

Gobierno Corporativo

Sobre la posibilidad de eliminar estatutariamente todos o algunos de los supuestos legales en los que el socio debe abstenerse de votar (art. 190.1 LSC)

Se discute en este documento si, al amparo de su libertad de configuración estatutaria (art. 28 LSC), los socios de una sociedad de capital pueden suprimir todos o algunos de los supuestos legalmente previstos (art. 190.1 LSC) en los que se prohíbe votar en la junta al socio que se encuentra en situación de conflicto de intereses con la sociedad.

ALBERTO DÍAZ MORENO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

El artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) establece que el socio no podrá ejercer su derecho de voto en la junta general cuando se trate de adoptar acuerdos sobre ciertos asuntos (los especificados en el propio precepto). La ley viene así a establecer un «deber de abstención» en determinadas situaciones (muy cualificadas) de conflicto de intereses. En los restantes supuestos de conflicto (no tipificados), el socio no se ve privado del derecho de voto y la tutela del interés social se confía a la vía impugnatoria cuyo éxito, eso sí, se ve favorecido por una inversión de

la carga de la prueba (ya que, cuando el voto del socio o socios incurso en conflicto hubiera sido decisivo, corresponderá a la sociedad y, en su caso (art. 206.4 LSC), al socio o a los socios afectados por el conflicto acreditar la conformidad del acuerdo con el interés social —la carga de probar la lesión de dicho interés pesará sobre los impugnantes sólo en caso de conflictos «posicionales»—). Por tanto, la impugnación del acuerdo adoptado con el voto decisivo de un socio en situación de conflicto es el remedio (*a posteriori*) utilizable con carácter general, mientras que la imposición al socio de un deber de abstención (remedio *ex ante*) resulta, en el sistema legal,

una solución excepcional, aplicable únicamente en los casos expresamente previstos.

Partiendo de este planteamiento, cabe preguntarse si los socios pueden apartarse —a través de la correspondiente previsión estatutaria— del régimen contenido en el mencionado artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital. Esto es, si es posible eliminar estatutariamente todos o algunos de los supuestos legales en los que surge el deber del socio de abstenerse en la junta general.

2. La (posibilidad de) supresión estatutaria de todos o algunos de los supuestos legales en los que surge para el socio el deber de abstenerse de votar en la junta general

2.1. El problema

Se trata de determinar si, al amparo de la autonomía de la voluntad (art. 28 LSC), los estatutos sociales pueden permitir que ejerza su derecho de voto en la junta el socio cuya exclusión se debate; o que lo haga el socio con respecto al cual la junta general discute si autorizarle o no la enajenación de sus acciones o participaciones en los casos en los que su transmisibilidad se encuentre restringida (legal o estatutariamente); o que vote un socio cuando se debata sobre si procede liberarlo de una obligación, concederle un derecho o facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera; o, incluso, suponiendo que el socio sea al mismo tiempo administrador, que concurra con su voto a conformar el acuerdo por el que se le dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad.

Aunque no es opinión unánime, parece que predomina en la doctrina (tanto en la anterior a la reforma del 2014 de la Ley de Sociedades de Capital como en

la posterior) la tendencia a considerar que no resulta posible eliminar estatutariamente el deber de abstención del socio en relación con (ninguno de) los acuerdos específicamente mencionados en el artículo 190.1 de dicha ley. Según esta línea de pensamiento, el listado legal sería, por tanto, inderogable: el juego reconocido legalmente a la autonomía de la voluntad (art. 28 LSC) no sería suficiente para permitir a los estatutos sociales suprimirlo o reducirlo.

Esta idea tiene una fuerza indiscutible. Y ello, no porque se parta sencillamente de que el régimen legal es imperativo (que el precepto tiene este carácter y, en su caso, el alcance de tal imperatividad es lo que habría que demostrar); ni tampoco porque se entienda que sólo cuando la ley lo permite expresamente es posible para los estatutos desplazar el régimen legal de las sociedades de capital. La fuerza del argumento radica —a mi juicio— en el fundamento de las normas sobre conflictos de intereses que tratan de evitar que uno de éstos —el social— se vea perjudicado cuando colisiona (en ocasiones, incluso cuando exista meramente el riesgo de que pueda colisionar) con el interés de los socios (o de los administradores, en otros casos). Y, en el supuesto concreto del artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital, el legislador ha pretendido identificar un conjunto de situaciones de conflicto especialmente calificadas para las que, precisamente por ser percibidas como de especial (mayor) riesgo para el interés de la compañía, ha previsto una medida tan radical como la privación preventiva del derecho de voto del socio afectado. En este sentido, se ha dicho en alguna ocasión que el citado artículo 190.1 contiene una suerte de presunción *iuris et de iure* de que, en los supuestos

en él mencionados, el socio votará para satisfacer su interés y en perjuicio de la sociedad. Desde este planteamiento podría, en efecto, sostenerse una posición contraria a la posibilidad de que los estatutos sociales modifiquen este régimen con el objeto de reservar para los casos tipificados un tratamiento diferente al legal (régimen que, en la medida en que preserva el interés de la compañía, habría de considerarse —según esta tesis— indisponible).

2.2. *Las razones para sostener una postura favorable a la posibilidad de «reducir» (o suprimir) estatutariamente el catálogo de acuerdos en los que el socio afectado no puede votar*

A pesar de lo que se acaba de exponer, mi intuición va en sentido diferente (o, al menos, parcialmente diferente): creo que debería admitirse —siquiera como regla, pero *vide infra*, 2.3— la posibilidad de que los estatutos de una sociedad de capital supriman todos o algunos de los supuestos de abstención recogidos en el artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital. Y ello por dos consideraciones de diversa naturaleza que trataremos de exponer seguidamente:

- a) En primer término, debe tenerse en cuenta el particular tratamiento que la ley reserva en esta materia para las sociedades anónimas y, concretamente, en lo relativo a los acuerdos por los que se autoriza al socio a transmitir acciones sujetas a restricciones estatutarias o por los que se decide su exclusión de la sociedad. En efecto, a la vista de los artículos 123.1 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta claro que, en el caso de las sociedades

anónimas y en el supuesto general, el nacimiento del deber de abstención del socio afectado por el acuerdo (el que pretende transmitir sus acciones o al que se quiere excluir) tiene como presupuesto ineludible desde el punto de vista lógico y sistemático la existencia de cláusulas estatutarias que limiten la transmisibilidad de las acciones o que prevean supuestos de exclusión (no puede olvidarse, de todas formas, que a veces la propia ley recoge expresamente determinados supuestos de exclusión aplicables en las sociedades anónimas; así sucederá con las anónimas profesionales —art. 14.1 de la Ley de Sociedades Profesionales— y con las anónimas laborales —art. 16.3 de la Ley de Sociedades Laborales—). Pero, además, la ley requiere que la prohibición de votar se encuentre «expresamente prevista en las correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la restricción a la libre transmisión o la exclusión». Por tanto, en una sociedad anónima cuyos estatutos establezcan limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o prevean causas de exclusión, el socio que pretende transmitir o sobre cuya exclusión se deliberará podrá participar en la votación del correspondiente acuerdo en la junta (si éste fuera preciso de conformidad con el precepto estatutario aplicable), salvo si los propios estatutos se lo prohíben.

Ahora bien, obsérvese que, cuando en los estatutos de una sociedad anónima se incluyan reglas restrictivas de la transmisibilidad de las acciones o se recojan supuestos de

exclusión de los socios, el conflicto de intereses puede presentarse —en el momento de la votación en la junta— en términos materialmente equivalentes a aquellos en los que se plantea típicamente en el seno de una sociedad de responsabilidad limitada (cuando menos si la sociedad anónima es cerrada o familiar, que será habitual precisamente si existen este tipo de cláusulas). Y, sin embargo, el legislador ha renunciado expresamente a imponer en estos casos al socio en conflicto un deber de abstención, dejando en manos de los socios (accionistas) que lo hagan. No parece, por tanto, que la ley considere imprescindible la existencia de ese deber para la efectiva tutela del interés social (de hecho, no lo impone en esos casos) ni, obviamente, que su ausencia resulte contraria a los principios configuradores del tipo.

Pues bien, en mi opinión, lo anterior apunta a la idea de que los socios de una sociedad limitada deberían poder suprimir en estatutos el deber de abstención de los socios, al menos en relación con los acuerdos de los que venimos hablando (los señalados en las letras *a* y *b* del artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital; también —con mayor razón—, cuando el ámbito objetivo del propio 190.1 mencionado se haya expandido como consecuencia de la libertad de configuración estatutaria: por ejemplo, si los estatutos de la sociedad limitada incluyen causas de exclusión adicionales a las legales, ¿habría razón para impedir que los propios estatutos excluyeran —para el caso

de la adopción de acuerdos de exclusión fundados precisamente en tales causas— el deber de abstención del socio?). Si los socios de una sociedad anónima pueden evitar —simplemente mediante el silencio estatutario— que surja el deber del accionista de abstenerse en la votación, parece razonable estimar que los socios de una sociedad limitada puedan, en supuestos donde el conflicto de intereses de presentará frecuentemente en términos equivalentes, descartar mediante una expresa previsión estatutaria la aplicación de este remedio preventivo.

A partir de aquí puede darse un segundo paso para hacer avanzar el razonamiento. Asumiendo que en una sociedad limitada debe ser posible, mediante la oportuna regla estatutaria, eliminar el deber de abstención del socio en el proceso de adopción de algunos de los acuerdos indicados en el artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital (los de las letras *a* y *b*), no parece haber razón para negar la misma posibilidad en relación con los restantes, tanto a las sociedades anónimas como a las de responsabilidad limitada (*vide*, no obstante, lo dicho *infra* 2.3). La idea —sobre la que insistiremos seguidamente— es que puede perfectamente encomendarse a los socios la decisión sobre si el instrumento impugnatorio es suficiente para tutelar el interés social en los casos enumerados en el referido artículo 190.1 porque ni siquiera la propia ley considera que aplicar un remedio operativo *ex ante* (prohibición del ejercicio del derecho de voto) sea siempre y

radicalmente imprescindible para procurar suficiente protección a la compañía (por enlazar con algo dicho más arriba —al final del apartado 2.1—, cabe apuntar que el carácter *iuris et de iure* de una presunción no significa que sea inderogable la norma que la impone).

- b) Precisamente en conexión con lo expuesto cabría valorar un segundo conjunto de consideraciones. Ha de recordarse, en este sentido, que el derecho de voto es uno de los derechos individuales básicos del socio, por lo que las limitaciones legales que se le imponen deben interpretarse con una perspectiva restrictiva. Privar de derecho de voto al socio es un remedio extremo que puede llegar a resultar muy perturbador para la vida corporativa. De hecho, en relación con los acuerdos de la junta, la regla general es la enunciada en el primer inciso del artículo 190.3 de la Ley de Sociedades de Capital: en los casos de conflicto de intereses distintos a los previstos en el apartado primero (esto es, en los no tipificados), los socios no estarán privados de su derecho de voto.

En este contexto normativo no parece haber ningún obstáculo insuperable para reconocer como lícita la incorporación a los estatutos de cláusulas que supriman el deber de abstención en todos o algunos de los supuestos legalmente tipificados. Téngase en cuenta que ello no implicaría en absoluto renunciar a la defensa del interés social en los casos de conflicto de intereses entre el socio y la sociedad. Simplemente supondría acogerse al sistema

general, que se basa en un control *a posteriori* mediante la impugnación de los acuerdos con base en los artículos 190.3 y 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital; tal mecanismo puede estimarse suficiente para lidiar con estos problemas (y que, por su propia naturaleza, ha de considerarse —este sí— indisponible). Nótese que, a fin de cuentas, es el interés de la compañía el que está en riesgo de verse lesionado cuando se produce un conflicto; son los intereses del conjunto de los socios, en definitiva, los que se pueden ver afectados. Por tanto, cabe reconocerles libertad para renunciar en los estatutos a la adopción de medidas preventivas como la privación del derecho de voto y para optar por reconducir las situaciones, cuando sea preciso, a través de instrumentos impugnatorios.

Conviene insistir sobre este punto: con una reglamentación estatutaria que suprima el deber de abstención en los casos (todos o algunos de ellos) enumerados en el artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital, los socios vendrían a descartar que en tales supuestos el socio afectado vaya a actuar siempre y necesariamente buscando obtener ventajas particulares a costa de la sociedad (asunción implícita —como principio— en la ley). En consecuencia, partiendo de esta premisa, prescindirían de una medida de carácter preventivo de tanto alcance como la imposición del deber de abstenerse en las votaciones y harían descansar la defensa del interés social en la eventual y posterior impugnación del acuerdo social

en los términos del artículo 190.3 de la Ley de Sociedades de Capital. Es cierto que probablemente la experiencia demuestre que en los casos enunciados en el mencionado artículo 190.1 el socio afectado por el conflicto tiende a votar sin tener en consideración los intereses de los otros socios y de la compañía y con la tentación de lesionarlos para obtener él una ventaja particular. Ahora bien, esta consideración justificaría el régimen legal por defecto (que opta por un remedio «preventivo»), pero no obliga a considerarlo inderogable en la medida en que los socios estimen oportuno optar por otro remedio.

2.3. *El caso concreto del acuerdo de la junta por el que se dispensa al socio administrador de las prohibiciones derivadas del deber de lealtad*

En el marco de la exposición desarrollada en el apartado anterior, requieren una atención especial los acuerdos de la junta por los que, de conformidad con el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital, se dispensa al socio administrador de las obligaciones derivadas del deber de lealtad inherente al desempeño del cargo (art. 190.1e LSC).

La conexión entre los artículos 230 y 190.1e de la Ley de Sociedades de Capital resulta evidente: el socio administrador con respecto al cual la junta delibera si concederle o no la preceptiva dispensa no puede participar en la correspondiente votación. La cuestión estriba en que el propio artículo 230 dispone, en su primer apartado, que el régimen relativo al deber de lealtad es imperativo. Y ello plantea la duda de si, en oposición

a lo que antes se ha propuesto como criterio general, debería en este caso sostenerse que los estatutos sociales no pueden eliminar el deber de abstención del socio administrador cuando la junta delibera sobre si dispensarlo del cumplimiento de determinados deberes.

El problema debe definirse correctamente. No se trata de discutir si los estatutos pueden autorizar con carácter general el desarrollo por el administrador (sea o no socio) de determinadas conductas o la realización de ciertas operaciones. Ello no parece compatible con el mandato (imperativo) del artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital. La cuestión es otra: decidir si los estatutos pueden admitir que, cuando la junta se vea en el trance de decidir sobre esa dispensa, el administrador socio afectado (y potencial beneficiario de la autorización) pueda votar (sin perjuicio de la eventual impugnación del acuerdo conforme a lo dispuesto en el artículo 190.3 de la misma ley). Y lo que confiere singularidad a esta cuestión es el carácter imperativo que la propia ley atribuye al régimen del deber de lealtad.

Entiéndase bien. No se pone en cuestión que el socio administrador se encuentre en un conflicto de intereses cuando la junta decide sobre la dispensa de sus deberes de lealtad. Ni se pretende afirmar que ha de renunciarse a valorar la conformidad del correspondiente acuerdo con el interés social. Únicamente se busca analizar si, en este particular caso de conflicto de intereses, los estatutos pueden contener una renuncia al mecanismo de protección *ex ante* dispuesto por la ley (privación del ejercicio del derecho de voto en la junta en relación con el correspondiente acuerdo de dispensa)

y confiar así la tutela del interés social únicamente al remedio impugnatorio del artículo 190.3 de la Ley de Sociedades de Capital.

Para responder a la pregunta planteada hay que determinar si el carácter imperativo atribuido legalmente al régimen del deber de lealtad debe entenderse circunscrito a lo que hace referencia al deber de lealtad del administrador en cuanto tal o si, por el contrario, comprende el deber de abstención del socio administrador en caso de conflicto de intereses manifestado en el seno de la junta general. El asunto resulta, desde luego, muy discutible, dado que no es fácil delimitar exactamente cuál es el alcance objetivo de la imperatividad proclamada en el artículo 230.1 de la Ley de Sociedades de Capital. Con todo, podría argumentarse que la imperatividad establecida en el citado artículo 230.1 afecta a todas las normas que de una manera u otra configuran el régimen del deber de lealtad de los administradores y, por tanto, también a lo dispuesto en el artículo 190.1e de la Ley de Sociedades de Capital, precepto que debe verse como integrante de dicho régimen legal. Ello supone afirmar que la privación del derecho de voto del socio administrador afectado en el caso analizado constituye una consecuencia necesaria que los estatutos no pueden remover. Obsérvese que, si el acuerdo de dispensa lo adoptara el consejo de administración de la compañía (art. 230.2 LSC), el socio administrador no podría participar en la deliberación y votación del acuerdo (art. 228c LSC); y tampoco podrá conceder la dispensa el administrador único en conflicto. Y no hay margen para que los estatutos puedan eliminar este deber de abstención (del administrador). Resultaría contradictorio

entonces que, cuando la autorización es competencia de la junta, los estatutos pudieran autorizar al socio administrador para participar en la votación (incluso de forma determinante), siendo así que, materialmente, el contenido y las implicaciones para el interés social de la correspondiente decisión son idénticas con independencia de que la adopte el órgano de administración o la junta. En realidad, aunque formalmente puede distinguirse entre el conflicto de intereses objeto de dispensa y el conflicto de intereses surgido al momento de decidir sobre tal autorización, el segundo no constituye más que una derivada del primero, por lo que parece lógico considerar igualmente imperativo su régimen en la medida en que forma parte del conjunto de garantías ineludibles (en este caso procedimentales) dispuestas por la ley para asegurar que la flexibilidad introducida por la posibilidad de dispensa no derive en perjuicios para la compañía.

3. La adopción del acuerdo modificativo de los estatutos de reducción o supresión de los supuestos en que el socio debe abstenerse de votar

Asumiendo la corrección de las conclusiones alcanzadas previamente (*supra*, 2), cabe preguntarse si la eventual modificación estatutaria por la que se eliminara la prohibición de votar del socio afectado en (todos o algunos de) los supuestos del artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital requeriría el consentimiento de todos los socios o si, por el contrario, bastaría con un acuerdo mayoritario.

En mi opinión, no resulta preciso el consentimiento de todos los socios para suprimir por vía estatutaria el deber de abstención que pesa sobre el socio cuando la junta delibera

sobre la adopción de alguno de los acuerdos enunciados en el citado artículo 190.1. Bastará a tal efecto con las mayorías legales o estatutarias que resulten aplicables. Y la misma regla debería seguirse cuando, en el seno de una sociedad anónima, se elimine la norma estatutaria que establezca expresamente la prohibición de votar del socio afectado en relación con los acuerdos que tengan por objeto su exclusión o autorizarlo para la transmisión de sus acciones.

No creo, en efecto, que mediante un acuerdo de este tipo se vea afectado ningún derecho individual. Tampoco hay —según se me alcanza— disposición legal alguna (expresa o implícita en el sistema) que imponga contar con la aquiescencia de todos los socios para llevar a cabo una modificación estatutaria en el sentido señalado.

Alguna cuestión particular se suscita cuando el acuerdo modificativo pretende adoptarse una vez ya surgido un conflicto con alguno de los socios y, precisamente en conexión con dicha situación conflictiva, con el objeto de permitir que el socio afectado ejerza el derecho de voto en la deliberación correspondiente (en el límite, el acuerdo de

modificación estatutaria de supresión del deber de abstención podría adoptarse en la misma junta en la que se pretende adoptar posteriormente alguna de las decisiones referidas en el artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital y con vistas a ella). En este caso, cabría plantearse si el propio acuerdo de modificación estatutaria no vendría a constituir, en realidad, un acuerdo que concede un derecho (el de voto) justamente al socio que, por encontrarse ya inmerso en una de las situaciones de conflicto del artículo 190.1, debería en principio abstenerse en la votación. Si este planteamiento se tiene por correcto (lo cual depende en cierta medida del contenido que quiera darse a la noción de acuerdo de la junta que *conceda al socio un derecho*), existiría ya un conflicto con respecto al propio acuerdo de modificación de los estatutos (el que suprime el deber de abstención), por lo que recaería sobre el socio afectado la prohibición de ejercer el derecho de voto en relación con tal acuerdo (art. 190.1c LSC). Si, por el contrario, no se comparte este enfoque, y supuesta la existencia del conflicto de intereses en cuanto al acuerdo de modificación, encontraría aplicación el artículo 190.3 de la Ley de Sociedades de Capital.