

CONFLICTO DE INTERESES Y DERECHO DE VOTO EN LA JUNTA GENERAL

por

PABLO USANDIZAGA USANDIZAGA

Abogado

RESUMEN: *La ley de mejora del gobierno corporativo de las sociedades de capital ha modificado la redacción del artículo 190 en el sentido de: a) ampliar a las sociedades anónimas la regulación aplicable hasta ahora a las limitadas para ciertos conflictos; b) plasmar una regla procedimental facilitadora de los acuerdos en estas situaciones; c) establecer una regla general de revisión ex post del resto de situaciones de conflicto de interés, y d) introducir una inversión de la carga de la prueba para aquellos casos en los que hay conflicto de interés, correspondiendo en ese caso demostrar la validez del acuerdo a la sociedad y al socio mayoritario. Corresponderá a la jurisprudencia el desarrollo de esa última cuestión.*

Palabras clave: *Conflicto de interés, revisión ex post, test de resistencia, carga de la prueba.*

ABSTRACT: *The Law 31/2014, to improve the corporate governance of companies, has modified the wording of article 190 in the following way: a) to extend to public companies the rules that were up to now applicable only to limited companies in relation to certain situations of conflict; b) to capture a procedural rule facilitating company resolutions under these situations; c) to establish a general rule of ex post review of the remaining situations of conflict of interests; d) to shift the burden of proof in cases where there is a conflict of interest, so that the company and the majority shareholder should prove the validity of the company resolution. It is for the case law to develop this latter issue.*

Key words: *Conflict of interest, ex post review, resistance test, shifting the burden of proof.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SISTEMA DE VOTO DEL SOCIO QUE ESTÁ EN CONFLICTO CON LA SOCIEDAD. III. LOS NUEVOS CONFLICTOS DE INTERESES REGULADOS EN EL ARTÍCULO 190 LSC. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Los conflictos de interés en la Junta general de socios se encuentran regulados en el artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante «LSC»), según la redacción que le dio la Ley 31/2014, de mejora del gobierno corporativo de las Sociedades de Capital.

A modo de introducción, dos breves cuestiones en relación a los conflictos de interés.

En primer lugar, el «conflicto de intereses» es un concepto amplio que abarca multiplicidad de situaciones jurídicas diversas que dan lugar a problemáticas y remedios diversos por parte del ordenamiento jurídico. No obstante, una posible definición aproximada podría ser: «aquella situación que se produce en una relación jurídica bilateral en la que se ventilan interés contrapuestos en la que una misma persona ostenta cierta capacidad de influencia en dos o más lados de la decisión».

En segundo, destacaremos que en otros ordenamientos jurídicos, a diferencia de lo ocurrido en el español, se trata de un concepto cuya evolución ha sido troncal para la construcción y desarrollo del derecho corporativo, en particular todo el derecho anglosajón, y en especial el de los EE.UU. Por lo tanto, es previsible que dicho concepto tenga cada vez una mayor presencia en nuestro ordenamiento y en nuestra casuística jurisprudencial. En definitiva, es una noción que cobra fuerza a medida que los conflictos se analizan desde una perspectiva del análisis económico del Derecho, abandonando cuestiones formalistas.

II. SISTEMA DE VOTO DEL SOCIO QUE ESTÁ EN CONFLICTO CON LA SOCIEDAD

La nueva redacción del artículo 190 de la LSC antes mencionada introduce fundamentalmente dos modificaciones respecto de la situación anterior. La primera es la aplicación a las sociedades anónimas del régimen aplicable únicamente hasta el momento a las sociedades de responsabilidad limitada. En efecto, el tratamiento legislativo, previsto para esta cuestión ya en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, no sufrió modificación en su trasposición a la LSC, y ahora por razón de la reforma se amplía a las sociedades anónimas. En resumen, el ordenamiento opta por un sistema de privación de voto del socio que se halle en una situación de conflicto con la sociedad respecto a los cinco acuerdos sociales específicos siguientes:

- La autorización al socio/accionista para proceder a la transmisión de acciones/participaciones cuando existe una prohibición estatutaria o legal para ello.
- La exclusión del propio socio/accionista.
- La concesión de derechos o la liberación de obligaciones al socio/accionista frente a la sociedad.
- El acuerdo por el cual la sociedad concede al socio/accionista asistencia financiera, préstamos o garantías, es decir un acuerdo financiero particular asimétrico que los demás no tienen.

- La dispensa de obligaciones derivadas del deber de lealtad cuando el socio reúne la condición de administrador. Será una dispensa cuando se halle en una de las situaciones del artículo 230 LSC.

Cada uno de estos cinco acuerdos societarios plantea una situación de conflicto de interés estructural, y por lo tanto la opción legislativa de imposición al socio de la obligación de abstenerse parece inevitable. Estamos ante situaciones de casi auto-contratación. Así por ejemplo, son los restantes socios los que deben aprobarle la venta de sus acciones a terceros, o son igualmente los otros socios los que deben aprobar que se le conceda un derecho diferente al colectivo.

La ampliación a la forma societaria anónima de este régimen es fruto de una evolución doctrinal y práctica sobre las diferentes tipologías societarias. La mejor herramienta societaria es cuestión a decidir por razones tales como el tipo de negocio, de sociedad, de asociación, la multiplicidad de socios o pocos socios o la vocación de acudir a mercados financieros organizados. Estas son las cuestiones que deben decidir la forma societaria, y en la mayoría de los casos la cuestión se encauzará vía disposiciones estatutarias.

La tendencia mayoritaria es hacia una convergencia tipológica dentro de una forma societaria donde se puedan buscar soluciones para todos los casos. Es el tratamiento que la LSC da a los cinco acuerdos societarios en los que es evidente la situación de conflictos de intereses. Estos casos se han agrupado en la doctrina norteamericana bajo el paradigma de «*basic self dealing*». Por lo tanto, la solución legislativa de imponer la abstención del socio es la lógica.

La nueva redacción del artículo 190 de la LSC se completa con una regla procedimental aclaratoria que confirma que el socio conflictuado y excluido no será tenido en cuenta en el cómputo de los votos a efectos de quórum. Se trata de una manifestación más del principio conservatorio de los actos jurídicos en general y en este caso de las decisiones societarias.

III. LOS NUEVOS CONFLICTOS DE INTERESES REGULADOS EN EL ARTÍCULO 190 LSC

Finalmente, lo que es realmente novedoso y tiene verdadero interés, a mi juicio, es el párrafo tercero del artículo 190 LSC, precepto que puede dar lugar a un desarrollo jurisprudencial de gran calado.

Este párrafo se refiere a cualesquiera otros conflictos de intereses, esto es, todos aquellos que no sean los que se plantean en los cinco acuerdos societarios previstos en el párrafo primero antes comentado. En primer lugar, se consagra el principio de revisión *ex post* de los acuerdos societarios y por tanto del eventual impacto en ellos de la existencia de una posible situación de conflicto de interés. Se pone fin a la discusión sobre si el socio conflictuado puede o no votar. El socio en situación de conflicto, por severo que este sea, vota y participa en la adopción de la decisión societaria. En segundo lugar, la reforma recoge de forma expresa el principio de que cuando el socio no es decisivo en la adopción del acuerdo, por severo y flagrante que sea el conflicto, si su participación en el acuerdo no es decisiva el acuerdo no estará viciado.

Se normativiza lo que se denominó inicialmente por la doctrina italiana como «*test de resistencia*», esto es, un juicio hipotético de lo que hubiera sido el acuerdo si no hubiera participado ese voto contaminado, que tampoco era decisivo. Dicho criterio ya había sido recogido en alguna sentencia de audiencia en España y aplicada como una manifestación más del principio de conservación de los acuerdos societarios.

Finalmente, y como no puede ser de otro modo, la situación que resulta más relevante es aquella en la que el voto del socio que se encuentra afectado por un conflicto de interés es decisivo para la adopción del acuerdo. El párrafo tercero introduce una presunción en el caso de que el socio sea capaz de acreditar la existencia del conflicto. La ley presume que el acuerdo es contrario al interés social y traslada la carga de la prueba a la sociedad y al socio mayoritario, para que sean ellos quienes defiendan que el acuerdo adoptado, a pesar del vicio acreditado, es conforme al interés social y, en ese caso, debe mantenerse su validez.

Esta es la herramienta de análisis clásica del derecho norteamericano para los conflictos de intereses que tiene su origen en la legislación del Estado de Delaware, y que posteriormente se transpuso en la «*model bussiness corporation act*» y en la mayoría de los estados.

Adicionalmente a la regla procesal anterior, la presunción se invierte en el caso de los acuerdos societarios relativos al nombramiento, revocación y exigencia de responsabilidad de los administradores, en los cuales nuevamente, a pesar de una posible situación del conflicto de intereses, prima la exigencia de que la sociedad funcione, cuente con un gobierno y que no se quede atascada. En este tipo de decisiones, la presunción se invierte y el socio minoritario que impugna el acuerdo social debe demostrar que es contrario al interés social.

IV. CONCLUSIONES

Mi evaluación final de este párrafo tercero es que es un punto de partida de enorme interés a partir del cual se va a producir un desarrollo jurisprudencial de los conflictos de intereses del que carece nuestra jurisprudencia, y que habrá que seguir con atención.