

Cláusulas de desbloqueo en las sociedades mercantiles de participación igualitaria 50 % - 50 %

Joaquím Gonçalves do Espirito Santo*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 433-473

Resumen: Los abusos de los socios en sociedades mercantiles con una participación igualitaria 50 % - 50 % se deben fundamentalmente a la falta de una regulación contractual o estatutaria que contemple y resuelva de forma eficaz las situaciones de bloqueo en materia societaria. La normativa mercantil española ni la venezolana han establecido una normativa para lograr una solución equitativa y eficiente para solventar las situaciones de paralización o de bloqueo en sociedades de capital con socios que poseen una participación igualitaria de un 50 % - 50 %. Pero la práctica mercantil y la doctrina han encontrado soluciones contractuales que sirven de ayuda para resolver estos impases entre socios en caso de bloqueo.

Palabras clave: socios, participación igualitaria, bloqueo, objeto social, paralización, pacto para social, estatutos sociales.

Anti-deadlock clauses in commercial companies with 50 % - 50 % equal participation

Abstract: *The abuses by partners in commercial companies with an equal 50 % - 50 % participation are fundamentally due to the lack of contractual or statutory regulation that effectively contemplates and resolves deadlock situations in corporate matters. Neither Spanish nor Venezuelan commercial law has established regulations to achieve an equitable and efficient solution to resolve paralysis or deadlock situations in equity companies where partners have an equal 50 % - 50 % participation. However, commercial practice and doctrine have found contractual solutions that help resolve these impasses between partners in the event of a deadlock. .*

Keywords: *partners, equal participation, deadlock, corporate purpose, standstill, shareholders' agreement, corporate bylaws.*

Recibido: 20/5/2024

Aprobado: 31/5/2024

* Abogado (UCAB, 1993) *Summa Cum Laude*; Doctor en Derecho, Gobierno y Gerencias Públicas (Universidad Autónoma de Madrid, 2022); Doctor en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2020); Maestría en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2013); Titulo de Estudios Avanzados en Derecho Mercantil (Universidad Autónoma de Madrid, 2010); MBA (Universidad Carlos III de Madrid, 2006); Maestría en Propiedad Intelectual (Universidad Carlos III de Madrid, 2005); LLM (Tulane University, 1996); LLM (University of Illinois, 1995).

Cláusulas de desbloqueo en las sociedades mercantiles de participación igualitaria 50 % - 50 %

Joaquím Gonçalves do Espirito Santo*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 433-473

Los pactos y acuerdos eficientes son aquellos que maximizan el valor total para ambas partes.

Richard Posner¹

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Las cláusulas de desbloqueo como mecanismos ex-post.* 2. *Características de las cláusulas de desbloqueo ex-post.* 3. *Tipos de cláusulas de desbloqueo ex-post:* 3.1. *Cláusula de la ruleta rusa (Russian roulette);* 3.2. *Cláusula del Tiro Tejano (Texas shoot-out);* 3.3. *Cláusula del Tiro Mejicano (Shot-gun clause);* 3.4. *La cláusula de la Subasta Holandesa (Dutch auction);* 3.5. *Cláusula Andorrana,* 3.6. *Cláusula del Tiro Loco McGraw;* 3.7. *Cláusula de Selección Múltiple (Multi-choice procedure);* 3.8. *Cláusula de Disuasión (Deterrence approach).* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En las sociedades mercantiles con socios que posee una participación igualitaria 50 % - 50 % es muy típico que se presenten situaciones de bloqueo derivados de los conflictos entre dichos socios. Es frecuente que se produzcan situaciones de bloqueo en las tomas de decisiones, pues al no existir acuerdo por no haberse alcanzado la mayoría necesaria se produce un estado de indecisión que impide tomar las decisiones que se requieren para la eficaz administración y conducción de la actividad empresarial de la sociedad. Estas situaciones de bloqueo o de paralización pueden afectar la propia existencia o viabilidad de la sociedad, todo ello porque ningún socio puede hacer prevalecer su criterio sobre el otro al existir paridad en el control accionario (una participación igualitaria del 50 % - 50 %).

* Abogado (UCAB, 1993) *Summa Cum Laude*; Doctor en Derecho, Gobierno y Gerencias Públicas (Universidad Autónoma de Madrid, 2022); Doctor en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2020); Maestría en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2013); Título de Estudios Avanzados en Derecho Mercantil (Universidad Autónoma de Madrid, 2010); MBA (Universidad Carlos III de Madrid, 2006); Maestría en Propiedad Intelectual (Universidad Carlos III de Madrid, 2005); LLM (Tulane University, 1996); LLM (University of Illinois, 1995).

¹ Richard A. Posner. *Economic Analysis of Law*, (Boston, Wolters Kluwer Law & Business, 1979), 18-19.

En muchas ocasiones las sociedades de participación igualitaria 50 % - 50 % se encuentran reguladas mediante acuerdos societarios paralelos que operan como un acuerdo societario paralelo, como por ejemplo un acuerdo de accionistas o un contrato de joint venture. En estos acuerdos o pactos paralelos nos encontramos, por lo general, con la inclusión de cláusulas de salida o de desbloqueo, tales como la cláusula de la ruleta rusa o la del tiro tejano, que vienen a corregir ciertas deficiencias derivadas del tipo de control accionarial de tipo igualitario existente.

Los conflictos entre socios igualitarios con participación 50 % - 50 % generan situaciones de bloqueo, paralización o de estancamiento. Dicho bloqueo se materializa en las desavenencias entre los socios que poseen una participación equivalente en el capital social de la compañía que evita la adopción de acuerdos a nivel de la Junta de Socios. En la gran mayoría de ocasiones, este bloqueo suele trasladarse al órgano de administración, ya que el mismo suele ser un reflejo de la composición del capital de la Junta de Socios. Todo ello, a la postre produce la cesación o la paralización de la compañía por verse impedida de llevar cabo el objeto social.

Por tanto, un punto de vital y de enorme trascendencia en la vida y desarrollo de las sociedades mercantiles de participación igualitaria en el capital social lo constituye el mantener vigente y activa la sociedad que, en vista de las situaciones de empate en la toma de decisiones, hacen que constantemente la sociedad esté sometida a situaciones de bloqueo y paralización de sus órganos sociales.

En España, una de las causas legales de disolución de la sociedad que prevé el art. 363.1 d) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante “Ley de Sociedades de Capital”) es “la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.” Esta causa legal de disolución es la comúnmente conocida como situación de bloqueo societario, que responde a la paralización de manera permanente, definitiva e insuperable de la Junta General de Socios.

En Venezuela, por su parte, tenemos el artículo 340 del Código de Comercio venezolano, el cual establece que: “Las compañías de comercio se disuelven por la falta o cesación del objeto de la sociedad o por la imposibilidad de conseguirlo.” En las sociedades de participación igualitaria 50 % - 50 % las disputas entre socios paritarios conllevan la cesación de la actividad comercial de la sociedad, lo que acarrea su disolución.

Como vemos, el art. 363.1 d) de la Ley de Sociedades de Capital española y el artículo 340 del Código de Comercio venezolano producen un resultado similar en lo que respecta a las situaciones de bloqueo de aquellas sociedades de participación igualitaria 50 % - 50 % que generan una paralización de la actividad societaria, que es la disolución de la sociedad y su posterior liquidación.

Frente a tales situaciones de bloqueo en las sociedades mercantiles cerradas de participación igualitaria, la práctica y la doctrina del derecho societario han creado lo que se conoce como “cláusulas de desbloqueo,” (“*anti-deadlock clauses*”) las cuales son contempladas y reguladas generalmente en los pactos parasociales, que sólo vinculan a los socios que integran dicha sociedad y que han suscrito dicho pacto. Sin embargo, la tendencia actual es el incluir estas cláusulas de desbloqueo en los estatutos sociales de la sociedad. Estas cláusulas de desbloqueo han tenido su origen en sistemas de derecho anglosajón, pero en vista de su naturaleza contractual, la mismas son aplicables a las sociedades mercantiles de sistema de derecho civil como es el sistema español y el venezolano.

Uno de los propósitos del presente trabajo es el tratar de describir estas alternativas contractuales de solución al conflicto que puede presentarse entre socios que posean una participación igualitaria en el capital social de una sociedad mercantil cerrada, esto es, una sociedad que no cotiza en bolsa. Todo ello, tomando en cuenta los graves vacíos que sobre este tema existe actualmente en la legislación de derecho societario en España y Venezuela.

En tal sentido, la doctrina mercantil ha desarrollado para el caso de las sociedades mercantiles cerradas de participación igualitaria las cláusulas de desbloqueo como una solución o al menos como contrapeso al abuso que los socios paritarios pueden ejercer, en vista del poder que poseen para paralizar la sociedad. Estas cláusulas buscan alcanzar una armonía que permita el flujo normal de las operaciones de la sociedad. Estas herramientas de desbloqueo permiten a la sociedad y a los socios afectados el tener instrumentos contractuales a su alcance frente al abuso del socio paritario con poderes de bloqueo. Con base a ello es por lo que en este trabajo abordamos las distintas soluciones contractuales que la doctrina ha planteado para resolver las situaciones de impase o de bloqueo en sociedades mercantiles cerradas con socios que poseen una participación igualitaria.

En particular, en este trabajo nos ocuparemos de determinar los tipos de modelos contractuales de cláusulas de desbloqueo que se emplean una vez que surge la situación de bloqueo (*ex-post*) y que van dirigidas a evitar la disolución de la sociedad y mantenerla viva y a proteger los derechos de los socios afectados por estas situaciones de paralización societaria llevadas a cabo por el consocio que ostenta una participación igualitaria.

En la práctica societaria actual, las cláusulas de desbloqueo constituyen un medio frecuente para resolver las situaciones de estancamiento o bloqueo entre dos socios miembros de una sociedad cerrada con capital dividido de manera paritaria 50 % - 50 %. Aquí explicamos las diferentes variedades de cláusulas de desbloqueo desarrolladas

por la doctrina, en particular la doctrina corporativa estadounidense. Analizaremos sus diferencias, y veremos que las mismas son aplicables bajo el derecho español y venezolano.

Una conducta sistemática de bloqueo por parte de uno de los socios paritarios (titular del 50% del capital) en el correcto funcionamiento de la entidad constituye una manifestación clara de la ausencia de *affectio societatis* de parte del socio bloqueador, ya que esta conducta de bloqueo suele ser considerada como un abuso de derecho por parte del socio bloqueador. El contrato societario sin la existencia del elemento *affectio societatis* conlleva la resolución de dicha relación. Además, la doctrina del abuso de derecho, aplicable a estos casos, no ofrece un remedio eficiente para resolver el conflicto entre socios paritarios. De ahí la necesidad de incorporar, desde los pactos parasociales, medidas contractuales, como las cláusulas de desbloqueo que permitan la compra forzosa de las participaciones del socio bloqueador que actúa en abuso de derecho, a fin de conservar la sociedad y la actividad empresarial que constituye su objeto social.

1. Las cláusulas de desbloqueo como mecanismos ex-post

El factor que activa las cláusulas de desbloqueo es la existencia de una situación de estancamiento, paralización o bloqueo que impide a la sociedad operar (es decir, implementar las decisiones importantes). A través de estas cláusulas de desbloqueo los socios pactan que, en caso de bloqueo o paralización, cualquiera de los socios puede activar dicha cláusula y adquirir las participaciones (ya sean acciones o cuotas) del otro socio. Las cláusulas de desbloqueo se establecen y celebran, usualmente, con el fin de mantener el control de la sociedad en manos de los socios fundadores, evitando que un tercero ajeno se inmiscuya en la propiedad de la sociedad.

Existen diferentes formas de cláusulas de desbloqueo. A menudo, las cláusulas de desbloqueo se pueden agrupar en dos tipos, a saber, las que tienden a prevenir el bloqueo y las que tienden a solucionar las situaciones de bloqueo o estancamiento de la sociedad mercantil una vez que surgen. Por tanto, las cláusulas de desbloqueo pueden operar como mecanismos *ex-ante* a la situación de bloqueo o como mecanismos *ex-post*, una vez surgida la situación de bloqueo. Los mecanismos *ex-ante* son una herramienta parasocial y/o societaria con el fin de que los socios de una sociedad puedan impedir, dentro de lo posible, el surgimiento de situaciones de bloqueo o de empate. Por su lado, los mecanismos *ex-post* son herramientas parasociales y/o societarias que se aplican una vez producida la paralización de la sociedad y que facilitan la salida de los socios en el caso de que se produzca dicha situación de empate, bloqueo o de paralización social.

En este artículo nos enfocáramos a analizar las cláusulas de desbloqueo ex-post y sus distintos tipos. Las cláusulas de desbloqueo ex-post son aquellas que se activan una vez originada la situación de empate o de bloqueo, y que se emplean con la finalidad de impedir la disolución y posterior liquidación de la sociedad. Primero que nada, debe tenerse en cuenta que cualquiera de los socios está facultado para, en un plazo determinado a contar desde el surgimiento del evento de paralización del órgano societario, notificar al consocio antes de la puesta en marcha del mecanismo de la cláusula de desbloqueo.

La situación de bloqueo a menudo está precedida por largas disputas legales entre los socios, con altos costos para ellos. Además, estas situaciones suelen provocar una pérdida de enfoque en el negocio. Las situaciones de bloqueo a menudo comprometen la continuidad de las actividades comerciales de la sociedad y, en última instancia, pueden conducir a la disolución total o parcial de la sociedad.

Con la intención de buscar formas de resolver los bloqueos que surjan en la sociedad, la doctrina societaria utiliza varios recursos de naturaleza contractual, y que son las denominadas cláusulas de desbloqueo. La función principal de las cláusulas de desbloqueo, en sus distintas modalidades, es resolver conflictos y disputas societarias sin que los socios tengan que recurrir al Poder Judicial o incluso a los tribunales o cortes de arbitraje. Las cláusulas de desbloqueo constituyen mecanismos de autocomposición para la resolución de conflictos.

Observamos que la práctica societaria demuestra que los operadores en el mercado cada vez más utilizan las cláusulas de desbloqueo como una forma de preacuerdo, en donde se aplicará las cláusulas de desbloqueo correspondiente para resolver el conflicto o situación de bloqueo que ha surgido.

Es habitual que los socios regulen en los acuerdos parasociales o en los estatutos sociales los mecanismos para solventar las situaciones de bloqueo o los enfrentamientos entre los socios una vez que éstas surjan.

El procedimiento de las cláusulas de desbloqueo ex-post, esto es, aquellas que se activan “después del hecho que genera el bloqueo” o “después del evento que generó la paralización de la sociedad” puede tomar varias formas y una de las principales diferencias entre una forma de solución y otra está en el mecanismo para determinar el precio.

Las cláusulas de desbloqueo mediante el mecanismo ex-post es un sistema complejo de opciones de compra alternativas sobre las acciones o participaciones sociales.²

² E. Herzfeld. *Joint-ventures*, 2.^a ed. (Bristol: Jordans, 1989), 48.

Existen, en realidad, distintas variantes de cláusulas de desbloqueo ex-post, aunque el dispositivo de base es siempre idéntico. Concretamente, las cláusulas de desbloqueo mediante el mecanismo ex-post es un procedimiento de adjudicación privada, a activar después de la aparición de una situación de bloqueo en la sociedad, mediante el cual el socio que activa la cláusula adquiere las participaciones del otro socio.³ Por ello, podemos decir que las cláusulas de desbloqueo ex-post son mecanismos de salida forzosa conformados por un sistema complejo de opciones de compra alternativas sobre las participaciones de la sociedad.⁴

2. Características de las cláusulas de desbloqueo ex-post

La base para la constitución de sociedad es la existencia de un interés común y la existencia de una relación de confianza entre los socios de la sociedad. En el supuesto que emanen conflictos entre los socios en una etapa ulterior a la creación y constitución de la sociedad, esto puede comprometer gravemente el proceso de toma de decisiones, que es vital para el buen desenvolvimiento y fomento del negocio y del objeto social de la sociedad mercantil. En sociedades con una participación accionarial del 50/50, se pueden generar bloqueos en la toma de decisiones que pueden conllevar a una paralización completa de la sociedad. Estos bloqueos se pueden solventar mediante la imposición de medidas contractuales muy empleadas en el derecho societario, entre ellos las conocida cláusulas de desbloqueo (*anti-deadlock clauses*).

El aspecto principal de las cláusulas de desbloqueo ex-post es que son mecanismos de terminación de la situación de bloqueo. El principio que subyace en estos mecanismos de terminación es que si estamos ante una sociedad cuyo negocio es exitoso, dicha sociedad no debería ser destruida por el hecho que los dos socios son incapaces de ponerse de acuerdo en solucionar un tema esencial.⁵ El valor que genera la sociedad como negocio en marcha debe ser preservado por los socios, y una manera razonable de encontrar una solución que permita la supervivencia de la sociedad es que uno de los socios pueda adquirir las participaciones del otro socio.

Una de las ventajas fundamentales de la cláusula de desbloqueo es la rapidez del proceso de solución del conflicto de bloqueo, ya que permite obtener la salida del socio que menos valora la empresa y la garantía de que se pague un precio razonable por las participaciones vendidas. La posibilidad de tener regulado en el pacto parasocial o en los estatutos sociales que un socio pueda salir de la sociedad a corto plazo motiva a los

³ J.J. Daigre y M. Sentilles-Dupont. *Pactes d'actionnaires* (París: Gln Joly, 1995), 59.

⁴ M. Medina de Lemus. *Contratos de comercio exterior* (Madrid: Dykinson, 1998), 93.

⁵ Sebastien Prat. *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières* (Paris V: Litec, 1992), n° 158 et s., 92-93.

socios para llegar a un acuerdo en el caso de un conflicto o bloqueo, pues saben que, si no negocian una solución, pueden verse fuera de la sociedad en caso de activación de la cláusula de desbloqueo.

Una disposición típica de cláusula de desbloqueo tiene por objeto garantizar que el precio pagado por la transferencia de participaciones es justo y que los socios sólo recurren a la utilización del procedimiento si no son capaces de seguir trabajando juntos o son incapaces de resolver la situación de bloqueo de manera amistosa. Sin embargo, estas disposiciones por lo general sólo funcionan si ambos socios poseen la misma capacidad financiera, ya que estos arreglos son propensos a favorecer al socio que financieramente es más fuerte o está más involucrado en el negocio. En efecto, el procedimiento de la cláusula de desbloqueo es propenso a favorecer al socio que financieramente es más fuerte o está más involucrados en el negocio. La eficiencia de las cláusulas de desbloqueo sólo se generaría en “situaciones de paridad financiera entre los socios, sino el socio con más medios económicos podría verse tentado a forzar una situación de bloqueo con tal de obligar al otro socio a vender sus participaciones sociales a un precio menor al de mercado.”⁶

Por tanto, uno de los problemas que pueden derivarse de estas cláusulas es que pueden generar distorsiones en el precio de venta de las participaciones, debido a la posible asimetría en el poder económico que pueda surgir entre los socios.⁷ Empero, un sector de la doctrina sugiere que, al redactar la cláusula, la misma conceda al socio económicamente débil un plazo suficiente para negociar financiación externa y así poder responder a la oferta.⁸ De modo que, si la propuesta presentada es demasiado baja, habrá tiempo suficiente para buscar financiamiento y comprar al socio oferente que quería abusar de la situación económica del socio receptor.

Otra desventaja de las cláusulas de desbloqueo es la falta de previsibilidad que aportan; ningún socio sabe de antemano si el mecanismo de activación de una cláusula de desbloqueo va a terminar en su salida de la empresa o hacer que el socio que le haya activado se convierta en el único socio de la sociedad. Las cláusulas de desbloqueo

⁶ Carlos Martínez Lizán. *Cómo evitar y remediar las situaciones de bloqueo societarias*. (Madrid, Legal Today. 2010). <https://www.legaltoday.com>. y Luceño Oliva, J.L.- Guerrero Camacho, E. “*Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las joint ventures o sociedades conjuntas. Un análisis de las posibles cláusulas tipo*”, *La Ley*, N° 8.610, 2015

⁷ En opinión del Tribunal Regional Superior de Nuremberg, decisión de 20 de diciembre de 2013 (Az. 12 T 49/13), la cláusula de la ruleta rusa no es válida, si uno de los dos socios involucrados no ha estado, desde el momento de creación y constitución de la sociedad, con una capacidad financiera suficiente capaz de responder al otro socio que emitió una oferta para adquirir o vender sus participaciones. Asimismo, señalo el Juez que una cláusula de ruleta rusa es inválida, si durante la vida de la sociedad la capacidad económica de los dos socios involucrados diverge con el tiempo.

⁸ Las estrategias de salida, como es el caso de la cláusula de la ruleta rusa, deben ser reguladas y redactadas de manera adecuada para evitar el riesgo de que las mismas constituyan la imposición de penalidades. Tribunal Regional Superior de Nuremberg, decisión de 20 de diciembre de 2013 (Az. 12 T 49/13)

son el último recurso, ya que, una vez activada la cláusula de salida, el acuerdo de empresa conjunta o la alianza termina y un socio adquiere el 100% de la sociedad mercantil conjunta. En el momento de activar la cláusula de desbloqueo se debe tomar en consideración la posición de liquidez actual y futura de los socios, ya que el socio que posea menor liquidez podría resultar ser forzado a salir de la sociedad y recibir como pago por su participación en la sociedad un precio inferior al invertido al momento de su constitución. Es por ello que se necesita garantizar que los socios tendrán acceso a la liquidez para garantizar que la operación de compra-venta bajo esta cláusula de desbloqueo no será manipulada por el socio que posee mayor capacidad económica en contra del socio con capacidad financiera menor pudiendo desencadenar la activación de este mecanismo de venta con el fin de comprar la empresa a un precio de descuento.⁹

Una vez ejecutado la cláusula de desbloqueo, la sociedad dejará de ser una sociedad bajo control conjunto y pasará a estar bajo el control de un socio, y a cambio no hay necesidad de liquidar la sociedad. Y desde un punto de vista procesal y legal la compañía continúa siendo la misma de antes.

Las cláusulas de desbloqueo son mecanismos contractuales para resolver los impases societarios y a pesar de tener algunas variaciones en su redacción contractual, tienen el mismo efecto, y que todas ellas presuponen la resolución del bloqueo societario a través de la retirada de uno de los socios, y en donde el consocio que activa la cláusula pasará a ostentar todas las participaciones de la sociedad.

Al revisar la estructura de las distintas cláusulas de desbloqueo existentes, hemos podido determinar que ni la legislación española ni la venezolana, existe prohibición alguna sobre el uso de estas cláusulas como mecanismo para la resolución de disputas resultantes de situaciones de bloqueo o paralización de los órganos societarios que sean de carácter insalvables o relevantes. Estas cláusulas de desbloqueo pueden ser empleadas tanto en las sociedades anónimas como en las sociedades limitadas. Y se recomienda su aplicación en las sociedades mercantiles cerradas no cotizadas (ya sea anónimas o limitadas) de participación igualitaria (50 % - 50 %).

Las cláusulas de desbloqueo son consideradas como una herramienta contractual atípica, pues no están reguladas ni en el sistema español ni en el venezolano, para la solución de impases societarios. Por tanto, el contenido de las cláusulas de desbloqueo suele ser interpretadas y reguladas por las normas generales del derecho societario y del derecho civil, más concretamente en lo que respecta a la parte del derecho de obligaciones.

⁹ **Luis Fernández del Pozo.** *Un apunte sobre los posibles mecanismos societarios previstos en estatutos para romper el empate (tie-break provisions).* Madrid. Revista La Ley Mercantil, N° 35 (marzo).

En el derecho español ni en el venezolano se prohíbe el uso de las cláusulas de desbloqueo. Por lo tanto, típicas de la práctica empresarial norteamericana, se reproduzcan en los estatutos sociales o en los acuerdos de socios. Esta práctica se ha vuelto cada vez más recurrente en las transacciones corporativas, y la cláusula de desbloqueo suele contener la redacción más diversa y con una serie de ritos y protocolos para su aplicación. Por tanto, entendemos que las cláusulas de desbloqueo son admitidas por el sistema legal español y venezolano. Sin embargo, es preciso actuar con cuidado a la hora de negociar la inserción de una cláusula de desbloqueo a nivel estatutario o en un pacto de socios.

3. Las cláusulas de desbloqueo como mecanismos ex-post

A continuación, veremos varios tipos de cláusulas de desbloqueo como mecanismos ex-post que son las más empleadas por la práctica societaria de derecho comparado y que son aplicables en el derecho español y venezolano. Estas cláusulas pueden ser regulados en los propios estatutos sociales de la sociedad o en los pactos parasociales.

3.1. Cláusula de la ruleta rusa (Russian Roulette)

3.1.1. Aspectos generales

La cláusula de la ruleta rusa se refiere a una alternativa para solventar una situación de bloqueo societario a través del establecimiento entre los socios de un pacto por el que un socio podrá ofrecer al otro socio, para que este último bien compre las participaciones del primero o bien venda sus propias participaciones al primero, todo ello al precio que el primero, como ofertante, determine. Frente a dicha situación, el socio receptor de la oferta tiene dos opciones: aceptar cualquiera de las ofertas realizadas por el socio ofertante, esto es, la oferta de compra o la de venta o, por otra parte, realizar una contraoferta mediante la cual podría bien obligar al primer ofertante a vender sus participaciones al precio que él mismo ofreció inicialmente.

La cláusula de la ruleta rusa, una vez ocurrida la situación de bloqueo, conlleva que el oferente formaliza su propuesta con base en un valor razonable para la venta de sus participaciones al otro socio, principalmente porque al final el socio oferente puede resultar obligado a comprar las participaciones del otro socio por el mismo precio sugerido en su oferta de venta.

La lógica y el sentido común indica que el socio oferente no debe valorar la participación del otro socio por un precio muy por encima del valor real de mercado del activo, pues de lo contrario podría incurrir en el riesgo de estimular al otro socio a venderla en esas condiciones y el socio estaría obligado a comprarlas. La propuesta

no debe contemplar un precio más elevado al valor del mercado, pues en este sentido el socio oferente puede verse obligado a comprar las participaciones del socio receptor (en caso de que rechace la oferta) y pagar un precio que va más allá del valor razonable de la participación objeto de la oferta.

La cláusula de la ruleta rusa (Russian Roulette), se puede definir como aquella operación según la cual uno de los socios miembro de la sociedad requiere al otro socio a fin de que le adquiera las participaciones de aquél en la sociedad a un precio determinado por el socio oferente o, de forma alternativa, le enajene sus participaciones por ese importe.¹⁰

El procedimiento de la cláusula de la ruleta rusa está estructurado de la siguiente forma: El Socio A (el socio que desea salir o hacerse cargo de la empresa) inicia el procedimiento al hacer una oferta, para vender todas sus participaciones al Socio B, o para la comprar todas las participaciones del Socio B por un precio específico. El Socio B a continuación, puede decidir libremente si comprar o vender.

Por tanto, en el caso de la cláusula de la ruleta rusa, como consecuencia de una situación de bloqueo o conflicto regulado en el pacto de socios, uno de los socios notificará al otro socio que compre o venda sus participaciones por un determinado precio. El socio notificante indicará las condiciones que considere factibles a los efectos de la implementación de la cláusula, dando tiempo al socio notificado para que decida si compra las participaciones ofrecidas por el socio oferente o le venda sus participaciones, en las condiciones que se presentan en la oferta. El socio notificado, a su vez, tendrá la opción, y le corresponde decidir si se retira de la sociedad, vendiendo sus participaciones al oferente, o si continúa en ella, adquiriendo las participaciones del oferente.

Se debe tener precaución al usar esta cláusula para asegurar su correcta aplicación, especialmente en situaciones donde ambos socios desean mantener el control de la sociedad. Una vez que el socio notificado acepte la oferta, el notificante también debe aceptarla, y ambos deben llevar a cabo los actos documentales necesarios para completar la elección.

Por su formato, la cláusula ruleta de la rusa tiende a obligar al notificante a establecer un precio justo por el valor de las participaciones, ya que el ofertante puede verse obligado a comprar las participaciones del otro socio al precio indicado (precio por encima del precio de mercado) o, por el contrario, estar obligado vender sus participaciones al socio notificado (precio por debajo al precio de mercado).

¹⁰ Carlos Martínez Lizán. *Cómo evitar y remediar las situaciones de bloqueo societarias*. (Madrid, Legal Today. 2010). <https://www.legaltoday.com>

La cláusula de la ruleta rusa tiene como fin la salida de una de uno de los socios de la sociedad, por lo que, si a pesar de la situación de bloqueo o conflicto, los socios pretenden seguir manteniendo la relación societaria, deben evitar utilizar esta cláusula de venta forzosa (shot-gun). Los socios, en tal caso, deberán buscar otros medios para solventar el bloqueo, ya sea la mediación o el arbitraje.¹¹

Las condiciones que deben estar establecidas en la cláusula de la ruleta rusa consisten: (i) en que exista una situación de bloqueo;¹² y (ii) que un socio notifique al otro socio para que compre las participaciones del socio notificador o venda sus participaciones por el valor y las condiciones establecidos en la oferta. El socio notificado tendrá un plazo para ejercitar su decisión de elección, sin embargo, la elección tomada dará lugar: (a) bien a la obligación de adquirir las participaciones del socio notificante; o (b) a vender sus participaciones en las mismas condiciones que establecida oferta, y con ello termine retirándose de la sociedad.

Dado que, en principio, la decisión de venta o de adquisición de las participaciones será del receptor de la oferta, esta cláusula garantiza que siempre exista un equilibrio en las condiciones propuestas presentadas por el oferente, pues el socio oferente tenderá a atribuir un valor razonable a las participaciones. Esto se debe a que, si el socio oferente realiza una valoración por debajo del precio de mercado, puede estimular al receptor de la oferta a adquirir sus participaciones, a la inversa, si asigna un valor muy alto a las participaciones, puede estimular al oferente a vender sus participaciones, estando el oferente obligado a adquirirlas al precio indicado. Aun así, tales condiciones no eximen la ocurrencia de distorsiones en el valor de la participación debido al poder económico que suele tener el socio que emite la oferta.

También es de destacar que la activación de la cláusula de la ruleta rusa en las sociedades mercantiles suele conllevar la salida de uno de los socios, ya que el uso de la cláusula es una clara señal de que las cosas no van bien en la relación entre los socios.”¹³

¹¹ Juan Carlos López-Hermoso Agius. *Mecanismos de desbloqueo societario*. Junio de 2016. Sección de Derecho Mercantil. AEDAF (Asociación Española de Asesores Fiscales) Disponible en: <http://www.padillayasociados.es> (Consultado el 11/03/2021).

¹² El Tribunal Regional Superior de Nuremberg, decisión de 20 de diciembre de 2013 (Az. 12 T 49/13), ha sostenido que una cláusula de ruleta rusa es válida. Aunque el Tribunal Federal de Justicia ha manifestado que las cláusulas, que otorgan a un socio el derecho de terminar y salir de una compañía en ausencia de circunstancias especiales son contrarias al orden público y, por tanto, considera inválida el contenido de una cláusula de la ruleta rusa. No obstante, pareciera aceptar la validez de estas cláusulas, en aquellos casos que conlleven la resolución de una situación de bloqueo en sociedades que posean una estructura accionarial de 50/50 socios.

¹³ Sentencia del Tribunal de Roma n. 19708 del 19 de octubre de 2017

3.1.2. Estructura de la cláusula de la ruleta rusa

La cláusula de la ruleta rusa es una cláusula de desbloqueo que suele ser utilizada con bastante regularidad en los pactos parasociales, y que se aplica en las sociedades mercantiles cerradas en donde los socios poseen un control accionarial equivalente o son socios de igual jerarquía. Algunos autores señalan que la cláusula de la ruleta rusa es una solución draconiana a una situación de bloqueo, en la cual uno de los dos socios bloqueados debe dar un aviso de notificación de venta o compra de participaciones del otro socio, y en donde el socio que notifica fija un precio en efectivo calculado con base al valor del negocio. El socio que recibe la notificación tiene entonces la opción de comprar o vender al otro socio su participación en la sociedad a ese precio. La estructura de esta cláusula va de alguna manera dirigida para disuadir el uso de tácticas abusivas por parte de los socios y garantizar que el precio ofrecido por las participaciones sea un precio justo.¹⁴

En la cláusula de la “ruleta rusa”, el precio de la oferta constituye un aspecto importante. En concreto, el precio de la oferta juega un doble papel, es decir, inicialmente es el precio de compra del oferente, pero posteriormente, en caso de rechazo de la oferta, se transforma en el precio de venta del oferente. Así, cuando el oferente inicia el proceso de la cláusula de la “ruleta rusa” con un determinado precio de oferta, se crea una obligación bilateral, el oferente está obligado a vender o a comprar, respectivamente, dependiendo de la aceptación o rechazo de la oferta por parte del socio destinatario. El rechazo de la oferta por parte del socio destinatario de la oferta desencadena el requisito recíproco de que el oferente compre las participaciones del socio destinatario de la oferta al mismo precio de oferta. Por lo tanto, en lugar de definir la oferta inicial como propuesta para vender, se define como una propuesta para comprar.

El mayor problema con esta cláusula es decidir quién de los socios posee el derecho a notificar la activación de la cláusula de la ruleta rusa. Por lo general, ambos socios tienen el derecho activar la cláusula y el socio que notifica inicia el proceso.

Una disposición típica de la ruleta rusa funciona de la siguiente manera:

El socio (A) se ofrece a vender sus participaciones al socio (B) en la sociedad a un precio especificado por el socio (A). El socio (B) tiene un plazo limitado para comprar las participaciones del socio (A) a dicho precio o, si no desea comprarlas, para venderlas sus participaciones al socio (A) por el mismo precio. Si el socio (B) no

¹⁴ Francisco Antonio Serrano Acitores. *Mecanismos para solucionar un bloqueo societario...*. Op. cit. pp. 83 y ss. y I. Hewitt. *Joint Ventures*, 2 ed., New York, Sweet & Maxwell, 2010) 242 y ss. Ver también: Luceño Oliva, J.L.- Guerrero Camacho, E. *Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las joint ventures o sociedades conjuntas. Un análisis de las posibles cláusulas tipo*, *La Ley*, Nº 8.610, 2015.

responde dentro del plazo indicado, se puede considerar que el socio (B) ha aceptado la oferta del socio (A) de comprar sus participaciones. Tales disposiciones están diseñadas para garantizar que el precio abonado por la transferencia de las participaciones sea justo y que los socios solo recurran al uso del procedimiento si no son capaces de seguir trabajando juntas. No obstante, estas disposiciones suelen favorecer al socio financieramente más fuerte o más implicada en el negocio. Bajo este mecanismo un socio (el Socio A) ofrece al otro socio (el Socio B) vender sus participaciones bajo ciertos términos y precio. Si el otro socio (el Socio B) no compra las participaciones del Socio A, entonces el Socio B está obligada a enajenar sus participaciones bajo las condiciones y términos ofrecidos por el Socio A en su oferta inicial.¹⁵

La cláusula debe regular con claridad lo que ocurre si el Socio B no toma una decisión dentro de un período específico de tiempo (por ejemplo, falta de comunicación de una decisión puede constituir la aceptación de la oferta). Es importante que el acuerdo de socios establezca cómo se debe interpretar el silencio del socio notificado, así como otras condiciones de la notificación como, por ejemplo, el plazo de respuesta, la forma de pago y la indicación del criterio para la realización de la solicitud, cálculo del valor de las participaciones, entre otros aspectos, que los socios estimen prudentes, considerando las circunstancias de la relación entre ellos. Por lo general, los socios establecen que, si el socio notificado no ejerce la su elección, el oferente podrá elegir si comprar o vender las participaciones del capital social. Por tanto, es de suma importancia que el instrumento contractual (esto es, el acuerdo societario paralelo) regule cómo se interpretará el silencio del socio notificado.

3.2. Cláusula del Tiro Tejano (Texas shoot-out)

3.2.1. Aspectos generales

Bajo este nombre se esconde un método para evitar el bloqueo de una sociedad, en cierta medida, bastante usual en la práctica y que podría resumirse en la siguiente frase: aquel socio que realice la oferta más alta por las participaciones del otro será quien adquiera dichas participaciones y, por ende, seguirá en solitario con la marcha de la sociedad.

La cláusula del tiro tejano proporciona un formato similar al de la cláusula de la ruleta rusa. La diferencia radica en que se inicia por medio de una oferta de adquisición. Esto es: “producido el bloqueo societario, uno de los socios comunica al otro

¹⁵ Francisco Antonio Serrano Acitores. *Mecanismos para solucionar un bloqueo societario*. Revista Lex Mercatoria N° 1, 2015, pp. 83. También Disponible en: <https://www.antonioserranoacitores.com/bloqueo-societario/> 2016 (Consultado el 01/03/2021).

socio su intención de comprar sus participaciones por un precio determinado. El socio que recibe la oferta tiene dos opciones, o bien acepta y vende sus participaciones, o bien lanza una contraoferta para adquirir las participaciones del socio oferente inicial a un precio mayor. Luego nuevamente, se procede, bien al rechazo de la oferta, bien a una nueva propuesta, repitiéndose este proceso tantas veces como sea necesario hasta que el precio resulte atractivo para alguna de los socios.”¹⁶

La disposición del tiro tejano podría llevarse a cabo en sentido contrario, siendo la oferta inicial una oferta de venta en lugar de compra. “Así, el socio que activa la cláusula propone al otro socio la venta de todas sus participaciones por un precio específico. En dicho supuesto, el socio que recibe la oferta deberá decidir si aceptar y comprar las participaciones, o si lanza una contraoferta para vender él sus participaciones a un precio inferior. Tal y como ocurre en el supuesto anterior, las negociaciones pueden alargarse repitiéndose el proceso hasta que uno de los socios esté dispuesto de vender sus participaciones y salir de la sociedad.”¹⁷

La lógica de este tipo de cláusulas es garantizar que el socio que valora más la sociedad permanezca en dicha sociedad y la gestione bajo su control. Es probable que el socio que esté dispuesto a pagar más dinero para obtener el control del negocio esté más dispuesto a asumir riesgos y de esa manera recuperar su inversión. Por lo general, el socio que valora más una sociedad está en mejores condiciones para administrar la sociedad de manera eficiente.

Por otro lado, este tipo de cláusula puede estimular la formulación de propuestas que superen con creces el valor contable o valor razonable de la sociedad, provocando eventuales problemas de liquidez al adjudicatario.

La redacción de la cláusula debe dejar clara la estructura para el cálculo del precio de compra y la forma de pago de dicho precio, siempre que dicha forma de pago sea diferente a la modalidad del pago al contado. En este sentido, también es importante determinar los tipos de garantía que debe ofrecer el comprador, con el fin de minimizar el riesgo de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el comprador a favor del vendedor.

La cláusula del tiro tejano tiene un procedimiento similar al de la cláusula de la ruleta rusa, con algunas diferencias puntuales. En esta cláusula, un socio (A) ofrece un precio para adquirir las participaciones del otro socio (B). El socio (B), dentro del plazo para expresarse, podrá aceptar el precio presentado o, alternativamente, ofrecer un

¹⁶ Patricia Clar Ramírez. *Cláusulas entre socios y mecanismos desbloqueo de las sociedades de capital* (Madrid. Universidad de Comilla. Facultad de Derecho, 2019). Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/> (Consultado el 07/11/2020).

¹⁷ *Ibid.*

precio superior por las participaciones del socio (A), que, a su vez, podrá realizar una nueva contrapropuesta al socio (B). Este procedimiento se repite tantas veces como los socios estén dispuestas a incrementar el precio de adquisición de las participaciones del otro socio, hasta la definición de cuál adquirirá todas las participaciones de la sociedad.

En consecuencia, en la cláusula del tiro tejanero, el socio (A) ofrece comprar todas las participaciones en poder del socio (B) por un precio específico. El socio (B) puede aceptar esta oferta o hacer una oferta alternativa para comprar la participación del socio (A) por un precio más alto. El mismo derecho se extiende luego al socio (A). Este proceso de oferta y contraoferta culmina a través de muchas ‘rondas’, y cada oferta debe superar la más alta anterior en un porcentaje específico.

Con la cláusula del tiro tejanero se inicia una suerte de procedimiento de subasta, buscando el mejor precio para las cuotas de participación de la sociedad. Al final, el socio que haya realizado la mejor oferta tendrá derecho a adquirir las participaciones del otro. El procedimiento acaba favoreciendo al socio que tiene mayor capacidad económica para realizar la oferta más alta. Por otro lado, con este procedimiento es posible obtener efectivamente el mayor valor posible de la participación en la sociedad.

La ventaja de la cláusula del tiro tejanero es que ofrece una condición más favorable para el ganador, ya que el procedimiento de subasta siempre terminará en algún momento. De modo que una vez terminado el procedimiento de subasta el ganador solo tendrá que pagar el precio ganador para adquirir las participaciones del otro socio.¹⁸

Asimismo, la cláusula del tiro tejanero tiene como ventaja que permite a quienes dejen la sociedad recibir una cantidad mayor, cuando se produzcan las rondas de ofertas. Sin embargo, y considerando la posibilidad de realizar ofertas, la tendencia es que la primera oferta que se haga no suela ser tan justa, como hemos visto en el caso de la cláusula de la ruleta rusa, lo cual es una ventaja de esta cláusula frente a la cláusula de la ruleta rusa.

Si bien este mecanismo da derecho al socio que valora más a la sociedad a asumir el control de la misma, por otro lado, suele favorecer al socio con mayor poder económico. Otro aspecto característico de esta cláusula es que incentiva a los socios a presentar propuestas, atribuyendo un valor a la empresa mayor que el valor de mercado. Es por ello que destacamos la importancia de que en el acuerdo societario paralelo de socios o en los estatutos sociales se regule las condiciones para la determinación del precio para la compra de las cuotas de la sociedad, en caso de que se produzca una situación de bloqueo.

¹⁸ Francisco Antonio Serrano Acitores. “*Mecanismos para solucionar un bloqueo societario...*”. Op. cit. pp. 84 y ss.

En el sistema llamado del tiro tejano un socio ofrece un precio por las participaciones del otro socio. El otro socio, está entonces obligado a vender u ofrecer un precio más alto por las participaciones del socio oferente original, quien puede aceptar u ofrecer un precio más alto por las participaciones del otro socio, así sucesivamente, hasta que uno de los socios acepte el valor y decida abandonar la sociedad.¹⁹

En la cláusula del tiro tejano, una vez activada, se permite a cada socio presentar una oferta para adquirir las participaciones del otro. La puja más alta se convierte en la oferta ganadora y su oferente se transforma en el propietario del otro 50% de las participaciones, mientras que el socio perdedor debe aceptar la venta de sus participaciones. En consecuencia, en la cláusula de tiro tejano, una vez activada la cláusula, los socios se batan a duelo y efectúan ofertas y contraofertas por las participaciones de la sociedad señalando un precio. Cada socio remite su oferta a la contraparte y el socio de la oferta más alta compra las participaciones del otro socio. La oferta más elevada gana la subasta y el socio que la hizo, debe pagarle dicho precio al otro socio.²⁰

3.2.2. Estructura de la cláusula del tiro tejano

En las cláusulas del tiro tejano el socio interesado en ejercer la opción informa a la otra su voluntad y fija un precio bajo el cual desea adquirir las participaciones del otro socio. El receptor de la notificación debe indicar dentro un período específico de tiempo si está interesado en vender al precio indicado en la oferta o si está interesado en comprar las participaciones del otro socio *a un precio mayor*. La entrega de la notificación en donde se manifiesta el deseo del receptor de comprar las participaciones a un precio mayor confiere a el socio que inició la oferta el derecho a insistir en que se continúe bajo un procedimiento de oferta bajo sobre sellado si el desea comprar las participaciones. El socio que haga la oferta más alta será, entonces, la que tendrá el derecho a comprar las participaciones del otro socio a ese precio más alto.

El empleo de la cláusula de tiro tejano para solucionar las situaciones de bloqueo no son siempre soluciones perfectas y por tanto los socios deben ser conscientes de las consecuencias legales y los riesgos de incluir este tipo de cláusulas en sus pactos para sociales y el emplearlas. En primer lugar, el socio que emita la oferta y envía la

¹⁹ En el caso de *Banner Homes Group Plc v Luff Developments Ltd* y otros el Tribunal entendió que un “Texas shoot-out” es un acuerdo en virtud del cual cualquiera de las partes podría ofrecer sus participaciones a un precio o precios especificado en la oferta, que el otro socio podría aceptar o rechazar. Esto sugeriría un procedimiento más flexible que otros procedimientos como el de la ruleta rusa, donde la negociación sería conseguir el mejor precio para las participaciones que se pretenden comprar. *Banner Homes Group Plc v Luff Developments Ltd* y otros [2000] 2 All ER 117

²⁰ **Vanesa Alarcón y Ana M. Vega Suárez.** *La protección jurídica de los Startups.* La Revista Internacional de derecho práctico: Foro Jurídico Iberoamericano. Disponible en <http://www.forjib.org/proteccion-juridica-de-los-startups> (Consultado el 02/03/2019).

notificación debe estar seguro de que cuenta con los recursos financieros para pagar por las participaciones al final del proceso en el supuesto que el socio receptor de la oferta resuelva no comprar y por el contrario decida vender, porque cláusula de este tipo que estén bien redactadas son vinculantes en caso de que sean infringidas.

Si ninguno de los socios está en condiciones de comprar las participaciones del otro socio, las partes pueden tratar de vender toda la empresa a un tercero, e impedir que la sociedad mercantil pueda entrar en liquidación voluntaria.

Se sugiere, a los fines aprovechar el tiempo, que el valor de las contraofertas sea siempre superior a la oferta anterior en un cierto porcentaje (5% por ejemplo) o en un cierto valor, para evitar que un socio aumente la anterior propuesta por pocos céntimos, alargando el trámite en el tiempo de forma indefinida.

El fundamento económico del mecanismo se centra en la forma en que se va a determinar el precio de las cuotas de participaciones, que facilitarán conocer de antemano cuál de los dos socios posee el derecho de comprar, o de escoger entre enajenar o comprar.²¹

La cláusula del tiro tejano “si cada uno de los dos socios está interesado en adquirir las participaciones del otro socio, entonces efectuará una oferta y el socio que esté presto a abonar un precio más elevado por participación social es el que va a ganar la subasta.”²² Por ende, el proceso involucra a ambos socios, en donde ambos socios presentan una oferta. El socio que haya realizado la oferta más baja deberá vender sus participaciones al mejor postor, quien es el socio que ofertó en el precio más alto.

3.3. Cláusula del tiro mejicano (Shot-gun clause)

3.3.1. Aspectos generales

La cláusula del tiro mejicano es una disposición que es frecuentemente utilizada por los socios en sociedades mercantiles igualitarias con participación del 50 % - 50 %. En este tipo de cláusula, los socios intercambian simultáneamente propuestas de compra o de venta en sobres cerrados y lacrados con la indicación del valor de venta o el valor de adquisición. La parte que resulte ser el mejor postor está obligada a comprar a la otra parte sus participaciones, y la parte que haya realizado la oferta más baja, está obligada a vender. En la cláusula del tiro mejicano, la parte ganadora debe comprar a la parte perdedora sus participaciones por el valor de la oferta más alta. Por tanto, la cláu-

²¹ M. Hoberman, Jason. *Practical Considerations for Drafting and Utilizing Deadlock Solutions for Non-Corporate Business Entities*. (New York. Colum. Bus. L. Rev. 231, 2001). 244.

²² Carlos Martínez Lizán. “Cómo evitar y remediar las situaciones de bloqueo societarias...” Op. cit.

sula de la opción mejicana funciona con una lógica similar a la cláusula del tiro tejano, siendo una especie de variación de la misma, en la que las partes intercambian propuestas simultáneas sobre el precio, pero a través de sobres cerrados, sellados y lacrados.

Por tanto, la cláusula del del tiro mejicano funciona, en términos generales, de la siguiente manera: El Socio A y el Socio B convienen en presentar ofertas suministradas bajo sobres sellado ante un tercero independiente, en donde adquiere el derecho a comprar las participaciones de la otra parte, la parte que haya realizado la oferta más alta dentro del sobre sellado o la oferta más razonable (aquella oferta cuyo precio que este más cercano al precio determinado por el tercero designado por las partes). Por lo tanto, este mecanismo implica generalmente que el Socio A y el socio B hacen sus ofertas en un sobre sellado para entrar en un proceso de subasta, y el socio que comunique el precio más alto tiene derecho a comprar las participaciones del consocio.²³

Existen dos tipos o variantes de cláusulas de opción mexicana, a saber:

- i. Cláusulas de tiro mejicano de compra: en determinadas situaciones de bloqueo societario, las partes intercambian simultáneamente propuestas de compra en sobres cerrados y lacrados con la indicación del valor de adquisición. La parte que resulte ser el mejor postor está obligada a comprar a la otra parte sus participaciones.
- ii. Cláusulas de tiro mejicano de venta: en determinadas situaciones de bloqueo societario, las partes intercambian simultáneamente propuestas de venta en sobres cerrados y lacrados con la indicación del valor mínimo que les corresponderá vender su participación. A continuación, los sobres se abren al mismo tiempo y el que tenga el precio más bajo estará obligado a vender su participación en la sociedad al otro socio.

(a) Cláusula de la opción mejicana de compra

Una variante de cláusula de tiro mejicano está en el uso de este mecanismo mediante ofertas que son emitidas de forma secreta. Así las cosas, en una circunstancia de bloqueo 50/50 entre 2 socios, ambos acuden a un fedatario público, por ejemplo, un Notario, y cada uno con un sobre cerrado en el que hay una oferta de compra de participaciones sociales al otro. El notario abre los sobres de forma simultánea de tal forma que el sobre del socio que contenga el precio de compra más alto es el que está obligado a comprar las participaciones sociales del otro socio al precio que este ganador de la compra estipuló.²⁴

²³ M. Hoberman, Jason. *Practical Considerations for Drafting and Utilizing Deadlock Solutions for Non-Corporate Business Entities*. (New York. Colum. Bus. L. Rev. 231, 2001). 10-26.

²⁴ ¿Qué son las cláusulas de desbloqueo en pactos de socios y para qué sirven? 18 de marzo de 2021. Letslaw. Disponible

Por tanto, en esta variante del tiro mejicano consiste en que “ambos socios ofrecen un precio de compra en un sobre cerrado y después se abren a la vez, y quien ha puesto una cantidad mayor se queda con la sociedad por ese precio.”²⁵

Esta vertiente de la cláusula del tiro mejicano es aún más draconiana, pues ambas ofertas se abren al mismo tiempo, y el socio que haya realizado la oferta más alta tiene el deber de adquirir las participaciones del consocio.²⁶ Se observa pues que este mecanismo desbloqueo deja abierta una incertidumbre con respecto a quién de los socios será el que permanecerá en la sociedad y qué socio, por el contrario, saldrá de la misma, haciéndolo depender de quién efectúe la oferta más elevada. Para ello, una vez constatada el bloqueo, el socio que active este mecanismo ofrece al otro socio, en sobre cerrado, un precio al que estaría dispuesto a adquirir sus participaciones, pudiendo la otra parte bien acceder a dicha venta en el precio ofertado, o bien ofrecer al primer socio, también en sobre cerrado, otro precio por el cual estaría dispuesto a comprar las participaciones del mismo. Los sobres, como es evidente, se abren de forma simultánea (y habitualmente ante un tercero imparcial, que suele ser un fedatario público), siendo el socio que finalmente va a adquirir las participaciones del otro aquel que haya realizado la oferta más alta, otorgándose la compraventa por dicho precio. La compra deviene obligatoria para aquel socio que haya ofrecido el precio más alto; de forma idéntica, el otro socio está obligado a vender sus participaciones. En este sentido, llama la atención que el socio que ejerce este mecanismo, realizando su oferta de compra, puede acabar viéndose obligado a vender sus participaciones en caso de que la otra parte le dirija una oferta mayor.

A los efectos anteriores, sería conveniente, al establecer este tipo de mecanismo de desbloqueo, regular ciertos extremos, tales como el día en que ambos socios deben presentar los sobres cerrados con sus ofertas al Notario o Tercero Independiente.

Por tanto, en la cláusula del tiro mejicano bajo la variante de compra posee una estructura que resalta por su sencillez, si bien, ante los peligros de falta de objetividad del precio, sólo pueda emplearse en el caso de que el mecanismo se limite a ofrecer un derecho de compra.²⁷

en <https://letslaw.es/clausulas-de-desbloqueo-en-pactos-de-socios/> (Consultado el 11/09/2020).

²⁵ Àlex Plana Paluzie. *La mejor manera de desbloquear una sociedad (No siempre)*. Entre Leyes y Jurisprudencia. Marzo 01, 2012. Disponible en: <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2012/03/la-mejor-manera-de-desbloquear-una.html?m=0> (Consultado el 21/08/2020).

²⁶ “¿Qué son las cláusulas de desbloqueo en pactos de socios y para qué sirven?” Ibid.

²⁷ Christine Pauleau. *Incidencia del derecho en la creación y funcionamiento de las Joint Ventures. Análisis de la organización jurídica de las Joint Ventures en la Unión Europea, con especial referencia a España*. (Madrid. Eprint. Universidad Complutense. 2000) 234 y ss. Disponible en: <http://www.tdx.cat/TDX-0217103-090947http://hdl.handle.net/10803/7278> (Consultado el 02/08/2019).

(b) Cláusula de la opción mejicana de venta

Las cláusulas del tiro mejicano de venta son una herramienta que es “una variante de la cláusula de tiro mejicano, siendo en este caso ofertas en sobre cerrado **de venta** y no de compra.”²⁸

La cláusula de tiro mejicano de venta es una herramienta similar a la cláusula de tiro mejicano de compra, pero a la inversa, donde “los socios se comunican recíprocamente en sobres cerrados, sellados y lacrados el precio mínimo por el que estarían dispuestos **a vender sus participaciones** y donde el adquirente será aquel que hubiera fijado un precio más alto para la venta de sus participaciones, que vendrá obligado a adquirir las participaciones del otro socio por el precio indicado por este último en su oferta.”²⁹ Por ende, el socio que presente la propuesta que atribuya el mayor valor a las participaciones, y a la empresa, tendrá derecho a comprar las participaciones del consocio al precio establecido en su oferta.³⁰

Por tanto, “los dos socios entregan en sobre cerrado el precio que los socios estarían dispuestos a vender sus participaciones en la sociedad, posteriormente se abre el sobre y el socio que haya puesto la cifra más alta se quedará la sociedad por el precio indicado en la oferta de venta del socio perdedor. La cláusula del tiro mejicano es común en empresas conjuntas con capital 50:50.”³¹ En consecuencia, “si los dos socios están interesados en vender sus participaciones al otro socio, entonces **realizan una oferta en sobre cerrado** y la que esté dispuesta a pagar un precio por participación social más elevado es el que ganará la subasta.”³²

En las cláusulas del tiro mejicano de venta, el socio que presente una propuesta atribuyendo menos valor a las participaciones de la sociedad estará obligado a vender sus participaciones, al valor indicado en su propuesta, al otro socio. Es decir, el socio que presente una propuesta asignando un valor superior a las participaciones no será penalizado, ya que tendrá derecho a adquirir la participación de la otra parte, por el valor de la propuesta más baja. De lo anterior, los expertos concluyen que, al desencadenar la cláusula del tiro mejicano, los socios tienden a presentar propuestas justas, aunque al final sólo beneficie al socio miembro que presentó la propuesta de oferta más elevada.

²⁸ “¿Qué son las cláusulas de desbloqueo en pactos de socios y para qué sirven?” 18 de marzo de 2021. Letslaw. Disponible en: <https://letslaw.es/clausulas-de-desbloqueo-en-pactos-de-socios/> (Consultado el 11/09/2020).

²⁹ Juan Carlos López-Hermoso Agius. *Mecanismos de desbloqueo societario*. (Madrid, Asociación Española de Asesores Fiscales, 2016) Disponible en: <http://www.padillayasociados.es> (Consultado el 11/03/2021).

³⁰ Ibid.

³¹ Josep Navajo. *Situaciones que puedes evitar en tu Startup mediante un buen Pacto de Socios*. Delvy Asesores. TodoStartups. 26-10-2012. Disponible en: <https://www.todostartups.com> (Consultado el 17/08/2018).

³² Carlos Martínez Lizán. “Cómo evitar y remediar las situaciones de bloqueo societarias...” Op. cit.

En un sentido ligeramente diferente al de la cláusula del tiro mejicano de compra, la cláusula del tiro mejicano de venta emplea la misma mecánica que consiste en el intercambio de ofertas en sobres cerrados. Sin embargo, en lugar de otorgar al socio que presenta la oferta más alta el derecho a adquirir la participación de la otra parte por el precio más alto, la cláusula obliga al socio que presentó la oferta más baja a vender su participación al precio de la propuesta que él mismo hizo (la más baja).

La racionalidad de la cláusula del tiro mejicano, en ambas variantes, va en la dirección de no penalizar al socio cuya propuesta es más atrevida en términos de precio. Esto se debe a que, el objetivo en este tipo de cláusulas es que ambas propuestas ofrecidas sean justas. Por lo tanto, quien mostró mayor interés y vio un mayor valor en la sociedad debe beneficiarse del derecho a adquirir la participación del otro socio que valoró el activo de manera más conservadora.³³

3.3.2. Estructura de la cláusula del tiro mejicano

En la cláusula de tiro mejicano, en las dos vertientes existentes, ambos socios entregan en un sobre cerrado, al otro socio o a un tercero, (i) una oferta de compra de las participaciones del otro socio a un precio determinado (“precio X”); y (ii) una oferta de venta de sus participaciones al precio ofrecido por el otro socio (“precio Y”), quedando obligada a vender sus participaciones en el caso de que el precio Y sea superior al precio propuesto en oferta del sobre cerrado.”³⁴

Al igual en las otras cláusulas de desbloqueo, “la eficiencia de la cláusula del tiro mejicano sólo se generará en situaciones de identidad financiera entre los socios, en tanto que, si no fuese de esta manera, el socio con mayores recursos financieros podría forzar una situación de bloqueo para obligar al otro socio a vender sus participaciones a un precio menor al de mercado.”³⁵

La eficacia y validez de la cláusula de tiro mejicano ha sido validada y confirmada por la Corte Suprema francesa al señalar que: “Tan pronto como los socios de una sociedad mercantil cerrada (en este caso en una sociedad limitada) hayan acordado un procedimiento específico de compraventa en donde cualquiera de los socios está facultado para adquirir las cuotas de participaciones del consocio, si ofrece el precio más alto por las participaciones de la sociedad. En tal caso cada socio acuerda aceptar

³³ Luceño Oliva, J.L.- Guerrero Camacho, E. *Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las joint ventures o sociedades conjuntas. Un análisis de las posibles cláusulas tipo*, La Ley, N° 8.610, 2015 y Francisco Antonio Serrano Acitores. “Mecanismos para solucionar un bloqueo societario...”. Op. cit. 85 y ss.

³⁴ Juan Carlos López-Hermoso Agius. “Mecanismos de desbloqueo societario...” Op. cit. y ver Norman Nadorff & Quinney McNeal. “Breaking Joint Venture Agreement Deadlocks: Before the Texas Shoot-Out, Try a Texas Shout-Out, 5 Oil & Gas, Natural Resources & Energy.” J. 411 (2020), pp. 415 y ss. <https://digitalcommons.law.ou.edu/onej/vol5/iss3/2>

³⁵ Id.

el precio ofrecido más alto ofrecido por el otro socio y a renunciar a la formulación de cualquier oferta posterior. En dicho supuesto, la operación de venta es válida, pues el precio de venta de las participaciones no depende de la voluntad exclusiva de un socio o sujeta a acuerdos posteriores entre los socios. Como resultado, la venta bajo el mecanismo del tiro mejicano, realizada al precio más alto, es perfecta y válida.³⁶

3.4. La cláusula de la subasta holandesa (Dutch auction)

3.4.1. Aspectos generales

Al analizar los distintos tipos de cláusulas de desbloqueo, existe una variación denominada subasta holandesa, en donde la parte ganadora está obligada a pagar el precio ofrecido por la parte perdedora, es decir, el precio más bajo presentado.

El término “subasta holandesa” se origina a partir de un método de venta de flores que fue desarrollado por los holandeses en el siglo XVII. Comerciantes fijarían un precio inicial en la que vendían sus flores y luego la iban bajando progresivamente hasta que se surgieran compradores.

En el contexto del derecho societario, una subasta holandesa se produce cuando el interesado en la adquisición de participaciones invita a los socios a ofrecer sus participaciones indicando el precio mínimo que estarían conformes a vender su acción. El interesado luego procede a la compra de las participaciones, a partir de los precios mínimos indicados, pero pujando al *alza y continuando* con la adquisición de las participaciones ofertadas, con el consecuente aumento de los precios, hasta que haya adquirido todas las participaciones.³⁷

Bajo este tipo de cláusula, los socios envían su oferta en sobres cerrados y sellados en donde indican el precio mínimo al que estarían dispuestos a vender todas sus participaciones. El socio que haya indicado el precio más alto en el sobre sellado se convierte en el ganador y compra las participaciones del socio perdedor a partir de los precios mínimos indicados en la oferta más baja presentada en el sobre sellado por el socio perdedor. Por tanto, la oferta sellada que sea la más alta “gana”, pero ese postor luego compra las participaciones del “perdedor” pero pujando al alza y continuando con la adquisición de las participaciones ofertadas, con el consecuente aumento de los precios, hasta que haya adquirido todas las participaciones del socio perdedor. En la cláusula de la subasta holandesa se requiere que el socio ganador compre al otro socio.

³⁶ Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 29 septembre 2015, 14-15.040, Inédit Cour de cassation Chambre Commerciale Audience publique du 29 septembre 2015. N° de pourvoi: 14-15040.

³⁷ S.M. Piper, M.L Berman, S.J Notelovitz. *Securities distribution: The emerging role of Dutch auctions*. (London, Insights, 3, 1989) 17-26.

En la cláusula de subasta holandesa también se puede establecer que la oferta más justa, viene determinada por un tasador se indagará cuál de los sobres tiene el precio más cercano al valor justo de la participación de la compañía.³⁸

Una característica de la cláusula de la subasta holandesa, la cual involucra el intercambio de sobres sellados, es que el socio que coloca el precio más alto es la parte que permanecerá en la sociedad. El fundamento de esta decisión parece basarse en la premisa de que quien muestre mayor aprecio por la sociedad la valora la en un nivel superior, y probablemente será quien más alcance el éxito en la gestión de dicha sociedad.

Bajo el mismo mecanismo de subasta holandesa (*dutch auction*) se establece un procedimiento de subasta, en donde los socios igualitarios presentan ofertas en sobres sellados y lacrados indicando el precio para la compra de las participaciones de la sociedad en cuestión en donde el mejor postor gana la subasta, pero inicia un proceso de subasta al alza, teniendo como base el precio mínimo fijado por el socio perdedor.

3.4.2. Estructura de la cláusula de la subasta holandesa

La cláusula de la subasta holandesa funciona de esta forma:

Si el Socio A que posee 50 participaciones invocó el procedimiento de subasta en contra del Socio B que es dueño de 50 participaciones, cada uno de los Socios (tanto A y B) deben presentar una oferta en un sobre sellado por el precio mínimo que los socios están conformes a vender por sus participaciones en total. Si el Socio A presentó una oferta en sobre sellado de \$ 2.00 por participación y el Socio B presentó una oferta en sobre sellado por \$ 1.00 por participación, el Socio A por haber realizado la oferta más alta sería el socio adjudicatario y compraría las participaciones del Socio B ofreciendo un precio superior al precio base, que es de \$ 50.00. Por tanto, con la cláusula de la subasta holandesa, se fija el precio base, sobre el cual el socio ganador inicia el proceso de pujas al alza. Si los precios ofrecidos al alza por el socio ganador no son satisfactorios para el socio perdedor, entonces la venta queda sin efecto, salvo estipulación en contrario en el contenido de la cláusula.

Al igual que con las demás cláusulas de desbloqueo, una serie de cuestiones debe considerarse en relación con la redacción de este tipo de cláusulas, incluyendo las diferentes posiciones de las partes, tanto financieras como de otro tipo. Si se invoca el procedimiento de subasta, cada uno de los socios deberá proporcionar una oferta en sobre sellado por todas las participaciones que posee de la sociedad. Si un socio decide no presentar una oferta cerrada, él estaría obligado a vender al socio que participa en la subasta.

³⁸ Sreenivas Kamma; George Kanatas y Steven Raymar. *Dutch auction versus fixed-price self-tender offers for common stock*. Journal of Financial Intermediation. Volume 2, Issue 3, September 1992. 277-307.

También existen variaciones en esta mecánica que establecen un promedio entre los valores de los sobres intercambiados, y cuyo precio constituirá el precio base para ejercicio de la subasta. Asimismo, hay otra variación de esta cláusula que es denominada “Oferta sellada más justa,” en donde un tercero evaluará las propuestas, determinando cuál tiene el precio más cercano al valor razonable de las participaciones a adquirir, y a partir de allí se inicia la subasta.

Otra variación del sistema de subasta holandesa consiste en establecer que el socio que haga la puja más elevada entre las presentadas en un sobre sellado gana el proceso y el otro socio recibirá por la venta de sus participaciones el precio establecido en la oferta (por ejemplo, el mejor precio entre las dos ofertas –subasta holandesa tradicional- o la media de las dos ofertas -subasta holandesa a la baja-), sin necesidad que se acuda a una puja al alza posterior. Esto es, el precio indicado en el sobre sellado o la media de las dos ofertas, constituirá el precio definitivo de compra.³⁹

Otro formato más complejo de la cláusula holandesa, consiste en “conferir a un conjunto de peritos, por lo general 3 peritos, la obligación de producir un informe sobre el precio de las participaciones comunicadas vía sobre cerrado, siendo el socio que haya propuesto el precio más cercano al informe de los peritos el que tendrá derecho de adquirir las participaciones a este precio.”⁴⁰ No obstante, este formato de cláusula holandesa no suprime el peligro de determinación de un precio poco objetivo.⁴¹ Siguiendo este mecanismo, con el objetivo de poder brindar, sin peligros, el derecho de escoger entre la compra o la venta de participaciones, resulta conveniente que los socios nombren respectivamente y de manera anticipada dos peritos, luego estos dos peritos nombrarán por su parte a un tercero. “Cada perito formula un precio en su informe, luego el tercer perito toma en cuenta la media de los tres precios propuestos, siempre que dicha media será siempre superior al valor real de mercado de las participaciones.”⁴² “Con base a este formato, ya no será preciso plantear un precio elevado para ser adquiriente, o escoger entre ser adquiriente o vendedor, sino presentar el precio más objetivo posible.”⁴³

³⁹ Christine Pauleau. “*Incidencia del derecho en la creación y funcionamiento de las Joint Ventures...*,” Op. cit. 234 y ss. y H. Daniel. *Subasta Holandesa*. Industrial Data. 2014. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/307180612_subasta_holandesa (Consultado el 21/07/2020)

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Sixto A. Sánchez Lorenzo. *Cláusulas en los Contratos Internacionales. Redacción y análisis*. (Madrid, Editores: Atelier; 2012). 94.

⁴² Christine Pauleau. “*Incidencia del derecho en la creación...*” Op. cit. pp. 234 y ss.

⁴³ Pedro Durá Juez. “*Teoría de subastas y privatizaciones: un modelo de reputación del vendedor.*” (Madrid, Editorial Académica Española, 2009). 211 y ss. y Christine Pauleau. “*Incidencia del derecho en la creación...*” Op. cit. 234 y ss.

3.5. Cláusula Andorrana

3.5.1. Aspectos generales

La cláusula andorrana se aplica en sociedades en las que los socios no son capaces de acordar un precio sobre sus participaciones, bien sea para vender o para comprar.⁴⁴ Y la operatividad de la misma se explica a través del símil del pastel que va a ser repartido entre dos personas: si la parte que corta el pastel es la última en coger un pedazo, va a tratar de cortar dos mitades precisamente iguales.

El origen del nombre de esta clase de acuerdo tiene su fundamento en el siglo XIII, a causa de la resolución de un enfrentamiento sobre el dominio del Condado de Urgel entre el vizconde Don Geraldo de Cabrera (que tenía el control de dicho Condado), y Aurembiaix; la heredera aspirante. Don Geraldo de Cabrera y Jaime I de Aragón se congregaron en las Cortes de Monzón en el año 1217 para tratar de dar por terminado la disputa: Don Geraldo se comprometió con Jaime I a devolverle el territorio del Condado Urgel a cambio de una gran cantidad de capital que debía entregarse con carácter de garantía prendaria. En el supuesto que la heredera, Aurembiaix entregase al Rey dicha cantidad, se le entregaría a ella el Condado. De lo contrario, el vizconde Geraldo devolvería el dinero obtenido en prenda a cambio del Condado de Urgel. Por tanto, la decisión quedaba en manos de Aurembiaix, la heredera, pues si ella no entrega el dinero correspondiente al precio de las tierras, Don Geraldo de Cabrera recuperaría las mismas. Aurembiaix, la heredera, debía decidir si se quedaba con las tierras o con el dinero.

La cláusula andorrana consiste en que “uno de los socios fija un precio para cada participación de la compañía, y se lo ofrece al otro socio, concediéndole un plazo a fin de que decida si, por el precio propuesto, está dispuesto a vender sus participaciones, o por el contrario a adquirir las participaciones del socio oferente.”⁴⁵ Este mecanismo de la cláusula andorrana procura alcanzar la valoración más objetiva posible, puesto que es el socio receptor el que decide de qué forma conseguir más beneficio, bien sea comprando o vendiendo, con lo que, en el momento de adjudicar un valor, la persona que decide el precio de cada participación tiene la obligación de determinar un precio que sea justo y razonable.

⁴⁴ Louis T. M. Conti. *Deadlock-Breaking Mechanisms in LLCs—Flipping a Coin is Not Good Enough, but Is Better than Dissolution*, Bus. L. Today, Mar. 2017.

⁴⁵ Enrique Ortega Burgos. “*Los mecanismos legales y paralegales para solucionar un bloqueo ...*” Op. cit. pp. 64-68 y Enrique Ortega Burgos. “*Tratado de conflictos societarios*”, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2019). 98 y ss.

La cláusula andorrana se emplea como el último mecanismo de salida. Cuando las diferencias son irreconciliables, un socio podrá irse manifestando un precio por sus participaciones y el otro socio decidirá si adquiere las participaciones del socio oferente a ese precio o si vende sus participaciones al mismo precio, en tal caso el primer socio estaría obligado inapelablemente a adquirir.

3.5.2. Estructura de la cláusula andorrana

En la cláusula andorrana el socio A determina un precio para cada participación de la compañía, y se lo comunica al socio B, dejándole un plazo a fin de que el socio B decida si, por el precio propuesto, prefiere vender sus participaciones, o al contrario adquirir las participaciones del socio A. Por tanto, el Socio A determinará el valor de la totalidad de las participaciones del Socio B en la sociedad y el Socio B tendrá el derecho a optar entre (i) adquirir la totalidad de las participaciones del Socio A al precio indicado por éste; o (ii) vender la totalidad de sus participaciones al Socio A al precio indicado por éste.”⁴⁶

Por tanto, en el caso del símil del pastel, el socio A es el que corta el pastel, siendo el Socio B el que decide que pedazo de pastel desea quedarse. Esto hace que el socio A trate de cortar los pedazos de pastel de manera justa y razonable, de lo contrario el Socio B se quedará con el pedazo de pastel más grande y el socio A se quedará con el trozo más pequeño..

3.6. Cláusula quick draw McGraw o Cláusula tiro loco McGraw

3.6.1. Aspectos generales

La cláusula del tiro loco McGraw (también conocida como la cláusula quick draw McGraw) es una cláusula que ha sido creada por la corte en lo mercantil de Brooklyn a cargo del Juez David Schmidt en su relevante decisión en el caso *Mintz v Pazer*, (Nº 502127/13 Sup. Ct., Condado de Kings 12 de marzo 2014).

En las típicas cláusulas de desbloqueo el oferente indica un precio y el destinatario tiene la opción ya sea el de comprar las participaciones del oferente o vender sus participaciones al primer oferente. En la mayoría de los casos, el momento en el cual la oferente tira del gatillo en una cláusula de desbloqueo no es un inconveniente,

⁴⁶ Clara Cobo Berberana y Carmina Rodríguez de la Rúa Puig. “La sociedad inoperante.” *Economist & Jurist*, Vol. 22, Nº 182, 2014. 14-19. Disponible: “https://www.economistjurist.es/export.php?post_id=32498&force” (Consultado el 13/11/2020) y Enrique Ortega Burgos. “Los mecanismos legales y paralegales para solucionar un bloqueo societario deadlock.” *Economist & Jurist*, Vol. 20, Nº. 162, 2012, 64-68. Disponible en: <https://www.economistjurist.es> (Consultado el 07/09/2020).

porque el destinatario tiene la opción de comprar o vender, situación que en cierta forma desincentiva el asumir la posición de oferente y activar el gatillo de la cláusula de desbloqueo.

En una cláusula tiro loco McGraw, ante la ocurrencia de un evento de bloqueo, que suele estar definido contractualmente, cualquiera de los socios puede tirar del gatillo, esto es, emitir una notificación dirigida a la otra parte indicando su intención de comprar las participaciones de la otra parte a un precio que se determinará posteriormente mediante un proceso de valoración.

3.6.2. Funcionamiento de la cláusula Quick Draw McGraw

A diferencia de las demás cláusulas de desbloqueo, el plazo temporal para activar esta cláusula resulta lo más esencial. La condición de comprador y la de vendedor se determina al instante en que cualquiera de los socios sirve su notificación por escrito manifestando su voluntad de comprar las participaciones de la otra parte. Cuando uno de los socios desea comprar las participaciones del otro socio, como ocurrió en el caso Mintz, una diferencia de minutos en la entrega de la notificación de compra determinará cual socio se colocará en la posición de comprador o la de vendedor.

El caso Mintz trataba sobre un negocio de bienes propiedad de los primos Max y Louis Mintz. Su empresa principal era el centro comercial en Georgetown en Brooklyn, propiedad de su compañía holding llamada Astoria Holding Corp., de la cual Max poseía el 48% de las participaciones y Louis el 52%. A pesar de que poseían una participación accionarial desigual, Max y Louis celebraron un acuerdo de socios en donde ambos tenían igual representación y poder de voto.

Max fue Presidente de Astoria y manejó la gestión y el día a día del centro comercial hasta su muerte en 2003, momento en el cual su cargo y responsabilidades en la sociedad fueron asumidos por su hija Rochelle Shelley Pazer quien heredó las participaciones de su padre Louis que había muerto en 2002. Las participaciones de Max se depositaron en fideicomiso a beneficio de su esposa, Hilda. Una vez que murió Hilda en 2011, su hijo Howard y su hija Susana se convirtieron en los fideicomisarios y únicos beneficiarios del fideicomiso.

Las relaciones entre los Pazer y los Mintz se deterioraron, y culminó con la demanda instaurada por Pazer en mayo 2011, alegando la existencia de un bloqueo societario y en donde solicitaba la disolución judicial de Astoria.

En lugar de proceder a disolver, los tribunales asistieron en las negociaciones y en julio de 2011 los socios resolvieron la disputa mediante la celebración de un nuevo acuerdo de socios. El nuevo acuerdo contemplaba que, en caso de bloqueo, cualquier

de los socios podría vender al consocio sus cuotas de participación o comprar las cuotas de participaciones del consocio, a precio de mercado, en el supuesto que los socios no pudiesen resolver sus diferencias a través de negociación o la mediación.

El evento de bloqueo se definió en la Sección 4.8.1 del acuerdo de socios como la incapacidad para obtener el consentimiento unánime de los directores para una serie de decisiones definidas a nivel contractual como importantes. Según la Sección 4.8.2 del acuerdo de socios, ante la ocurrencia de una situación de bloqueo se requería a los socios someter el asunto a una mediación en un plazo determinado (dentro de los 30 días siguientes a la notificación). El juez al analizar el caso y revisar el pacto de socios, observó que según la Sección 4.8.3 del acuerdo de socios, si no se resolvía la situación de bloqueo en la mediación, cualquiera de los socios podría optar por la compra de las participaciones de la otra parte a un precio a ser determinado en un proceso de valoración. Y si ninguno de los socios optaba por comprar las participaciones de la otra parte, la sociedad entonces debía proceder a vender sus activos, cesar sus negocios y proceder a disolverse.

El procedimiento de opción de compra se encontraba regulado en la Sección 8.2 del acuerdo de socios titulado “derecho de oferta preferente”, que permitía a los socios en cualquier momento y por cualquier causa ofrecer en venta sus participaciones al otro socio a un precio determinado.

Además, el Juez determinó que el acuerdo de socios establecía que de ocurrir alguna situación de bloqueo y no haber sido resuelta de conformidad con la Sección 4.8.2 de dicho acuerdo de socios, entonces el Grupo Mintz o el Grupo Pazer tendrían derecho a notificar al otro grupo de socios su intención de comprar las participaciones propiedad del otro grupo de socios dentro de los diez (10) días laborables contados desde la fecha de dicha notificación.

Por otro lado, el Juez observó que en la Sección 8.2 (b) del acuerdo de socios se establecía que la emisión de una notificación manifestando la intención de comprar, y el consiguiente aviso del receptor para vender, son “irrevocables”. La disposición no dice nada sobre la posibilidad de que ambas partes puedan dar avisos de compra simultáneos o secuenciales.

En el año 2012 surgieron nuevas disputas entre los Pazer y Mintz. En mayo de 2012, tras la declaración de una situación de bloqueo y una mediación sin éxito, Mintz envió de conformidad con la Sección 8.2 (a) del acuerdo de socios un aviso notificando su intención de comprar de las participaciones de Pazer. Al recibir tal aviso, Pazer interpretó que la Sección 8.2 (a) del acuerdo de socios también permitía a Pazer emitir un aviso de compra para comprar las participaciones de Mintz. Y emitió un aviso de compra mediante correo electrónico. Según Pazer, dado que el pacto no regulaba nada

en caso de que se emitan comunicaciones de compra simultaneas, entonces alego que un resultado justo sería que el grupo de socios que ofreciese el precio de compra más alto tendría derecho a comprar las participaciones del otro grupo de socios, y de no ser así se deberían vender los activos de la sociedad en el mercado y la sociedad debería ser liquidada.

En vista de este impase, ambos socios sometieron la disputa a juicio a los fines de defender sus respectivas posiciones sobre la compra de participaciones.

La decisión del Juez Schmidt al interpretar el acuerdo de socios fue la de señalar cuando se entrega un aviso de compra, este primer aviso impide al otro socio el poder emitir una notificación de propuesta de compra o venta de participaciones. Según el Juez Schmidt el permitir que ambos socios o cada uno de los grupos de socios puedan emitir avisos de compra o venta de participaciones simultáneos generaría un caos, esto es un callejón sin salida. Para el Juez Schmidt si ambas partes pudiesen activar el gatillo de las cláusulas de desbloqueo al mismo tiempo, es decir, emitir un aviso de compra o venta simultánea, esto haría que tal cláusula de desbloqueo no tuviese ningún sentido, eficacia o efecto ya que sería imposible determinar cuál socio tendrían derecho a comprar las participaciones de la otra. Permitir disparos simultaneas haría que los socios se comportaran al mismo estilo que el famoso comic denominado tiro loco McGraw (*quick draw McGraw*).

Asimismo, el Juez Schmidt señaló que las notificaciones de compra o venta para que sean válidas, las mismas deben contar con un cierto nivel de precisión y certeza, lo cual es lo mínimo que se requiere en cualquier tipo de oferta. Una notificación en términos imprecisos constituye nada más que una mera propuesta para negociar.

Al final, el Juez Schmidt estableció en su decisión que Pazer debía vender sus participaciones en los términos del pacto de socio, esto es, “*ocurrida la situación de bloqueo, y sin que el proceso de mediación tuviese éxito en la solución de tal impase, sólo el primer aviso de compra o venta notificado es el que resulta válido y eficaz.*”⁴⁷ Esta regla es la esencia de la cláusula tiro loco McGraw (*quick draw McGraw*).

Si cada socio quiere preservar su capacidad de compra sobre las participaciones del otro socio, entonces en lugar de implantar un régimen de disparo bajo duelo (notificaciones de compraventa simultaneas) los socios deberían acordar algún tipo de subasta cerrada como una solución.⁴⁸ Esto es, una vez que un socio dispare, el otros socio ya no puede activar la cláusula.

⁴⁷ Peter Mahler. Court Enforces “*Quick Draw*” Buy-Sell Agreement in Suit between 50/50 Shareholders.” 31 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.nybusinessdivorce.com/2014/03/articles/buyout/mintz/> (Consultado el 18/12/2020).

⁴⁸ Un caso americano en donde se discutió una shot-gun clause de Tiro Loco. Valinote v. Ballis, No. 00 C 3089, 2001 WL 1135871, at *2 n.3 (N.D. Ill. Sept. 25, 2001).

Los socios al regular la cláusula de desbloqueo, si desean establecer que “cada socio” igualitario posea el derecho a activar la cláusula de desbloqueo, deben redactar expresamente la cláusula en dichos términos. La ausencia de una redacción clara que autorice a cualquier de los socios a activar la cláusula de desbloqueo, evidencia la ausencia por parte de los socios de su intención para permitir que ambos socios de manera simultánea envíen notificaciones de compra o de venta de participaciones después de producido una situación de bloqueo.⁴⁹

3.7. Cláusula de selección múltiple (Multi-choice procedure)

3.7.1. Aspectos generales

La cláusula de opción múltiple o cláusula de selección múltiple sirve para solventar casos de bloqueo o paralización de órganos societarios y proporciona una serie de opciones para resolver una situación de empate que pueden incorporarse en un acuerdo de socios o en los estatutos sociales, ya sea en la etapa de redacción inicial de tales documentos o como una enmienda al documento ya existente.

A menudo, en sociedades mercantiles cerradas, como sería el caso de una sociedad conformada por dos socios que poseen cada uno una participación del 50% en el capital social, pueden surgir situaciones en las que los votos se dividen por la mitad y no hay perspectivas de que se llegue a un acuerdo. En estas situaciones de estancamiento en las que no existen mecanismos para hacer frente al escenario de empate, a veces resulta que la única solución es liquidar la sociedad, tal como lo prevé el artículo 363.1(d) de la LSC de España, o el artículo 340 del Código de Comercio de Venezuela. Con el fin de conservar la sociedad en funcionamiento, la puesta en marcha de una cláusula de desbloqueo de opción múltiple para solventar casos de bloqueo puede proporcionar soluciones que permitan solventar la paralización.

Solo cuando haya surgido una situación de bloqueo, se exigirá a los socios que elijan un medio para solventar el empate, y de no hacerlo, se producirá automáticamente una disolución voluntaria de la sociedad.

A menudo los socios descubren que están más dispuestos a negociar cuando se enfrentan a medidas draconianas como las previstas en las cláusulas tradicionales de desbloqueo (como la de la ruleta, rusa, tiro tejano, etc.) o en la normativa legal (liquidación de la sociedad). En particular cuando están sometidos a la posibilidad de verse obligados a liquidar una sociedad rentable.

⁴⁹ Mintz v Pazer, Decision and Order, Index No. 502127/13 [Sup Ct, Kings County Mar. 12, 2014].

3.7.2. Estructura de la cláusula de selección múltiple

Según la cláusula de opción múltiple los socios pueden escoger por una de las siguientes alternativas: voto de calidad del presidente del consejo; mediación o arbitraje; en donde el oficial responsable (ya sea el presidente del consejo, mediador o arbitro) pondrá en marcha un procedimiento de compraventa forzada al estilo ruleta rusa, tiro tejano o tiro mejicano. Una vez activado el procedimiento de compraventa forzada de participaciones entre los socios, cada socio envía una oferta en un sobre sellado dirigido al oficial responsable dentro de un número específico de días, indicando el precio máximo al que están dispuestos a comprar las participaciones del otro socio.

Las ofertas selladas son abiertas al mismo tiempo por el oficial responsable, y la oferta sellada más alta “gana”, y ese postor debe entonces comprar las participaciones del otro socio en la sociedad (y el socio “perdedor” debe vender). Si no se activa el procedimiento de compraventa forzada de acciones entre los socios, la siguiente y última alternativa es una liquidación voluntaria de la Compañía, que se producirá en aplicación por defecto del artículo 363.1(d) de la LSC en el caso de España y del artículo 340 del Código de Comercio venezolano en el caso de Venezuela.

Por tanto, la cláusula de selección múltiple es una opción menos agresiva que las anteriores. Cuando los socios no están dispuestos a asumir ante la situación de bloqueo un procedimiento de terminación draconiano y dramático, este mecanismo resulta muy adecuado.

En tales circunstancias los socios tratan de aprovechar las distintas opciones que se derivan de la situación de bloqueo, y es allí cuando los socios se ponen de acuerdo para aplicar la opción más adecuada a los efectos de determinar si el bloqueo se puede resolver o no.

El beneficio de una de cláusula de selección múltiple es que, cuando los socios se enfrentan a las consecuencias draconianas de la siguiente etapa, los socios están más dispuestos a comprometerse.

La desventaja de una de cláusula de selección múltiple es que, si los socios siguen en desacuerdo, por lo general requerirá que el oficial responsable participante, que actúa bien como presidente del consejo, mediador o arbitro asuma la obligación de imponer una de las opciones que considere más conveniente a los socios.

A menudo, la redacción de las cláusulas de desbloqueo dependerá en gran medida de lo “temas o asuntos que los socios consideran esenciales o clave en el funcionamiento de la sociedad. Y sobre tales asuntos, lo normal es que los socios partes quieran asegurarse un consenso mutuo. Por tanto, de existir el bloqueo, los socios activan el procedimiento de la cláusula de selección múltiple y ambos participan en las distintas etapas u opciones que ofrece dicha cláusula.

3.8. Cláusula de disuasión (Deterrence approach)

3.8.1. Aspectos generales

La cláusula de disuasión consiste en fijar un procedimiento en las escrituras de los estatutos de la sociedad o en el acuerdo parasocial que sirva para determinar el precio justo por acción, una vez que ha ocurrido la situación de bloqueo.

Sobre la base de este precio, el socio puede entonces o bien vender sus participaciones al otro socio con un descuento acordado previamente (por ejemplo, 20%) o comprar las participaciones del otro socio con una prima previamente acordada (por ejemplo, 20%). Este enfoque sirve para alentar a los socios a buscar soluciones mutuamente aceptables, y disuadirlos de activar un procedimiento desbloqueo mediante la puesta en marcha de una cláusula de compraventa forzosa de participaciones a la ligera.

El enfoque disuasorio implica establecer una regla en los estatutos sociales o en el acuerdo societario paralelo que determinará un valor razonable por participación cuando se haya notificado la activación de la cláusula shot-gun. Con base en este precio, el socio que desee activar la cláusula debe meditar bien y estar seguro si puede comprar las participaciones del otro socio con una prima previamente acordada (por ejemplo, 20%) o vender sus participaciones con descuento previamente acordado (por ejemplo, 20%). Este enfoque sirve para alentar a los socios a buscar soluciones mutuamente aceptables y disuadirlos de iniciar el mecanismo de activación de la cláusula de compraventa forzada de participaciones.

Lo más importante para redactar una cláusula de disuasión es comprender la dinámica involucrada en esta cláusula, y cuyo objetivo es hacer perder dinero al socio que activa la cláusula de desbloqueo, sin antes no haber resuelto el problema vía mediación o arbitraje, por ejemplo. Se trata de una cláusula disuasiva.

3.8.2. Estructura de la cláusula de disuasión

El enfoque de la cláusula de desbloqueo de disuasión es menos conocido, pero no menos eficiente que las demás cláusulas de desbloqueo. Esta cláusula trata de establecer un procedimiento en el acuerdo societario paralelo o en los estatutos de la sociedad que tiene como objetivo el determinar el valor justo por acción, una vez que se haya iniciado procedimiento desbloqueo mediante el envío de la notificación de oferta de venta o compra de participaciones. En base a este precio que ya está preestablecido, el socio (A) puede entonces decidir comprar las participaciones del socio (B) con una prima acordada previamente o vender sus participaciones al socio (B) con un descuento previamente acordado. Este enfoque sirve para alentar a las partes a buscar soluciones

mutuamente aceptables, y disuadirlos de instigar de manera ligera el procedimiento de expulsión de un socio mediante la oferta de compraventa de participaciones de la sociedad.⁵⁰

Existen dos versiones de cláusula de desbloqueo de disuasión, una suave y una dura. En la versión suave, un socio que desee vender debe ofrecer sus participaciones al otro socio a un precio fijado ya fijado previamente en los estatutos o acuerdo societario paralelo, y el otro dispondrá de un plazo determinado para decidir si acepta o no la oferta. Si el socio receptor no acepta la oferta, se pueden vender entonces las participaciones a un tercero en condiciones que sean ventajosas para el socio vendedor, esto es sin el descuento acordado previamente por los socios. Esta versión favorece al vendedor, ya que puede vender sus participaciones sin descuento y resulta desfavorable para al otro socio, puesto que desconoce si un tercero comprará efectivamente a dicho precio y las cualidades del tercero que se incorporará en la sociedad. En todo caso, el socio receptor de la oferta siempre tendrá la posibilidad de igualar el precio ofrecido por el tercero y comprar las participaciones del socio oferente.

Por tanto, para el socio oferente será necesario encontrar un tercer comprador antes de que se active la cláusula de desbloqueo y se realice la oferta al otro socio, quien tendrá derecho a comprar conforme a los términos ofrecidos por el tercero.

Esta fórmula suele ser salomónica, dado que es un tercero quien fija el precio final, pero resulta complicado para el vendedor pues a menudo suele ser complicado encontrar un tercero que desee comprar y presentar una oferta sabiendo que el otro socio tenía un derecho preferente de comprar a descuento y no lo ejerció. Lo cual genera suspicacias acerca de la viabilidad de la sociedad.

En la cláusula de disuasión (Deterrence approach) un experto o auditor determina el “valor justo de mercado” del precio por acción, y que se regula en el acuerdo parasocial o en los estatutos sociales. Una vez determinado, el socio interesado manifiesta su deseo de vender o bien su deseo de comprar las participaciones del otro socio pagando una prima adicional (por ejemplo, 20%) o vender sus participaciones a la otra parte con un descuento equivalente.

Una ventaja que ofrece esta cláusula es que viene a evitar el abuso del socio que posee mayor capacidad económica en contra del que no la tiene, ya que se ve obligado a vender con un descuento a y comparar con un sobre coste.⁵¹

⁵⁰ M. Hoberman, Jason. “*Practical Considerations for Drafting and Utilizing Deadlock Solutions for Non-Corporate Business Entities*” 2001 Colum. Bus. L. Rev. 231.10-29.

⁵¹ A este respecto cabe señalar que el mecanismo de fijación de precios estipulado en el pacto de socios no puede conducir a un descuento indebido, de lo contrario la cláusula podría ser cuestionada por un tribunal debido a la violación de los

Es crucial que las cláusulas de desbloqueo de disuasión se transcriban de manera clara y precisa a fin de que operen con eficiencia, e impidan o al menos minimicen el riesgo de un conflicto prolongado, y proporcionen un nivel adecuado de protección a ambos socios durante las negociaciones.

Como vimos, la cláusula de disuasión se caracteriza porque su mecanismo trata de imponer una sanción o consecuencia punitiva al socio que inicia el procedimiento desbloqueo.

En estas cláusulas de disuasión se contempla que una situación de bloqueo solamente surge cuando uno de los socios envía un aviso de notificación al otro socio informando que dicha situación de bloqueo ha surgido.

Uno de los beneficios de cláusulas de desbloqueo es que tratan de solventar la paralización de la sociedad, ya que las situaciones de bloqueo muy raramente se resuelven, y pueden llevar a la sociedad a verse paralizada por la falta de decisión.

Por lo tanto, lo que propone esta cláusula es que en lugar de resolver el asunto clave que genera el bloqueo mediante la celebración de un número de reuniones, esta cláusula dispone que se deberá determinar de manera previa el “valor justo de mercado” de las participaciones de los socios mediante una valoración a ser realizada por un experto o por un auditor.

Una vez realizada la valoración, el socio que en un futuro emita la notificación de bloqueo deberá llevar a cabo alguna de las siguientes actuaciones, a saber: (a) bien comprar todas las participaciones del otro socio en el negocio a un valor superior al precio de mercado (pagando una prima), o (b) vender sus participaciones al otro socio a un valor menor al precio de mercado (con un descuento).

CONCLUSIONES

Como hemos visto en este trabajo existen muchas fórmulas contractuales, que bajo distintas designaciones y fundamentados según la regla general de la buena fe y los principios del deber de fidelidad y de lealtad del socio con la sociedad y con los consocios, pretenden solucionar las situaciones de bloqueo y minimizar el impacto del mismo.

Las distintas cláusulas de desbloqueo analizadas en este capítulo contemplan mecanismos a seguir para superar una situación de paralización o bloqueo en la Junta General de Socios. Como vimos, de los distintos mecanismos desbloqueo expuestos en este trabajo, los mismos tienen por objetivo regular, en la generalidad de los casos, el procedimiento de salida de alguno de los socios y terminación de la relación societaria inicial, todo ello a los fines de mantener viva la sociedad afectada.

En este trabajo hemos analizado las principales cláusulas de desbloqueo como formas de resolución de conflictos societarios, presentando las principales características de cada forma de cláusula de desbloqueo y así pudimos comprender las diferencias existentes entre una cláusula de desbloqueo con respecto a las otras formas de cláusulas de desbloqueo.

Hemos visto en este trabajo, que una de las prácticas más comunes en lo referente a disputas societarias derivadas de bloqueo en los órganos societarios, es el uso de herramientas contractuales predeterminadas destinadas a resolver el impase corporativo (deadlock) insuperable entre los socios de una sociedad, como sería el caso de las cláusulas de desbloqueo que fueron objeto de estudio en este trabajo.

Igualmente, hemos visto en este trabajo que las cláusulas de desbloqueo consisten en un mecanismo contractual comúnmente utilizado en los acuerdos de socios o estatutos sociales para la resolución de disputas societarias que generan bloqueo, y que en las sociedades mercantiles cerradas igualitarias (50 % - 50 %), suelen ser concurrentes. En el caso que surja una situación de bloqueo insuperable, uno de los socios presenta al otro socio una oferta para comprar o vender sus participaciones (“Socio Oferente”). El socio que reciba la oferta (“Socio Receptor”) decidirá si compra las participaciones del Socio Oferente o si vende su participación al Socio Receptor al precio y condiciones descritos en la oferta.

Los abusos de uno de los socios en sociedades mercantiles cerradas de tipo igualitario frente al otro socio se deben fundamentalmente a la falta de una legislación actualizada que contemple y resuelva de forma íntegra y de manera ex-ante y ex-post las sustituciones de bloqueo en materia societaria. La normativa mercantil no ha establecido reglas para lograr una solución equitativa a las situaciones de impasse de bloqueo en sociedades de capital paritario. Pero la práctica mercantil y la doctrina han encontrado soluciones contractuales que sirven de ayuda a resolver estos impases entre socios en caso de bloqueo. En este trabajo hemos analizado las distintas cláusulas de desbloqueo que han puesto en uso la práctica mercantil, sobre todo por la práctica mercantil de derecho comparado. Las sociedades mercantiles cerradas con una participación del cincuenta y cincuenta son propensas a sufrir bloqueos en la toma de decisiones. El empate da lugar al bloqueo y el bloqueo lleva a la paralización de la sociedad, siendo tal para-

lización inmediata cuando se refiere al órgano de la Junta de Socios, lo cual conduce primero a la intervención judicial de la sociedad y luego a su disolución y liquidación, con enorme destrucción de valor.

El conflicto en la sociedad de dos socios, una vez desatado, debe ser gestionado intentando consensuar algunas de las situaciones de salida o superación que debieron haber sido pactadas al constituirse la sociedad, aplicando las técnicas de la negociación. Uno de los problemas más habituales que existen en el marco de sociedades participadas por dos socios que son controladas de forma conjunta por ambos es que se produzca una situación de bloqueo, entendida en el sentido de una imposibilidad de adoptar acuerdos en alguno de los órganos societarios.

A los efectos anteriores, la Ley de Sociedades de Capital española y el Código de Comercio venezolano establecen la alternativa que podríamos denominar “fácil”: la disolución de la sociedad. Sin embargo, no es, a nuestro parecer, la solución más ideal, en tanto que no tiene, en absoluto, en cuenta los intereses de los socios, que pueden desear mantener la vigencia de la entidad permaneciendo uno de ellos en solitario, poniendo fin de dicha forma a la paralización existente. De acuerdo con lo anterior, debe tenerse en cuenta que la disolución de la sociedad no es la única alternativa con la que cuentan los socios frente a un potencial bloqueo o paralización societaria, sino que existen diversos mecanismos de los que los socios pueden hacer uso, precisamente encaminados a garantizar la supervivencia de la sociedad. En este sentido, es conveniente negociar los mecanismos a aplicar en un momento previo a la constitución de la sociedad, por ejemplo, mediante la inclusión del método elegido en el correspondiente acuerdo de socios o acuerdo preliminar de constitución, de cara a asegurar que dicho bloqueo no va a suponer la liquidación de la sociedad.

El conflicto entre socios igualitarios en las sociedades de capital entraña una serie de peculiaridades que han de ser tomadas en consideración al momento de la conformación de la voluntad social. Aunque el conflicto no suponga ipso iure una causa de disolución de la sociedad, cuando no afecte al órgano de administración, la ruptura del principio de fidelidad entre los socios y la ausencia de *affectio societatis* constituyen un motivo de bloqueo social. Esta situación de bloqueo, que se produce como consecuencia del enfrentamiento personal de los socios y que se traslada al ámbito de la sociedad, los socios cuentan con distintas alternativas que son susceptibles de activarse en caso de incurrirse en situación de bloqueo y entre las que se encuentran las cláusulas de desbloqueo, y cuya clasificación *ex-post* ha sido objeto de estudio en este trabajo.

Si bien resulta necesaria una reforma legislativa en la materia, con el derecho vigente es posible, como vimos en este trabajo, el establecer cláusulas contractuales, estatutarias o para-societarias para prevenir las situaciones de empate, “*impasse*” y parálisis societaria,

Todos estos mecanismos comentados y analizados en este trabajo han de ser considerados a la hora de constituir una sociedad conjunta o joint venture en tanto que aportan ventajas evidentes frente a las soluciones que la regulación legal prevé en caso de bloqueo de los órganos sociales. En efecto, a través de estos mecanismos se intenta, y en ocasiones se logra, evitar la disolución de la sociedad y continuar con la actividad de la empresa, aún con, únicamente, uno de los socios al frente y, por lo tanto, conservar el valor de la misma, evitando que una situación prolongada de bloqueo ocasione una paralización de la sociedad y pérdidas irreversibles a los socios. También evitan las partes numerosos costes de agencia en los que seguramente incurrirían en el caso de no tener establecido un mecanismo para solventar las disputas. El hecho de que los socios sepan qué hacer en situación de bloqueo y cómo solventar esta situación hace que los gastos para llegar a esa solución sean los estrictamente necesarios (valoraciones, abogados, intervención de terceros independientes, etc.).

Por último, y desde el plano de las relaciones entre los socios, las cláusulas de desbloqueo ayudan también a que las disputas se resuelvan de acuerdo con un guion previamente pactado por ellos y no se deterioren las relaciones más de lo estrictamente necesario, ni se acuda a intentos de abusar de posiciones de ventaja por parte de ninguno de los socios. En definitiva, supone un ejercicio de responsabilidad por parte de los socios prever con antelación cómo actuar ante este tipo de situaciones de bloqueo societario que, aunque indeseadas por ambas partes, pueden ser muy reales a lo largo de la vida de la sociedad conjunta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, VANESA y VEGA SUÁREZ, ANA M. “*La protección jurídica de los Startups.*” *La Revista Internacional de derecho práctico: Foro Jurídico Iberoamericano.*
- CAREY, STEVENS, A. “*Buy/Sell Agreements in Joint Venture Real Estate Agreements*” 39 *Real Prop. Prob. & Tr. J.* 651 (2005).
- CLAR RAMÍREZ, PATRICIA. “*Cláusulas entre socios y mecanismos antibloqueo de las sociedades de capital.*” Universidad de Comilla. Facultad de Derecho. Madrid. Abril 2019. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/> (Consultado el 07/11/2020).
- COBO BERBERANA, CLARA y RODRÍGUEZ DE LA RÚA PUIG, CARMINA. “*La sociedad inoperante.*” *Economist & Jurist*, Vol. 22, N° 182, 2014.
- CONTI, Louis T. M. *Deadlock-Breaking Mechanisms in LLCs—Flipping a Coin is Not Good Enough, but Is Better than Dissolution*, *Bus. L. Today*, Mar. 2017.
- DAIGRE (J.J.), SENTILLES-DUPONT M. “*Pacte d’actionnaires et capital-risque: Typologie et appréciation*”, París: Gln Joly, 1995.

- DE FRUTOS, María Ángeles y KITTSTEINER, Thomas. “*Efficient partnership dissolution under buy-sell clauses*”. En *RAND Journal of Economics*, Vol. 39, No. 1, Spring 2008.
- DURÁ JUEZ, PEDRO. “*Teoría de subastas y privatizaciones: un modelo de reputación del vendedor*.” Editorial Académica Española, Madrid.
- FERNÁNDEZ DEL POZO. Luis. “*Un apunte sobre los posibles mecanismos societarios previstos en estatutos para romper el empate (tie-break provisions)*.” (Madrid. Revista La Ley Mercantil, N° 35, 2017)
- FLEISCHER, Holger y SCHNEIDER Stephan “*Shoot-Out Clauses in Partnerships and Close Corporations - An Approach from Comparative Law and Economic Theory*” - Max Planck Private Law Research Paper No. 11/13.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. “*El control del poder societario en la gran empresa y la función disciplinaria de las OPAS*”, RDBB 47 (1992) 665-689 (publicado después en Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras. Estudios sobre OPAs, Civitas, Madrid 1999).
- HERZFELD E.: *Joint ventures*, Jordans, 2.^a ed. Bristol: Jordans, 1989.
- HEWITT. *Joint Ventures*, 2 ed., New York, Sweet & Maxwell, 2010).
- HOBERMAN, Jason, M. “*Practical Considerations for Drafting and Utilizing Deadlock Solutions for Non-Corporate Business Entities*” 2001 Colum. Bus. L. Rev. 231
- LANGFELD-WIRTH K.: *Les joint ventures Internationales pratiques et techniques contractuelles des coentreprises internationales*, Garcia A. (traducción y adaptación), GLN Joly, Paris, 1992,
- LEYLAND, F.; BERTHON, P.; Watson, R. y Ewing, M. Octubre 2001. Estrategia de precios e Internet. Rev. Harvard DEUSTO Business Review.
- LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, J.C., “*Sección de derecho mercantil*,” “Mecanismos de desbloqueo societario.” junio de 2016, AEDAF Asociación Española de Asesores Fiscales
- LUCEÑO OLIVA, J.L.- GUERRERO CAMACHO, E. “Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las joint ventures o sociedades conjuntas. Un análisis de las posibles cláusulas tipo”, La Ley, N° 8.610, 2015.
- NADORFF, NORMAN & MCNEAL, QUINNCY. “*Breaking Joint Venture Agreement Deadlocks: Before the Texas Shoot-Out, Try a Texas Shout-Out*, 5 Oil & Gas, Natural Resources & Energy.” J. 411 (2020), pp. 415 y ss. <https://digitalcommons.law.ou.edu/onej/vol15/iss3/2>
- NAVAJO, JOSEP. “*Situaciones que puedes evitar en tu Startup mediante un buen Pacto de Socios*.” Delvy Asesores. TodoStartups. 26-10-2012. Disponible en: <https://www.todostartups.com> (Consultado el 17/08/2018).

- MAHLER, Peter. Court Enforces “*Quick Draw*” Buy-Sell Agreement in Suit between 50/50 Shareholders.” 31 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.nybusinessdivorce.com/2014/03/articles/buyout/mintz/> (Consultado el 18/12/2020).
- MARTÍNEZ LIZÁN, CARLOS. “*Cómo evitar y remediar las situaciones de bloqueo societarias*.” 4 mayo 2010. Legal Today, Portal jurídico de Thomson Reuters. Disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-mercantil/societario/como-evitar-y-remediar-las-situaciones-de-bloqueo-societarias-2010-05-04/> (Consultado el 11/07/2019).
- MEDINA DE LEMUS, M., “*Joint-ventures internacionales*”, Contratos de comercio exterior. Doctrina y formularios, Madrid, Dykinson, 2007.
- ORTEGA BURGOS, Enrique. “*Los mecanismos legales y paralegales para solucionar un bloqueo societario deadlock*.” Economist & Jurist, Vol. 20, N.º. 162, 2012. Disponible en: <https://www.economistjurist.es> (Consultado el 07/09/2020)
- PAULEAU, Christine. “*Incidencia del derecho en la creación y funcionamiento de las Joint Ventures. Análisis de la organización jurídica de las Joint Ventures en la Unión Europea, con especial referencia a España*.” Eprint. Universidad Complutense de Madrid. Madrid-España. 2000.
- PLANA PALUZIE, ÀLEX. “*La mejor manera de desbloquear una sociedad (No siempre)*.” Entre Leyes y Jurisprudencia. Marzo 01, 2012. Disponible en: <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2012/03/la-mejor-manera-de-desbloquear-una.html?m=0> (Consultado el 21/08/2020).
- POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law, Boston, Wolters Kluwer Law & Business, 1979.
- PRAT S.: “*Les pactes d’actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*,” Edit. Litec, Paris, 1992.
- PIPER, S.M., BERMAN, M.L. & S.J. Notellovitz, “*The Emerging Role of Dutch Auctions*” Insights 3:8 (August 1989)
- PRAT, Sebastien. *Les pactes d’actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières* (Paris V: Litec, 1992), n.º 158 et s.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. “*Cláusulas en los Contratos Internacionales. Redacción y análisis*.” Editores: Atelier Libros; 2012; Madrid.
- SERRANO ACITORES, FRANCISCO ANTONIO. “*Mecanismos para solucionar un bloqueo societario*.” Revista Lex Mercatoria N.º 1, 2015, pp. 83. También Disponible en <https://www.antonioserranoacitores.com/bloqueo-societario/> 2016 (Consultado el 01/03/2021).
- SREENIVAS KAMMA; GEORGE KANATAS Y STEVEN RAYMAR. “*Dutch auction versus fixed-price self-tender offers for common stock*.” Journal of Financial Intermediation. Volume 2, Issue 3, September 1992