliol).

Efectivament, la doctrina distingeix des de fa temps⁷ entre societats mer-

⁶ Vid. J. VICENS VIVES, *Notícia de Catalunya*, Ed. Destino, Barcelona, 1984, p. 44.

⁷ A títol d'exemple podem trobar aquesta distinció en diferents manuals de la primera meitat del segle XX. Així: E. LANGLE RUBIO, *Derecho Mercantil Español*, Barcelona 1950, T. I, p. 456; i A. VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil comparado*, Zaragoza, 1948, T. primer, p. 176. I també a manuals estrangers, com per exemple COOPER ROYER, *Traité des Sociétés*, París, 1938, Tome Premier, p. 289.

cantils personalistes i societats mercantils de capital.

El criteri de distinció es fonamenta en el fet que en les societats personalistes, les característiques personals dels socis tenen una influència més directa en l'organització de la companyia que en les societats de capitals, en les quals les característiques personals dels socis són irrellevants als efectes de l'organització social⁸.

Des d'una altra perspectiva, més jurídica, la mateixa classificació es pot fer, en atenció al règim de responsabilitat dels socis⁹, de tal manera que són personalistes les societats mercantils en les quals els socis responen dels deutes socials, mentre que les capitalistes tenen com a tret comú que els seus socis no responen personalment dels deutes socials.

Aprofundint quelcom més, podem assenyalar que en les societats personalistes *l'intuitus personae* constitueix un pressupòsit bàsic en la creació i desenvolupament de la societat, i explica els trets del seu règim jurídic: la intransmissibilitat de la condició de soci, el principi d'unanimitat per a les decisions socials, la dissolució en cas de mort o fallida d'un soci i la responsabilitat personal i il·limitada dels socis¹⁰.

Per contra, les societats de capital es conceben per a finalitats independents dels interessos individuals dels socis, i els seus trets característics són contraris als de les societats personalistes: la mobilitat de la condició de soci, el principi majoritari en l'adopció d'acords, l'objectivació de les causes de dissolució i la responsabilitat limitada dels socis¹¹.

Però aquesta distinció entre societats personalistes i de capital tan arrelada en la doctrina, era ignorada pel legislador, que fins i tot la qualifica de "*un tanto arbitraria*", en l'exposició de motius de la Llei de 17 de juliol de 1953, sobre règim jurídic de les societats de responsabilitat limitada¹².

No va ser fins a la Llei 66/1997 (d'acompanyament a la de pressupostos generals per a l'exercici de 1998), que introdueix una nova Disposició addi-

⁸ D'aquesta opinió F. SÁNCHEZ CALERO / J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 34ª ed., Cizur Menor, 2011, p. 319.

⁹ Vid. F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 18ª ed., Valencia, 2005, p. 279.

¹⁰ Vid. C. PAZ-ARES, en URÍA MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999, T. I, p. 484.

¹¹ Vid. C. PAZ-ARES, *loc. cit.* p. 485, tot i que aquest autor fa referència a una categoria més ampla que anomena "*sociedades de estructura corporativa*", en la qual inclou també la societat agrària de transformació, les cooperatives, les mútues d'assegurances, i altres.

¹² Malgrat això, J. GIRÓN TENA, "*Derecho de Sociedades*", Madrid, 1976, p. 176, afirma "*que se trata de un criterio elaborado por la doctrina con buena base en el Derecho positivo*".

cional, la 27, al text refós de la Llei general de la seguretat social, per tal de regular l'enquadrament dels socis-treballadors i administradors de les societats mercantils dins del sistema de la Seguretat Social, que el legislador va emprar per primer cop la categoria "*societat mercantil capitalista*".

Amb algunes altres referències a l'expressió "*societats mercantils capitalistes*", com per exemple a l'article 34 de la Llei 50/1998, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, que modifica la normativa anterior respecte de l'enquadrament dels administradors de les societats mercantils, s'arriba a la Llei 3/2009, de 3 d'abril, sobre modificacions estructurals de les societats mercantils, a l'exposició de motius de la qual el legislador utilitza l'expressió "*societats de capital*". I la seva Disposició addicional, setena, habilita el govern perquè en el termini de 12 mesos refongui en un únic text i sota el títol de "*Llei de societats de capital*", les normes reguladores de les societats de capital, per tal de regularitzar, aclarir i normalitzar els corresponents textos legals¹³.

Com diu l'exposició de motius de la Llei de societats de capital, aquesta expressió genèrica, en ascendir a títol de la Llei, assoleix rang definidor.

Efectivament, l'article 1 de la LSC estableix que les societats de capital són la societat de responsabilitat limitada, la societat anònima i la societat comanditària per accions.

D'aquests tres tipus socials, la societat de responsabilitat limitada és, sens dubte, la preferida de molt pels operadors econòmics, malgrat haver estat la darrera en disposar d'un règim jurídic propi¹⁴, mentre que la societat comanditària per accions ha caigut en desús¹⁵.

En els paràgrafs 2, 3 i 4 de l'esmentat article 1 de la Llei es defineixen les tres diferents societats de capital, i es posa l'accent en el fet que necessà-

¹³ El Consell d'Estat va posar objeccions a la refundició pretesa per l'esmentada Disposició addicional de la Llei de modificacions estructurals, perquè la refundició hauria de ser per recollir la regulació dispersa de "*determinada materia*", però no es poden refondre textos diversos per emprar-los en una categoria dogmàtica o doctrinal, però que no tingui un règim legal unitari. *Vid.* sobre aquesta qüestió M. OLIVENCIA, "*Evolución y perspectiva del Derecho de Sociedades en España*", Separata de Estudios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011, p. 254.

¹⁴ Sobre aquesta qüestió, vegeu R. JIMÉNEZ DE PARGA, "*La sociedad de responsabilidad limitada desde el "Modernismo" al siglo XXI*", Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 1999, pàssim.

¹⁵ De les estadístiques mercantils que publica el Registre Mercantil Central es desprèn que en els darrers anys s'han constituït el següent nombre de societats mercantils:

	S.A.	S.L.	S. Comanditàries (sense distingir entre comanditàries simples i per accions)
2009	767	77.496	14
2010	733	79.085	25
2011	649	84.035	11

riament han de disposar d'un capital, dividit en accions (societat anònima i societat comanditària per accions), o participacions (societat de responsabilitat limitada), integrat per les aportacions de tots els socis, que no responen personalment dels deutes socials (societat anònima i societat de responsabilitat limitada), un dels quals, almenys, respon personalment dels deutes socials com a soci col·lectiu (societat comanditària per accions).

1.2.- *El capital social.*

De la seva pròpia denominació es desprèn la gran importància que, en aquesta classe de societats mercantils, té el capital social.

S'acostuma a dir de forma molt gràfica, tot i que referida només a la societat anònima, que és un capital amb personalitat jurídica.

Tant la societat anònima, com la de responsabilitat limitada i la comanditària per accions, es constitueixen amb un capital determinat, l'import del qual ha de figurar en els estatuts (art. 23.b, LSC), i representa, en principi, la suma de les aportacions dels socis.

L'import del capital social és fixat lliurement pels socis, tot i que ha de superar els capitals mínims fixats per a les societats anònimes (60.000 euros) i per a les societats limitades (3.000 euros)¹⁶.

Ara bé, aquest capital mínim no té per funció garantir que la societat disposi d'un patrimoni suficient per desenvolupar el seu objecte social¹⁷. La Llei imposa, com a requisit imprescindible per a la constitució i funcionament de la societat, un capital mínim, però no exigeix que aquest capital sigui l'adient per al desenvolupament de les activitats que la societat pretén dur a terme (RDGRN de 22 de juny de 1993).

I en aquest sentit és clar que son nombroses les societats que, amb un capital inferior al que requeriria el seu objecte social, es troben en situació d'fracapitalització material. Qüestió aquesta d'indubtable interès, però en la qual no ens podem detenir per excedir els límits d'aquest treball¹⁸.

La funció que tradicionalment s'ha atribuït al capital social és la de garantia en protecció dels tercers, en particular dels creditors socials¹⁹. Efec-

¹⁶ L'exigència d'un capital mínim va ser imposada per la segona directiva comunitària en matèria de societats.

¹⁷ D'aquesta opinió R. URÍA, A. MENÉNDEZ, J. GARCÍA DE ENTERRÍA, en Uría-Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999, t. I, p. 776.

¹⁸ El primer treball que es va publicar sobre aquesta matèria a Espanya i que va tenir una gran repercussió al seu dia va ser el de C. PAZ-ARES, *Sobre la infracapitalización de las sociedades*, A.D.C., 1983, p. 158 i ss.

¹⁹ *Vid.*, per tots, F. SÁNCHEZ-CALERO / J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit. p. 392 i ss.

tivament, atesa la manca de responsabilitat dels socis pels deutes socials, la societat respon amb els béns que formen el seu patrimoni. Doncs bé, la xifra del capital social –que figura com ja s’ha dit en els estatuts- ha de tenir una correspondència amb l’import del patrimoni. I tot un seguit de normes de la LSC pretenen que el capital social estatutari no sigui purament formal, ja que ha de tenir una correspondència efectiva amb el patrimoni de la societat.

Però als efectes d’aquest treball el que interessa destacar és, com ja s’ha avançat, la importància del capital en l’organització de la societat. En efecte, la participació dels socis amb la titularitat de les accions o participacions en què es divideix el capital és determinant en la posició jurídica del soci, tenint en compte que la participació en el capital és la mesura emprada normalment per determinar els respectius drets dels socis, tant polítics com econòmics²⁰.

1.3.- *El principi majoritari.*

1.3.a) *Consideracions generals.*

El dret polític per antonomàsia és el d’assistir i votar en les juntes generals (art. 93.c) LSC).

La junta general és l’òrgan col·legiat, considerat en principi com a sobirà, que té com a finalitat que el conjunt dels socis puguin deliberar i adoptar acords, de tal manera que mitjançant el seu vot es pugui formar la voluntat dels socis i en definitiva de la societat²¹.

Com ja s’ha dit, un dels trets diferenciadors entre les societats personalistes i les de capital, és que en les primeres regeix el principi d’unanimitat per a les decisions socials, mentre que en les segones regeix el principi majoritari en l’adopció d’acords²².

L’adopció de decisions per majoria constitueix en principi una excepció en dret privat, on la regla general és normalment d’exigència de la unanimitat per vincular voluntats²³.

Va ser durant l’etapa de la codificació al segle XIX que el legislador europeu

²⁰ D’aquesta opinió R. URÍA, A. MENÉNDEZ, J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Mercantil*, cit. p. 775.

²¹ Vid. F. SÁNCHEZ CALERO, *La Junta General en las Sociedades de Capital*, Cizur Menor, 2007, p. 37.

²² Vid. epígraf I.1 d’aquest treball.

²³ Vid. M. SÁNCHEZ LINDE, *El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima*, Cizur Menor, 2009, p. 35, on invoca la RDGRN de 1 d’abril de 1945, en relació a la contraposició de la regla de la unanimitat en els negocis bilaterals i la majoria en les societats anònimes.

va començar a proposar *ex lege* el principi majoritari a les societats anònimes²⁴.

A Espanya, ja el Codi de comerç de 1829 permetia que la Junta de socis pogués prendre decisions per majoria, criteri que ha mantingut la normativa societària que s'ha anat dictant des de llavors fins a la LSC²⁵.

Són motivacions de tres tipus les que han estat invocades com a fonament del principi majoritari en les societats de capital.

En primer lloc, una raó pràctica o funcional, atès que la unanimitat faria impossible la presa de decisions en les juntes²⁶, especialment en les societats anònimes, que normalment tenen un important nombre de socis.

Altres autors consideren que el principi majoritari és una manifestació del principi democràtic, propi d'una economia liberal capitalista desenvolupada ja en el segle XIX²⁷.

I una tercera motivació es basa en el principi de responsabilitat limitada dels socis en les societats de capital, que responen exclusivament per la xifra del capital aportat a la societat. I en aquest sentit el soci que més aporta, més riscos assumeix i, per tant, en principi més interès té en la societat²⁸. I des d'aquesta perspectiva es considera que no fóra lògic permetre, que un soci minoritari amb una mínima aportació en la societat tingués la possibilitat de vetar les decisions dels socis que més han aportat.

Ara bé, aquest principi majoritari, propi, com ja s'ha dit, de les societats de capital, té una configuració diferent en les societats anònimes i en les limitades.

1.3.b) *En les societats anònimes*

En efecte, en seu de societats anònimes adquireix especial rellevància el quòrum d'assistència a les juntes.

Efectivament, per a la vàlida constitució de la junta es requereix, amb caràcter general, que en primera convocatòria els accionistes presents o repre-

²⁴ Vid. SÁNCHEZ LINDE, *op. cit.* p. 48.

²⁵ Només hi ha una excepció: en la societat anònima de fundació successiva, certament molt infreqüent, l'art. 49.3 LSC exigeix el vot mínim de tots els subscriptors concorrents per modificar el contingut del programa de fundació.

²⁶ D'aquesta opinió, SÁNCHEZ LINDE, *op. cit.* p. 58.

²⁷ En aquest sentit, POLO SÁNCHEZ, "Abuso o Tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, [Coord. J.L. Iglesias Prada], Vol. II, Madrid, 1996, p. 2272. També, però més matitzadament, es refereix al principi democràtic de la majoria, combinat amb el principi capitalista que "transforma la democracia en plutocracia.", R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J.M. MUÑOZ-PLANAS, "La Junta General de Accionistas", en URÍA-MENÉNDEZ y OLIVENCIA (Dirs.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, T. V, Madrid, 1992, p. 26.

²⁸ Vid. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, p. 274.

sentats tinguin, almenys, el vint-i-cinc per cent del capital subscrit amb dret a vot; i els estatus socials poden fixar un quòrum superior (art. 193.1 LSC).

I en segona convocatòria, serà vàlida la constitució de la junta, sigui quin sigui el capital que hi concorri, llevat que els estatuts estableixin un quòrum determinat, que necessàriament ha de ser inferior al que la llei o els estatuts fixin per a la primera convocatòria (art. 193.2 LSC).

I, per les raons ja exposades, no seria lícita la clàusula estatutària que exigís la presència unànime de tots els socis per a la vàlida constitució de la junta, atès que això suposaria donar al soci un dret de veto, que impediria el funcionament de la junta per l'absència d'un únic soci (*vid.* RRDGRN de 15 d'abril de 1991 i 13 de gener de 1994).

Quan la junta general hagi de prendre decisions d'especial rellevància (l'emissió d'obligacions, l'augment i reducció del capital i qualsevol altra modificació estatutària, la supressió o la limitació del dret d'adquisició preferent de noves accions i les anomenades modificacions estructurals), l'art. 194 de la LSC exigeix, en primera convocatòria, un quòrum de concurrència d'accionistes que tinguin, almenys, el cinquanta per cent del capital subscrit amb dret de vot. I en segona convocatòria n'hi ha prou amb la concurrència del vint-i-cinc per cent del capital esmentat.

I aquests quòrums poden ser elevats per als estatuts, sense arribar a l'exigència del cent per cent.

Però el principi majoritari es manifesta també i especialment en l'adopció dels acords de les societats anònimes.

Efectivament, l'art. 201.1 LSC estableix que *“A la societat anònima els acords socials s'adopten per majoria dels vots dels accionistes presents o representats”*.

Aquest precepte, que no tenia idèntica redacció en l'antiga LSA, aclareix alguns dels problemes de la normativa anterior, que no especificava si la majoria era de persones (principi viril) o de capitals (principi real), ni de quina majoria, simple o absoluta es tractava.

D'acord amb el que estableix l'article esmentat 201.1, queda clar que per a l'adopció vàlida de l'acord, la determinació de la majoria és la del capital; ha de fer-se en relació amb els accionistes presents o representats a la junta, i caldrà que els vots favorables a l'acord siguin com a mínim la meitat més un dels vots assistents. En definitiva, el que s'acostuma a anomenar majoria ordinària.

I en els casos especials de l'art. 194 ja esmentat, per a l'adopció vàlida d'acords es requereix, en primera convocatòria, la majoria ordinària, sempre que els accionistes presents o representats que hi concorrin representin almenys el cinquanta per cent del capital subscrit amb dret de vot. Quan en segona convocatòria concorrin accionistes que representin el vint-i-cinc per cent o més del capital sense arribar al cinquanta per cent, serà necessari el vot favorable dels dos terços del capital present o representat en la junta.

Aquestes majories es poden elevar als estatuts socials (art. 201.3), però sense arribar a la unanimitat (RDGRN de 15 d'abril de 1991).

D'altra banda, l'art. 159.2 estableix que tots els socis, fins i tot els dissidents i els que no hagin participat a la reunió, queden sotmesos als acords de la junta general.

Ara bé, aquesta submissió no pot ser incondicional²⁹. L'accionista ha de sotmetre's a la voluntat social, expressada per la majoria, però aquesta ha de respectar la llei i els estatuts, i tenir en compte l'interès social. En aquest sentit, com s'ha posat de manifest, cap soci, ni tan sols els que han votat a favor, poden quedar sotmesos a un acord contrari a la llei³⁰.

Per tant la subjecció de tots els socis als acords socials implica la presumpció de validesa d'aquests, mentre no sigui declarada la seva nul·litat o anul·labilitat.

1.3.c) *En les societats limitades*

En matèria de dret de vot hi ha una diferència significativa entre la societat anònima i la limitada.

Efectivament, a la societat anònima l'art. 188.2 LSC fixa imperativament la regla de proporcionalitat entre el valor nominal de l'acció i el dret de vot, i determina la manca de validesa de la creació d'accions que de manera directa o indirecta alterin l'esmentada proporcionalitat.

Per contra, la norma reguladora de la matèria en seu de societats limitades, l'art. 188.1 LSC, es dispositiva, i estableix que, llevat de disposició contrària dels estatuts socials, cada participació concedeix al seu titular el dret a emetre un vot.

Per tant poden els estatuts de les societats limitades trencar el principi de proporcionalitat entre el nominal de la participació i el dret de vot del soci, i establir, per exemple, un vot plural per a determinades participacions i amb caràcter general o només per a determinats acords, etc...

Aquesta particularitat del règim jurídic del dret de vot a les societats limitades va ser incorporada a la Llei 2/1995, de 23 de març, de societats de responsabilitat limitada, i va ser acollida per la doctrina com un canvi revolucionari, que suposava la fi de l'anomenat dogma de la igualtat de les participacions socials, en permetre l'obertura de les societats limitades al món dels privilegis socials³¹.

²⁹ Així observat per URÍA, MENÉNDEZ, MUÑOZ PLANA, *La Junta General de Accionistas*, cit. p. 30.

³⁰ *Id.*

³¹ Vid. R. CABANAS / J.M. CALAVIA, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Comentarios de urgencia a la ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Barcelona, 1995, p. 283.

Tot i això no sembla que aquesta possibilitat de rompre estatutàriament la proporcionalitat entre valor nominal i dret de vot hagi estat emprada freqüentment pels operadors econòmics.

D'altra banda, la regla de la majoria per adoptar acords, en seu de societats limitades, és clarament diferent de la que hem examinat respecte de la societat anònima.

Efectivament, en primer lloc la llei no fa cap referència als quòrums de constitució, i, a més, les majories necessàries per a l'adopció d'acords no es computen sobre els socis presents o representats a la junta (com és el cas de les societats anònimes), sinó sobre el total dels vots corresponents a les participacions socials en què es divideix el capital social.

Així, la regla general per als acords referits als assumptes ordinaris és que s'adopten per majoria dels vots emesos vàlidament, sempre que representin un terç dels vots corresponents a les participacions en què es divideix el capital social, i no es computen els vots en blanc (art. 198).

És a dir, per a l'adopció d'acords ordinaris (per exemple l'aprovació dels comptes anuals o el nomenament d'administradors), cal en primer lloc que votin a favor de l'acord la meitat més un dels vots vàlidament emesos, sempre que aquests representin, com a mínim, un terç dels vots corresponents a les participacions en què es divideix el capital social.

Front a aquesta regla general pels afers ordinaris, l'art. 199 estableix unes majories reforçades o qualificades per a determinats assumptes.

Així per a la modificació d'estatuts es requereix el vot favorable de més de la meitat dels vots corresponents a les participacions en què es divideix el capital social (art. 199.a).

I per alguns afers especials, com l'autorització als administradors perquè es puguin dedicar a la mateixa activitat que constitueix l'objecte social, la supressió o limitació del dret de preferència en els augments de capital, i per a les anomenades modificacions estructurals, es requereix el vot favorable de, com a mínim, dos terços dels vots corresponents a les participacions en què es divideix el capital social.

Sorpren que per a l'adopció d'acords sobre aquests assumptes, certament importants, es requereixi legalment d'unes majories reforçades, quan una decisió encara més rellevant i decisiva per a la societat, com és sens dubte la dissolució, es pugui prendre per una majoria ordinària³².

Preveu també la llei que els estatuts socials poden modificar, per a tots o alguns assumptes determinats, les majories legalment establertes per a l'adopció d'acords. És a dir, les clàusules estatutàries han de respectar sempre els mencionats mínims legals fixats en la llei, però poden elevar les majories, sense arribar a la unanimitat (art. 200.1).

³² Així observat per F. SÁNCHEZ CALERO, *La Junta General ...*, cit. p. 588.

La prohibició d'exigir la unanimitat per a l'adopció d'acords de la junta general constitueix una clara manifestació del principi majoritari propi del funcionament d'aquest òrgan en les societats de capital.

Una altra particularitat del règim jurídic del dret de vot en les societats limitades és que els estatuts poden exigir, a més de la proporció dels vots legalment o estatutàriament establerta sobre el total capital social, el vot favorable d'un determinat nombre de socis, amb independència de les participacions de què siguin titulars. Per exemple, si la societat té cinc socis, tres han de votar a favor de l'acord perquè sigui vàlid.

Alguns d'aquests trets característics del règim jurídic del dret de vot de les societats limitades són manifestacions de *l'intuitus personae* que, tot i tenir, com hem vist, la consideració legal de societat de capital, impregna d'alguna manera les societats limitades.

En aquest sentit s'ha destacat que la identitat personal del soci té en la societat limitada una importància relativa en les relacions internes però és absolutament irrellevant en l'àmbit de les relacions de la societat amb tercers, i segueix en aquest punt l'esquema propi de les societats anònimes³³.

La diferent forma de computar els vots sobre els socis concurrents (en la societat anònima), o sobre el total capital social (en la societat limitada), respon al paradigma d'un i altre tipus societaris.

Així, les societats anònimes són societats naturalment obertes, amb un considerable i variable nombre de socis, poc vinculats a la gestió social, mentre que les societats limitades són tancades, amb un nombre inferior de socis, i més vinculats en principi a la gestió de la societat.

Per això, les majories es computen en seu de societats anònimes sobre els socis assistents o representats, i per contra en les societats limitades sobre el total capital social.

Com ja s'ha dit, el principi majoritari comporta que els acords adoptats per la Junta obliguin a tots els socis, que s'han de sotmetre a la voluntat social, expressada per la majoria, però aquesta ha de respectar la llei, els estatuts i l'interès social.

Per tant, els socis minoritaris tenen la possibilitat d'impugnar els acords contraris a la llei, o que s'oposin als estatuts o lesionin l'interès social en benefici d'un o diversos socis o tercers (art. 204.1).

La llei contempla efectivament com a dret del soci, la impugnació dels acords socials (art. 93.c), que d'aquesta manera es configura com un instrument de tutela dels socis minoritaris.

³³ Vid. F. J. ALONSO ESPINOSA, "La posición jurídica del socio en la ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Aspectos generales)", en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, II, p. 1444-1446.

1.4.- La impugnació dels acords socials.

El C. de c. de 1885 en els escassos preceptes dedicats a la societat anònima no contenia cap referència a la impugnació dels acords de la junta general.

Tot i això, durant el temps de vigència del C. de c. en aquesta matèria es van plantejar alguns procediments aïllats d'impugnació d'acords, fonamentats en defectes formals o principis generals de l'ordenament jurídic (SSTS de 23 de març de 1932; 21 de febrer de 1933 i 24 d'abril de 1945).

L'única base legal era l'art. 156 C. de C. que es referia als “*acords legítims*” de la junta, i per tant podia deduir-se que els accionistes no quedaven sotmesos als acords il·legítims de l'esmentat òrgan social³⁴.

Ara bé, la manca d'una regulació expressa i d'unes accions específiques per impugnar els acords, dificultava sens dubte la interposició de demandes d'impugnació d'acords socials.

Per aquesta raó la LSA de 1951, que va regular per primer cop aquesta matèria en els arts. 67 a 70 que contenen normes substantives i processals, va ser ben rebuda per la doctrina³⁵.

Per la seva part, la LSA de 1989 va suposar un progrés sobre el text anterior, en clarificar en part la matèria, amb la distinció entre els acords nuls i els anul·lables³⁶.

Aquesta reforma que també va ser positivament valorada per la doctrina³⁷, posteriorment amb la LEC 2000 va ser objecte d'una nova modificació dels seus aspectes processals.

D'altra banda, la LSRL de 1995 es va limitar, a l'art. 56, a una remissió global d'aquesta matèria d'impugnació d'acords de la junta general a la nor-

³⁴ D'aquesta opinió J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 1^a ed., Madrid, 1936, p. 273.

³⁵ Els primers i més destacats exegetes de la LSA de 1951 van escriure: “*Hoy la nueva ley ofrece un instrumento adecuado para constreñir a los poderes mayoritarios a no rebasar en su actuación los límites de sus propias facultades, el campo de su propia competencia, sin atentar por ello contra él. Sin duda el principio mayoritario es el único que permite el funcionamiento de las sociedades anónimas, y hay que evitar que no le infiera una herida mortal. Pero tampoco se puede dejar a los accionistas minoritarios, o por mejor decir, a los accionistas que no secunden con su voto los acuerdos sociales, totalmente a merced de la mayoría, cuando ésta, con olvido de sus deberes, lesiona los intereses de la sociedad comunes a todos los accionistas o impugne los mandatos de la ley y de sus propios estatutos. El principio mayoritario tolera sin peligro cuantas correcciones sean necesarias para asegurar la justicia de sus decisiones*” vid. GARRIGUES Y URÍA, *Comentario a la ley de Sociedades Anónimas*, Tomo I, 2^a edición, Madrid, 1953, p. 622.

³⁶ D'aquesta opinió F. SÁNCHEZ CALERO, *La Junta General ...*, cit. p. 354.

³⁷ Vid., per tots, R. JIMÉNEZ DE PARGA, “*La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima*”, en AAVV, *Estudios sobre la sociedad anónima*, Madrid, 1995, p. 321 i ss.

mativa de la LSA.

La vigent LSC regula aquesta qüestió en el Capítol IX del Títol V, rubricat “*La impugnació d’acords*”, arts. 204 a 208, amb una redacció pràcticament idèntica a la LSA 1989.

La competència per conèixer d’aquests procediments correspon, en principi, als jutjats mercantils (art. 86 *ter* LOPJ) del lloc on la societat tingui el domicili social (art. 52.1.11º LEC), i el tipus de procediment és el de judici ordinari (art. 207.1 LSC).

Ara bé en els supòsits, cada cop més freqüents, de que els estatuts de la societat continguin una clàusula de submissió a arbitratge serà competent la pertinent institució arbitral.

En efecte, l’arbitrabilitat de la impugnació dels acords socials de les societats de capital ha sofert en el temps una curiosa evolució, que ha estat definida com a “*paradoja històrica*”³⁸.

En efecte, el C. de c. de 1829 (art. 323) va instituir com a obligatori el procediment arbitral per a la impugnació dels acords socials, que no podien per tant plantejar-se davant els tribunals ordinaris.

El C. de c. de 1885 no contenia, com ja s’ha vist, cap referència a aquesta qüestió, però durant la seva vigència eren freqüents les clàusules estatutàries d’arbitratge, la validesa de les quals va ser reconeguda per la jurisprudència (SSTS de 26 d’abril de 1905 i 9 de juliol de 1907)³⁹.

Quan es va promulgar la LSA de 1951, la doctrina més autoritzada va negar la possibilitat d’impugnar els acords socials per mitjà de procediments arbitral, per considerar que necessàriament s’havien de seguir les normes processals establertes a la LSA⁴⁰, que determinaven la competència dels jutjats ordinaris.

Aquesta tesi va ser seguida majoritàriament per la doctrina, amb l’argument de que el caràcter imperatiu de les normes reguladores de la impugnació dels acords socials impedié sotmetre a arbitratge la seva validesa.

El canvi d’orientació es va produir primer per la RDGRN de 19 de febrer de 1998, i molt poc temps després per la històrica STS de 18 d’abril de 1998 (ponent X. O’Callaghan), que admet la validesa de la clàusula estatutària de submissió a arbitratge, manifestant clarament que el caràcter imperatiu de les normes que regulen la impugnació d’acords socials “*no impide el caràcter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos*”.

En aquest cas la clàusula estatutària sotmetia les controvèrsies societàries a l’arbitratge d’equitat, la qual cosa va portar a la doctrina a admetre la impug-

³⁸ Vid. F. VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 18ª ed., Valencia, 2005, p. 400.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Vid. GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit. p. 648.

nació d'acords socials per mitjà d'arbitratges d'equitat. Efectivament, en els darrers anys tant la jurisprudència (SAP de Màlaga de 22 d'abril de 2002; SAP de Barcelona de 14 de maig de 2002; i SAP d'Alacant de 27 de gener de 2010) com també la doctrina⁴¹, confirmen la compatibilitat entre arbitratge d'equitat i normes imperatives; és a dir, l'àrbitre en equitat té llibertat per decidir segons el seu criteri (lleial saber i entendre), però això no l'autoritza a infringir les normes imperatives, que ha de respectar.

En tot cas, per si algun dubte podia quedar, la Llei 11/2011, que modifica la Llei 60/2003, de 23 de desembre d'arbitratge, reconeix expressament l'arbitrabilitat dels conflictes societaris, opta per exigir una majoria legal reforçada per a introduir en els estatuts una clàusula de submissió a arbitratge, i estableix que l'administració de l'arbitratge societari i la designació dels àrbitres ha de correspondre a una institució arbitral⁴².

Sigui como sigui, la LSC distingeix, com ja s'ha avançat, entre els acords nuls i els anul·lables (art. 204). Són nuls els que siguin contraris a la llei. Són anul·lables els que s'oposin als estatuts i els que lesionin l'interès social en benefici d'un o diversos socis o de tercers.

És a dir, a més de poder impugnar els acords contraris a la llei i els oposats als estatuts, ha volgut incloure el legislador la possibilitat de fer-ho també respecte als acords de la junta que perjudiquen els interessos socials en benefici de socis o fins i tot de tercers.

Com ha estat destacat, la motivació del legislador per admetre la impugnabilitat d'aquests acords, és que precisament a través d'acords d'aquesta classe és on es manifesta més clarament l'abús o l'extralimitació del poder de les majories⁴³. Des d'una altra perspectiva sovint els acords lesius als interessos de la societat comporten un abús de la majoria al decidir en contra de l'interès social (STS de 10 de novembre de 2011).

En aquests supòsits els acords es poden prendre sense violar la llei ni els estatuts, però les exigències de justícia estan per damunt de l'observança

⁴¹ Pioner en aquesta tesi va ser ELIAS CAMPO, "*Aspectos del Convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva ley*". Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 2004, p. 44.

⁴² Sobre la situació de l'arbitratge societari després de la reforma, podem veure M.I. RODRÍGUEZ ROBLEDO, "El Arbitraje Societario en la nueva ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en al Administración General del Estado", *RdS*, 2011-2, nº 37, p. 103 i ss.; i també el treball de J. PICÓ JUNOY i D. VÁZQUEZ ALBERT, "La revitalización del arbitraje societario", en *El nuevo arbitraje después de la reforma de 2011. Revista Jurídica de Catalunya – Anuario de Justicia alternativa*, d'imminent publicació.

⁴³ D'aquesta opinió URÍA, MENÉNDEZ Y MUÑOZ-PLANAS, "La Junta General de accionistas", cit. 335.

estricta de les normes jurídiques escrites, i no poden deixar desemparats als socis minoritaris perjudicats per acords majoritaris de la junta⁴⁴.

En aquest sentit s'ha manifestat la jurisprudència, tot aplicant la doctrina que prohibeix l'abús del dret.

II

L'ABÚS DEL DRET

2.1.- Antecedents

La teoria de l'abús del dret és relativament moderna.

Efectivament al dret romà, que ha estat generalment considerat com a individualista, no trobem precedents clars d'aquesta teoria. L'axioma "*qui iure suo utitur neminem laedit*"⁴⁵, és a dir qui exercita el seu dret no perjudica a ningú, posa de manifest una manca de responsabilitat, una immunitat⁴⁶ pel subjecte del dret en l'exercici d'aquest.

I una interpretació estricta d'aquesta regla és contrària a la possibilitat de que es sancioni a qui fa ús del seu dret encara que sigui de forma abusiva.

El precedent immediat de la teoria de l'abús del dret el constitueix la figura medieval dels anomenats actes d'emulació⁴⁷, que es produeixen en les relacions de veïnatge.

S'entén per actes d'emulació l'exercici del dret de propietat però sense utilitat pel seu amo i amb l'única finalitat de perjudicar a altri⁴⁸.

Alguns dels exemples més pintorescos però al mateix temps prou significatius dels actes d'emulació són el del propietari d'una finca que emmagatzema fens amb l'única finalitat de produir mala olor al propietari contigu, o fins i tot el del titular d'un hort que enverina les seves flors per tal de matar les abelles del veí.⁴⁹

Es posa, per tant, l'accent en la intenció de perjudicar, "*animus nocendi alteri*".

És a dir, destaca en els actes emulatius l'aspecte subjectiu, la intencionalitat del autor.

⁴⁴ Id. p. 336.

⁴⁵ Digest, lib. 50, tit. 17, frag. 151.

⁴⁶ Tot i això IGLESIAS, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, 5ª ed., Barcelona, 1965, p. 235, assenyala que a Roma hi ha una opinió pública, en virtut de la qual ningú pot fer ús dels seus drets sense patir una inspecció i un judici.

⁴⁷ D'aquesta opinió J.M. MARTÍN BERNAL, *El Abuso del Derecho*, Madrid, 1982, p. 27.

⁴⁸ Id. p. 29.

⁴⁹ Vid. R. DE ÀNGEL YAGÜEZ, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, I, p. 58.

Però aquest criteri subjectiu va ser criticat perquè comportava que, per resoldre la controvèrsia el jutge hagués d'examinar les consciències. La resposta a aquesta crítica va ser que l'exercici del dret serà normal o abusi segons s'exerciti o no per una raó o motivació legítima, la qual només es pot apreciar des d'un criteri objectiu, atès que el dret té un objecte, una finalitat, un destí⁵⁰.

I aquests són els precedents de les concepcions subjectiva i objectiva de la teoria de l'abús del dret.

El plantejament de la teoria de l'abús del dret va ser obra dels juristes francesos a començament del segle XX.

Un dels més destacats juristes que va desenvolupar aquesta teoria amb fonament en diverses sentències ja dictades a França, va ser JOSSERAND, autor d'una obra que es considera com un clàssic en la matèria⁵¹.

Aquest jurista francès ja va exposar la teoria subjectiva i l'objectiva en l'abús del dret, tot defensant la primera. En aquest sentit va posar de manifest que la necessitat de que el jutge hagués d'entrar en la consciència, tot cercant la intencionalitat és freqüent en problemes de possessió, en el de cobrament del que és indegut, de matrimoni, responsabilitat, etc...⁵².

El desenvolupament d'aquesta teoria no va estar exempt de polèmica, ans al contrari va ser molt criticada. És famosa la frase de PLANIOL que no es pot parlar d'abús del dret perquè el dret acaba quan l'abús comença⁵³.

S'ha dit de l'abús del dret que constitueix un "*concepte jurídic indeterminat*"⁵⁴, i per aquesta raó pot omplir-se de continguts molt diversos, en deixar en mans dels jutges la fixació dels límits del dret subjectiu.

En la polèmica sostinguda sobre la teoria de l'abús del dret, els contraris a aquesta van posar de manifest com a aspectes negatius el risc per a la seguretat jurídica, la confusió entre moral i dret i l'excessiu marge de l'àmbit judicial⁵⁵.

Ara bé, al llarg del segle XX aquesta teoria es va anar consolidant, i com

⁵⁰ Així observat per R. DE ÀNGEL YAGÜEZ, "abuso del derecho", *ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA*, I, Madrid, 1995, p. 43.

⁵¹ L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, París, 1905.

⁵² Vid. J.M. CASTAN VÁZQUEZ, "El abuso del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil", en *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, I, Madrid, 1977, p. 479.

⁵³ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. III, Barcelona, 1953, p. 58, en comentar aquesta frase de Planiol va escriure: "*el verdadero razonamiento jurídico sigue una ruta inversa de la que se admite tradicionalmente: no hay que partir de la existencia del derecho para decidir si ha habido o no abuso, sino que la existencia de éste determinará, en su caso, que el derecho pueda o no ser afirmado*".

⁵⁴ D'aquesta opinió DE ÀNGEL, "abuso del derecho", cit. P. 43, i J. ROCA JUAN, "Comentario al artículo 7.2" en *Comentarios a la reforma del Título Preliminar del Código Civil*, Madrid, 1977, p. 382.

⁵⁵ Vid. DE ÀNGEL, *loc. cit.* p. 43.

veurem està avui dia clarament perfilada i és plenament acceptada⁵⁶.

Concretament a Espanya, s'admet generalment la idea de que la construcció del concepte de l'abús del dret es deu principalment a la jurisprudència⁵⁷, i també a la doctrina.

Els civilistes espanyols de començament del segle XX van recollir de França la teoria de l'abús del dret, per intentar aplicar-la a l'ordenament propi.

En aquest sentit destaca la monografia de CALVO SOTELO, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, publicada l'any 1917, que va ser un treball sens dubte pioner en aquesta matèria, que va saber estudiar la doctrina estrangera per tal de poder aplicar-la al dret espanyol, que no tenia preceptes legals sobre aquesta matèria⁵⁸.

Però la jurisprudència en els primers anys del segle XX es caracteritza per la inadmissibilitat de la teoria objecte d'estudi, per l'estricta aplicació del principi de dret romà "*qui iure suo utitur neminem laedit*".

El canvi en la línia jurisprudencial es va produir als anys quaranta.

En efecte, la STS de 13 de juny de 1942 va donar un primer pas cap a l'admissió de la teoria de l'abús del dret, però el pas definitiu va ser el de la STS de 14 de febrer de 1944, de la que fou ponent D. José Castán Tobeñas.

Aquesta sentència ha estat considerada una de les més famoses de la jurisprudència civil espanyola⁵⁹.

El plet va començar per demanda interposada per la companyia "Catalana de Gas y Electricidad, S.A." contra el "Consorci de la Zona Franca de Barcelona", en reclamació de danys i perjudicis. Per Reial Decret de 23 de juliol de 1925 li fou concedida al Consorci autorització amb caràcter exclusiu per a l'extracció de sorra del litoral de Barcelona. L'extracció desmesurada i feta per mitjans mecànics va produir una disminució de la superfície de la platja i la desaparició de les defenses naturals.

Entre els anys 1920 i 1930 diverses riades del Besòs van destruir els murs de tancament de la Central, produint importants danys, que la part actora va reclamar judicialment. Per la seva part, l'entitat demandada va al·legar haver exercitat un dret concedit sense limitació per l'Administració, del qual no es pot derivar cap perjudici i en la seva defensa va invocar la coneguda regla de dret romà "*qui iure suo utitur, neminem laedit*".

El jutjat de 1^a instància núm. 14 de Barcelona va dictar sentència con-

⁵⁶ D'aquesta opinió, CASTÁN VÁZQUEZ, "El abuso del Derecho ...", cit. p. 481.

⁵⁷ Vid., DE ÀNGEL, *Comentario al art. 7 del Código Civil*, cit. P. 59; i CASTÁN VÁZQUEZ, *loc. cit.* p. 489.

⁵⁸ Per a un anàlisi sobre el treball de CALVO SOTELO i altres de l'època amb al·lusions a la teoria de l'abús del dret, podeu veure CASTÁN VÁZQUEZ, *loc. cit.* p. 487.

⁵⁹ Vid. Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, vol I, 2^a ed., 1973, p. 174.

demnant a la demandada a indemnitzar amb una important suma a l'actora i l'Audiència de Barcelona va confirmar la sentència.

La Sala 1^a del TS, desestimant el recurs de cassació interposat pel Consorci va dictar l'esmentada sentència de la que, per la seva importància reproduïm part dels seus fonaments jurídics:

Considerando que el clásico axioma “*qui iure suo utitur neminem laedit*”, proclamado en las fuentes romanas (Digesto, libro cincuenta, título diecisiete, fragmentos cincuenta y cinco, ciento cincuenta y uno y ciento cincuenta y cinco) y que plasmó, dentro de nuestro Derecho histórico, en la regla “*no faze tuerto a otro, quien usa de su derecho*” (Partida séptima, título treinta y cuatro, regla catorce), quiere decir que el ejercicio del derecho es lícito aun cuando, merced a él, se lesionen simples intereses de terceras personas, y, por consiguiente, en tesis general, no hay obligación de indemnizar los daños causados con ocasión de tal ejercicio; más no debe darse a esa máxima un alcance demasiado literal y absoluto, que la pondría en pugna con las exigencias éticas del derecho, reconocidas en todos los tiempos y que ni siquiera fueron extrañas al propio derecho de Roma, en el cual los rigores del individualismo jurídico estuvieron templados por multitud de normas concretas que limitaban el absolutismo de los derechos subjetivos.

Considerando que la doctrina moderna, en trance de revisar y, en cuanto sea necesario, rectificar los conceptos jurídicos, impulsada por las nuevas necesidades de la vida práctica y por una sana tendencia de humanización del derecho civil, ha elaborado la teoría llamada del abuso del derecho, sancionada ya en los más recientes ordenamientos legislativos, que considera ilícito el ejercicio de los derechos cuando sea abusivo; y si bien existen discrepancias, teóricas y positivas, en orden a importantes puntos, entre ellos, la construcción sistemática de la teoría en cuestión (al debatirse si se trata de una simple aplicación de la doctrina del acto ilícito, o de una teoría autónoma que opera dentro de una especie de zona intermedia, constituida por los actos cumplidos dentro de la esfera del derecho, pero mediando un abuso y engendrando una responsabilidad), así como también la extensión del principio prohibitivo con relación a las diversas categorías de derechos subjetivos, y, sobre todo, las condiciones o elementos, subjetivos u objetivos, que han de determinar la estimación del abuso, es lo cierto e innegable, de todos modos, que tales dudas o divergencias no pueden borrar la conformidad sustancial del pensamiento jurídico moderno en torno a la idea de que los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente preci-

sados, tienen otros de orden moral, teológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica patria, que ha recogido y perfilado el concepto del abuso del derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales: a) uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifiesta en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

Considerando que lejos de existir en nuestro sistema jurídico precepto alguno que impida la aceptación del principio prohibitivo del abuso del derecho, se registran a través de algunas reglamentaciones muy modernas, e incluso también a través del articulado del Código Civil, numerosas normas e instituciones concretas que responden a la idea de que la facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada, o que, con análogo alcance, recogen el principio de la buena fe, como criterio general que ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas; siendo también de notar que el art. 1.902 del citado Cuerpo legal, al establecer el principio fundamentalísimo de que quien “por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, sin precisar de modo estricto que esa acción u omisión sea contraria a la ley o extraña a la esfera del derecho, permite admitir, con una interpretación amplia, que pueda alcanzar esta responsabilidad a los actos u omisiones realizados en el ejercicio abusivo de los derechos; sin que existan, por otra parte, razones legales que impidan dar a los conceptos de abuso y de culpa toda la extensión y amplitud que demandan las exigencias morales impuestas por las características del vivir social actual, incluyendo en el ámbito del abuso del derecho todos los móviles ilegítimos de cualquier clase, que puedan determinar la conducta del titular, bien tengan la característica extrema de la intención de dañar o ya consistan únicamente en simples faltas que se traduzcan en una utilización anormal del derecho de que se trate, no adecuada a su verdadero espíritu y finalidad.

Considerando que la jurisprudencia de esta Sala, aparte de haber hecho, en muchas ocasiones, virtual aplicación de los principios en

que descansa la teoria del abús del dret, la ha recogido recientemente, de manera formal, como un complemento o aclaración necesaria al antiguo principio de que quien usa de su derecho no daña a nadie, al consignar, en sentencia de 13 de junio de 1942, la salvedad de que ese principio jurídico no tiene un valor absoluto y ha de ser atemperado por la doctrina que admite la indemnizabilidad del daño ocasionado en el ejercicio del derecho, siempre que éste se actúe en forma abusiva.

En els anys immediatament posteriors a aquesta sentència es van dictar altres que van reconèixer la teoria de l'abús del dret, com les SSTs de 9 de juny de 1949, 25 d'octubre de 1950, 29 de desembre de 1951, 6 d'octubre de 1953, 24 de febrer de 1959 i la també important sentència del TS de 22 de setembre de 1959.

Aquesta darrera sentència resol un cas originat, curiosament, també a Barcelona.

El plet es va iniciar per demanda interposada per una entitat de crèdit catalana contra un matrimoni en reclamació d'un deute més els corresponents interessos.

El jutjat de 1^a Instància va dictar sentència favorable al banc, que l'Audiència Territorial de Barcelona va confirmar. Els demandats van interposar recurs de cassació davant el Tribunal Suprem, tot invocant la teoria de l'abús del dret, que la Sala 1^a del TS va rebutjar. Però la importància de la sentència rau en que, respecte de l'esmentada teoria, la sentència va admetre la concepció objectiva i la subjectiva, tot afirmant que s'està en presència no d'una teoria sinó d'un principi general del dret imposat per la juridicitat i la seva finalitat, proclamant que els drets subjectius no poden ser mitjans per a desviar la finalitat del dret⁶⁰.

2.2- La teoria de l'abús del dret en l'ordenament jurídic espanyol

La consagració de la teoria de l'abús del dret en l'ordenament jurídic espanyol ha tingut lloc mitjançant la seva inclusió en el títol preliminar del Codi civil, reformat per Decret 1386/1974, de 31 de maig.

Abans però de la incorporació a l'esmentat títol preliminar del C.C., la teoria de l'abús del dret es va anar consolidant, com ja s'ha dit, en la doctrina, la jurisprudència i fins i tot també en la legislació ordinària.

⁶⁰ Per comentarís a l'esmentada sentència podeu veure, MARTÍN BERNAL, *El abuso del Derecho*, cit. pp. 106 i 107; i CASTÁN VÁZQUEZ, "El abuso del Derecho ...", cit. pp. 494 i 495. Sobre la consideració com a principi general, podeu veure M^a O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, "La prohibición del abuso del derecho como principio jurídico", en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, 2008, p. 1043 i ss.

Efectivament, amb anterioritat a l'any 1974, el Tribunal Suprem espanyol es va pronunciar sobre l'abús del dret, entre altres, en les sentències de 25 de novembre de 1960, 22 de maig de 1961, 10 de juny de 1963, 4 d'abril de 1964, 27 d'octubre de 1964 i 4 de juliol de 1973, a més de les esmentades en l'apartat precedent.

Especial consideració mereix la STS de 1 de febrer de 1972 que va declarar: “*El abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcanzan protección jurídica*”.

Val la pena destacar que en aquells temps el Tribunal Suprem va manifestar reiteradament el caràcter excepcional i l'aplicació restrictiva de la figura de l'abús del dret⁶¹.

També amb anterioritat a 1974, diverses lleis ordinàries contenen referències a la prohibició de l'abús del dret.

Destaca, en aquest sentit, la legislació d'arrendaments. Així, ja el Real decret de 13 de desembre de 1923 estableix al seu art. 5 l'obligació de tribunals i autoritats de rebutjar les reclamacions de llogaters i arrendataris que impliquessin un manifest abús de dret. L'art. 9 de la LAU 1956, amb una millor tècnica comminava a jutges i tribunals a rebutjar les pretensions formulades davant ells per demandant o demandat amb manifest abús de dret, i l'art. 132 conferia recurs de suplicació davant l'Audiència territorial contra les sentències dictades en apel·lació pel jutge de 1a instància en errònia aplicació de l'abús del dret⁶². I en la LAU de 1964 (art. 9º) es manté la condemna a l'abús del dret, i s'afegeix la del frau de llei.

També en matèria de propietat horitzontal, la Llei de 21 de juliol de 1960 conté diversos preceptes que, tot i que no tinguin expresses referències a l'abús del dret, estableixen prohibicions als propietaris de desenvolupar activitats que puguin perjudicar a la comunitat o altres propietaris (per exemple arts. 7 i 9, regla 1 i 2).

En aquest sentit no podem oblidar que els precedents de l'abús del dret els trobem en les relacions de veïnatge.

Una altra norma generalment citada per la doctrina com a exemple de contrària a l'abús del dret, és l'art. 5, apartat 1er., de la Llei 56/1961, de 21 de

⁶¹ Així observat per DE ÁNGEL, “abuso de derecho”, cit. p. 45, a qui segueixo en aquest punt.

⁶² Precisament va ser un estudi sobre aquest precepte el que va permetre a R. RUIZ GALLARDÓN, a formular una definició de l'abús del dret en els termes següents: “*El daño injusto producido a un tercero que carece de protección legal expresa, mediante el ejercicio de un derecho subjetivo a través de un acto solo aparentemente legal, basado en la ambigüedad de la ley que lo creó, pero contrario a su verdadero espíritu y significado*” (“El abuso del derecho en la nueva ley de arrendamientos urbanos”, *Anuario de derecho civil*, tomo IX, l. IV, octubre-diciembre 1956, p.1187).

juliol, sobre igualtat de drets de la dona que estableix que la oposició del marit a concedir l'autorització marital exigida per la llei no serà efectiva quan es declari judicialment haver estat feta de mala fe amb abús del dret.

Però la consagració definitiva de l'abús del dret la constitueix, com ja s'ha dit, la seva incorporació al títol preliminar del C.C., amb les conseqüències d'aplicació general que d'això se'n deriven.

El text de l'art. 7.2 C.C. és el següent: *“La llei no empara l'abús del dret o l'exercici antisocial del dret. Qualsevol acte o omissió que, per la intenció del seu autor, per l'objecte o per les circumstàncies en què es duiguin a terme depassi manifestament els límits normals de l'exercici d'un dret, amb dany per a un tercer, dóna lloc a la indemnització corresponent i a l'adopció de les mesures judicials o administratives que impedeixin la persistència en l'abús.”*

Els elements que es desprenen d'aquest text són, segons la doctrina, els següents:

- a) El pressupòsit és l'existència d'un dret, del que pot ser titular tant una persona física como una jurídica (com va ser el cas de la ja comentada sentència de 14 de febrer de 1944, que es considerada com a pionera de la recepció de la teoria de l'abús del dret a Espanya).

Aquest dret pot ésser qualsevol dels drets subjectius, no només el de propietat, com es va interpretar en els inicis d'aquesta teoria, i per descomptat tampoc s'ha de tractar necessàriament d'un dret establert al C.C., ja que és un fet, com ja s'ha avançat, l'aplicació de la doctrina de l'abús del dret a altres disciplines jurídiques. A més a més ho posa de manifest la seva incorporació al títol preliminar del C.C.⁶³.

I l'exercici d'aquest dret pot ser tant per una conducta humana positiva (acció) com negativa (omissió), com explícitament es manifesta en el text del precepte objecte de comentari.

Com a exemple de conducta d'omissió la STS de 30 d'octubre de 1963 va condemnar a una indústria a indemnitzar per no disposar d'un sistema de depuració de gasos.

- b) Extralimitació manifesta.

L'acció o omissió ha d'ultrapassar manifestament els límits normals de l'exercici d'un dret.

En aquest sentit sembla evident que el legislador s'ha basat en la idea, tan invocada en els orígens de la teoria de l'abús del dret, que els drets subjectius tenen el seus límits; no són absoluts sinó relatius.

I atès que els precepte es refereix a *“límits normals”*, ens trobem davant d'un nou estàndard jurídic, la normalitat en l'exercici d'un dret; i en aquest sentit dependrà dels costums i apreciacions de cada època sobre

⁶³ Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, “El abuso del Derecho ...”, cit. p. 515.

el que és normal o anormal⁶⁴.

No oblidem que també al títol preliminar del C.C., l'art. 3 sobre l'aplicació de les lleis, indica que s'han d'interpretar en relació amb ... "*la realitat social del temps en què han de ser aplicades*".

I l'extralimitació ha d'ésser manifesta, és a dir clara i evident, indubtable i així haurà de manifestar-se davant el jutge⁶⁵.

Ara bé, aquesta conducta (positiva o negativa) que integra l'extralimitació manifesta pot ser-ho per la intencionalitat del seu autor, pel seu objecte o per les circumstàncies en que es realitzi.

És a dir, la norma contempla tres possibilitats alternatives:

En primer lloc per la intencionalitat del seu autor, "*animus nocendi*", que respon a la concepció subjectiva clàssica de la teoria de l'abús del dret.

La doctrina considera que ens trobem en aquest supòsit quan s'ha exercit el dret per a una finalitat diferent d'aquella per a la qual ha estat establert i està jurídicament protegit⁶⁶.

Tot i això, com ha estat destacat, la necessitat de conèixer la intencionalitat constituirà una tasca sens dubte difícil, i en la qual pot ajudar i donar orientació el dret penal, on la intencionalitat juga un paper tan important⁶⁷.

L'extralimitació també pot ser per l'objecte, la qual cosa representa posar l'accent en l'objecte de l'acte com a element determinant de l'exercici abusiu. En aquest sentit haurà d'haver una contraposició entre les conseqüències de l'acte i la funció atribuïda al dret que s'exercita. D'aquesta manera tot i que no aparegui la intenció o el mòbil amb què el dret s'exercita, es podrà considerar que hi ha abús si l'acte queda fora de la *ratio* de protecció de la facultat exercida⁶⁸.

L'exemple dels fets que van provocar la famosa STS de 14 de febrer de 1944 pot ésser molt il·lustratiu: l'excés d'extracció de sorra de la platja va deixar sense protecció la central elèctrica de Sant Adrià del Besòs.

Però a més dels criteris subjectiu i objectiu, el legislador contempla una tercera possibilitat alternativa: l'element circumstancial.

La utilització de l'expressió "*circumstàncies*" pot tenir moltes diverses significacions, potser la més adient és la de que el temps, el lloc, l'ocasió o la situació de la persona quan s'exercita un dret poden originar la responsabilitat, mentre que no hi hauria abús de dret si l'hagués exer-

⁶⁴ LACRUZ-RIVERO, *Elementos de Derecho Civil*, T. I, Barcelona, 1974, p. 258.

⁶⁵ D'aquesta opinió CASTÁN VÁZQUEZ, "El abuso del Derecho ...", cit. p. 519.

⁶⁶ Vid. DE ÀNGEL, "Comentario del Código Civil", cit. p. 68.

⁶⁷ D'aquesta opinió CASTÁN VÁZQUEZ, "El abuso del Derecho ..." cit. p. 520.

⁶⁸ Vid. ROCA JUAN, "Comentario al artículo 7.2", cit. p. 383.

citat en circumstàncies diferents⁶⁹.

L'exemple del requeriment notarial fet al nuvi en ple banquet de bodes és certament afortunat. L'exercici manifestament extemporani palesa l'antisocialitat del dret exercit⁷⁰.

c) Producció de perjudici a un tercer.

Constitueix un altre requisit que s'hagi produït un perjudici a tercer.

En efecte, l'exigència d'un dany o perjudici a tercer és consubstancial a la teoria de l'abús del dret.

Aquest dany, si bé normalment tindrà un contingut patrimonial, no pot excloure el dany moral⁷¹.

A diferència del que estableix l'art. 1902 C.C. que es refereix al dany causat a "un altre", l'art. 7.2 diu a "un tercer". La doctrina resta important a aquesta qüestió, i posa de relleu que en la teoria de l'abús del dret ha estat habitual referir-se com a "tercer" a qui pateix el perjudici, però que això no exclou al "segon"⁷².

I el dany s'ha de produir a un interès no protegit per una específica prerrogativa jurídica (STS de 15 de març de 1996).

d) Nexa causal entre l'acció o omissió i el dany.

Si bé l'exigència de causalitat entre la conducta, positiva o negativa, del titular del dret i el perjudici ocasionat no està específicament expressada a la norma, es pot deduir que està inclosa per la jurisprudència⁷³.

L'abús del dret ha tingut un recolzament posterior a la reforma del títol preliminar del C.C., en la LOPJ, l'article 11.2 de la qual commina als jutges i tribunals a rebutjar les pretensions, incidents o excepcions que es formulin amb manifest abús del dret.

No han faltat opinions que defensin que hauria estat convenient haver recollit la prohibició de l'abús del dret en el text constitucional, com es va fer a Alemanya, on la llei fonamental de la República de 1949, de 8 de maig de 1949, conté una específica menció a l'abús⁷⁴. També ha assolit rang constitucional l'abús del dret en algunes constitucions llatinoamericanes, com per exemple l'art. 95 de la constitució de Colòmbia.

Després de la reforma del títol preliminar de 1974, el Tribunal Suprem espanyol ha tingut ocasió de pronunciar-se respecte de l'abús del dret en moltes

⁶⁹ Íbidem.

⁷⁰ Citat per DE ÀNGEL "Comentario del Código Civil", cit. p. 69.

⁷¹ D'aquesta opinió CASTÁN VÁZQUEZ, "El abuso del Derecho ...", cit. p. 522; i DE ÀNGEL, "Comentario del Código Civil", cit. p. 69.

⁷² CASTÁN VÁZQUEZ, *loc. cit.* p. 522.

⁷³ CASTÁN VÁZQUEZ, *id.*

⁷⁴ Vid. MARTÍN BERNAL, *El Abuso de Derecho*, cit. pp. 318-319.

ocasions. Ha dictat efectivament nombroses sentències sobre aquesta qüestió.

Sense ànim d'exhaustivitat, podem citar les sentències següents.

- Sobre el concepte d'abús del dret, la STS de 6 de febrer de 1999:

“La doctrina del abuso del derecho es uno de los conceptos denominados concepto jurídico indeterminado o “concepto válvula” que, por ello, no puede ser conceptualizado apriorísticamente, por lo que es preciso delimitarlo caso por caso, por lo que habrá de ser muy cuidadoso el órgano juzgador al resolver la contienda judicial en la que se hubiera planteado la cuestión”.

Sobre la importància històrica de la STS de 14 de febrer de 1944, la STS de 11 d'abril de 1995:

“A partir de la señera sentencia de 14 de febrero de 1944, la posterior doctrina jurisprudencial va desarrollando y perfilando la figura del abuso del derecho, concretando su esencia en la naturaleza antisocial del daño causado a un tercero, manifestando tanto en su forma subjetiva (intención de perjudicar, o sin la existencia de un fin legítimo), como en su aspecto objetivo (anormalidad en el ejercicio del derecho)”.

En el mateix sentit, la STS de 2 de desembre de 1994, i la STS de 20 de juliol de 1996.

- Sobre els requisits que integren la figura de l'abús del dret, la STS de 19 d'octubre de 1995:

“El abuso de derecho ha sido configurado por la jurisprudencia de esta Sala, señalando como requisitos generales: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) el daño a un interés no protegido por una específica prerogativa jurídica; y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño”.

Es reiteren l'exigència d'aquests requisits en moltes altres sentències, entre elles les següents: STS de 2 de desembre de 1994; 15 de març de 1996; 9 de maig de 1996; 25 de setembre de 1996; 4 de juliol de 1997; 30 de juny de 1998; 21 de desembre de 2000; 16 de maig de 2001; 12 de juliol de 2001; 2 de juliol de 2002; 28 de gener de 2005; 25 de gener de 2006; 24 de maig de 2007; STS de 31 de gener de 2012; i 18 de juliol de 2012.

- Sobre l'aplicació restrictiva de la doctrina de l'abús del dret, la STS de 11 d'abril de 1995:

“Como remedio extraordinario que es, la jurisprudencia viene declarando que solo puede acudir a esta doctrina en los casos patentes y manifiestos”

En el mateix sentit: SSTS de 15 de març de 1996; 6 i 15 de febrer de 2000; 21 de setembre de 2007; 20 de juny de 2008; 22 de juny de 2010; i de 18 de juny de 2012.

Com a conclusió sobre aquest punt, podem afirmar que la doctrina de l'abús del dret està plenament consolidada en la jurisprudència, que l'abús

del dret és un concepte jurídic indeterminat amb els efectes que d'això se'n deriven, que per a la seva aplicació han de concórrer els requisits ja esmentats, i per últim la seva aplicació restrictiva.

D'altra banda podem afirmar que l'abús del dret s'ha aplicat en matèries molt diverses com responsabilitat extracontractual i contractual, arrendaments urbans, propietat horitzontal, propietat industrial, filiació⁷⁵ i dret de societats, com veurem, entre d'altres.

2.3.- *L'abús del dret en la legislació civil de Catalunya*

El Codi civil català no conté, a diferència de l'espanyol com s'ha vist en l'apartat precedent, cap disposició de caràcter general de prohibició de l'abús del dret.

En efecte, l'art. 7 del C.C. estatal té dos epígrafs, el 1 disposa, com a principi, que els drets hauran d'exercitar-se segons les exigències de la bona fe, i el 2, com ja sabem, estableix la prohibició de l'abús del dret.

Per contra, l'art. 111.7, inclòs a les disposicions preliminars del títol I del llibre primer del C.C.Cat. formula el principi de bona fe i la honradesa en els tractes, però com ja s'ha dit, sense referències a l'abús del dret.

La doctrina més autoritzada explica que aquesta situació es deu a que el legislador català s'ha alineat amb la tesi –avui dia majoritària– que considera que la prohibició de l'abús del dret està relacionada amb la bona fe, i de la mateixa manera que aquesta, és un principi de caràcter general que impregna

⁷⁵ En aquest sentit val la pena comentar la STS de 22 de juny de 1989, citada per DE ÀNGEL "Comentario del Código Civil", cit. p. 68, que resol un conflicte ben curiós. El plet comença per una demanda de l'esposa que, constant matrimoni havia fet una donació en favor del seu marit. Poc després de separar-se del marit, va quedar embarassada i va donar llum a una criatura, tot mantenint en l'anonimat la identitat del pare. Immediatament després del naixement va exercitar l'acció de revocació de donació contra l'exmarit, a l'empara de l'article 644.1 C.c., és a dir per haver tingut un fill després de la donació.

Tant en primera instància com en segona es va donar lloc a les pretensions de la demandant. El marit va recórrer en cassació, tot invocant l'art. 7.2 C.c., abús del dret per part de la dona al voler quedar embarassada només per revocar la donació.

El TS va rebutjar el recurs per considerar inconsistent l'argumentació que considera abusiu voler tenir un fill en perjudici del marit donatari.

"Un hecho objetivo capaz de provocar una ineficacia jurídica de la transmisión producida y perfectamente constatado, ha generado por si mismo, y una vez hecho valer por la parte interesada las consecuencias jurídicas correspondientes, a la revocación, hecho tan natural y no prohibido por la ley, mal puede asociarse a un ejercicio anormal de derechos, o como efectuada una extralimitación de los límites normales del ejercicio, debiendo refutarse la intención de la actora de carácter fraudulento".

tot l'ordenament jurídic⁷⁶.

Efectivament, com s'ha posat de manifest, la frontera entre l'exercici abusiu del dret i els actes contraris a la bona fe és ben difícil de traçar, ja que són clàusules generals sotmeses per tant a les necessàries concrecions, la qual cosa no permet l'existència de fronteres fixes. Tot i que, a l'ordenament espanyol l'abús del dret té un origen extracontractual i la bona fe, contractual, la jurisprudència, com ja s'ha dit, ha aplicat la doctrina de l'abús del dret també en matèria contractual⁷⁷, per la qual cosa aquesta diferència no es pot considerar.

Per tant l'exercici abusiu del dret es pot identificar amb la manca de bona fe, i per aplicar la regla d'abús del dret no caldrà al·legar l'art. 7.2 C.C. estatal, sinó que es pot invocar directament l'art. 111.7 C.C.Cat., tot i que els elements establerts en l'esmentat precepte estatal poden servir de guia per a l'apreciació de la conducta abusiva en el dret civil de Catalunya⁷⁸.

Conseqüentment els elements subjectiu, objectiu i circumstancial que constitueixin abús del dret són també clarament contraris a la bona fe.

D'altra banda, les normes catalanes que contenen una directa al·lusió a l'abús del dret són certament poques.

Així, en matèria de propietat horitzontal –que també va ser de les primeres en contenir una referència a l'abús del dret en la legislació ordinària espanyola–, en concret l'art. 553.31 C.C.Cat. preveu la impugnació dels acords que, ateses les circumstàncies, impliquin un abús del dret; precepte que no modifica l'avantprojecte de llei pel qual es modifica el règim jurídic de la propietat horitzontal del Codi civil de Catalunya, actualment en tramitació.

En altres preceptes la referència a l'abús del dret es indirecta, com per exemple en matèria d'immissions.

En aquest sentit s'ha de tenir en compte que com ja s'ha vist, la teoria de l'abús del dret ha tingut des del seu inici una especial consideració en les relacions de veïnatge. Efectivament, com ja s'ha exposat, el precedent immediat de l'abús del dret són els actes d'emulació que es produïen en matèria de servituds de llum, aigües, etc...⁷⁹.

Altres exemples de referència directa a l'abús del dret els podem trobar en el dret de família, i en concret a l'art. 235.14.1.c) C.C.Cat, que disposa que els efectes de la declaració de filiació es limiten a la mera determinació d'aquest

⁷⁶ D'aquesta opinió J. EGEA, “*Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya*”, Discurs d'ingrés a L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 2011, p. 63.

⁷⁷ Vid. J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario del Código Civil. Art. 7.1”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. I, Madrid, 1991, pp. 45 i 46.

⁷⁸ D'aquesta opinió EGEA, *id.*, p. 64.

⁷⁹ Vid. J. EGEA i J.M. GAY, “Eficàcia de les normes en la tradició catalana des de la baixa edat mitjana fins al Decret de Nova Planta”, *RJC*, 1979, n° 2, pp. 7 a 52, esp. pp. 62 i 63.

estat, si el reconeixement s'ha fet amb mala fe o abús de dret. És a dir, en casos d'abús la declaració de filiació no tindria, per exemple, efectes en relació amb la potestat parental, drets successoris o aliments⁸⁰.

Però la parquedat de referències concretes no ens pot dur a una conclusió errònia. Com ja s'ha dit, la doctrina de l'abús del dret és perfectament aplicable en el dret civil de Catalunya.

III

ABÚS DEL DRET I PROTECCIÓ DE LA MINORIA SOCIAL

3.1- Introducció

La doctrina de l'abús del dret ha traspassat les fronteres del dret civil i s'aplica de forma general -no oblidem la seva incorporació al títol preliminar del C.C.- a tots els àmbits i per tant també al dret de societats.

En efecte, una de les manifestacions més significatives d'aquesta doctrina en matèria de dret de societats la constitueix l'anomenada tècnica de "*l'aixecament del vel*" de la persona jurídica⁸¹ que, com és sabut, consisteix en la possibilitat de penetrar en el *substratum* personal de les societats amb personalitat jurídica, per tal d'evitar que, a l'empara d'aquesta ficció o formalisme, s'abusi del dret, perjudicant interessos legítims públics o privats.

En aquest sentit el Tribunal Suprem ha tingut ocasió d'aplicar la doctrina de l'abús del dret en matèria d'aixecament del vel en diverses sentències, a partir de la coneguda STS de 28 de maig de 1984.

També el TSJ de Catalunya ha relacionat la doctrina de l'abús del dret amb l'aixecament del vel en diverses sentències, com per exemple les de 14 de febrer de 2005 i 21 de juny de 2007⁸².

Igualment dins l'àmbit del dret societari, la jurisprudència ha aplicat la doctrina de l'abús del dret en matèria de responsabilitat dels administradors, per exemple desestimant les reclamacions d'uns creditors contra els administradors, quan el demandant havia format part de l'òrgan d'administració o

⁸⁰ Així observat per EGEA, "Bona fe i honradesa ...", cit. p. 66.

⁸¹ Per més informació sobre aquesta tècnica veure DE ÀNGEL, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, 2^a ed., Madrid, 1991, pàssim; i també F. PORTABELLA, "La problemàtica de l'aixecament del vel de les persones jurídiques" en *Temes Bàsics del Dret. Una visió actual*, vol. I, Barcelona, 1992, pp. 273-302; més específicament sobre la ficció de la persona jurídica, podeu veure, A. LUNA, "*Las ficciones del derecho*", discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, *ANNALS de l'Acadèmia*, 1, pp. 449-543, esp. p. 480.

⁸² Citades per EGEA, "Bona fe i honradesa ...", cit. p. 66.

tenia coneixement al contractar de la situació econòmica de la societat, i per tal raó al demandar a l'administrador hauria actuat de forma abusiva (SSTS de 16 de febrer de 2006, 28 d'abril de 2006 i 31 de gener de 2007)⁸³.

Però als efectes d'aquest treball el que interessa destacar és l'aplicació de l'abús del dret a la impugnació dels acords de les societats de capital, i en particular dels que s'han produït per actuacions abusives de la majoria de control en perjudici dels socis minoritaris⁸⁴.

Efectivament, com ja s'ha dit *supra*⁸⁵, l'art. 204 LSC estableix la impugnabilitat dels acords socials, no només quan siguin contraris a la llei o s'oposin als estatuts, sinó també en el cas que lesionin l'interès social en benefici d'un o diversos socis o tercers.

I en aquest sentit, existeix una jurisprudència consolidada –especialment després de la reforma del títol preliminar del C.C.- que obre la possibilitat d'impugnar els acords de la junta general adoptats de forma abusiva per la majoria de control de la societat i en perjudici de la minoria, en aplicació de la doctrina de l'abús del dret.

Per tant, quan concorrin els elements característics de l'abús del dret –que hem vist en l'epígraf precedent- en l'adopció d'acords per la junta general en perjudici de la minoria, aquests es podran impugnar, sens perjudici de les accions penals, ja que l'art. 291 CP tipifica l'abús de la majoria en la imposició d'acords en perjudici dels minoritaris.

En efecte, tot i que la junta pot prendre les decisions que consideri més convenientes als interessos socials, si la seva finalitat no es altra que la d'oaccionar un perjudici als socis minoritaris, el dret ha d'intervenir per tal d'evitar la lesió d'un interès legítim que, només es pot protegir mitjançant l'anul·lació de l'acord⁸⁶.

L'aplicació de la doctrina de l'abús del dret en perjudici dels socis minoritaris ha estat acollida pel dret de societats comparat que fins i tot ha encunyat una terminologia específica.

Així “*abus de majorité*” en la doctrina francesa, “*fraud or oppression on the minority*” en la doctrina anglosaxona, i “*abuso di potere nella delibera-*

⁸³ Vid. E. GARCÍA GARCÍA, “La invocación del abuso de derecho en los litigios en materia societaria”, *el derecho.com* de 8 de marzo de 2012, pp. 8 i 9.

⁸⁴ També, però, els minoritaris poden incórrer en abús del dret, per exemple del dret d'informació amb un exercici abusiu d'aquest, amb la finalitat d'obstaculitzar la marxa de la societat (SSTS de 8 de maig de 2003, i 14 de febrer de 2007, entre d'altres) o facilitar la informació obtinguda a tercers (STS de 12 de desembre de 2003). Però l'abús del dret dels minoritaris queda fora de l'abast d'aquest treball.

⁸⁵ Vid. epígrafe 1.4 d'aquest treball.

⁸⁶ Vid. E. POLO, “*Abuso o tiranía ...*” cit. p. 2282.

zione assembleari” en la italiana.⁸⁷

La doctrina espanyola utilitza l’expressió “*abuso de la mayoría*”⁸⁸ i també la de “*opresión de la minoría*”⁸⁹.

Per a una anàlisi de les nombroses sentències dictades sobre aquesta qüestió pels tribunals espanyols hem intentat agrupar-les en els tres grans blocs següents:

- Actuacions relacionades amb els administradors.
- Operacions sobre el capital social.
- Retenció injustificada de dividendes.

3.2.- *Actuacions relacionades amb els administradors*

Els casos relacionats amb l’òrgan d’administració es poden subdividir en dos grups: la reducció dels nombre d’administradors per excloure als representants de la minoria, i la fixació de retribucions excessives als administradors que representen a la majoria.

Els estudiem separatament.

3.2.a) *Reducció del nombre d’administradors*

Correspon a la junta general el nomenament i la separació dels administradors (art. 160.b) LSC).

I en aplicació del principi majoritari⁹⁰, la majoria de control pot nomenar la totalitat dels components de l’òrgan d’administració.

Per aquesta raó i per tal que la minoria pugui tenir la seva representació a l’òrgan d’administració, l’art. 243 LSC estableix, només per a les societats anònimes administrades per un consell d’administració, l’anomenat sistema de representació proporcional, que permet als accionistes minoritaris agrupar voluntàriament les seves accions, fins a constituir una xifra del capital social igual o superior a la que resulti de dividir aquest últim pel nombre de components del consell, i així tenir dret a designar els que, superant fraccions senceres, es dedueixin de la proporció corresponent.

Doncs bé, en ocasions la junta general de la societat ha acordat, per

⁸⁷ Sobre aquest punt podeu veure, L. HERNANDO CEBRIÁ, “Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital” *RdS*, nº 37, 2011.2, pp. 182 i 183.

⁸⁸ *Vid.*, E. POLO, *Abuso o tiranía*, cit., i L. HERNANDO CEBRIÁ, “Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital”, cit.

⁸⁹ T. VÁZQUEZ LEPINETTE, *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, cit.; i F. MARÍN DE LA BÁRCENA, “Opresión de la minoría. STS 1ª de 5 de marzo de 2009”, *RdS*, nº 34, 2010, I, pp. 331 a 346.

⁹⁰ *Vid.* epígraf 1.3 d’aquest treball.

majoria, reduir el nombre de components del consell, o fins i tot, modificar l'estructura de l'òrgan, passant de consell a administradors mancomunats o solidaris, per tal d'impedir d'aquesta forma que la minoria pugui fer ús del sistema de representació proporcional i designar el seu representant al consell.

Aquesta situació planteja un conflicte o confrontació entre el dret de representació proporcional de la minoria en el consell d'administració, i la competència de la junta general per modificar els estatuts i, d'aquesta forma reduir el nombre dels seus consellers i fins i tot, de modificar l'estructura de l'òrgan d'administració. Aquest conflicte s'ha resolt de forma pràcticament unànime per la jurisprudència atorgant prioritat al principi majoritari sobre el dret de representació de la minoria, i per tant ha declarat la validesa d'aquest tipus d'acords de la junta general en nombroses sentències (SSTS de 2 de març de 1977, 10 d'octubre de 1980, 18 de març de 1981, 29 de juliol de 1994, entre d'altres).

Però l'argument emprat per la jurisprudència, que coincideix amb el de la doctrina majoritària, no és, segons el meu parer, prou convincent, almenys des de la perspectiva de la doctrina de l'abús del dret.

En efecte, la tensió o confrontació entre majoria i minoria es produeix en tots els supòsits d'abús del dret, i no per aquesta raó ha deixat d'aplicar-se en els casos que ja hem vist i analitzarem en els següents apartats.

Per tant si la reducció del nombre de consellers es fa amb l'únic propòsit de perjudicar als socis minoritaris, és a dir de forma manifestament antisocial, i concorren la resta de requisits jurisprudencialment requerits, la teoria de l'abús del dret hauria de poder aplicar-se en aquest cas. Una altra cosa és que el dret de representació proporcional s'hagi exercitat sovint amb unes finalitats que el nostre ordenament no pot protegir, com ha estat per exemple en el conegut conflicte plantejat en el si de l'empresa Iberdrola pel grup ACS⁹¹.

Una altra situació anàloga a la descrita, que també s'ha plantejat, és que, un cop designats els representants de la minoria al consell d'administració pel sistema de representació proporcional, es produeix l'acord de la junta general adoptat per majoria, del seu cessament en aplicació del principi de separació *ad nutum* ex art. 223.1 LSC.

El Tribunal Suprem ha posat de manifest que l'art. 223.1 LSC no distingeix, en ordre a la lliure revocabilitat dels administradors, entre els designats per la majoria i els que ho van ser pel sistema de representació proporcional. Això no obstant, per tal de que el dret de la minoria a tenir representació al consell d'administració pel mecanisme de l'agrupació d'accions no quedi buit de contingut, per la utilització extralimitada o intencionada de la majoria de la

⁹¹ Per més informació sobre aquesta qüestió, vid. el treball de M^a.V. PETIT LAVALL, "Los límites al derecho de información y la reducción del número de consejeros en la sociedad anónima", Diario la Ley, n^o 7882, 18 de junio 2012, p. 1-28.

facultat de cessar sense motiu als representants de la minoria, l'esmentat tribunal ha manifestat que s'ha de: "... *atender a los límites generales impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos y facultades jurídicas, en este caso de los socios integrantes de la mayoría -artículo 7 del Código civil- y además de a las condiciones que son consideradas precisas para la validez de los acuerdos sociales*" (SSTS de 2 de juliol de 2008 i 24 de novembre de 2011).

Per tant, en aquests supòsits el Tribunal Suprem aplica la doctrina de l'abús del dret en constatar l'anormalitat en l'exercici del dret de separació *ad nutum* dels administradors designats pels minoritaris, per part de la majoria de control, i deixar d'aquesta manera sense contingut el dret de representació proporcional.

3.2.b) *Fixació de retribucions excessives*

El règim legal de la remuneració dels administradors de les societats de capital espanyoles presenta unes característiques particulars⁹².

Efectivament, d'una banda es basa en el principi excessivament rígid, que a més ha estat interpretat de forma molt restrictiva per la DGRN, de la determinació estatutària de la retribució⁹³. D'acord amb aquest principi els estatuts socials han de fixar necessàriament que el càrrec és remunerat i a més el sistema de retribució. Cas contrari els administradors no podran percebre cap mena de remuneració.

Però d'altra banda regeix una llibertat quasi absoluta per a la fixació de la quantia de la retribució. Només en el supòsit de remuneració basada en una participació en els beneficis, existeix un sistema de protecció de la societat i dels socis, en establir una prelación en l'aplicació dels beneficis (en la societat anònima), o bé una limitació o topall en el tipus de participació (en la societat limitada). Per a la resta de sistemes de retribució no existeixen limitacions legals a les quanties a percebre pels administradors. En aquest punt l'ordenament jurídic espanyol es diferencia d'altres del seu entorn, com l'alemany o el portuguès, que estableixen directament o indirectament que la remuneració dels administradors ha de fixar-se en funció de les tasques desenvolupades i la situació econòmica de la societat⁹⁴.

Ara bé a l'ordenament jurídic espanyol la quantia de la retribució dels administradors està sotmesa al control judicial.

⁹² Sobre aquesta qüestió podeu veure, F. TUSQUETS TRIAS DE BES, *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid, 1998, pàssim.

⁹³ *Vid.* TUSQUETS TRIAS DE BES, *op. cit.* p. 126 i ss.

⁹⁴ *Id.* pp. 164 i 165. El criteri de la proporcionalitat entre l'import de la remuneració de l'administrador i les tasques desenvolupades, és el que ha seguit la SAP de Barcelona (Secc. 15) de 11 de gener de 2012.

Efectivament, com va posar de manifest la SAT de Barcelona de 21 d'octubre de 1988: “...la ley no entra en lo que una sociedad debe pagar a sus administradores, por lo que la protección del accionista, salvo el caso de retribución mediante participación en los beneficios líquidos, habrá de apoyarse en nociones genéricas, de abuso de derecho, acuerdos contrarios al interés social en beneficio de uno o varios socios o nulidad por pacto leonino, utilizando para ello la acción correspondiente y el procedimiento adecuado...”

I efectivament el Tribunal Suprem ha tingut ocasió de dictar diverses sentències sobre aquesta qüestió:

Cal esmentar en primer lloc la ja clàssica STS de 1 de juliol de 1963 que va manifestar:

“... La jurisprudencia de esta Sala viene cortando los excesos que reiteradamente se vienen cometiendo por los socios mayoritarios que abusando de su fuerza numérica para asignarse pingües emolumentos con cargo a los beneficios sociales en proporción desorbitada con relación a su función, dejando para los accionistas una exigua cantidad que cubra el interés legal que ellos concurren con su condición de Administradores”.

D'altra banda, la STS de 17 de maig de 1979 reconeix l'existència de lesió de l'interès social en l'acord de la junta de fixar un sou al president del consell d'administració per un import molt superior al dels beneficis, tot destacant que aquesta retribució “absorberá todas las ganancias en detrimento de los demás accionistas”.

És també interessant la STS de 27 de març de 1984, que declara la nul·litat parcial dels acords de la junta d'una societat anònima acordant la retribució com a sou de dos components del consell d'administració quan els estatuts determinaven que la retribució no podia excedir del 10 per 100 dels beneficis, i la societat, immersa en una profunda crisi, havia tingut grans pèrdues.

La doctrina considera també abusiva la retribució en supòsits de societat amb pèrdues⁹⁵.

Més recentment la STS de 20 de febrer de 2006 conclou que l'acord de la junta per a la retribució dels administradors “si bien puede poner de relieve un abuso no puede significar que sea la causa del abuso que permita obtener una declaración de nulidad de las cuentas aprobadas, por lo que no es este último el mecanismo oportuno para reclamar el abuso cometido, por cuanto, las cuentas reflejan fielmente la situación patrimonial de la sociedad”. Per tant, tot i reconèixer una situació d'abús del dret, la reclamació no prospera per una qüestió processal.

Per la seva part la STS de 29 de gener de 1974 rebutja el criteri del jutge d'instància de que un sou (de 40.000 ptes. mensuals) per a cada administrador

⁹⁵ Vid. L. HERNANDO CEBRIÁ, “Del socio de control...” cit. p. 191.

empobriria l'haver repartible, perquè aquest argument es aplicable a tota retribució que es pugui fixar, i afegeix que per determinar l'anul·labilitat ha de causar lesió en benefici d'un o més socis, la qual cosa no ha quedat provada per no haver subministrat dades *“para acreditar que es excesiva la retribución impugnada, en proporción al volumen de negocio de la sociedad”*.

De l'anàlisi d'aquestes sentències podem deduir que les retribucions excessives fixades per acord majoritari de la junta poden ser constitutives d'abús de dret si concorren les circumstàncies necessàries que la jurisprudència ha assenyalat. El problema és que el criteri de la jurisprudència del Tribunal Suprem per mesurar l'existència o no d'abús no és uniforme.

Una sentència posa en relació la retribució amb les funcions dels administradors, altres amb els beneficis, i fins i tot amb el volum de vendes de la societat.

En tot cas sembla evident que un control -judicial o arbitral- de les quanties de les retribucions dels administradors societaris requereix de la màxima transparència, tot informant de forma individual respecte dels conceptes retributius de tots i cadascun dels administradors. Malauradament l'art. 260 indicació novena, de la LSC, permet que la memòria dels comptes anuals ofereixi les informacions sobre remuneracions dels administradors de manera global per concepte retributiu. Cosa que no contribueix a la transparència i per tant dificulta el control, judicial o arbitral, sobre les quanties de les retribucions.

3.3.- Operacions sobre el capital social

No cal insistir en la gran importància que en el tipus de societat objecte d'aquest treball té el capital social, tenint especialment en compte que la participació en el capital determina els respectius drets dels socis, tant polítics com econòmics.

Per aquesta raó les operacions que afecten al capital social són susceptibles d'incórrer en abús del dret, i així ho ha assenyalat sovint la doctrina⁹⁶.

Un exemple d'abús en aquest tipus d'operacions seria l'acord d'augment del capital social que tingués com a finalitat diluir la participació del soci minoritari.

Tal és el supòsit contemplat per la STS de 5 de març de 2009, que manifesta: *“la apreciación de una actuación torticera, por fraudulenta y/o abusiva, en cuanto se encamina a reducir la participación de la consocia a menos del cinco por ciento del capital social, al producirse el desconocimiento por la misma de un aumento del capital de la sociedad de responsabilidad limitada “familiar” y del consiguiente anuncio de la oferta de suscripción de participaciones en la proporción correspondiente”*.

⁹⁶ Vid. L.- HERNANDO CEBRIÁ, “Del socio de control ...”, cit. p. 191 i E. GARCÍA GARCÍA, “La invocación del abuso de derecho ...” cit. pp. 4-6.

S'ha de tenir en compte que una participació del cinc per cent es la mínima requerida per l'exercici de determinats drets, entre ells, la sol·licitud al registre mercantil de nomenament d'un auditor de comptes quan la societat no està obligada a sotmetre els comptes anuals a verificació (art. 265.2 LSC); el dret en les societats limitades d'examinar en el domicili social, els socis per si mateixos o en unió d'un expert comptable, els documents que serveixin de suport i d'antecedents dels comptes anuals (art. 272.3 LSC); la petició de convocatòria de junta general (art. 168 LSC); i en la societat anònima la sol·licitud de complement de convocatòria (art. 172.1); i la sol·licitud, també en la societat anònima, de presència de notari perquè aixequi l'acta de la junta (art. 203.1 LSC), etc...

Cal però tenir molt en compte que l'augment de capital és una operació legítima que està regulada en la LSC (arts. 295 i ss LSC), amb unes normes concretes de protecció del soci, i que, normalment la decisió d'ampliar el capital social serà correcta i adient, doncs és en principi preferible a un endeutament front a tercers. Per afrontar les necessitats de la societat és normalment més convenient fer-ho amb recursos propis que incrementant el passiu exigible. En definitiva els augments de capital afavoreixen en principi l'interès social (*vid.* SSTS de 5 de juliol de 1986 i 4 de març de 2000).

Per aquestes raons en moltes ocasions les pretensions de nul·litat d'acords socials d'augment de capital fonamentades en l'abús de dret han estat desestimades (SSTS de 13 de juliol de 2000 i 12 de juliol de 2002). L'aplicació de la doctrina de l'abús de dret requereix del concurs dels elements esmentats en els apartats precedents, i en especial en aquests supòsits, de la prova de que l'augment té per finalitat diluir la participació d'un o més socis minoritaris. En aquest sentit, per exemple la SAP de Huelva de 14 de gener de 2003 diu que no descarta que l'augment pugui ser perjudicial per un dels socis, però que no ha estat provat que la intenció de l'acord fos apartar definitivament del protagonisme al soci en la presa de decisions.

Per tal de determinar la finalitat real de l'augment pot ser rellevant l'informe escrit que, en seu de societats anònimes (art. 296.1 en relació amb l'art. 286 LSC), han de redactar els administradors amb la justificació de la modificació estatutària i en aquest cas de l'augment del capital⁹⁷.

En aquest sentit la STS de 16 de febrer de 2007 indica que: “... *la propuesta de aumento de capital se despachó no solo con brevedad inusitada, sino que es inexpresiva absolutamente y no se refiere a las concretas razones de la modificación, con lo que no ha contribuido a orientar la decisión ni el voto y viene a promover una elección arbitraria, por inmotivada de la mayoría*”.

També pot ser un element que contribueixi a aclarir la intencionalitat de

⁹⁷ D'aquesta opinió E. GARCÍA GARCÍA, “La invocación del abuso de derecho...”, cit. p. 5.

l'acord d'augment de capital, per exemple, la fixació d'una prima d'emissió molt alta que dificulti als socis minoritaris la possibilitat de participar en l'ampliació acordada⁹⁸.

En definitiva, s'han de considerar els aspectes subjectiu, objectiu i les circumstàncies que concorren en cada situació concreta (art. 7.2 C.C.).

En aquest sentit es prou significativa la SAP de Madrid de 31 de març de 2005. Es tractava d'una societat el capital social de la qual estava repartit al 50 per 100 entre dos branques familiars, amb dos administradors (un per cada branca) i, com és habitual en aquest tipus de societats, les juntes es celebren amb caràcter d'universal. Durant les vacances d'agost de 2002, un dels administradors convoca junta general que publica en el BORME i en el diari "La Razón". Els socis de l'altra branca no hi van concórrer i la junta va acordar un augment del capital que va subscriure només la part assistent, que d'aquesta manera va passar a tenir la majoria. Immediatament va cessar a l'altre administrador. Els perjudicats van interposar una demanda d'impugnació d'acords per frau de llei i abús de dret que va prosperar i l'Audiència va confirmar⁹⁹.

El fet d'haver modificat el sistema de convocatòria de la Junta s'ha plantejat efectivament en diverses ocasions com a constitutiu d'abús del dret, per considerar que la finalitat ha estat la de sorprendre al soci i evitar la seva assistència a la junta¹⁰⁰.

En la STS de 1 de març de 2006 es fa referència a l'omissió de la comunicació personalitzada als socis com s'havia fet en juntes precedents, si bé es pren en consideració que la publicació formal s'havia fet en un mitjà de molt escassa circulació en el lloc del domicili social.

Per contra, la STS de 9 de desembre de 1999 accepta la validesa de la convocatòria formal, en lloc de la comunicació informal anterior, i adverteix del risc que podria suposar la generalització d'exigències més enllà de les previstes a la llei i als estatuts. A més té en compte, per acceptar el canvi de forma, les circumstàncies derivades d'una ruptura de la confiança que abans existia entre els socis.

3.4.- Retenció injustificada de beneficis

De totes les conductes abusives de la majoria, la més rellevant i la probablement més freqüent en la pràctica empresarial és la que consisteix en no

⁹⁸ Vid. L. HERNANDO CEBRIÁ, "Del socio de control ..." cit. p. 192.

⁹⁹ Cita i comenta aquesta sentència T. VÁZQUEZ LEPINETTE, *La protección de los minoritarios...*, cit. p. 37.

¹⁰⁰ D'aquesta opinió E. GARCÍA GARCÍA, "La invocación del abuso de derecho ..." cit. p. 7.

distribuir dividendes tot i l'existència de beneficis.

Efectivament, si bé un dels principals drets econòmics del soci és el de participar en el repartiment dels guanys socials (art. 93 LSC), es tracta d'un dret de caràcter abstracte, ja que la decisió respecte de l'aplicació del resultat positiu de l'exercici correspon a la junta general (art. 273 LSC). I la junta general té la potestat de decidir entre la dotació de reserves i la distribució de dividendes.

En efecte, els administradors tenen el deure de gestionar adequadament la societat i perseguir l'interès social i, per tant en principi han de procurar la maximització dels beneficis¹⁰¹, però és evident que una cosa és l'obtenció de beneficis per a la societat, i una altra la necessitat de la seva distribució entre els socis.

Cal tenir en compte que l'acord de destinar els beneficis a reserves no només pot ser sovint una decisió raonable, sinó a més beneficiosa per a l'interès social, atès que contribueix a reforçar els recursos propis de la companyia.

En tot cas no correspon als tribunals interferir en les decisions empresarials ni jutjar el seu encert o desencert econòmic¹⁰². És el que la doctrina anglosaxona anomena "*Business judgment rule*".

En aquest sentit s'ha pronunciat el Tribunal Suprem, entre d'altres en les SSTS de 18 de març de 1981, 12 de juliol de 1983 i 17 d'abril de 1997.

Ara bé, la decisió de no repartir els beneficis, especialment de manera reiterada, pot ésser una conducta constitutiva d'abús de dret.

Certament la manca sistemàtica de distribució de dividendes ha provocat conflictes entre els socis minoritaris aliens a la gestió i els socis de control que es neguen injustificadament al repartiment de beneficis, normalment perquè ja obtenen rendiments de la societat per altres vies, com la retribució d'administradors, sous de directius, contractes vinculats, etc...¹⁰³.

En aquest sentit s'ha pronunciat el Tribunal Suprem en la STS de 26 de maig de 2005: "*Privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática, ya que se declara probado que nunca ha repartido dividendos entre sus socios, se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los tribunales, pues se trata de una 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, en este caso dos socios hermanos, frente a la minoría (la demandante que recurre)*".

¹⁰¹ D'aquesta opinió L. HERNANDO CEBRIÁ, "Del socio de control ..." cit. p. 185.

¹⁰² Així observat per E. GARCÍA GARCÍA, "La invocación del abuso de derecho ..." cit. p. 2.

¹⁰³ Vid. M.J. SILVA SÁNCHEZ / J.M. SAMBEAT SASTRE "Análisis y crítica del artículo 348 bis de la ley de sociedades de capital, Diario La Ley, nº 7844, de 24 d'abril de 2012, p. 2.

També en la jurisprudència menor trobem casos en què la manca de repartiment de dividendes ha estat constitutiva d'abús de dret (SAP de Álava de 19 d'octubre de 2010 i SAP de Madrid de 5 d'octubre de 2005).

Però no sempre els tribunals han considerat abusiu l'acord de no repartir dividendes, ans al contrari la major part de les sentències de les Audiències entenen que no s'ha produït abús¹⁰⁴: així les SSAP de Barcelona de 25 de juliol de 1994, de Saragossa de 13 de juliol de 2005 i d'Alacant de 15 de juliol de 2010, entre d'altres. En aquestes sentències es posa de relleu que correspon a la junta la decisió sobre el repartiment dels beneficis, i que el dret del soci de dividend no sorgeix sinó després del corresponent acord de la junta.

La jurisprudència també ha assenyalat que la dotació de reserves és aconsellable com a principi de prudència, atesos els deutes de la societat (SAP de Saragossa de 26 de març de 2002), o per garantir un fons de previsió futura (SAP d'Alacant de 27 de setembre de 2000).

Un dels elements significatius per a la declaració de l'abús ha estat que la manca de distribució de dividendes hagi estat reiterada i sistemàtica durant diversos exercicis. Així, per exemple, s'ha considerat abusiu el transcurs de sis anys consecutius sense repartir dividendes, malgrat haver tingut la societat resultats positius (SSAP de València de 5 de juny i 15 de setembre de 1997).

Per contra no s'ha apreciat abús de dret el transcurs de tres exercicis positius sense repartiment de dividendes per aplicar íntegrament els beneficis a reserves (SSAP de Madrid de 30 de gener i 24 de setembre de 2009).

En certes ocasions la pretensió de que es declarés abusiva la manca de repartiment de dividendes no ha pogut prosperar per qüestions processals. Així ha estat, per exemple, en els casos en què s'ha plantejat que l'abús consistia en què retribucions excessives o impropcedents dels administradors havien absorbit els beneficis (SAP de Balears de 23 de maig de 2011). Però ja hem vist en l'apartat precedent que, en aquests supòsits el que procedeix és la impugnació (per abusiva) de la retribució¹⁰⁵.

Una qüestió que val la pena considerar és la relativa als efectes de la declaració judicial que reputa abusiva la manca de distribució de dividendes. Totes les sentències, en aquests supòsits, anul·len els corresponents acords de la junta, però només alguna (per exemple la ja esmentada STS de 26 de maig de 2005 i la de l'Audiència que confirma) ha acordat l'obligació de repartiment de dividendes en la part proporcional per la participació en el capital dels demandants. Efectivament, la doctrina majoritària considera que la decisió

¹⁰⁴ D'aquesta opinió F. SILVÁN RODRÍGUEZ / I. PÉREZ SERRANO, "Derecho de separación de dividendos: el controvertido artículo 348 bis LSC", Diario La Ley, nº 7813, 7 de marzo de 2012, p.2

¹⁰⁵ En aquest sentit, *vid.* E. GARCÍA GARCÍA, "La invocación del abuso de derecho...", cit. p. 4.

de l'aplicació del resultat correspon a l'òrgan social, i no al jutge que no pot valorar l'oportunitat empresarial d'aquest tipus de decisions¹⁰⁶. Per contra, un altre sector doctrinal, que considera que el repartiment de dividendes hauria de ser la regla general, admet la possibilitat de que el jutge obligui al repartiment, ja que d'altra manera els minoritaris haurien d'impugnar cada cop els acords de no distribució de dividendes.¹⁰⁷

3.5.- *El controvertit article 348 bis de la LLEI DE SOCIETATS DE CAPITAL*

3.5.a) *Comentari del precepte*

La Llei 25/2011, d'1 d'agost, de reforma parcial de la llei de societats de capital i d'incorporació de la Directiva 2007/36/CE, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de juliol, sobre l'exercici de determinats drets dels accionistes de les societats cotitzades (BOE núm. 184, de 2 d'agost), va introduir l'article 348 bis en la LSC.

Aquest precepte legal concedeix a partir del cinquè exercici a comptar de la inscripció en el Registre Mercantil, un dret de separació al soci que hagi votat a favor de la distribució dels beneficis socials, quan la junta general no acordi la distribució com a dividend, almenys, d'un terç dels beneficis propis de l'explotació de l'objecte social obtinguts durant l'exercici anterior, que siguin legalment repartibles. Queden excloses d'aquest dret les societats cotitzades.

La norma va entrar en vigor el 2 d'octubre de 2011, però com veurem, l'article primer, apartat quatre de la Llei 1/2012, de 22 de juny, de simplificació de les obligacions d'informació i documentació de fusions i escissions de societats de capital, va suspendre la seva aplicació fins al 31 de desembre de 2014, mitjançant la introducció d'una disposició transitòria en la LSC, amb efectes des del dia 24 de juny de 2012.

Certament la suspensió de la vigència d'un precepte legal després de dos anys de la seva promulgació i per mitjà d'una disposició transitòria no constitueix un exemple de política legislativa adequada.

Es tracta (l'art. 348 bis LSC) d'una modificació de la legislació societària molt significativa, de les més importants dels darrers anys i com a tal ha estat rebuda de forma desigual per la doctrina.

Així alguns autors critiquen que estableixi l'obligatorietat de repartir divi-

¹⁰⁶ Vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, "La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por "justa causa" en una sociedad anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005", *RdS*, 2006-1, p. 269 i ss.

¹⁰⁷ D'aquesta opinió J. ALFARO / A. CAMPINS, "El abuso de la mayoría en la política de dividendos. Un repaso por la jurisprudencia", *OTROSÍ* n° 5, enero-marzo 2011.

dends¹⁰⁸, altres la seva aplicació generalitzada i no només per als supòsits d'opressió de la minoria¹⁰⁹, i també la seva redacció que genera molts dubtes¹¹⁰, i fins i tot la seva inoportunitat atesa l'actual situació econòmica de crisi.

Però d'altra banda s'ha destacat que constitueix un intent d'incorporar a l'ordenament jurídic espanyol un mecanisme de protecció de la minoria front a conductes abusives de la majoria¹¹¹.

La *ratio* del precepte la constitueix sens dubte la protecció de la minoria front als casos d'abús de dret de la majoria per retenció injustificada de beneficis¹¹².

Com a precedents d'aquesta norma podem citar l'art. 87 de l'avantprojecte de Llei de societats de responsabilitat limitada de 1995, que establia el

¹⁰⁸ D'aquesta opinió R. ILLESCAS, en la editorial de la Revista Derecho de los Negocios nº 254, noviembre 2011, titulat "¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado?".

¹⁰⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ / SAMBEAT SASTRE, "Análisis y crítica del artículo 348 bis...", cit. p. 1

¹¹⁰ Vid. J.L. LUCEÑO OLIVA, "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, nº 7709, 5 de octubre de 2011; també SILVA SÁNCHEZ i SAMBEAT SASTRE, *loc. cit.*

¹¹¹ Així, SILVA SÁNCHEZ / SAMBEAT SASTRE, *loc. cit.*; també destaca aspectes positius J. ALFARO, "Derecho de separación del socio en caso de sequía de dividendos: El nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital", *ALERTA MERCANTIL*, Noviembre 2011; i considera de forma molt positiva el nou precepte A. GARCÍA SANZ, "Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos", *RdS*, nº 38, 2012.1, pp. 55 a 71, esp. p. 63.

¹¹² El precepte es va incloure com a conseqüència de l'esmena d'addició (la núm. 21) presentada pel Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 111-11, de 30 de mayo), amb la justificació següent: "*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 "propuesta de Código de Sociedades Mercantiles" de 2002 (art. 150), ya incluyó una norma semejante a la que este Grupo propone introducir en la Ley de Sociedades de Capital a fin de hacerlo efectivo ese derecho. 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 reservas, y se satisface simultáneamente la legítima expectativa del socio.*

De otra parte, con la fórmula que se propone se evita tener que repartir como dividendos las ganancias extraordinarias (como, por ejemplo, las plusvalías obtenidas por 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 art. 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital. Finalmente, esta Enmienda ha pasado todos los trámites parlamentarios y se ha visto reflejada en la Ley 25/2011, que ha añadido este nuevo supuesto de ejercicio de derecho de separación".

repartiment obligatori de dividendes a partir del tercer any des de la constitució o la transformació en societat limitada¹¹³, i també la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, de la Sección de lo Mercantil de la Comisión General de Codificación*, de l'any 2002, l'art. 150 de la qual és el que ha inspirat el precepte objecte de comentari, però amb la significativa diferència que en la *Propuesta de Código* quedava clar que era una norma de caràcter dispositiu, que els estatuts podien per tant derogar.

Podem igualment considerar com a precedent o antecedent de la nova norma les sentències dictades pel Tribunal Suprem anul·lant els acords de retenció abusiva i injustificada de beneficis, en particular la ja comentada STS de 26 de maig de 2005.

I durant l'escàs període de vigència que ha tingut, per ara, el nou precepte, el Tribunal Suprem ja ha dictat, com a mínim, dues sentències sobre aquesta qüestió en les que, sense aplicar òbviament per raons temporals l'art. 348 bis LSC, sembla que l'estigui interpretant¹¹⁴. Són les SSTS de 5 d'octubre de 2011 i 7 de desembre de 2011. En la primera de les quals es fa constar que una errònia comptabilització de deutes pot ser el mecanisme per ocultar l'existència de beneficis, i d'aquesta manera privar al soci minoritari del seu dret a participar en els guanys, afegint-hi que la privació sense causa i retenció injustificada dels beneficis es presenta com una conducta abusiva.

Sembla per tant que el Tribunal Suprem està advertint que no podran les societats evitar l'aplicació del nou precepte per la via de reduir els beneficis, i confirma que la nova norma no implica la derogació de la doctrina jurisprudencial que aplica la teoria de l'abús del dret als acords socials sobre distribució de beneficis¹¹⁵.

En la segona confirma la impugnabilitat dels acords fonamentats en l'abús del dret i l'abús de poder, i considera que la privació injustificada de beneficis al soci minoritari és constitutiva d'abús amb independència del nombre d'exercicis en què això s'hagi produït, i aclareix que la STS de 26 de maig de 2005 si bé fa referència a la conducta reiterada de retenció de beneficis, en cap cas ho exigeix per considerar que el comportament fos abusiu. D'aquesta manera sembla que el Tribunal Suprem estigui contestant les crítiques al nou precepte que obliga a repartir dividendes si hi ha beneficis, sense tenir en compte si s'han repartit o no dividendes en els darrers exercicis.

¹¹³ Per una crítica d'aquesta norma que no va arribar a aprovar-se, podeu veure J. BISBAL, "Las cuentas anuales", *RdS*, n° extraordinario, 1994, p. 591 i ss.

¹¹⁴ De la mateixa opinió R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, "El dret de separació de l'art. 348 bis de la Llei de Societats de Capital", *Món Jurídic*, desembre 2011-gener 2012, p. 17 i ss.

¹¹⁵ D'aquesta opinió J. ALFARO "Derecho de separación del socio ...", cit. pp. 3 i 4.

Aquest nou precepte ha estat, com ja s'ha dit, objecte de polèmica i discussió doctrinal. Una de les qüestions que s'ha plantejat és la de si té caràcter imperatiu o bé és una norma dispositiva. Al meu entendre la redacció no deixa lloc als dubtes, es tracta d'una norma imperativa. Cal tenir a més en compte que l'art. 150 de la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, en el que s'ha inspirat, feia l'expressa manifestació de “*salvo disposición contraria en los estatutos sociales*”, que la redacció del nou precepte elimina. La doctrina majoritària entén que es tracta d'una norma imperativa o de dret necessari¹¹⁶, però alguns autors s'inclinen per la consideració del seu caràcter dispositiu, i entenen que per decisió unànime dels socis els estatuts poden derogar el precepte¹¹⁷.

Ara bé, als efectes d'aquest treball el que interessa destacar del nou i controvertit art. 348 bis LSC, és que, quan hi concorren els elements previstos, concedeix al soci minoritari el dret de separació, és a dir a percebre de la societat l'import del valor raonable de les seves accions o participacions¹¹⁸.

En efecte, com s'ha vist en els precedents apartats d'aquest treball, existeix la possibilitat de que es declari judicialment (o per un àrbitre) abusiva la decisió de retenir injustificadament els beneficis, i fins i tot, que es condemni a la societat a repartir la part proporcional dels beneficis als socis que han impugnat els acords (SAP de Àlava de 19 d'octubre de 2010 i SAP de Barcelona de 21 de desembre de 2010). Però les decisions judicials o arbitrals poden no resoldre definitivament les situacions d'opressió de la minoria.

Tanmateix, com s'ha posat de manifest per la doctrina, el nou precepte pot facilitar també l'abús (o tirania)¹¹⁹ de la minoria, en obligar a la societat a repartir dividendes fins i tot en situacions que la prudència que ha de presidir l'actuació empresarial no ho aconselli, les quals certament no estan previstes com a excepcions en la norma¹²⁰.

Atesa l'actual situació de suspensió de la vigència del nou precepte, caldrà

¹¹⁶ Vid. SILVÁN RODRÍGUEZ / PÉREZ HERNANDO, “Derecho de separación y dividendos ...”, cit. Pp. 4 i 5; també SILVA SÁNCHEZ / SAMBEAT SASTRE, “Análisis y crítica del art. 348 bis...” cit. p. 5.

¹¹⁷ D'aquesta opinió ALFARO, “Derecho de separación...”, cit. Pp. 4 i 5; i A. CAMPINS “Derecho de separación por no reporte de dividendos. ¿Es un derecho disponible por los socios?”, Diario La Ley, n° 7824, 23 de marzo de 2012, pàssim.

¹¹⁸ Per a més informació sobre el dret de separació podeu veure la monografia de R. Bonardell i R. Cabanas, “*Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*”, Pamplona, 1998; i sobre l'estat actual de la qüestió el treball de J. BRENES CORTÉS, “El Derecho de separación y principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades”, *RdS*, n° 37, 2011-2, pp. 19 i ss.

¹¹⁹ Vid. E. POLO, “Abuso o tiranía”, cit. 2287 on exposa la problemàtica derivada del poder exercit de forma il·legítima per la minoria, que qualifica de “tirania”.

¹²⁰ Vid. ILLESCAS “Se han convertido las sociedades ...” cit.; també A. CAMPINS, “Derecho de separación por no repartir ...”, cit. p. 2.

esperar un temps prudencial per comprovar si l'art. 348 bis LSC ha estat o no útil als efectes de protecció de la minoria en els supòsits d'opressió per retenció injustificada de beneficis.

Nogensmenys el controvertit art. 348 bis LSC es compatible amb l'exercici d'accions d'impugnació d'acords socials fonamentades en la prohibició de l'abús del dret, i per tant els socis minoritaris que ho desitgin podran -estigui o no vigent aquest precepte- seguir invocant la doctrina de l'abús del dret en la seva defensa.

3.5.b) *El dret de separació com a solució del conflicte societari*

En els apartats precedents hem pogut constatar que els conflictes societaris derivats d'enfrontaments entre la majoria de control i els socis minoritaris són molt habituals.

L'existència d'abundant jurisprudència evidencia certament la freqüència d'aquest tipus de controvèrsies.

I és molt clar que els conflictes intrasocietaris no contribueixen en absolut a la bona marxa i adequat funcionament de les societats. D'aquestes situacions se'n deriven costos importants per a les societats, els seus socis i els administradors.

Cal, per tant, cercar solucions.

L'aplicació de la doctrina de l'abús del dret pot comportar l'anul·lació de decisions abusives de la majoria de control. Però, com hem pogut comprovar, s'aplica per la jurisprudència de forma restrictiva, i presenta sovint importants dificultats probatòries. A més a més els conflictes majoria *versus* minoria tendeixen a enquistar-se i esdevenen problemes permanents. En aquestes circumstàncies, els socis minoritaris en situació d'opressió es veurien obligats a impugnar constantment per abusius els acords socials, amb els importants costos de tota mena que això comportaria.

Per tant, l'aplicació de la doctrina de l'abús del dret pot no resoldre definitivament el conflicte.

Per contra, l'exercici del dret de separació permet la resolució definitiva d'aquests problemes, atès que el soci surt de la societat però percep el valor raonable de les seves accions o participacions, mentre que la societat, sense el soci minoritari, pot continuar desenvolupant la seva activitat. És a dir, la separació suposa la ruptura del vincle societari només pel soci que ha exercitat el dret; els socis restants segueixen vinculats pel contracte societari.

Com és sabut, regeix entre nosaltres, el principi d'interdicció de les vinculacions perpètuas.

Després de la CE de 1978 van anar desapareixent els vincles perpetus o indefinits creats per normes preconstitucionals: la llei de divorci, el Reial decret llei 2/1985, de 30 d'abril (Decret Boyer) de supressió de l'obligato-

rietat de la pròrroga forçosa en els arrendaments urbans, i les modificacions respecte dels contractes de treball de l'Estatut dels treballadors, constitueixen alguns clars exemples.

Doctrina i jurisprudència admeten pacíficament que en els contractes bilaterals de durada indefinida, qualsevol de les parts té dret a l'extinció del contracte mitjançant una denúncia *ad nutum*, és a dir sense que hi concorri causa justificada.

Doncs bé, el dret de separació constitueix, d'alguna forma, la transposició d'aquest dret de denúncia dels contractes bilaterals, al contracte societari plurilateral i complex. En definitiva l'aplicació de l'esmentat principi d'interdicció de les vinculacions perpètuas a les societats de capital.

Malgrat que la separació *ad nutum* en les societats de capital no és una qüestió pacífica en la doctrina¹²¹, tant la DGRN (R. de 2 de novembre de 2010) com el Tribunal Suprem (STS 15 de novembre de 2011) han admès aquesta possibilitat.

Tanmateix, en supòsits d'abús de la majoria i correlativa situació d'opressió de la minoria, per retenció injustificada de guanys o per qualsevol altra de les causes analitzades, podria defensar-se la procedència no ja d'una denúncia *ad nutum*, sinó fins i tot per causa justa, atès que la situació d'opressió es pot considerar que altera el contracte de societat¹²².

D'aquesta manera el dret de separació per causa justa permetria, com s'ha avançat, resoldre de forma definitiva les situacions opressives dels socis minoritaris de les societats de capital que, en haver perdut l'*affectio societatis*, podrien sortir de la societat, i rebre el valor raonable de les seves participacions.

El dret espanyol, però, no contempla per a les societats de capital¹²³, a diferència d'altres ordenaments europeus com els de Bèlgica, Holanda o Regne Unit, el reconeixement legal del dret de separació per causa justa en general, sinó només pels motius concrets previstos a la llei (modificacions dels elements essencials del contracte social) i als estatuts.

Tot i això alguns autors consideren que el dret espanyol vigent inclou una causa legal, implícita, de separació per causa justa fonamentada en el ja esmentat principi d'interdicció de les vinculacions perpètuas, i també en el deure de lleialtat¹²⁴ i el principi de bona fe.

Altres autors proposen, com a fórmula per resoldre la qüestió, la incorpo-

¹²¹ Sobre l'estat de la qüestió podeu veure L. FERNÁNDEZ DEL POZO, "La arbitrabilidad de un derecho estatutario...", cit. p. 278 i ss; més recentment el treball de N. IRÁ-CULIS ARREGUI, "La separación del socio sin necesidad de justificación por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio", *RdS*, nº 38, 2012.1, p. 225 i ss.

¹²² D'aquesta opinió J. BRENES, "El derecho de separación ...", cit. p. 36.

¹²³ La doctrina majoritària entén que en les societats mercantils personalistes constituïdes per temps indefinit s'ha de reconèixer al soci el dret de separació per causa justa. *Vid.*, per tots, L. FERNÁNDEZ DEL POZO, "La arbitrabilidad de un derecho ...", cit. p. 280.

¹²⁴ *Vid.* J. ALFARO, "Derecho de separación ...", cit. p. 2.

ració d'una clàusula estatutària de submissió a arbitratge d'equitat de la controvèrsia societària sobre l'existència o no de causa justa, que permeti al soci, si s'escau, l'exercici del dret de separació estatutàriament previst¹²⁵.

És evident que la inclusió en la normativa societària d'una clàusula general que, en aquestes situacions de conductes abusives en perjudici del soci minoritari, permetés l'exercici del dret de separació clarificaria tota aquesta problemàtica. Permetria, efectivament, solucionar molts conflictes societaris i evitaria l'excessiva judicialització d'aquesta mena de controvèrsies.

Cal, per tant, al meu entendre, aprofundir en aquesta via i esperem que en el temps que resta fins a l'1 de gener de 2015, en què el controvertit art. 348 bis tornarà a estar en vigor, els molts dubtes que aquesta complexa qüestió planteja s'hagin dissipat.

Arribat aquest punt em permeto recordar la cita del poeta llatí –amb formació jurídica- OVIDI que encapçala aquest treball, i que traduïda al català seria: “*les lleis es dicten perquè el més fort no ho pugui tot*”.

En la meua opinió aquest *dictum* sintetitza els principis generals de protecció dels més febles que impregnen l'ordenament jurídic, i que han inspirat aquest treball.

I finalitzo la meua exposició.

L'escriptor i professor triestí Claudio MAGRIS, doctor *honoris causa* per la UB, va escriure que “*saber i seguir sent alumne no és poca cosa, és com ésser ja quasi un mestre*”¹²⁶.

Jo ingreso a l'Acadèmia per seguir sent alumne, per continuar estudiant i per aprendre de tots vosaltres, admirats companys de l'Acadèmia.

Està molt clar que jo no sóc ni seré mai “*savi en dret*”, com efectivament ho va ser l'insigne jurista Jaume de Montjuic, el setial del qual vinc a ocupar.

Però, almenys, he intentat, no sé si ho he aconseguit, imitar el meu predecessor immediat J.M. Pou de Avilés que, segons va exposar el professor Luna en la seva necrològica, sabia reduir el que era complicat a la senzillesa.

Certament l'assumpte que he tractat d'exposar en aquest discurs és complex, però també perquè hom tendeix a barrejar els seus aspectes jurídics amb els econòmics. Efectivament, hi ha una tendència avui dia a exagerar la importància de l'aspecte econòmic de totes les coses. Ja va denunciar l'historiador anglès Tony JUDT, malauradament desaparegut ara fa dos anys, que la reducció de l'experiència humana a la vida econòmica s'ha convertit en una cosa natural¹²⁷.

Jo, per la meua part, tot seguint la “Teoria pura del Dret” de KELSEN,

¹²⁵ D'aquesta opinió L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “La arbitrabilidad de un derecho...”, cit. p. 296 i ss.

¹²⁶ Vid. C. MAGRIS, *Utopía y desencanto*, Barcelona, 2001, p. 42.

¹²⁷ T. JUDT, “*El món no se'n surt*”, Barcelona, 2010.

he preferit tenir en compte la recomanació del mestre dels mercantilistes D. Joaquín GARRIGUES, que a la seva obra clàssica “*Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas*” va escriure: “No conviene, sin embargo, exagerar la preponderancia económica en la legislación de sociedades, confundiendo el aspecto económico con el jurídico, porque el objeto de la ciencia jurídica son siempre las *normas* y no las leyes económicas y naturales”¹²⁸.

Barcelona - Millàs
estiu de 2012

¹²⁸ *Vid.* la reedició de l'esmentada obra del professor Garrigues, per l'editorial CIVITAS, l'any 1998, p. 5.

CONTESTACIÓ
de l'acadèmic de número
IL·LM. SR. DR. RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA

Con la venia Hon. Sr. Presidente:

Mi intervención se articulará en los siguientes seis apartados:

- 1.- *El doctor Francisco Tusquets Trias de Bes, hombre y jurista de su tiempo.*
- 2.- *“Abuso de derecho y tutela de la minoría en las sociedades de capital”, es el objeto del discurso.*
- 3.- *“El derecho de separación de la minoría protegido por un eventual abuso de derecho de la mayoría.”¹*
- 4.- *La dudosa necesidad de proteger a la minoría.*
- 5.- *La operación sobre el capital del artículo 348 bis (I.S.C.).*
- 6.- *Palabras finales.*

¹ Las “Notas” a pie de página que se contienen en el “Discurso” sobre el derecho de separación, constituyen un andamiaje doctrinal exhaustivo y sólido. Mi “laudatio”, también, se extiende al contenido del “Discurso” (incluidas sus “Notas”) y no solamente a la trayectoria y obra del beneficiario.

He creído oportuno reseñar alguna “Nota” en la contestación mía como pistas indicativas, pero no como refuerzo argumental, pues las del “Discurso” son más que suficientes.

Me permito destacar la monografía de Ignacio Farrando Miguel: “El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Responsabilidad Limitada”; Civitas, Madrid, 1998, 223 páginas. Merece ser citada expresamente como obra que abre una corriente doctrinal abundante y fecunda. Pero abrir camino, tiene un plus digno de mención.

1.- *El doctor Francisco Tusquets Trias de Bes, hombre y jurista de su tiempo.*

Podíamos hablar de “tiempos” vividos, con distintas realidades y deseos.

Nacido en 1948, en la Barcelona que comienza a entonarse, vive los tormentos, todavía, años cincuenta y comienzos de lo sesenta su singladura escolar.

Comienza la licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona en otoño de 1965. Sólo un Philip Roth o un Steiner podrían expresar con palabras la electricidad de alto voltaje, el resplandor en la vida cotidiana y académica que lucía en esa Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Era un clima con grandeza teatral. Así yo lo percibía desde la Complutense de Madrid, enfrascado durante ese período en mi preparación de oposiciones a la Cátedra. Francisco Tusquest Trias de Bes finaliza su Licenciatura en 1970, el mismo año que yo accedo, por oposición, a la Cátedra de Derecho Mercantil.

Podríamos entender que pertenecemos a una misma generación. No es así. Acaso sería acertado referirnos a grupos generacionales de una misma generación. La velocidad en el acaecer de los acontecimientos nos obliga a hablar de generaciones sucesivas, pero distintas.

Francisco Tusquets Trias de Bes pertenece a una generación que afloró en la España de finales de los 60 y principios de los 70, que se educó en el esfuerzo, produciendo resultados gracias al tesón y nervio de una ambición entendida como despegue de lo vulgar para llevarnos a la orilla de la lejana posibilidad del conocimiento. Quienes les precedimos en el tiempo les contagiamos ambición intelectual. Ambición intelectual como antídoto de lo vulgar.

Generación la suya desenfadada; crítica; renovadora; rupturista sin traumas, pues entendía – y creo así lo practicamos con la tolerancia – que fue necesario refugiarse en la ficción válida para nosotros que la última tragedia había sido Antígona. Esta convicción basada en la reconciliación, nos hizo aceptar que lo acaecido inmediato en el tiempo podía haber sido patético, pero superable. Ayer no más.

Lo que digo no es una forma de decir, es una verdad literal.

Nos conocimos en 1971. Me resultó, en el primer encuentro, tan natural como reflexivo. Se vislumbraba su emoción, todavía, con Paris /68; no hablaba de Collin o Armstrong, pero sí del “Moon landing” de Auden (agosto 69); estuve seguro que contempló, en 1967, a Catherine Deneuve en la “Belle du jour”, de Luis Buñuel, coincidiendo 1967, con su paso del “ecuador” en la licenciatura. Más aun: tuve la convicción que asistió, antes de empezar a estudiar la “Introducción al Derecho” del Prof. Ángel Latorre, el 3 de junio de 1965, en la Monumental de Barcelona, a escuchar y vibrar con los “Chicos de Liverpool” identificándose con el “Love me do”. En cambio, dudé si llegó a esperarlos que bajaran de la gran suite (Nº 111) del Avenida Palace, sito en lo

que entonces era la Avenida Gran Vía de José Antonio, hoy “Gran Vía de las Cortes Catalanas”.^{2 3}

Supo adaptarse a una Universidad que nacía, la Autónoma de Barcelona, recién creada (1971), dónde inicié a ejercer docencia como catedrático en Cataluña.

Las Universidades que nacen son frágiles, pero tenaces. Están sometidas a tensiones fundamentales y fundamentalistas, no exentas de ambigüedades. Él y yo, juntos, supimos comprenderlo lo suficiente para que se consolidase nuestra alianza personal y universitaria, en ese escenario.

Esta alianza, con cierto carisma de aventura, salta en 1977, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona (cuando por concurso me traslado a esta Facultad y Universidad), con el compromiso por mi parte de abrir el ámbito (“ambiente”, dirían en Roma) de lo que fue un círculo personal. Era necesario, y así lo hice, dar opción y alas académicas, a un grupo heterogéneo de licenciados que esperaban con ilusión disponer de la oportunidad de ver atendidas sus respectivas aspiraciones de ser dirigidos en sus trabajos de tesis doctorales, que se encontraban en situación expectante. Todos aquellos que en una calurosa mañana de junio de 1978, cuando tomé posesión de la Cátedra, me manifestaron su aspiración aparcada, de iniciar y avanzar en su trabajo de tesis, fueron correspondidos por mí en el transcurso los cerca de cuarenta años de docencia activa en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Fueron atendidos puntual y necesariamente, pausadamente, pero sin dilaciones⁴.

Alguno de aquellos (1977/78), tan cerca tan lejos, integran el profesorado del actual Departamento de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Más tarde se incorporaron otros, doctorándose en Bolonia, y ampliando estudios en Yale; Stanford; o Berkeley; Munich u otras Universidades.

Propósito iniciado y magistralmente mantenido y engrandecido por el

² A. Latorre: “Introducción al Derecho”, Barcelona, 1968; 237 páginas.

³ Para ampliar: Magí Crusells y Alejandro Iranzo: “The Beatles, una filmografía musical”; 1992; Cuentan la anécdota (casi categoría), que en 1969, se prohibió en España el single “The ballad of Jhon and Yoko” porque se citaba a Gibraltar como “un lugar cerca de España”.

⁴ Aquellos y estos son hoy los catedráticos de la disciplina, Joaquim Bisbal; M^a Teresa de Gispert; Antonio Font Ribas; Oriol Llebot; José Machado; Ignacio Farrando o Daniel Vázquez. Catedráticos citados que ejercen en la Universidad de Barcelona y en las de Girona o Pompeu Fabra; así como Económicas y Empresariales, Prof. Calavia; y, el inolvidable Vicente Baldó. Al Dr. Tusquets Trias de Bes, le corresponde la ubicación de haber sido el primer poblador de este quehacer mío, como así lo confesé en el prólogo de una monografía suya. Primer poblador al que podríamos añadir a quienes también confiaron en mí, y yo en ellos, como Xavier Añoveros Trias de Bes; Sebastián Sastre; Concepción Hill; Carmen Mádrenas, Isabel Tur; Ferran Puig; Víctor Martínez; Pedro Mirosa, y con perdón por los no citados, tan merecedores como estos últimos de haber sido citados.

Profesor Joaquim Bisbal.

Pero hoy, es Francisco Tusquets Trias de Bes, al que tenemos que referirnos, formando parte destacada del grupo de doctores y profesores que cito en la nota 3 de este texto.

Su saber y saber hacer le ha inducido a detectar puntos neurológicos de la realidad jurídica y económica. Sus publicaciones lo delatan:

La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles (tesis doctoral), 1993-1997.

Antecedentes históricos y evolución de la sociedad de responsabilidad limitada, 1994-1995.

El encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social de los administradores y socios de las compañías mercantiles, 1998-1999

El proceso privatizador español y la remuneración de los administradores, 1998.

Los letrados asesores de las sociedades mercantiles: su régimen legal comparativamente al de los auditores.

Los cargos directivos en la Ley de Cooperativas, 1999-2000.

La sociedad de inversión mobiliaria de capital variable, 2001.

Más aún:

“Guía legal del comerciante”, Barcelona, 1976, De Vecchi (Coautor con X. Añoveros Trías de Bes y JM Trias de Bes Serra).

“La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital”, Madrid, 1998 (360 pp), Civitas.

“La Sociedad de Inversión Mobiliaria de Capital Variable (SIMCAVI)”, Barcelona-Madrid, 2001 (131 pp), marcial Pons.

“Las operaciones bancarias de activo”, tomo 39, Vol. 2º del Tratado de Derecho Mercantil, (Directores M. Olivencia, C. Fernández Novoa y R. Jiménez de Parga; Coordinador G. Jiménez Sánchez; Coautores X. Añoveros Trías de Bes y S. Sastre Papiol), pp. 173 a 262. Madrid, Marcial Pons.

Podríamos seguir, pero de esta obra escrita y publicada emerge luz, cuenta y razón explicando que hoy estemos aquí en un acto académico como este.

Pero hay más. Dieciocho artículos en Revistas científicas; cargos en instituciones, siempre vinculados estas ocupaciones al hilo de los tiempos. ¿Les suenan a ustedes las ráfagas mediáticas y prácticas empresariales de la programada privatización de empresas, tras la normativa de 1996; qué ganan y cuánto deben ganar los administradores de empresas; las “stock options”, que nos atormentaron durante unos años; la reforma concursal interminable y casi en curso? Pues si todos estos problemas les suenan, quédense con una recomendación de que en las aportaciones doctrinales del Dr. Tusquets Trias de Bes encontrarán respuesta puntual, certera, honesta y prudente.

Prudencia práctica aprendida y ejercida desde hace más de cuarenta años como Abogado. Analista de lo que se legisla y colaborador del hacer juris-

prudencial, son títulos que lo legitiman, a más, para ingresar en esta “Docta Casa”, la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña”, elegido el 20 de marzo de este año, 2012. Yo siempre le sugerí, y así lo ha cumplido, que fuera carismático como profesor y eficaz como abogado, es decir, seducir y convencer.

El Prof. Tusquets Trias de Bes ha seducido; y, el Abogado Tusquets Trias de Bes ha convencido. Sus alumnos lo avalan y el mercado lo certifica.

He de resaltar que supo esperar, trabajando, el momento oportuno para acceder al Cuerpo de Profesorado Universitario, haciendo coincidir fundamento (que ya lo había probado) y oportunidad idónea. El 13 de mayo de 2003 gana por oposición la plaza de Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona

Insisto: la clave ha sido y es, asumir el compromiso de comportarse como un hombre de su tiempo.

No ha sucumbido al “zumbido desde dentro y desde fuera de la cabeza que ha asesinado el silencio y la reflexión” pero ha asumido la realidad virtual: ordenadores, incluso portátiles, teléfonos, también móviles, correo electrónico, la Web planetaria e Internet, uso desmedido que podría ser terminal, con la desaparición del silencio y la privacidad. Silencio y privacidad que a algunos nos ha sido atacada, hurtada y, otros han renunciado a ella voluntariamente buscando la felicidad de verse en pantallas fácilmente accesibles. ¿Qué es, sino, las redes sociales? El cibermercado, la cibervida, facilita el deseo casi erótico de mostrar y decir. Deseo fervientemente (a modo de práctica religiosa) de ser visto y ser oído.

No tengo fobia al cuadro convencional cuyos trazos gruesos estoy dibujando. Acepto y me sumo al progreso, subiéndome en mis propios hombros para aprenderlo. Constato que existe una honda tendencia a los géneros híbridos. La “música, la danza, las artes abstractas y figurativas” interactúan. Se recita poesía ante tapiz de jazz, se inscriben declaraciones filosóficas en cuadros – Vid. Anselm Kiefer-; se sintetizan los mensajes electrónicos; no hay distancia, ya que es virtual, entre “el intérprete y el espectador...” (G. Steiner).⁵

Y en este contexto encaja cuestionar sobre el alcance y significado de las normas jurídicas.

No es nueva la situación. Siempre ha ocurrido y siempre ocurre, El Derecho

5 G. Steiner: “La poesía del pensamiento (del helenismo a Celan)”; Siruela, Madrid; 2012; 231 páginas.

Del mismo autor: “Errata (El examen de una vida)”; Siruela, Madrid, 1998, 218 páginas.

Bruce Bernad; Terence McNamee y Richard Davenport-Hines: “Century. One Hundred Years of Human Progress, Regression, Suffering and Hope”; Phaidon, London, 1999; 1.120 páginas.

despliega sus normas y efectos influidos por el conjunto de las manifestaciones artísticas, intelectuales o de pensamiento. Hace un momento aludía el recipiendario a Kelsen. Y yo me pregunto: ¿Hubiera sido posible aceptar con entusiasmo la “teoría pura del Derecho”, sin que en aquellos días de entreguerras dominara la poesía pura; la pintura cubista; el florecimiento positivo o la divinización de la ciencia? En esta línea de dependencias o interconexiones, Ortega dijo: “somos esclavos de la física”. Los saberes sociales dependen de ráfagas del pensamiento global y expresiones que condujeron a entronizar la teoría Kelsiana. Se otorga valor carismático a la legalidad formalista, que encarna la legalidad constitucional. Nace 1920 el primer Tribunal Constitucional en la Constitución austríaca y Checoslovaquia, con el aliento Kelsen. Posteriormente, Lichtenstein(1921) y España (1931). “Los demás países se muestran indiferentes al invento” (Ferrerres Comellas). El antecedente ideológico que ilumina a Kelsen hay, posiblemente, que buscarlo en Jellinek (1885).⁶

El recipiendario es sensible a la contemporánea realidad que construimos con nuestras conductas arrastradas por opiniones, no siempre respetables, del pensamiento global; y, hoy globalizado.

La elección del tema objeto del Discurso, que brillantemente ha leído, lo demuestra.

2.- *“Abuso de derecho y tutela de la minoría en las sociedades de capital”, es el objeto del discurso*

Tal es la cuestión fundamental del “Discurso”, pero no el aspecto esencial de la cuestión fundamental. Se deduce del estudio del texto y de la exposición de hoy, que el sonido de tambor que moviliza a reflexionar sobre esta temática al Dr. Tusquets Trias de Bes, es la consolidación, extensión, ampliación de supuestos, hasta, incluso, se propicia legislativamente y en el parecer de algún juez, del derecho de separación (“ad nutum”) que goza (o puede disfrutar) el socio en las sociedades de capital, no cotizadas. Entiendo que ese sonido de tambor retumba el 1 de agosto de 2011, cuando se incorpora a Ley de Reforma parcial de sociedades de capital (no cotizadas) la posibilidad de ejercicio por parte del socio minoritario de un derecho de separación nuevo que hace saltar las alarmas doctrinales, pues puede entenderse como un impacto a la línea de flotación del capital social de las sociedades de capital, no cotizadas.

6 V. Ferreres Comellas: “Una defensa de modelo europeo de control constitucional”; M. Pons, 2011; Madrid, 223 páginas.

Estados Unidos de América ya disponía de un mecanismo de control constitucional. Vid. B. Schwartz: “Los diez mejores jueces de la historia norteamericana”, con prólogo de E. García Enterría, Civitas, 1990, 109 páginas. El Juez Marshall (1801), “se encontró con un papel, la Constitución, y lo hizo poder”. (Marbury v. Madison, 1, Granch, 137)

Desde este alba en la consideración y acotamiento de la cuestión, debemos puntualizar y distinguir distintos supuestos del derecho de separación del socio en la sociedades de capital.

a.- Derecho de separación tradicionales que podríamos encuadrar en los apartados a), y d) del artículo 346 L.S.C.; asimismo, el núm. 3.

b.- Derecho de separación ampliado a los que hacen referencia el apartado b); c) del artículo citado; núm. 2 del mismo precepto referidos a la S.R.L; y apartado d) de este artículo.

Estos supuestos, hijos de sucesivas cosechas legislativas no están dentro del objeto de este “Discurso” y, por consiguiente, exenta de mi consideración.

El núcleo de la exhaustiva intervención del Dr. Tusquets se centra en el supuesto del artículo 348 bis: Derecho de Separación en caso de falta de distribución de dividendos”, que accede a la L.S.C. en la cosecha agosto de 2011, luego almacenada con prohibición de venta hasta 31 de diciembre de 2014, por decisión adoptada por Ley 22 junio 2012.

Quiero que quede claro:

a.- Mis consideraciones afectan exclusivamente a este concreto “invento”.

b.- Entiendo que el “Discurso” está estructurado pensando solo en este supuesto.

Los demás tipos de derecho de separación no son llamados a entrar al “Discurso” y menos en esta contestación.

¿Por qué se introduce en agosto de 2011 y se almacena hasta final diciembre de 2014? ¿Se “cuelga” (usando un término contemporáneo), quizás, por la misma razón que se “descuelga”: legislo, luego existo?

Pero ahí queda eso: un tipo de derecho de separación que puede ser a nuestro inicial entender, un torpedo a la línea de flotación del capital. Más adelante, reflexionaremos.

Torpedo que el Dr. Tusquets Trias de Bes, entiende puede admitirse envuelto por la cobertura de la defensa de la minoría ante el eventual abuso de la mayoría que actúa “utere et abutere” de su posición mayoritaria en el capital.

En la exposición de hoy ha quedado claro: la minoría perjudicada por la mayoría, podría defenderse alegando abuso de derecho, defensa que materializaría la minoría separándose de la sociedad y detrayendo, lógicamente, su cuota de capital comprometido. Merece hagamos un alto en el camino. Compromiso que se expresa en el concepto jurídico “compañía” (“cum pane”). Frente a ello se viene imponiendo como creencia global la huida de los compromisos permanentes, perpetuos. Se infiltra la idea cuajada y exportada de unos escaparates del mundo, y para el mundo, procedente de “Silicon Valley”, sintetizada en el ímpetu sugestivo “(his hunch)” citado así: “lastres cero”, como nervio de un entorno social regido preferentemente por reglas líquidas, normas, también las jurídico-positivas con nudos flojos, susceptibles de deshacer.

Vuelve a despuntar la sensibilidad del recipiendario, poniendo el dedo en la

llaga de una general manera de ver la vida (también la mercantil-societaria) que se resume así: “Existe un eterno deseo de conectarnos y formar lazos, pero al mismo tiempo dejando nudos flojos, preparados para la huida, cuando haga falta” (Bauman). Es una “vida de consumo” (mismo autor), “una vida líquida” y hasta un “amor líquido”. Nada es perpetuo en un contexto social “inalámbrico”.⁷

3.- *“El derecho de separación de la minoría protegido por un eventual abuso de derecho de la mayoría.”*⁸

A) Concepto y funciones de capital social en las sociedades de capital.

Las clásicas sociedades anónimas; las desfiguradas legislativamente sociedades de responsabilidad limitada y las vetustas sociedades comanditarias por acciones, quedan a partir de 2 de julio de 2010, vestidas y denominadas “sociedades de capital”. Puede entenderse que el capital permanece entronizado. Se hace realidad legislativa el certero concepto de sociedad mercantil del Maestro Joaquín Garrigues: las sociedades mercantiles son capitales con categoría de persona jurídica. El capital ilumina la esencia, podemos afirmar.

Capital regido por dos esenciales principios: a) Determinación y unidad; b) Estabilidad.

El capital no es solo funcional, sino fundacional. El capital no puede ser libremente alterado.

Estas ideas nucleares las percibimos en el Discurso del Dr. Tusquets Trias de Bes. Se apoya, acertadamente, en la doctrina que emana de los Profs. Langle; Vicente y Gella; y en la aportación clásica francesa (1938) de Cooper Royer, para diferenciar sociedades personalistas y sociedades de capital, o si se quiere, digo yo, capital revestido de pactos societarios.

Acepta el Discurso que “la función tradicionalmente atribuida al capital social es la garantía en protección de terceros” (cito literalmente).

⁷ Z. Bauman: “Vida de consumo”, F.C.E., Buenos Aires, 2007, 2005 páginas. Recientemente, mismo autor: “Esto no es un diario”, Paidós, Barcelona, 2012. (También en Libro electrónico).

⁸ Las “Notas” a pie de página que se contienen en el “Discurso” sobre el derecho de separación, constituyen un andamiaje doctrinal exhaustivo y sólido. Mi “laudatio”, también, se extiende al contenido del “Discurso” (incluidas sus “Notas”) y no solamente a la trayectoria y obra del beneficiario.

He creído oportuno reseñar alguna “Nota” en la contestación mía como pistas indicativas, pero no como refuerzo argumental, pues las del “Discurso” son más que suficientes.

Me permito destacar la monografía de Ignacio Farrando Miguel: “El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Responsabilidad Limitada”; Civitas, Madrid, 1998, 223 páginas. Merece ser citada expresamente como obra que abre una corriente doctrinal abundante y fecunda. Pero abrir camino, tiene un plus digno de mención.

En cambio, parece no resaltar la función fundacional del capital: sin capital no hay sociedad de capital, apostillamos.

Y lo apostillo porque sigo pensando en la nuclear función del “legal capital”, que se expone con convicción en el clásico Bayles Manning y James J. Hank Jr. (1977), que aun referido a la estructura societaria norteamericana, constituye un hito en la construcción de la defensa paradigmática del concepto. Más recientemente, Massimo Miola (marzo-junio 2012), refuerza la construcción del capital; y, entre nosotros, Heliodoro Sánchez Rus, mayo 2012, en su monografía “El capital social; presente y futuro”, afirma en una de sus conclusiones. “ocupa un papel muy relevante en el ámbito de la definición de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital”.⁹

Esta exhaustiva monografía, que tiene su origen en su trabajo de Tesis Doctoral, deja un futuro abierto, partiendo de un presente movedido en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación nacional y comunitaria.

Intento ser sensible a lo que se ha llamado en nuestros días la “metamorfosis” de las sociedades de capital por antonomasia: las sociedades por acciones (Guido Rossi). Cito a Rossi:

“De este problema ya me ocupé ampliamente en el año 2006, época cercana, y aún así parece hoy remota, porque el capitalismo financiero, ahora dueño de los mercados, en el clímax de su expansión todavía no había provocado, usando el título del libro de Richard Posner, La crisis de la democracia capitalista. Es bueno entonces recordar que la sociedad por acciones, nacida en los Estados como mera invención del derecho, permitía agregar personas físicas en una persona jurídica artificial que resolvía la necesidad de crear un mecanismo capaz de garantizar continuidad a una sociedad durante un tiempo indefinido a pesar de la mortalidad de sus fundadores. Además de asegurar a los Estados la libertad del comercio, y por tanto su desarrollo económico, fue a menudo, en los Estados absolutos (aunque no únicamente), el brazo armado utilizado en las conquistas coloniales y en la explotación de la esclavitud”.

Recuérdese para ilustrar esta referencia final los ejemplos paradigmáticos en la historia moderna de nuestro entorno: “Cia de la Bahía de Hudson”; “Cia de las Indias Orientales” (ambas del s XVII), o la alianza del Príncipe Ruperto, sobrino de Carlos II de Inglaterra y los traficantes de pieles de castor, negocio

⁹ Bayless Manning with James J. Hanks Jr.: “Legal capital”; 3ª edición; Foundations Press, New York, 1990, 213 páginas.

M. Miola: “La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive”; Rivista delle società; marzo-gingno, 2012; fascicolo 2º-3º.

G. Rossi: “Crisi del capitalismo e nuove regole”; Rivista della Società; septiembre-octubre 2009; fascicolo 5º. Más tarde y esta misma revista insiste en la crisis de la sociedad por acciones (2012).

H. Sánchez Rus: “El capital: presente y futuro”; Civitas, 2012; Madrid; 775 páginas.

que nace el 17 de noviembre de 1617 (en quince hará cuatro siglos, hoy casi como ayer) en el bar/Pub de Londres, llamado Garraways's, frecuentado por navieros, corredores de Bolsa.

Pero aferrémonos al hoy.

El discurso leído contiene una rigurosa exposición analítica del principio de mayoría en el capital, que tiene su soporte en el derecho de asistir y votar en las Juntas Generales (art. 93 c L.S.C). Hace un recorrido histórico interesante del discurrir del principio mayoritario en las sociedades de capital. Código de Comercio de 1829; Código de Comercio de 1885; Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y la Ley de Responsabilidad Limitada de dos años más tarde, 1953.

Desemboca, así, en la Ley de Sociedades de Capital matizando el funcionamiento del principio mayoritario en diversos tipos que regula, bajo un mismo manto.

No se afirma con rotundidad, pero entreveo que entiende que el guardián del funcionamiento correcto de las sociedades de capital reside en quienes son titulares de la mayoría del capital. Afirma:

“En estos supuestos los acuerdos que se pueden tomar sin violar la ley y los estatutos, pero las exigencias de la justicia esta por encima de la observación estricta de las normas jurídicas escritas, y no pueden dejar desamparados a los socios minoritarios perjudicados por los acuerdos mayoritarios de la junta”.

La exposición discursiva transcurre pacíficamente a través de los jardines jurídicos del abuso del derecho, que reiteramos se implanta en el derecho español, vía jurisprudencial: Sentencia de 14 de febrero de 1944, amorosamente razonada (no podía ser de otra manera por el día que se dicta, 14 de febrero) por el Magistrado Don José Castán Tobeñas, autoridad jurídica que adquirió fama bajo el nombre: “el Castán”. “Catalana de Gas y Electricidad” contra “Consortio de la Zona Franca de Barcelona”. Cuestión. Daños y perjuicios.

Efectivamente, desde la doctrina científica se había ya reclamado la posibilidad de reconocer la condena por abuso de un derecho. Bien, esto está dicho; pero añadir que el propio José Calvo Sotelo, en su condición de Presidente de la Academia Nacional (hoy Real Academia) de Jurisprudencia y Legislación reiteró la idea en su intervención en esta Corporación el 18 de mayo de 1936, con

ocasión del Homenaje al Prof. D. Felipe Clemente de Diego.¹⁰

Don José Calvo Sotelo así se pronunció en 1917.

En el Discurso hoy leído se analiza lo ocurrido a partir de 1944, en la doctrina científica y en la doctrina legal. Son páginas sólidas en la argumentación hasta, incluso, mostrarnos que la legislación civil de Cataluña, corteja al abuso de derecho en el artículo 111. 7 del Código Civil de Cataluña, pero “sin referencia al abuso del derecho” explícitamente. Simplemente lo corteja.

Aquí ha ocurrido lo que es frecuente y normal que acaezca: el autor del Discurso llega a este punto encariñado con la figura del abuso. Son muchas horas de compañía silenciosa, no exenta de cierta complejidad.

Y de ahí salta el Discurso a enfrentarse con lo que yo llamaba el aspecto esencial de la cuestión fundamental, que no es el abuso del derecho, sino la tensión que pueda generar la convivencia en las sociedades mercantiles de capital entre mayoría y minorías. Aquí, comienza un palpitar a mayor intensidad.¹¹ A partir de aquí, se observan dudas razonables; construcción ausente de afirmaciones tajantes; abandono de un tufillo dogmático-conceptual; pisadas en un terreno más resbaladizo. Ya no estamos en los jardines del abuso de derecho, sino en la realidad tensionada por la convivencia mayoría-minoría en sociedades de capital. Y el recipiendario se refugia desde el primer momento de esta fase de su Discurso, en la esperanza melancólica expresada por H. Bogart en la película Casablanca: “Siempre nos queda París”, aquí y ahora, siempre no queda el abuso de derecho, como remedio a eventuales conflictos entre mayoría y minoría. Ello explica que el apartado 3 se titule “Abuso del Derecho y protección de la minoría social, que en términos farmalógicos parece indicar que el abuso de derecho puede servir como olvido de males y

¹⁰ Libro-Homenaje al Profesor Don Felipe Clemente de Diego, con motivo de jubilación, 1936. Las Conferencias que recoge la Obra se pronuncian entre el 30 de Enero de 1936 a 18 de Mayo de 1936. La obra por razones obvias, no pudo publicarse hasta 1940, por la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, haciendo notar que en 1936, se denominaba “Academia Nacional”, presidida en ese momento (Mayo,1936) por Don José Calvo Sotelo. Se tiraron solo 450 ejemplares y recoge conferencias, entre otros ilustres juristas, las de Don Joaquín Dualde Gómez; Don Jerónimo González y Martínez; Don José Castán Tobellas; Don Ramón Serrano Suñer; Don José Gascón y Marín; Don Melquíades Álvarez y del propio homenajeado. (Sesenta días después- 18-05-1936 a 18-07-1936, España se rompió. Algunos de los conferenciantes tuvieron destinos diversos, por el “azar y necesidad” los separaron. (Dispongo de un ejemplar en mi Biblioteca

¹¹ M. Olivencia: “Evolución y perspectivas del Derecho de Sociedades en España”; Comunicación en “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”; 24 de Enero de 2011. R. Illescas (Editorial): “El poder de la mayoría en la S.A; apuntes recientes”; Derecho de los Negocios; Mayo, 2012. J. Bisbal: “Las cuentas anuales; Revista de Sociedades”; N° extra 1994.

remedio de preocupaciones.

4.- La dudosa necesidad de proteger a la minoría.

Disiento de la orientación que camina hacia la protección de la minoría.

La minoría, las minorías, en la vida real desplegadas en múltiples escenarios se organizan y se defienden solas. A veces el derecho las estorba. En múltiples de esos escenarios se cubren con el manto hipócrita de que son atacadas, siendo merecedoras de protección. Buscan situaciones privilegiadas, y los privilegios no tienen límites.

También ocurre en la vida real de las sociedades mercantiles de capital. En el ámbito de las sociedades abiertas (cotizadas) las minorías mandan, utilizando mecanismos sofisticados y eficaces de representación de las mayorías silenciosas. En esas sociedades de capital, es frecuente que quienes arriesgan no mandan y gobiernan los que arriesgan menos. Es dogma del capitalismo contemporáneo.

El gobierno corporativo se basa en la manipulación de las élites de poder, que detentan el poder de las élites.

Cierto que el diagnóstico es distinto en las sociedades de capital no cotizadas, equívocamente, aunque convencionalmente aceptada, llamadas cerradas. En éstas, el capital adquiere una función medular, basada:

Las personas físicas o jurídicas que se unen para constituir la sociedad con personalidad jurídica lo hacen para desarrollar un objeto social, con el que se identifican.

Suscriben una escritura y unos Estatutos, norma básica de entendimiento.

Si no son socios constituyentes, mediante la adquisición de acciones y/o participantes, se comprometen a estar y permanecer juntos en compañía (cum pane).

Se produce una identificación socios/sociedad/objeto social sienten el lazo que los une la participación en el capital social.

La agrupación bajo un mínimo rotulo (sociedades de capital), realidades conceptualmente diversas.

Poco interés tiene que nos ocupemos de la sociedad comanditaria por acciones, ya que con razón el “Discurso”, tampoco lo hace, salvo la pregunta que flota: ¿Cuántas funciona?, o casi, ¿existen? Para el legislador, sí. En la realidad: 34, que representan el 0,02% (2005 = España).

La regulación clónica (S.A.= S.R.L, resultado de la mutilación de la S.R.L) (Ley de 1995), vuelve a aflorar, creando confusión.

Perdón por la autocita: ya la puse de manifiesto, no sé si con acierto, en 1999,

con ocasión de mi Discurso de Ingreso en esta Corporación. A él me remito.¹²

Ahora se ha pretendido introducir un nuevo elemento común para estos tres tipos: me refiero al “controvertido” (en expresión del Dr. Tusquets, yo creo que desafortunado) artículo 348 bis en la Ley de Sociedades de capital. Aplicable a los tres tipos señalados, salvo las sociedades que cotizan.

Literalmente, art^a 348 bis:

Artículo 348 bis. Derecho de separación en caso de falta de distribución de Dividendos.

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.

5.- La operación sobre el capital del artículo 348 bis (L.S.C.)

Como ven, siendo fiel al “Discurso” que contesto me refiero exclusivamente a esta operación sobre el capital, dejando otras que hoy no procede analizar.

Y ¿por qué? Sencillamente, porque creo que el ruido de tambor que moviliza a elegir la temática del “Discurso”, es el aspecto fundamental de las cuestiones analizadas. Conocida la decisión del legislador (1 de agosto de 2011), de introducir este mecanismo protector de la minoría ante la conducta consumada de la mayoría en el punto concreto de reparto de beneficios, se pregunta el Dr. Tusquets Trias de Bes, ¿puede protegerse la minoría con palio laico del abuso del derecho?

Este es el núcleo y fuente generadora del “Discurso”.

El beneficiario se ve más espoleado cuando conoce que el artículo de marras, 348 bis de la L.S.C., ha quedado suspendida su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014 (Ley 22 de junio de 2012). El autor del “Discurso” ya estaba trabajando sobre la materia, pues elegido Académico por esta corporación el 20 de marzo de 2012, deseaba por autocompromiso, (actitud propia y elogiada de él), leer el Discurso lo antes posible, cumpliendo puntualmente

¹² R. Jiménez de Parga: “La S.R.L. desde el “modernismo” al siglo XXI”; Discurso de Ingreso como Académico de Número en l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya; Barcelona, 1999.

(también, actitud que le honra), en el depósito de confianza que representaba la elección.

La suspensión de la vigencia era un aliciente más. Y aquí estamos: el reconocimiento de un derecho a la minoría frente a la actitud de mayoría que se niega a repartir beneficios en los términos de precepto.

Mi posición se resume así, en contestación al “Discurso”, encargo que agradezco a la Corporación a la que pertenezco como Académico de Número. Personalizo mi reconocimiento en la persona de su Presidente Hble. Sr. Josep Guardia.

Siempre respetando las líneas argumentales del Dr. Tusquets Trias de Bes, me permito perfilar mi contestación así:

A) El controvertido artículo 348 bis introducido por la L.S.C. de 1 de agosto de 2011 y suspendida su vigencia hasta 31 de diciembre de 2014 (Ley 22 junio 2012), está situado sistemáticamente en el título IX de la L.S.C. (Ley Sociedad de Capital), bajo el concepto “separación y exclusión de socios”. No queda incurso en las “causas legales de separación” (art. 346), las que podríamos llamar clásicas o de más raigambre. Tampoco queda situado en “las causas estatutarias”, señalando su alta significación que supone, desligan el “derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos” (eje y meollo del “Discurso”), del ámbito de la autonomía de voluntad de los socios. Por tanto, entiendo que el legislador otorga al precepto carácter imperativo. (Reconozco esfuerzos para sacarlo de éste ámbito, pero no me convencen).

B) La estructura y contenido del precepto son conocidos. Pongo el acento en el reconocimiento de un derecho de separación de los socios, que votan a favor de distribución de beneficios, en las condiciones señaladas en el precepto, y que se lo impide el voto mayoritario expresado en Junta. Solo recordar que el derecho a los beneficios es un derecho abstracto, que se concreta su distribución en Junta General, cuyos acuerdos se rigen por mayoría.

C) Se nos ha dicho que esta posición de la mayoría podría calificarse como abuso de derecho.

D) Disiento en un doble sentido, pero aclaro: no se trata a partir de ahora (ni antes) de llegar a una verdad, pues la verdad lo más que puede ser es una teoría, si se quiere, “idola”, que en el de Bacón son “idola fori” (voces en la plazuela).

Las mayorías tienen el derecho y la obligación de decidir siempre, y muy especialmente, cuando puede atentarse contra el capital (columna vertebral de las sociedades de capital). Genéricamente, y acertadamente, el Dr. Tusquets Trias de Bes, encuadra derecho de separación en las “operaciones sobre capital” (apartado 3.3.). Esta no es una operación ortopédica, sino severa, traumática.

Poner en duda la posición de las mayorías, me parece peligroso. Y aún, más arriesgado si se abre una espita que pueda derivar en el intento de obtener el dictamen de “abuso de derecho”. Supondría abrir la puerta que da acceso a

la judicialización¹³ del conflicto, no sirviéndome el paliativo de someterlo a arbitraje, pues éste como institución es “un equivalente jurisdiccional” según definió el Tribunal Constitucional (STC 62/91 y antes, más nítidamente, 43/88y 15/89).

Recurrir genéricamente a la posibilidad de proteger a la minoría de estos tres tipos de sociedades de capital (Comanditaria por acciones; sociedades anónimas; y, sociedades de responsabilidad limitada), repito, recurrir a la posibilidad de sanar la actuación hegemónica de la mayoría, el abuso de derecho, no me parece conveniente, ni acertado. Son tipos distintos, que exigen análisis distintos.

En efecto:

- a.- En la comanditaria por acciones, si es que funcionan en la realidad relevante, rechina el reconocimiento, por ley imperativa, de este derecho a la minoría.
- b.- En las anónimas, dependería del tamaño y volumen de capital.
- c.- En las de responsabilidad limitada, desgraciadamente mutiladas desde la Ley de 1995, podría decirse lo mismo ya que son clon de las anónimas. (Otros las llaman “anónima bis” –G. Esteban Velasco-); parecen S.A. y SRL “tiempos acumulativos” (A. Bercovitch). Son ficciones a las que el derecho recurre.¹⁴

Desde la disidencia y proclamando la excelencia del “Discurso”, entiendo que el antídoto a estas preocupaciones que conducen a aferrarse a la figura del abuso de derecho; a estas peligrosas arbitrariedades de la mayoría para evitar la fuga de la minoría; en fin, ante estas perplejidades que genera la cosecha de 2011 (hoy almacenada), el antídoto insinúo, es recurrir a la autonomía de la voluntad de los socios. Dicho en términos enumerativos: solo debería poder ejercerse el derecho de separación de los socios minoritarios que han votado a favor de la distribución de beneficios, vetada por la mayoría, cuando este derecho quede plasmado y regulado en los Estatutos de sociedad. Quizás resulta hasta fácil: encuadrar el derecho no en un artículo bis (348), sino en el 347:

Artículo 347. Causas estatutarias de separación.

1. Los estatutos podrán establecer otras causas de separación distintas a las previstas en presente ley. En este caso determinarán el modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo de su ejercicio.

2. Para la incorporación a los estatutos, la modificación o la supresión de estas causas de separación será necesario el consentimiento de todos los socios.

¹³ Sentencias inquietantes: TS 15 de Noviembre de 2011 (comentada por Lora-Tamayo Villacieros en “El Notario, siglo XXI”, Marzo-Abril de 2012. Antes, TS 7 de Diciembre de 2011; y también, sala 1ª TS 11 de Noviembre de 2011. ¿Derecho de separación “ad mutum”? (En lo demás, me remito a las citadas en el texto del “Discurso”)

¹⁴ El concepto de ficción en el Derecho, vid “Las ficciones en el Derecho constitucional”; Discurso de ingreso “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, 25 de Mayo de 1945, del Catedrático y Abogado, Don Nicolás Pérez Serrano.

La autonomía de la voluntad, la libertad de pactos, genera riqueza contractual, estabilidad estructural y confianza en el funcionamiento de las compañías mercantiles, alejándolas de resolver eventuales conflictos en sedes judiciales, o en su equivalente, las arbitrales.

“La libertad contractual es el principal expediente que permite la supervivencia de las estructuras óptimas, y, en definitiva, la eficacia de las estructuras de gobierno y de las estructuras financieras de las empresas “(Paz Ares). O lo que es lo mismo: máximo de derecho dispositivo como marco legal de las sociedades de capital.

6.- *Palabras finales*

Finalizo y aclaro. He prestado atención al “Discurso” del Dr. Tusquets Trias de Bes, sin pensar en los intereses con que podría retribuirme este préstamo de atención. He asumido “la prima de riesgo” que supone contestar a esta pieza jurídica con conceptos diamantinos en la seguridad de ser correspondido con su comprensión honda y amistad veraz.

El 28 de Noviembre de 1914 (¡Siempre Noviembre!), falleció el Dr. Trias y Giró, bisabuelo del beneficiario; que fue Catedrático y Académico de esta Corporación, Presidiéndola entre 1901 y 1903.

Con ocasión de su fallecimiento, se le rindió homenaje por dos plumas distinguidas del Derecho: Félix Escalas y Chamení; y, el Dr. Narciso Pla y Deniel, y que fue Vicepresidente de esta “Docta Casa”.

Las dos aportaciones laudatorias que tengo en mi Biblioteca, coincidían que la claridad, la concisión y la comprensión de materias, eran características cualificadas del Dr. Trias y Giró, evitando siempre la vanidad de mostrarse erudito.

Luego se incorporó a esta Academia se nos ha dicho, el Dr. Trias de Bes, siendo fiel a esta contextura intelectual.

Hoy accede como académico de Número el Dr. Francisco Tusquets Trias de Bes, heredero de la saga y, también, titular de esos valores. Podríamos decir y felicitarnos, que en nuestra vida académica volvemos a tener otro “Trias de Bes”, Francisco Tusquets Trias de Bes. *

Gracias.

* Me he atenido a los cánones académicos. Razón que explica el uso del término “Beneficiario”, que procede de “concipere”, es decir, “recibir pensamiento”. Vid. “Diccionario Corominas – Pascual”, vol. II; 1980. Ampliamente comentado por Max Cahner: “Notes bibliographiques sobre l’obra de Joan Corominas”; 1976. El sabio y filólogo J. Corominas ejerció como Profesor en la Universidad de Chicago.

SUMARI

Discurs d'ingrés de l'acadèmia de número

Il·lm. Sr. Dr. Francesc Tusquets Trias de Bes

<i>Proemi.</i>	5
1. <i>Les societats de capital</i>	9
1.1 Concepte	9
1.2 El capital social	12
1.3 El principi majoritari	13
1.3.a) Consideracions generals	13
1.3.b) En les societats anònimes	14
1.3.c) En les societats limitades	16
1.4 La impugnació dels acords socials	19
2. <i>L'abús del dret</i>	22
2.1 Antecedents	22
2.2 La teoria de l'abús del dret en l'ordenament jurídic espanyol	27
2.3 L'abús del dret en la legislació civil de Catalunya	33
3. <i>Abús del dret i protecció de la minoria social</i>	35
3.1 Introducció	35
3.2 Actuacions relacionades amb els administradors	37
3.2.a) Reducció del nombre d'administradors	37
3.2.b) Fixació de retribucions excessives	39
3.3 Operacions sobre el capital social.	41
3.4 Retenció injustificada de beneficis	43
3.5 El controvertit article 348 bis de la LLEI DE SOCIETATS DE CAPITAL	46
3.5.a) Comentari del precepte	46
3.5.b) El dret de separació com a solució del conflicte societari	50

Contestació de l'acadèmic de número

Il·lm. Sr. Dr. Rafael Jiménez de Parga y Cabrera

1. <i>El doctor Francisco Tusquets Trias de Bes, hombre y jurista de su tiempo</i>	58
2. <i>“Abuso de derecho y tutela de la minoría en las sociedades de capital”, es el objeto del discurso</i>	62
3. <i>“El derecho de separación de la minoría protegido por un eventual abuso de derecho de</i>	

<i>la mayoría</i>	64
4. <i>La dudosa necesidad de proteger a la minoría</i>	68
5. <i>La operación sobre el capital del artículo 348 bis (I.S.C.)</i>	69
6. <i>Palabras finales</i>	72

DISCURS D'INAUGURACIÓ DEL CURS 2012-2013 DE L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA

Josep-D. Guàrdia i Canela
President

Molt honorable Senyora Presidenta del Parlament de Catalunya

Honorable Senyora Consellera de Justícia de la Generalitat de Catalunya

Excel·lentíssim Senyor Degà de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona

Excel·lentíssim Senyor President de la Comissió Jurídica Assessora

Excelentísimo Señor Presidente de la Conferencia de Academias Jurídicas
Iberoamericanas

Excel·lentíssims i Il·lustríssims membres dels Parlaments europeu, espanyol i
català.

Il·lustríssima Senyora Secretària de Relacions amb l'Administració de Justícia,

Il·lustríssim Senyor Director General de Dret i d'Entitats Jurídiques,

Il·lustríssims Degans, ex Degans i membres de les Juntes de Govern de
diversos Col·legis d'Advocats de Catalunya

Altres digníssimes autoritats,

Excel·lentíssims Senyors ex Presidents de l'Acadèmia de Jurisprudència i
Legislació de Catalunya, Il·lustríssims Senyors membres de la Junta de Govern
de l'Acadèmia. Il·lustríssims companys acadèmics.

Familiars i amics de l'Acadèmic recipiendari,

Companys i amics, senyores i senyors que ens acompanyen en aquest acte

La sessió inaugural del Curs 2012-2013 a l'Acadèmia de Jurisprudència i
Legislació de Catalunya té novament com a objecte fonamental el discurs

d'ingrés d'un Acadèmic, en aquest cas l'Il·lustríssim. Sr. Francesc Tusquets i Trias de Bes. Nogensmenys i com és tradicional, en la meva condició de President de la Corporació vull cloure l'acte amb unes breus paraules que glossin el seu contingut i vinguin a constituir una reflexió sobre el Curs que avui acabem i sobre el nou Curs que també avui iniciem.

* * * * *

I en primer terme, vull d'agrair la presència de totes aquelles persones que hi assisteixen i ens acompanyen en una sessió tan important per a aquesta Corporació: les autoritats i el públic assistent. Entre les primeres voldria destacar la presència, que és habitual a les nostres sessions públiques i solemnes de la Molt Honorable Presidenta del Parlament de Catalunya, de l'Honorable Consellera de Justícia; del Degà de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona i de totes les altres autoritats públiques oficials

También quiero destacar la presencia del Presidente de la Conferencia de Academias jurídicas Iberoamericanas, Dr. Luis Moisset de Espanés, que tanto ha hecho por el nacimiento, el crecimiento y la coordinación de las Academias de Jurisprudencia y Legislación de ambos lados del Atlántico.

El meu regraciament s'estén al Excel·lentíssim Senyor President del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que no ha pogut acompanyar-nos en la sessió però que ha tingut el gest amable de visitar-nos amb immediata anterioritat a aquest acte per a felicitar l'acadèmic que avui ingressa a la Corporació i a l'Acadèmia en el nou Curs que s'inicia

L'agraïment de l'Acadèmia s'adreça també a tots els assistents a aquest acte amb un especial esment als familiars i amics de l'Acadèmic que avui rebem a la Corporació

Heu escoltat la Memòria del Secretari. Constitueix una exposició detallada, tot i que succincta, de les activitats dutes a terme per la nostra Acadèmia durant el Curs passat. No em correspon a mi fer-ne el comentari però sí que voldria referir-me a dos aspectes per la importància que tenen en la nostra vida corporativa. El primer és l'èxit que han tingut les anomenades "sessions obertes" en les que l'Acadèmia dialoga amb la comunitat jurídica catalana en un volgut intent de posar-se al servei de la societat a la qual serveix. Durant el Curs passat n'hem realitzat dos de les quals ha donat compte l'Il·lm Sr. Secretari. Esperem poder continuar aquestes sessions obertes de manera que es reforcin els llaços de la nostra Corporació amb la realitat social dels nostre país.

El segon fa referència a les relacions de l'Acadèmia amb les altres corporacions acadèmiques de Catalunya i amb les corporacions acadèmiques del sector jurídic a Espanya i altres països del nostre entorn cultural. Quant al primer camp hem contribuït decididament a enrobar el Consell Interacadèmic de Catalunya, preparem una declaració institucional manifestant la vocació per anar més enllà i arribar a una Confederació de totes les Acadèmies catalanes i estudiem una proposta de nou sistema de finançament que abandoni el règim de les subvencions per a passar a rebre recursos econòmics directament dels pressupostos generals de la Generalitat. Aprofito l'avinentesa per agrair l'Honorable senyora Consellera de Justícia i el Director General d'Entitats Jurídiques per la sensibilitat mostrada envers l'Acadèmia i el seu finançament en uns moments pressupostàriament tant difícils.

Pel que fa a la Conferència d'Acadèmies jurídiques espanyoles i iberoamericanes, dins de quinze dies celebrarem un Congrés a Santiago de Chile, sota la presidència de Luis Moisset de Espanés que avui ens acompanya y de José-Luis Cea Egaña, President de la Academia Chilena, per a tractar temes de tant interès com Disciplina fiscal, disciplina monetaria y regulació del comerç internacional; Derecho y Neurociencia, i Nuevas formas de representatividad democrática. Del primer tema he estat nomenat Coordinador General i al primer i segon tema ha presentat dues valuoses comunicacions el Professor Rafael Jiménez de Parga que conjuntament amb mi representarà la nostra Acadèmia en aquest Congrés

* * * * *

D'altra part voldria fer algun comentari sobre les activitats de l'Acadèmia en el futur immediat. Tenim el propòsit de continuar les tasques habituals. Col·laborarem, tant com podrem i en la mesura en què se'ns demani, en la reforma de la legislació. Procurarem fomentar la cultura jurídica. I continuarem la dedicació a l'estudi i la investigació del dret. L'Acadèmia estarà sempre al servei de la comunitat jurídica catalana i del poble català per al servei dels quals va néixer aviat farà tres-cents anys. I ho farà, com no podria ser d'altra manera per tal que sempre estiguin presents i en definitiva triomfin, els valors de la justícia i la juridicitat.

Volem defensar els valors de l'Estat de Dret que és aquell en el qual els poders públics no solament et sotmeten a la llei, com a dret objectiu, sinó que reconeixen, protegeixen i emparen els drets subjectius de les persones. De les persones físiques i de les morals, dels individus i de les col·lectivitats amb personalitat pròpia. I és la nostra voluntat fer-ho, d'acord amb els principis i regles de la nostra història jurídica, del nostre dret català. Un dret que ha estat

sempre respectuós amb les normes de l'ordenament jurídic, sigui propi o alié però que també sempre ha volgut integrar aquelles normes i aquest ordenament en el nostre pensament, en la nostra cultura i en la nostra acció jurídica.

Un dret que l'Usatge *Unaquaequae gens* descriu encertadament dient "*cascuna gent assi mateix elegeix propria Ley per sa costuma, car longa costuma per Ley es hauda*". Un dret que històricament, fins fa poc, es va desenvolupar més en el camp del dret privat que en el del dret públic, però que des de aquell ha sabut extreure uns principis que han influït i influeixen en aquest segon, formant una consciència jurídica peculiar catalana. No sé si és una mica agosarat dir que com a conseqüència de l'aplicació "*more itallico*" del *ius commune* (un dret que no era propi), s'ha anat desenvolupant un "*mos cathalanicus*" en la interpretació, la determinació i aplicació del dret. Aquelles tres "*subtilitas*" –*intellegendi, interpretandi et applicandi*– que va elaborar l'escolàstica i que Vallet de Goytisolo ha difós entre nosaltres, incideixen en el nostre dret amb unes especificitats pròpies. D'una banda, apartant-se del sistema francès o geomètric en el qual la norma s'imposa pel seu valor formal extrínsec o per la seva qualitat intrínseca. D'altra banda, venint a reconèixer una superioritat de les fonts materials sobre les fonts formals del dret. Així i no d'altra manera s'explica que, durant tant de temps tingués vigència a Catalunya el costum "*contra legem i praeter legem*" la qual cosa suposa que l'ús continuat, aprovat socialment i democràticament, d'una norma de capteniment s'imposa sobre la llei formal i suposa també que es reconeguin els drets històrics més enllà de què en algunes ocasions hagin estat parcialment deixats sense efecte per la legislació formal. Com va escriure qui va ser President d'aquesta Acadèmia, Francesc de P. Maspons i Anglasesell en el seu treball "*La costumbre en el régimen jurídico catalán*" a Catalunya tot el sistema jurídic reposa en la sobirania que, des dels primers dies de la seva nacionalitat exerciren els legislats i l'instrument de la qual va ser i ha estat

sempre el costum. I continuava dient que per a documentar la tesi de que, en cas de conflicte és més gran la força del costum, podria repetir-se tota la història jurídica catalana.

No voldria extreure conclusions de les anteriors reflexions, per aplicar-les als difícils moments que estem vivint. Que cadascú pensi, decideixi i conclouï en consciència. Allò que sembla imprescindible, com deia, és proclamar el respecte als valors de la justícia i del dret, per aquest ordre i donant al darrer d'aquests dos conceptes el profund sentit que té i que defuig una interpretació mecànica i simplista

* * * * *

Tornem, però als autèntics protagonistes de l'acte d'avui. En primer terme em correspon felicitar a Francesc Tusquets Trias de Bes per la seva recepció com Acadèmic de número. Adquireix la plenitud de drets a la Corporació. Ja havíem experimentat la seva decidida disposició a complir els seus deures acadèmics. La rapidesa inusitada amb la qual ha redactat el seu discurs d'ingrés n'és una pregonera mostra. El discurs, d'altra part, ha estat magnífic, sobre un tema de gran interès en el món mercantil però que el sobrepassa en tractar aspectes tant generals com l'abús del dret i els drets de les majories i les minories

Agraïment també a Rafael Jiménez de Parga y Cabrera. Ha desenvolupat amb la galania i l'estètica literària, amb la profunditat i el rigor jurídic que la caracteritzen, la tasca de contestació del discurs. Ha fet una justa *laudatio* del nou Acadèmic emmarcant-lo com a Home i jurista del seu temps i ha tractat de la matèria objecte del discurs de manera completa i excel·lent, remarcant la tensió que pot generar la convivència entre majories i minories en el si de les

societats mercantils de capital i afirmant provocativament que és dubtosa la necessitat de protegir a la minoria. Discurs i contestació mereixen sens dubte un profund i suggestiu debat que en les properes dates tindrà efecte en el si de la nostra Corporació

En tot cas, la contestació d'un discurs d'ingrés constitueix una funció que l'acadèmic designat du a terme en nom i com representant a la Corporació. I és just que aquesta li reconegui i agraeixi ,com així ho faig jo de tot cor.

* * * * *

Sovint he dit que l'Acadèmia troba les seves arrels en el passat. Tusquets ocupa el setial que ha estat de l'advocat, empresari i financer Francesc d'A. Ripoll i Fortuño des de 1954 a 1964, del magistrat i President de l'Audiència Territorial de Catalunya, Carles Obiols Taberner des de 1964 a 1986 i darrerament, des de 1986 fins el seu traspàs, d'en Josep Ma. Pou de Avilés. Aquest fou un gran jurista, advocat i professor, i un gran acadèmic. Va ser professor meu a la càtedra del Professor Fernández de Villavicencio a la qual posteriorment em vaig incorporar i coincidirem com advocats en diversos assumptes professionals. L'acadèmic recipiendari s'hi ha referit exhaustivament. La Necrològica estatutària que va redactar l'Acadèmic Agustín Luna Serrano i que podeu trobat al nostre web corporatiu, dona una visió molt completa del personatge, que avui ha acabat de perfilar l'Acadèmic que el succeeix en la medalla.

La medalla i el diploma que fa poc he lliurat al nou acadèmic duen el nom d'un important jurista català Jaume de Montjuïc. Francesc Tusquets ha fet un excel·lent resum de la seva biobibliografia, de la qual no conservem gaires dades. Permeteu-me que jo hi afegeixi un breu comentari. Jaume de Montjuïc

forma part d'aquell grup de Comentaristes dels Usatges entre els quals destacaren també els germans Jaume i Guillem de Vallseca, que prepararen al llarg de segle XIV, el camí en el qual posteriorment en el segle XV destacaren com a lluminàries, Jaume Callís i Jaume Marquilles i que feu eclosió en els magnífics segles XVI i XVII. És de Montjuic el text que reflecteix la sobirania jurídica de Catalunya i que diu *“dominus Raymundus Berengarius, comes, non habebat imperatorem, vel alium superiorem in temporalibus et ita potuit in terra legem condere, sicut Imperator in Imperio, nec lex imperialis astringit dictum comitem vel eius patriam”*.

Expresso els meus desitjos de què aquesta línia de *“iuris continuatio”* del nostre dret civil no es perdi mai. Que el trànsit generacional dels protagonistes de la producció i l'aplicació del dret permeti una constant posada al dia del nostre ordenament però salvaguardant, en la mesura que sigui possible, les nostres institucions històriques. Així s'ha anat fent, com he assenyalat, al llarg de la nostra història. I és bo que es segueixi fent ara quan, la que podríem anomenar generació del Codi civil de Catalunya ha estat encarregada de protagonitzar la configuració del nostre dret. De vegades sorgeix alguna temença. Encara ara podem repetir i fer nostra, d'alguna manera, l'afirmació amb la qual el President Figa va titular el seu darrer discurs d'inauguració del Curs, el 10 de desembre 1991: “El dret civil català en perill” L'Acadèmia sempre estarà disposada a fer sentir la seva veu per a procurar que tots els perills i riscos desapareguin i el dret català segueixi la seva evolució natural al servei de la societat catalana i amb fidelitat substancial a les seves rels històriques.

L'acadèmic i el seu contestant s'han referit també al fet remarcable de que el besavi del primer, Joan de Déu Trias i Giró fos President de l'Acadèmia entre els anys 1901 i 1903, entre les Presidències de Guillem Ma. de Brocà i de Raimon d'Abadal i que el seu avi Josep Maria Trias de Bes ho fos també entre

1959 i 1965, succeint a Joan Ventosa i Calvell i precedint Ramon Ma. Roca Sastre. Recordo que el meu primer contacte amb l'Acadèmia tingué efecte quan en l'època en què cursava els estudis de dret vaig assistir junt amb el meu pare, en aquesta mateixa Sala, a una sessió solemne que presidí Trias de Bes amb un aplom, una formalitat i una reverència quasi litúrgica que em van impressionar vivament

A més dos germans del seu avi, l'advocat Joan de Déu i el Notari Frederic foren també membres de la nostra Corporació. Josep Maria fou un dels deu acadèmics designats al temps de la reconstitució de l'Acadèmia per haver format part del Consell d'acadèmics de mèrit creat per Hurtado abans de que l'Acadèmia entrés en estat de latència entre 1939 i 1954. El substituí l'any 1966 Manuel Albaladejo que durant el Curs passat ens va deixar. Joan de Déu formà part del grup de vint membres que reconstituïren l'Acadèmia i en formà part fins l'any 1965 en què per defunció el substituí Santiago Vilaseca Farrés. Finalment Frederic fou elegit l'any 1963 per a substituir Joan Maluquer Rosés i a la seva mort l'any 1970 el substituí Lluís Figa Faura. Entre 1963 i 1965 la nostra Acadèmia comptà amb la presència conjunta de tres grans juristes que eren germans. No tinc notícia que s'hagi produït una realitat igual en cap de les Acadèmies que conec.

Tusquets s'incorpora a la línia d'un grup de juristes que sempre has destacat en la vida i activitat de l'Acadèmia; aquells que s'han dedicat exclusivament, d'una manera preferent o amb notable intensitat professional, al dret mercantil. En l'història llunyana figures com la de Martí d'Eixalà i Duran i Bas. En la nostra història mes immediata i per no referir-me mes que als que ja ens han deixat, destacaré per raons formals els catedràtics de l'especialitat, Antonio Polo i Josep Ma Boix Raspall, tot i destacant que la majoria dels advocats i notaris acadèmics tingueren el dret mercantil com una de les

matèries fonamentals de la seva activitat professional i intel·lectual. El temes referents al dret mercantil, considerat en ell mateix o en les seves relacions amb el dret civil, han estat una constant matèria de debat a les sessions acadèmiques. Recordo en aquesta línia, que al poc temps del meu ingrés es suscità en el si de l'Acadèmia una extraordinària controvèrsia sobre les relacions entre dret mercantil i dret civil que tingué com a principals protagonistes a Antonio Polo i Lluís Figa i de la qual tinc el record de constituir uns dels debats jurídics més excel·sos en els qual he tingut la possibilitat de participar, ni que fos de mer oient.

Desitjo ferventment que les figures, ja llunyana la de Jaume de Montjuic i encara properes les de Josep Ma. Pou de Avilés, els seus predecessors Ripoll i Obiols en la medalla i els mercantilistes que han format part de l'Acadèmia, serveixin de baula que uneixi al nou acadèmic a la cadena d'aquests grans juristes de casa nostra.

* * * * *

Acabo de manera molt semblant a com ho he anat fent en aquests darrers anys. Avui hem rebut un nou Acadèmic. La nostra Corporació disposa d'una nova branca que estem segurs fruitarà de manera fecunda. Inaugurem també un nou Curs acadèmic que s'afegeix als nombrosíssims que l'Acadèmia ha viscut en la seva llarga història. Desitjo i espero que es compti entre els més positius. No hi faltarà l'esforç de tots nosaltres.

Declaro solemnement inaugurat el Curs 2012 – 2013 a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.