

La Ley de Reforma de la LSC

**Abuso de derecho de la mayoría,
conflictos de intereses y lesión del derecho
de información en el Proyecto de Reforma LSC**

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Aunque la presencia de "consideraciones de abuso de derecho" late en el Proyecto de Reforma de la LSC de manera implícita en otros lugares, existen dos menciones expresas del Proyecto a la técnica del abuso de derecho, una para restringir el alcance del derecho de información y otra para extender el ámbito de aplicación de la impugnación de acuerdos sociales. Otra tercera mención es más alejada, pero responde al mismo propósito.

I. Derecho de información y abuso de derecho

1. A pesar de que los matices distaban de estar claros, la jurisprudencia vigente reconocía una "última posibilidad" para que la sociedad denegara al socio la información exigida por éste con carácter previo a la junta o durante ella. Aunque la información hubiere sido solicitada por socios que representasen el 25% del capital, todavía podían negarse los administradores a entregar o procurar esta información si acreditaban que su posesión perseguía una finalidad abusiva, como embarazar la marcha de la sociedad con documentación innecesaria, reduplicar una información costosa de producir pero ya conocida por el peticionario o, principalmente, procurarse con ella una ventaja propia en una empresa o proyecto competitivos con el social. La jurisprudencia, con todo, no era unánime y el resultado y las máximas dependían de la singularidad del caso.
2. La reforma, incomprensiblemente, pone fin a esta posibilidad, aunque en apariencia quiera ser (supongo) más deferente

que la ley vigente con las exigencias del "principio de lealtad". En efecto, el art. 197.6 se limita a imponer que en caso de utilización abusiva o perjudicial de esta información, el socio será responsable de los perjuicios causados. Se trata de una norma innecesaria, porque se limita a repetir lo que ya es Derecho vigente en el art. 7 Código Civil. Pero ahora la sociedad sólo podrá operar *ex post* y no podrá negarse a suministrar la información, aunque su mera provisión y conocimiento por el socio fueran automáticamente "productores" de la situación de abuso, con independencia de su "utilización" ulterior.

3. En otros términos, la norma, leída con sus precedentes, comporta que la sociedad no puede oponer como excepción extraprocesal (en la junta) o procesal (en el pleito de impugnación) que la información solicitada y la impugnación consiguientes se producen con abuso de derecho. Se trata de un precepto absurdo. Es muy probable que la jurisprudencia siga haciendo uso de remedios preventivos, y no indemnizatorios, como, por demás, le sigue habilitando el art. 7 del CC.

II. Impugnación de acuerdos sociales por abuso de derecho de la mayoría

4. Existía una predisposición doctrinal y, menor, jurisprudencial, a considerar que ya era Derecho vigente el que hoy se contiene en el art. 204.1 II del Proyecto. La tentación de incorporarlo era muy fuerte, aunque la cosa nada tenga que ver con la reforma del "gobierno corporativo". Ocurría simplemente que la norma ya se hallaba en otros cuerpos normativos extranjeros que nuestros legisladores societarios gustan usualmente copiar. Como hasta ahora, procede la impugnación de acuerdos cuando la mayoría se haya procurado (o haya procurado a un socio o tercero) una ventaja o beneficio a costa de lesionar el interés social; la lesión del interés social- y esto es lo nuevo- se produce también si el acuerdo "se impone de manera abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría para obtener un beneficio propio en detrimento injustificado de los demás socios".
5. Para el conocedor de la praxis judicial, este precepto parece diseñado a propósito para desautorizar los acuerdos mayoritarios de aumento de capital que no respondan a auténticas necesidades financieras de la sociedad y conduzcan (¿intencionadamente?) a la dilución de la parte social del minoritario. Hasta ahora la casi unánime jurisprudencia desestimaba (correctamente) las demandas de nulidad del acuerdo. Veremos qué ocurre después de esta no pertinente reforma legal.
6. No creo que la nueva norma se aplique, empero, a los acuerdos de disolución social *voluntaria*, promovida por la mayoría que quiere dedicar los recursos corporativos a otros proyectos y sin contar con la minoría. Y no se aplica, porque no puede hablarse de *necesidades razonables* de la sociedad a seguir viviendo, porque en este punto la sociedad no tiene frente a los socios ninguna pretensión autónoma protegible a seguir viva o a ser liquidada. Por tanto, falta el término para la ponderación de intereses que requiere la norma proyectada.
7. La prohibición de abuso de derecho del art. 7 CC rige incondicionalmente en todos los sectores del Derecho y los tribunales la venían aplicando sin dificultad en conflictos societarios de esta clase. Por tanto, la norma del Proyecto es redundante, salvo que con ella se quisiera ir *más allá* de la prohibición de abuso de derecho y construir una especie de *deber de lealtad* entre socios, elaborado sobre la base errónea y perturbadora de que los socios de mayoría o los socios con voto relevante están sujetos a obligaciones *fiduciarias* frente a la minoría, como si se tratase de administradores de Derecho o de hecho. No existen deberes de esta clase, como resulta de la contraposición con la norma específica de administradores sociales (cfr. art. 227.1), que, de otra forma, quedaría privado de sentido.
8. En España sólo existen de manera significativa dos tipos de sociedades, las cerradas (cualquiera sea su tipo social) y las cotizadas. En las primeras no tiene sentido imponer "deberes de fidelidad cualificados". Primero, porque el conflicto de intereses intrasocios es consustancial a estas estructuras; segundo, porque para extraer la existencia de "obligaciones implícitas" bastaría interpretar conforme al art. 1258 CC el *contrato* social existente entre ellas (así, muchos de los casos resueltos en los que se "cesa" al minoritario de toda fuente de ingresos societarios); tercera, porque cuando exista un disenso de esta clase en asuntos más allá de lo societario común, lo único razonable es la disolución o la salida de socios "perdedores". Con mucha menor razón cabe imponer deberes de esta clase en las cotizadas. En estas sociedades no existe entre los socios ningún tipo de "relación especial" que pueda justificar la imposición de deberes cruzados de fidelidad. Los accionistas de estas sociedades son exclusivamente inversores, no "socios" de sus coinversores y cada uno configura el uso de sus votos para conseguir la estrategia a corto o largo plazo que más le interesa. Tiene derecho a que la sociedad le resulte tan indiferente como indiferente le son el resto de inversores. Es probable, por ejemplo, que la inversión y reventa cortoplacista de los fondos "no responda a una necesidad razonable

de la sociedad". Pero esto no debería ser juzgado por un tercero no socio desde una atalaya "neutral" que en este mundo de intereses contrapuestos no existe. Repárese en que el control relativo a cumplimiento de implícitos deberes fiduciarios de los socios relevantes de la sociedad cotizada no puede existir cuando la ley permite que tanto las entidades de custodia como los "titulares indirectos" puedan diversificar sus votos a capricho merced a delegaciones plurales (cfr. art. 524 del Proyecto).

9. Por demás, la norma crea incentivos judiciales muy peligrosos si permite operar más allá de las formas clásicas del abuso de derecho. Repárese que un árbitro "independiente" tiene que juzgar primero si el acuerdo responde a una "necesidad razonable" de la sociedad y, después, si impone un "detrimento injustificado" a otros socios. La norma en cuestión no crea los estándares de revisión correspondientes, y por ello será preciso o bien acudir a estándares consolidados (como los de abuso ordinario de derecho) o caer en la arbitrariedad judicial, que será más nefasta para todos los implicados.
10. En consecuencia, aunque por distintas razones, las dos referencias expresas al abuso de derecho deberían ser eliminadas del Proyecto. O no aciertan con la naturaleza del conflicto, u operan imprudentemente mediante la creación de incentivos nuevos a costes de litigación.

III. Voto del socio en situación de conflicto de intereses

11. El Proyecto de Ley de Reforma extiende el régimen de prohibición de voto por conflicto de intereses a los socios de sociedades anónimas (art. 190 LSC). Pero no sólo se extiende la regla, como hubiera sido procedente, a las sociedades anónimas cerradas, sino que se quiere aplicar también a las cotizadas. Esta extensión es peligrosísima e injustificada, un arma para la extorsión en manos de la mayoría o de la minoría, como prueba la serie de pleitos poco edificantes habidos en la jurisdicción de Bilbao entre *Iberdrola* y *ACS*. Con una regla de esta clase- que algunos justifican, erróneamente, como

un precipitado necesario del *deber de lealtad* entre socios- los socios de cualquier clase acaban siendo equiparados a los administradores sociales de hecho o de derecho, obligados a eludir o sortear, incluso con coste propio, los conflictos de intereses con la sociedad [cfr. arts. 228.c) y e), 229 d) y f), 230 II y III del Proyecto].

12. El legislador aprovecha esta equiparación de régimen entre ambas modalidades societarias para introducir novedades de regulación. Al igual que antes, la prohibición rige para el ejercicio del derecho de voto ("cuando se trate de adoptar un acuerdo"), no para el ejercicio del resto de derechos de socio (como el de impugnación, por ejemplo) o el simple ejercicio de una empresa competidora o la enajenación o compra de acciones por parte del socio conflictuado. El voto no podrá ser ejercitado exclusivamente cuando se dé una situación de conflicto listada exhaustivamente en el precepto (esto es, autorización para transmitir acciones sujetas a restricción, excluirle de la sociedad, liberarle de una obligación o conceder un derecho, facilitarle asistencia financiera, dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad del art. 230), pero no existirá prohibición cuando el acuerdo en cuestión tenga cualquier otro contenido, en especial, cuando se trate de un acuerdo que considere los intereses sociales con carácter general y no singularice a la persona del socio concernido. Por ejemplo, un acuerdo que levanta una restricción de enajenación de acciones *de todos los socios*, distinto del acuerdo por el que se autoriza al socio concernido a enajenar sus acciones; un acuerdo de *facilitación general* de asistencia financiera, no singularizado en la persona de un socio. Aunque de hecho la situación de conflicto pueda seguir existiendo concentrada en determinados socios, únicos fácticamente beneficiados por el acuerdo general.
13. Para este tipo de acuerdos *residuales* en los que, con todo, exista conflicto de intereses, la norma introduce una restricción. Cuando el voto o votos de los socios afectados por el conflicto haya sido *decisivo* para la toma del acuerdo,

- corresponde a la sociedad y, en su caso (si se adhiere como demandado), al socio afectado la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social, mientras que al impugnante corresponde la prueba del conflicto de intereses. Obsérvese que aquí el voto ha sido ya emitido y se ha computado para el acuerdo. En otras palabras, es preciso que haya "acuerdo"; la norma no se aplica – contra el socio- cuando el voto de "bloqueo" ha evitado que se produzca el acuerdo correspondiente, porque entonces no hay "acuerdo" que impugnar.
14. Hay muchas formas en que un voto puede haber sido "decisivo". Puede tratarse de un voto marginal en proporción, pero decisivo para conseguir la mayoría en cuestión; puede ser un voto individual que ostenta de suyo el porcentaje necesario para constituir mayoría, o la suma de votos de los socios "sindicados", que produce la mayoría por cúmulo o suma. ¿Cualquiera de estos casos está comprendido o se requiere que se trate de un voto "relevante"? En mi opinión, no podría estar afectado por la regla sobre la carga de la prueba el acuerdo en que haya intervenido "decisivamente" cualquier voto "interesado" pero que no sea relevante, por sí o por la suma del resto de los votos "interesados", porque en este caso es imposible por hipótesis que haya existido una relación de causalidad adecuada entre el acuerdo y la promoción del interés individual afectado por el conflicto.
 15. La "excepción de la excepción" vuelve a ser problemática. La regla excepcional sobre carga de la prueba no se aplicará cuando se trate de acuerdos "en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la *posición* que ostenta el socio en la sociedad", como ocurre en los casos de nombramiento, revocación de órganos, exigencia de responsabilidad a administradores y otros "análogos". En estos casos, los impugnantes tendrán que probar que el acuerdo perjudica al interés social. Es difícil averiguar cuál es la *ratio* que permite una aplicación analógica y cuáles son los supuestos no "posicionales". En mi opinión, la norma pretende referirse a la existencia y a la promoción o no de intereses extrasociales. Cuando el voto promueve la ventaja particular en intereses extrasociales, entonces vuelve a regir la norma especial sobre la carga de la prueba. Por ejemplo, celebrar determinados contratos con terceros en cuyo beneficio está interesado el socio. Pero el socio no cargará con la prueba de la conformidad con el interés social cuando, por ejemplo, contribuya con su voto a que no se repartan dividendos o a que la sociedad se disuelva o que se aumente el capital sin renuncia al derecho de adquisición preferente – disolución en la que está particularmente interesado; porque éstos acuerdos afectan a la "posición" del socio en la sociedad. Si la norma sale adelante, la eclosión de pleitos por esta materia puede anticiparse con seguridad, porque el criterio "posicional" viene cargado de incertidumbres.