



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El conflicto de intereses entre el socio y la sociedad.

Autor/es

María Pilar Berges Pérez

Director/es

D^a María Gallego Lanau

Facultad de Derecho
2016/2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
I. INTRODUCCIÓN.....	4
1. Cuestión tratada en el Trabajo Fin de Grado.....	4
2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés.....	5
3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo.....	5
4. Panorama normativo.....	6
4.1. Antecedentes.....	6
4.2. Regulación actual.....	9
II. CUESTIONES PREVIAS: EL CONFLICTO DE INTERESES.....	9
1. Concepto de interés social.....	9
2. Concepto de conflicto de interés.....	11
3. Mecanismos de solución del conflicto de interés del socio.....	14
4. Ejercicio del derecho de voto y el deber de fidelidad.....	16
III. LOS CONFLICTOS DE INTERESES CON PRIVACIÓN DEL DERECHO DE VOTO DEL SOCIO EN LA JUNTA GENERAL (ART.190.1 Y 190.2 LSC).....	18
1. Sociedades afectadas por la privación del derecho de voto del socio en conflicto de intereses.....	18
2. Supuestos de conflictos de intereses con privación del voto.....	19
2.1. Autorización para transmitir acciones o participaciones sujetas a restricción legal o estatutaria.....	20
2.2. Exclusión al socio de la sociedad.....	21
2.3. Liberar al socio de una obligación o concederle un derecho.....	23
2.4. Facilitar al socio cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías.....	25
2.5. Dispensarle al socio de las obligaciones derivadas del deber de lealtad.....	26
3. Forma de operar de este deber de abstención y consecuencias de su vulneración.....	27
IV. LOS CONFLICTOS DE INTERESES SIN PRIVACIÓN DEL DERECHO DE VOTO DEL SOCIO EN LA JUNTA GENERAL (ART.190.3 LSC).....	29

V. CONCLUSIÓN.....	31
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	33

ABREVIATURAS

ACM	= Anteproyecto de Ley de Código Mercantil
art.	= artículo
arts.	= artículos
coord.	= coordinador
dir.	= director
dirs.	= directores
LSC	= Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
Ley 31/2014	= Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.
LSRL	= Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
p.	= página
PCM	= Propuesta de Código Mercantil
pp.	= páginas
RdS	= Revisa de Derecho de Sociedades
RRM	= Reglamento del Registro Mercantil
S.A.	= Sociedad Anónima
SAP	= Sentencia Audiencia Provincial
S.R.L	= Sociedad de Responsabilidad Limitada
ss.	= siguientes
t.	= tomo
TFG	= Trabajo Fin de Grado
TS	= Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

1. Cuestión tratada en el Trabajo Fin de Grado

La cuestión tratada en este Trabajo Fin de Grado versa sobre el conflicto de intereses entre el socio y la sociedad. Este conflicto está regulado en el artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital¹. Se trata de una serie de supuestos de conflicto de intereses que afectan a los socios a la hora de adoptar acuerdos en la Junta General. Los conflictos de intereses han surgido siempre dentro de las sociedades, pero su regulación ha ido cambiando a lo largo del tiempo, primero era diferente para las sociedades anónimas y para las sociedades de responsabilidad limitada, y ahora se ha unificado la regulación de todas sociedades de capital en el mismo artículo.

Este artículo diferencia tres técnicas para la resolución de los conflictos de intereses. En el apartado primero se tipifica una lista cerrada de supuestos que de concurrir en el socio se le priva de su derecho de voto. Esto es así porque darse significa que el socio tiene un interés individual que es contrario al interés social, el cual debe prevalecer en todo momento para lograr un buen funcionamiento de la sociedad, por ello se le priva de su derecho de voto y no puede participar en la votación del

¹ Artículo 190 LSC: «1. El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto:

- a) autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria,
- b) excluirle de la sociedad,
- c) liberarle de una obligación o concederle un derecho,
- d) facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor o
- e) dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230.

En las sociedades anónimas, la prohibición de ejercitar el derecho de voto en los supuestos contemplados en las letras a) y b) anteriores solo será de aplicación cuando dicha prohibición esté expresamente prevista en las correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la restricción a la libre transmisión o la exclusión.

2. Las acciones o participaciones del socio que se encuentre en algunas de las situaciones de conflicto de interés contempladas en el apartado anterior se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de los votos que en cada caso sea necesaria.

3. En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés. De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad. En estos casos, corresponderá a los que impugnen la acreditación del perjuicio al interés social.»

acuerdo de la Junta General, ya que de hacerlo actuaría en función de sus propios intereses, provocando un menoscabo del interés social.

Por otro lado el apartado tercero del artículo señala los otros dos tipos de conflictos de intereses que pueden surgir, pero en este caso no se les priva de su derecho de voto. A diferencia de los anteriores, en estos no se trata de un sistema de lista cerrada sino que es un criterio general de aplicación, que requiere una revisión *ex post* de la situación que dio lugar al conflicto. Se diferencian el caso de que el voto del socio incurso en situación de conflicto sea decisivo en la adopción del acuerdo, lo que requeriría que la sociedad o los socios impugnantes tengan que probar la existencia de ese conflicto. Y por otro lado están exceptuados de esta regla de carácter general los casos de nombramiento, cese, revocación y exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado.

2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés

El estudio del conflicto de intereses entre el socio y la sociedad resulta de interés dada la novedad que trajo consigo la nueva redacción del artículo 190 LSC con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (en adelante, Ley 31/2014).

Dos años y medio después de esta gran reforma, ya hay varios trabajos doctrinales sobre la misma. Por ello resulta de gran interés el tema elegido, porque aparte de ser un tema, en cierta medida, novedoso, ha sido ya trabajado, por lo que permite realizar un estudio sobre el estado de la cuestión y revisar y comparar las distintas posiciones interpretativas.

3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo

El ámbito de estudio del conflicto de intereses entre el socio y la sociedad lo abordo desde una perspectiva analítica, jurídica y crítica.

El estudio de cualquier tema obliga a decidir previamente la metodología con la que se va a realizar. No existe una metodología propia y única para abordar el estudio de este tema que se centra en el Derecho mercantil, y concretamente en el derecho de sociedades. Este TFG tiene una orientación investigadora y se centra en la revisión e

interpretación crítica bibliográfica. Por tanto, el método utilizado ha sido analítico y al mismo tiempo crítico.

He partido del estudio del Derecho positivo. Para ello he estudiado el panorama normativo precedente y la redacción actual del art. 190 LSC. Sin este estudio previo de la normativa ya derogada no hubiese podido entender el tema tratado, ni cómo se llegó a la regulación actual del art. 190 LSC.

A continuación, he leído múltiples estudios doctrinales, artículos, monografías, etc. para conocer el tema, las distintas posiciones al respecto y pudiendo así realizar un trabajo completo finalizando con una crítica reflexión personal, a la cual me hubiese resultado imposible llegar sin este previo estudio de las aportaciones bibliográficas seleccionadas.

4. Panorama normativo

4.1. Antecedentes

Antes de estudiar la normativa vigente aplicable al objeto de estudio de este trabajo procede realizar una somera presentación de la regulación que ha habido sobre el conflicto de intereses hasta llegar al actual artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital.

La primera norma de nuestro ordenamiento que previó un supuesto de exclusión legal del ejercicio del derecho de voto fue la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. En su artículo 67 estableció la posibilidad de impugnar acuerdos que resultasen lesivos para la sociedad en beneficio de uno o varios socios. Sin embargo el deber de abstenerse en el ejercicio del derecho de voto ante situaciones de conflictos de intereses se recogía únicamente en el artículo 22.3 LSA 1951 que indicaba que únicamente el socio que realizara aportaciones no dinerarias debía abstenerse en los acuerdos relativos a esas aportaciones (actualmente artículo 49.2 párrafo segundo LSC)².

² Véase RECALDE CASTELLS, A, «Artículo 190. Conflicto de intereses.», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014. Sociedades no cotizadas*, Juste Mencía (coord.), Civitas, Navarra, 2015, p.71. Como señala este autor este precepto daba a entender que el socio sí que podía votar en otros supuestos, pero otro sector de la doctrina, con autores como DUQUE DOMÍNGUEZ defendían que no, que el socio debería abstenerse ante cualquier situación de conflicto de intereses. En este sentido véase DUQUE DOMÍNGUEZ, J., *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos*, Valladolid, 1957.

Posteriormente, el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 30 de mayo de 1979, de la Comisión de codificación, en su artículo 76 previó el conflicto de intereses del accionista con la sociedad, prohibiendo que en estos casos el accionista formase parte de la toma de decisiones en las que estuviese en conflicto con la sociedad. Por ello este precepto no prosperó. La LSA de 1989 reguló finalmente la resolución de los conflictos de intereses con un mecanismo *ex post*, de naturaleza sancionadora, por lo que podían impugnarse los acuerdos que lesionasen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios socios (artículos 115 y 143 LSA).

Respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 1953 no incorporó ninguna previsión sobre los conflictos de intereses, sino que hubo que esperar hasta la aprobación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo (en adelante, LSRL) para tener en nuestro Derecho una primera regulación del deber de abstención en el ejercicio del derecho de voto por parte del socio que se encontraba en conflicto de intereses con la sociedad. La LSRL introdujo una técnica de autotutela preventiva o *a priori* del interés social para ciertos conflictos de interés de socios³, lo que suponía la prohibición del derecho de voto del socio que estuviese incurso en alguno de los casos tipificados en el mismo artículo 52 siendo las participaciones del mismo deducidas para el computo de la mayoría. En muchas ocasiones se daba el caso de que el socio a pesar de estar en algún caso de conflicto de interés no se privaba de ejercer su derecho de voto, por lo que en este caso el voto no era válido.

El carácter de autotutela lo tenía porque no era necesaria la intervención de un órgano externo, sino que el control venía del ámbito interno de la sociedad, por parte del presidente de la junta de socios. Si no se producía dicho control y finalmente se adoptaba el acuerdo con el voto emitido de un socio en conflicto, dicho acuerdo podría

³ Véase SÁNCHEZ RUIZ, M, «Perspectivas de reforma en la regulación de los conflictos societarios.» en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p.921. Esta autora realiza un minucioso trabajo en esta obra acerca de la reforma de los conflictos de intereses, en este caso nos señala detalladamente cómo evolucionó la legislación acerca de las prohibiciones de voto como tutela preventiva en los casos que se viese atacado el interés social. Siendo así el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, con esta técnica de autotutela preventiva *a priori* del interés social por la que se prohibía el derecho de voto a los socios que se encontrasen incurso en los casos expresamente tipificados como de conflicto de interés.

ser impugnado por ser contrario a la ley o al interés social. Este tema lo abordaré más adelante.

Este artículo 52 LSRL se incorporó sin alteraciones al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2010 (en adelante, LSC), como artículo 190. Se mantenía el sistema de lista cerrada y únicamente se aplicaba a las sociedades de responsabilidad limitada.

Por último es necesario hablar de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la sección de Derecho mercantil de la comisión General de Codificación de 2013 (PCM), la cual regulaba los conflictos de intereses entre los socios en el artículo 231.63. El PCM establecía un sistema de cláusula general que establecía que el socio no podía ejercer su derecho de voto en los asuntos que tuviese un interés, directo o indirecto, en conflicto con el interés de la sociedad⁴. Se trataba de un medio de protección *a priori* del interés social. Por otro lado nos encontramos con el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 (ACM), en especial destacar el artículo 231-63 ACM, en el cual el legislador volvió a establecer un sistema de lista cerrada en los conflictos de intereses⁵. No se conoce que va a ocurrir con el Anteproyecto del Código Mercantil, sin embargo la Propuesta de Código Mercantil culminó con la aprobación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora de gobierno corporativo, estando regulados los conflictos de intereses en el artículo 190.

⁴ Artículo 231-63.1 PCM: «El socio no podrá ejercer, por sí o por representante, el derecho de voto que le corresponda en los asuntos en que tenga, por cuenta propia o de un tercero, un interés en conflicto con el de la sociedad».

⁵ Artículo 231-63.2 ACM: «El representante no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a las participaciones o acciones representadas, ni designar a un tercero como sustituto, en aquellos asuntos que se sometan a la decisión de la junta en los que se encuentre en conflicto de intereses, salvo que hubiese recibido del representado instrucciones precisas de voto para cada uno de esos asuntos. En todo caso, se entenderá que el representante se encuentra en conflicto de intereses respecto de la siguientes decisiones:

- a) Su nombramiento, reelección o ratificación como administrador.
- b) Su destitución, separación o cese como administrador.
- c) El ejercicio contra él de la acción social de responsabilidad.
- d) La aprobación o ratificación, cuando proceda, de operaciones de la sociedad con el representante de que se trate, sociedades controladas por él o a las que represente o personas que actúen por su cuenta.
- e) La aprobación de la gestión social que afecte al representante.»

4.2. Regulación actual

Como se ha señalado, el conflicto de intereses viene regulado actualmente en el artículo 190 LSC. La principal novedad es la extensión de las prohibiciones de voto por conflicto de intereses a las sociedades anónimas. Los supuestos tipificados de prohibición son similares a los que se preveían en la regulación anterior para las sociedades de responsabilidad limitada, con algún pequeño cambio. Esta prohibición de voto solo se aplica de manera directa en los apartados c, d y e del apartado 1 (liberar al socio de una obligación o concederle un derecho; facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor; dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230). El apartado e versa sobre los supuestos en los que el socio tenga también la condición de administrador de la sociedad, ya que el artículo 230 LSC al que nos remite solo es aplicable a los administradores de las sociedades de capital. Los otros dos apartados a y b (autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal estatutaria y excluirle de la sociedad) en las sociedades anónimas tienen que estar recogidos en sus estatutos para ser de aplicación⁶.

El apartado tercero del art. 190 LSC es otra de las novedades, señalando que en los supuestos de conflictos de intereses diferentes a los tipificados en el apartado primero no se priva al socio de su derecho de voto. Además les corresponde a los socios impugnantes la carga de la prueba, es decir, demostrar que el acuerdo es contrario al interés social.

II. CUESTIONES PREVIAS: EL CONFLICTO DE INTERESES

1. Concepto de interés social

Todas las actuaciones que lleven a cabo los socios en la sociedad se miden por el interés social, que viene definido como un conjunto de intereses de los socios de una

⁶ Véase SÁNCHEZ RUIZ, M, «Perspectivas de reforma...» *cit.*, p.924-925. Esta autora señala que el principal motivo por el que se restringe esta aplicación directa de la prohibición del derecho de voto a los dos supuestos, es porque la regulación legal te remite ya a los estatutos de la sociedad tanto para la introducción de restricciones a la transmisión de las acciones como para la previsión de causas de exclusión del accionista.

determinada sociedad que pueden ser considerados comunes a todos ellos. Es por ello una manifestación dinámica y cambiante del fin común que se encuentra en el origen del contrato de sociedad⁷. Su vulneración sería causa de impugnación o invalidación en los acuerdos sociales⁸.

Los intereses que persiguen los socios no son siempre sociales, serían sociales los que pudiesen surgir a los socios y los que están así establecidos en el contrato de la sociedad. Los demás se consideran extra-sociales⁹. Los socios persiguen intereses mixtos, unos comunes y otros individuales, por ello la delimitación del concepto de interés social se puede hacer tanto de manera amplia, en la que se incluyen los intereses comunes y los individuales de cada uno de los socios, y de forma estricta, en la que únicamente se incluyen los intereses que se presumen comunes a todos ellos en el contrato de la sociedad.

La delimitación del concepto de interés social es una tarea difícil, que ha dado lugar a numerosas teorías, las cuales se engloban en contractualistas o iusnaturalistas. Por un lado la teoría iusnaturalista señala que existe un interés superior y autónomo al interés de los socios, que merece que se le atribuya tutela preferente, y por otro lado la teoría contractualista parte de la idea de que el interés social debe entenderse como el interés común a todos los socios¹⁰. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha puesto de

⁷ Véase SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital: (artículo 52 de la Ley 2/1995 de 23 de marzo)*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000. p. 33. Esta autora nos distingue los intereses societarios entre el interés social, el interés del socio individual y el interés de la mayoría, centrándose en el interés social.

⁸ Véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.F.J., «El interés social y el sistema de gobierno corporativo», en *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2014, p.159. Este autor define el interés social como una pauta de delimitación del actuar societario no ya válido, sino legítimo. Señala que su vulneración es causa de impugnación o invalidación de acuerdos perfectamente legales, pero que están vedados a una concreta sociedad anónima, porque se apartan de la finalidad constitutiva de la entidad.

⁹ Véase SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses... cit.*, p.34: En este sentido la autora dice que «En esta línea debe destacarse la opinión que distingue varias esferas en el tratamiento de las relaciones socio-sociedad: la *esfera social* (en la que el predominio se atribuye al interés común); la *esfera social del socio* (en la que predominan intereses individuales del socio en o frente a la sociedad cuyo obligado respeto se impone, como regla, a los órganos sociales) y, finalmente, la *esfera de los intereses extrasociales de los socios*, por definición excluidos del ámbito de aplicación del Derecho de sociedades.» Así mismo puede consultarse también DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría», en *RdS*, núm.1, 1993, pp.61-90.

¹⁰ En cuanto a la diferencia entre teoría contractualista y teoría institucionalista, podemos acudir a las siguientes obras: COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención de socio en las votaciones*, Tirant lo

manifiesto esta dualidad de teorías acerca del concepto de interés social, como lo podemos ver en la Sentencia de la Sala Primera del TS de 19 de febrero de 1991¹¹.

Antes de finalizar con la delimitación del concepto, hay que destacar que estas teorías no deben aplicarse por igual en todas las sociedades de capital. Por un lado las sociedades cerradas siguen la teoría contractualista, mientras que las sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, se inclinan más por la teoría iusnaturalista¹².

2. Concepto de conflicto de intereses

Como es sabido, no hay una definición legal de conflicto de interés, sino que este ha sido delimitado por la doctrina y la jurisprudencia. Una vez esclarecido el concepto de interés social, hay que definir en que consiste el conflicto de intereses, siendo estos supuestos en los que se ve menoscabado dicho interés social.

Blanch (Valencia), 1999, pp.76-84; IRACULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio: cese del administrador nombrado por accionista competidor*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp.91-105; SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses... cit.*, pp.59-62. En estas obras se diferencian claramente entre teoría institucionalista y teoría contractualista. Como señala IRACULIS AREGUI, «el planteamiento institucionalista parte de la idea de que hay que proteger a la empresa en tanto que ente productivo; la empresa, en sí misma, es considerada titular de un interés propio, cuya protección debe ser inmediata y preferente frente a cualquier otro.» por otro lado, esta misma autora señala que «La teoría contractualista parte de la idea de que el interés social debe entenderse como interés común de todos los socios. Está basada en la existencia de una relación de coincidencia de los intereses de los socios en tanto que tales, por lo que se prescinde de los intereses de otros sujetos que no sean los socios (los de los trabajadores o empleados de la sociedad, los de los acreedores sociales, la comunidad en general, etc.)».

¹¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1991 (ECLI: ES:TS:1991:13053), dice que: «En torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la sociedad anónima como una “institución-corporación” en la que el interés que allí se persigue es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.), y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social.»

¹² Véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.F.J., «El interés social...», *cit.*, pp. 165-166. En el mismo se establece que la determinación de cual sea el interés social debe hacerse en cada caso concreto, ya que en las sociedades cerradas, que siguen la teoría contractualista, la determinación del concepto de interés social se reserva a la voluntad de los socios. Y en las sociedades abiertas, que siguen al teoría iusnaturalista, es más compleja esta delimitación.

Dentro de los diversos conflictos de intereses que existen me voy a centrar en definir el conflicto de intereses intrasocietarios¹³.

Se denomina conflicto de intereses intrasocietario «a aquella situación en la que concurre un riesgo real y actual de lesión de un interés societario, derivado de la concurrencia de otro interés incompatible con el primero, de tal manera que la satisfacción de uno lleva consigo el sacrificio del otro»¹⁴. Dicho de otro modo, concurre un conflicto de intereses cuando hay una relación de contraposición u oposición de intereses de socios diferentes de una sociedad, incompatibilidad ante una situación determinada que conlleva a que resulte imposible la satisfacción de ambos, llevando la satisfacción de un socio, necesariamente, a la insatisfacción del otro¹⁵.

Existen diferentes tipos de conflictos intrasocietarios. Por un lado están los conflictos estructurales o permanentes y por otro los conflictos coyunturales o eventuales, siendo estos últimos en los que me voy a centrar posteriormente.

Antes de entrar a analizar el segundo tipo de estos conflictos, conviene señalar en que se diferencian. Esta clasificación es la que defiende nuestra doctrina mayoritaria¹⁶, por autores como SÁNCHEZ RUIZ e IRACULIS ARREGUI. Esta

¹³ Véase SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses... cit.*, p. 31. La autora distingue tres categorías de conflictos de intereses, en primer lugar los que enfrentan a los socios con los administradores, en segundo lugar los conflictos que enfrentan a los socios con los acreedores y por último los que enfrentan a los socios entre sí.

¹⁴ Véase SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de interese...cit.*, pp.153 y ss. Obra que nos lleva a la definición ofrecida por DUQUE DOMÍNGUEZ: el cual dice que «en materia de acuerdos sociales el conflicto de intereses consistirá en aquella objetiva situación económica de colisión –esto es, de divergencia incompatible- entre el interés social y el interés individual de un socio o grupo de socios, de modo que, siendo antitéticas la posición del socio y la de la sociedad con relación al objeto del acuerdo, resulte imposible la satisfacción simultánea de ambos intereses porque la consecución del uno representa el sacrificio del otro y viceversa».

¹⁵ Véase USANDIZAGA USANDIZAGA, P, «Conflicto de intereses y derecho de voto en la junta general.» en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, Vázquez et al. (dir.), Revista jurídica de Catalunya, Barcelona, 2016, p.44. Este abogado nos proporciona otra definición más teórica del conflicto de interés, definiéndolo como «aquella situación que se produce en una relación jurídica bilateral en la que se ventilan intereses contrapuestos en la que una misma persona ostenta cierta capacidad de influencia en dos o más lados de decisión.»

¹⁶ Véase IRACULIS ARREGUI, N., *Conflicto de intereses del socio: cese de administrador nombrado por accionista competidor*, Marcial Pons, Madrid, 2013 y SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de...*, *cit.*: Esta autora señala que para poder calificar un conflicto de intereses como estructural, el mismo debe de ser

distinción se da por varios factores, por un lado la duración del riesgo de lesión del interés que la situación genera en la sociedad. Otro es la gravedad que ocasione el conflicto en la sociedad. Por lo que la distinción entre ambos está en aquellos conflictos que para resolverse exigen la extinción, total o parcial, de la concreta relación en la que surgen (estructurales o permanentes) y por otro lado los que pueden resolverse mediante otras técnicas (coyunturales o eventuales).

Se califican como conflictos coyunturales o eventuales aquellos que surgen entre los socios por el funcionamiento ordinario de la junta general. Para resolver este tipo de conflictos el ordenamiento jurídico societario prevé diferentes técnicas cuya función principal es restablecer el normal funcionamiento de la estructura societaria interna y resolver así dichos conflictos¹⁷.

Estos conflictos de intereses pueden ser directos, que son los que prevé claramente la norma, e indirectos, que se definen por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE como aquellos en los que «los intereses de un socio no se encuentran en contraposición directa con los de la sociedad, pero existe una vinculación estrecha entre los primeros y los de otro socio que sí entran en conflicto abierto con los de la sociedad»¹⁸. Los indirectos no están previstos en el art. 190 LSC. Este tipo de conflictos lo podemos encontrar en casos de parentesco y vinculación familiar, pero también en situaciones de uniones de empresas y de grupos de sociedades¹⁹. Sería el caso, por

grave, duradero o permanente e irreversible. Y si no es así nos encontraremos ante un conflicto coyuntural o eventual.

¹⁷ Véase SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses... cit.*, pp.149 y ss.

¹⁸ Véase SANCHEZ CALERO, J., «El conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995. Caracterización, constitución, posición jurídica de socio y aportaciones, participaciones sociales, órganos*, Rodríguez Artigas (coord.), t.I, McGraw-Hill, Madrid, p.695. Y al respecto véase también EMBID IRUJO, J.M., «Los supuestos de conflicto de interés con privación del derecho de voto del socio en la junta general (art.190.1 y 2 LSC).», en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada. Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015*, Rodríguez Artigas et al. (dirs.), t.I, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp.101-102.

¹⁹ Véase EMBID IRUJO, J.M., «Los supuestos de...», *cit.*, pp.101-102. Como señala la autora en casos como estos es conveniente tener en cuenta no únicamente la habitual contraposición entre el interés del grupo y el interés individual de cada una de sus sociedades, sino también hay que tener en cuenta los

ejemplo, de un socio mayoritario que vota a favor de un asunto, que no le favorece directamente a él, pero sí a su mujer, la cual es socia minoritaria de la sociedad, por ello dicho socio mayoritario no participa con su voto en asuntos que afectan directamente a sus intereses, sino a los de otro socio con el que mantiene una relación de parentesco.

Un ejemplo muy claro de conflicto de interés indirecto lo encontramos en la STS 359/2017 de 2 de febrero²⁰, en el que vemos que aunque no esté tipificado en la ley dicho conflicto de intereses, puede ocurrir que exista una vinculación estrecha entre el socio y el socio cuyos intereses se encuentran contrapuestos con los de la sociedad, y por ello sea necesaria su abstención, ya que de no darse ejercería su derecho de voto a favor de los intereses con el que mantiene una estrecha relación. Aquí hay un socio que tiene participaciones en diversas empresas, y se procede en la junta a votar sobre un contrato de prestación de servicios y otro de préstamo con sociedades en las que tiene capital, por ello se solicita su abstención.

3. Mecanismos de solución del conflicto de interés del socio

Los conflictos de intereses de los socios pueden resolverse tanto con instrumentos de carácter preventivo, como con instrumentos de carácter represivo. La forma más común, rigurosa y efectiva de solución es mediante la prohibición del ejercicio del derecho de voto del socio o administrador que tenga un interés particular y extrasocial en conflicto con el interés de la sociedad.

Cuando los socios partícipes en el conflicto no sean administradores, esta medida la vemos recogida en el art.190 LSC. Se trata de un sistema de lista cerrada en el que se recogen los diferentes supuestos en los que serán vetados de su derecho de

numerosos conflictos indirectos que surgen en la organización y funcionamiento del mercado de esta singular empresa policorporativa.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 359/2017 de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:359). En esta sentencia se produce un claro caso de conflicto de intereses indirecto. Se trata de una sociedad principal, denominada UPB, la cual a su vez es propietaria de otras diversas sociedades. Uno de los socios (D.X) de UPB dispone de otras sociedades distintas, junto a su familia, destacando Alouco S.L., la cual dispone también de capital de UPB. El conflicto en cuestión se produce cuando tiene lugar una junta general de UPB y el punto cuarto del orden del día versaba sobre un contrato de prestación de servicios con sociedades en las que D.X era parte, y también de un contrato de préstamo con una sociedad que D.X controlaba mayoritariamente. Este punto del orden del día se había aprobado contando con el voto de D.X. por lo que solicitan su abstención respecto al punto cuarto por una situación de conflicto de intereses. Como vemos no es un caso que se encuentre tipificado en la ley, pero existe una vinculación estrecha con los intereses al disponer de participaciones en las sociedades con las que se quiere contratar, por lo que se considera conflicto de intereses, y a pesar de no estar regulado el caso en concreto, debe abstenerse de su votación en la junta general.

voto. Este deber de abstención se aplica en todas las sociedades de capital, incluidas las sociedades anónimas, a las que antes de la reforma no se les aplicaba. Esta prohibición se fundamenta en la presunción *iuris et de iure* (presunción que se establece por ley y que no admite prueba en contrario) de que el socio que se encuentre ante un supuesto de conflicto de interés se inclinará en el ejercicio de su derecho a voto a la decisión que satisfaga el suyo propio, independientemente de que esta perjudique el interés de otro socio o el de la sociedad en su conjunto (interés social). Por ello el art. 190 LSC intenta evitar que ocurra esto, prohibiendo que el socio emita su voto cuando haya un conflicto de intereses con su persona.

Además de esta prohibición de voto, existen, como he dicho antes, instrumentos de carácter represivo, siendo algunos de ellos la impugnación de acuerdos sociales que lesionen, en beneficio de uno o varios socios, los intereses de la sociedad (art. 204.1 LSC)²¹.

En cuanto a la contraposición de dos perspectivas que se dan a la hora de juzgar si el acuerdo adoptado en junta con el voto emitido por un socio en situación de conflicto de interés es o no impugnabile, acudimos al art. 204 LSC que recoge una lista de supuestos de acuerdos impugnables, en su apartado 3.d) «La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible. Presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento». Por lo que en base a este precepto no se podrá impugnar un acuerdo ante esta situación, salvo que el voto hubiese sido determinante para la adopción del mismo, de no ser así este acuerdo no sería impugnabile²².

Destacando por otro lado lo que señala el art. 190 LSC en su apartado tercero para el resto de casos de conflicto de interés que puedan afectar al socio, este podrá

²¹ Y en caso de la figura del administrador, el sistema de responsabilidad de los daños causados por infracción del deber de lealtad, y también la obligación de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por ello (artículos 227, 232 y 236 LSC).

²² Véase EMBID IRUJO, J.M., «Los supuestos de conflicto...», *cit.*, pp.107. Este autor señala en función a este precepto normativo que el voto emitido por un socio que se encuentra en situación de conflicto de intereses es inválido o en su defecto, es nulo, por lo que si no resulta determinante para la adopción del acuerdo, para la mayoría necesaria, debería concluirse que entonces ese acuerdo no sería impugnabile.

emitir su voto y sólo se impugnará el acuerdo cuando este haya sido decisivo para su adopción.

Pero esta postura nos lleva a resultados carentes de sentido, llevándonos a lo que defienden otros autores, que es considerar siempre impugnables los acuerdos sociales de la Junta en los que haya emitido un voto un socio con prohibición de votar por la situación de conflicto de interés, dejando de lado el hecho de que el voto haya sido o no decisivo para adoptar el acuerdo. Actuando de esta manera, se defendería el bien jurídico protegido por la Ley de Sociedades de Capital, que es el interés social anteriormente definido.

4. Ejercicio del derecho de voto y el deber de fidelidad

El voto es un derecho que poseen los socios por el simple hecho de su condición. Mediante este derecho los socios defienden su interés en la sociedad. Este derecho únicamente está limitado por la buena fe y la prohibición de abuso. Por ello los acuerdos adoptados por la junta para el único beneficio de uno o varios socios y perjudicando a la sociedad o a los demás socios, se puede impugnar.

Este derecho está recogido en el art. 188 LSC²³. Para desarrollar este derecho debemos partir de que los socios son titulares del valor residual de la empresa, el órgano a través del cual se expresa su voluntad es la junta general, mediante el ejercicio de su derecho a voto.

En las sociedades de responsabilidad limitada la voluntad del socio se manifiesta con la regla de proporcionalidad, de manera que cada participación social concede al titular derecho a emitir un voto, por ello es proporcional al capital que tienen suscrito. A pesar de ser esta la regla general, los estatutos pueden apartarse de la misma estableciendo cláusulas con privilegios de voto hacia determinados socios, o con prohibiciones de voto.

²³ Artículo 188 Ley de Sociedades de Capital: «1. En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto.

2. En la sociedad anónima no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto.

3. En la sociedad anónima, los estatutos podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores, sin perjuicio de la aplicación a las sociedades cotizadas de lo establecido en el artículo 527.»

Por otro lado las sociedades anónimas son más rígidas, no permitiendo que se altere la regla de proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. Excepcionalmente puede alterarse emitiendo limitaciones en sus estatutos al número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista, pero está prohibido que se emitan cláusulas con privilegios de voto hacia determinados socios, como se permite en las de responsabilidad limitada²⁴.

Mediante el ejercicio del voto el socio manifiesta su voluntad, su interés en la sociedad, aunque está sometido a límites como son algunos de ellos la buena fe y la prohibición de abuso. Ligado con el deber de buena fe está el deber de fidelidad del socio, también llamado deber de lealtad²⁵. Este deber intenta prevenir que los socios actúen en contra del interés social o de los intereses de otros socios. Se pretende que los socios actúen siguiendo lo pactado y lo que dicen los estatutos, siguiendo una conducta cuando no esté regulada que favorezca al interés social, y no actuando en beneficio propio.

La intensidad de este deber de fidelidad varía en función del tipo de sociedad. Por un lado en sociedades cerradas tiene mayor intensidad en los socios que tienen una mayor participación, pero también se les exige a los minoritarios, y por otro lado en las sociedades abiertas se les exige solo a los socios con mayor poder. Este deber se exige tanto fuera como dentro de la Junta General.

Este deber se puede a su vez subdividir en deber de confidencialidad, deber de no explotar las oportunidades de negocio de la sociedad y deber de abstenerse de competir²⁶.

²⁴ Véase RECALDE CASTELLS, A, «Artículo 190...», *cit.*, p.69. Cuando señala que «en las sociedades de responsabilidad limitada la regla por virtud de la cual la potencia de voto del socio es proporcional al capital suscrito tiene carácter dispositivo. Los estatutos se pueden desviar de ella (artículo 188.1 LSC), admitiéndose incluso las cláusulas que atribuyen privilegios en el voto o que privan del derecho a votar a un socio o a los socios que sean titulares de algunas participaciones (artículos 98 y ss.). La rigidez de la sociedad anónima se expresa en la prohibición de cualquier alteración de la regla que concede a los socios un número de votos proporcional a su participación nominal en el capital (artículos 96.2 y 188.2 LSC).»

²⁶ Véase RODRIGUEZ, J.M., «Reflexión sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas», en *Estudios de derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Sáenz García de Albizu (coord.), Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, p.455. Que nos remite a PAZ-AREZ, «Comentario al artículo 1665 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, PAZ-ARES RODRIGUEZ (dir.), Ministerio de Justicia, t.II, Madrid, 1991, pp.1299 y ss. y p.1327. Este autor, apoyándose en la obra de PAZ-ARES, agrupa los deberes de fidelidad en diferentes grupos de casos. Y dentro de los comportamientos que se deben de tener en cuenta, se han destacado, entre otros, el deber de

La infracción de este deber puede dar lugar a la exigencia de responsabilidad, muchas veces establecidas las sanciones en los estatutos de la sociedad. Por lo tanto este deber se centra en prevenir que el socio actúe en su propio beneficio, obteniendo ventajas y perjudicando a la sociedad o a otro socio.

Como a pesar de la existencia de este deber de fidelidad o lealtad existen riesgos de que el socio emita su voto en beneficio propio, aunque ello dañe el interés social, se establece una lista de casos en los que puede estar en conflicto de intereses con la sociedad y se prohíbe su derecho a voto, tipificados en el art.190 LSC, que posteriormente desglosare y comentaré uno por uno de manera detallada.

III. LOS CONFLICTOS DE INTERESES CON PRIVACIÓN DEL DERECHO DE VOTO DEL SOCIO EN LA JUNTA GENERAL (ART.190.1 Y 190.2 LSC)

1. Sociedades afectadas por la privación del derecho de voto del socio en conflicto de intereses

Como se ha señalado, la redacción anterior de art. 190 LSC limitaba su ámbito de aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada, aunque resultaba evidente que el conflicto de intereses entre los socios y la sociedad era un problema común a otros tipos societarios. Una de las principales novedades de la actual redacción de este precepto es que ahora se extiende su ámbito de aplicación a todas las sociedades de capital, también por ello a las sociedades anónimas²⁷. Se mantiene el sistema de lista cerrada previsto en el antiguo art. 52 LSRL.

confidencialidad, el deber de no explotar las oportunidades de negocio de la sociedad y el deber de abstenerse de competir.

²⁷ Véase EMBID IRUJO, J.M., «Los supuestos de conflicto...», *cit.*, pp.95-96. Este autor realiza un minucioso trabajo acerca de los cambios que se produjeron en la regulación del conflicto de intereses, destacando que con la actual normativa se extiende su campo de aplicación a todas las sociedades de capital.

2. Supuestos de conflictos de intereses con privación del voto

Como se ha indicado, el art. 190 LSC acoge un sistema de lista cerrada para proteger el interés social en los casos de conflicto de intereses entre el socio y la sociedad. Delimita cinco supuestos en los que surge un deber de abstención en el ejercicio de voto del socio que se encuentra en situación de conflicto. El legislador entiende que en estos casos el socio se inclinará al expresar su voluntad a favor de su interés extrasocial, siendo este incompatible con el interés social²⁸.

Con el régimen seguido por nuestro legislador, queda claro que el deber de abstención en el ejercicio del derecho de voto del socio en situación de conflicto no puede aplicarse a otros supuestos no tipificados en la ley. Esta idea viene defendida también por numerosa jurisprudencia. Por ejemplo, puede citarse la SAP Tenerife de 27 de septiembre de 2006²⁹, que señala que «el carácter restrictivo de este precepto impide la extensión de sus efectos a supuestos que no se hallen expresamente contemplados en el mismo»³⁰.

²⁸ Aunque debe tenerse en cuenta que las conductas previstas en el art. 190 LSC no siempre tienen por qué entrar en conflicto con el interés social.

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 27 de septiembre de 2006 (ECLI: ES:APTF:2006:1638). Esta Sentencia hay que tener en cuenta que es antigua, del 2006, por lo que está dictada en función de la normativa anterior. No con el actual artículo 190 LSC. Se centra en declarar nulo un punto del orden del día que versaba sobre la ampliación de capital con renuncia del derecho de suscripción preferente. Centrándome en la alegación del recurso referente al conflicto de interés, este se entiende, en principio, que existe y que haría improcedente la participación en la votación de la adopción del acuerdo de junta impugnado del socio mayoritario, al personificarse el aumento de capital por medio de una compensación de un crédito del cual era titular dicho socio en conflicto. Finalmente no se aplica aquí el artículo 52 de la LSRL (el cual regulaba los conflictos de intereses en el 2006 de las sociedades de responsabilidad limitada) por considerar que el carácter restrictivo de este precepto excluye que se puedan extender los efectos del mismo a supuestos que no están contemplados en el artículo, y cuya extensión podría suponer una alteración del régimen de las mayorías en el correcto funcionamiento de la sociedad, y por ello conllevaría una defectuosa formación de la voluntad social.

³⁰ Véase la referencia a esta sentencia que realiza RECALDE CASTELLS, A, «Artículo 190...», *cit.*, p.73. En relación con SAP Tenerife, 27.11.2006. «La sentencia apelada señala, en lo concerniente al carácter restrictivo de la regulación del conflicto de intereses regulado en el art. 52 de la LSRL -, las razones por las que no es aplicable este precepto cuyo carácter restrictivo excluye, precisamente, que pueda extender sus efectos a supuestos que no son los expresamente contemplados en el mismo, y cuya ampliación indiscriminada podría suponer una alteración del régimen de las mayorías en el funcionamiento de la sociedad, y con ello a una defectuosa formación de la voluntad social.»

Es cierto que si el supuesto de conflicto de intereses no está incluido en el primer apartado no se le priva de su derecho de voto, pero hay que plantearse si existe la posibilidad de incluir supuestos de conflicto de intereses en los estatutos de la sociedad que lleven también una supresión del derecho de voto. Autores como RECALDE CASTELS señalan que si se establece una prohibición de votar ante un conflicto diferente en los estatutos funcionales de la sociedad este régimen de conflicto se causaliza y es indiscutible, ya que ha tenido que ser aceptado por todos. Por otro lado están los supuestos que se introducen en una modificación de los estatutos, en este caso tal conflicto solo se podría aplicar si es aceptado por el socio incurso en la situación de conflicto de intereses, porque de no ser aceptado por este, se infringiría el principio de igualdad (art. 97 LSC)³¹.

Por ello este deber de abstención solo se puede aplicar en los casos tipificados por la ley.

2.1. Autorización para transmitir acciones o participaciones sujetas a restricción legal o estatutaria

El primer caso tipificado de conflicto de interés por el que la ley prohíbe al socio ejercer su derecho de voto es el acuerdo de junta que le permite transmitir participaciones o acciones. Es el que se dará con mayor frecuencia. La prohibición de votar opera tanto si la ley o los estatutos exigen que la sociedad autorice la transmisión, como si la sociedad sólo pudiera impedir la transmisión ofreciendo un adquirente alternativo.

El socio en conflicto debe abstenerse tanto en la votación de la junta como si tiene que otorgar el consentimiento de la transmisión el órgano de administración y forma parte del mismo³².

³¹Véase RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 190...», *cit.*, pp.81-83. En esta obra podemos ver como el autor explica la posibilidad de introducir en los estatutos sociales conflictos de intereses diferentes a los tipificados en el apartado uno que suponen privación de derecho de voto también, y los casos en los que podemos o no aplicarlos dentro de la sociedad.

³² Véase RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 190...», *cit.*, pp.75-76. Si se diera el caso de que la sociedad tuviera un administrador único o varios mancomunados y a su vez todos fuesen socios que quieren transmitir, la decisión debería remitirse a la junta, ya que sino el órgano de administración no podría adoptar el acuerdo.

Prevalece el interés común de la sociedad ante el individual de un socio. Por ello el interés social se vulneraría si la facultad de determinar quién puede ser o no socio pudiera venir determinada por el socio que pide la autorización. Se protege tal situación prohibiéndole el voto.

En cuanto a las sociedades anónimas es susceptible de perder eficacia en el caso de que la restricción a la transmisibilidad de las acciones venga impuesta por los estatutos sociales. Esto es así porque como vemos en el art. 123.3 LSC, en tales supuestos la autorización se da por parte de los administradores de la sociedad y no por la Junta General, salvo prescripción contraria de los estatutos. Por ello este tipo de conflicto carece de relevancia para el precepto objeto de estudio, al corresponder a los administradores la autorización (de no decir lo contrario los estatutos de la sociedad). Se desvía de la norma al no tener la competencia de autorizar la Junta General, y al no ceñirse por la misma no se puede establecer dicha prohibición de voto por el socio, ya que ya no está la decisión en todos los socios, sino únicamente en el órgano de administración. No es imposible que también en las sociedades limitadas se atribuya a los administradores la facultad de autorizar la transmisión *inter vivos* de participaciones sociales, pudiendo venir establecida esta cuestión en sus estatutos sociales.

2.2. Exclusión al socio de la sociedad

Se puede excluir a un socio de la sociedad por un acuerdo de la junta siempre que haya causa legal o estatutaria que la autorice (arts. 350 y 351 LSC), excepto si el socio tuviera una participación igual o superior al 25 por ciento del capital de la sociedad, que será necesaria, además, si el socio no se conforma con la exclusión acordada, una resolución judicial firme (art. 352.2 LSC). El socio al que se quiere excluir no puede votar el acuerdo de la junta ya que se encuentra en una situación de conflicto de interés con la sociedad.

El fundamento de esta prohibición de voto en un acuerdo de exclusión del socio en la sociedad, se basa en que si el socio ha incumplido las obligaciones que le atribuyen los estatutos con la sociedad, o está en una situación que le impide cumplirlas, no tiene ningún sentido proteger dicha situación para que permanezca en la sociedad.

Pero a pesar de ello puede defenderse impugnando el acuerdo que le excluye, demostrando que no existe causa legal o estatutaria para ello³³.

El problema de este conflicto de interés es que las causas de exclusión de los estatutos de todas las sociedades de capital tienen que ser aprobadas por unanimidad, y esto le añade una dificultad, que en muchas ocasiones reduce e incluso elimina esta disciplina de conflicto de interés del socio en las sociedades de capital distintas de la limitada³⁴.

Un claro ejemplo de exclusión del socio lo encontramos en la SAP de Madrid 5290/2016 de 22 de abril³⁵. Esta sentencia versa sobre un conflicto entre diferentes socios con sus sociedades. Se trata de un administrador único de una sociedad, que a su vez tenía participación, tanto como socio como de administrador, de otras sociedades que realizaban el mismo tipo de negocio. Por ello el resto de socios pretende excluir su condición de administrador único. Finalmente la Audiencia considera que es pertinente denegar el recurso de los socios, porque no se dan los requisitos que establece el art. 350 LSC previstos para excluir al socio. Por otro lado en este caso también se considera que se infringe el art. 190 LSC ya que en el acuerdo en el cual se votaba su expulsión habían votado los socios en cuestión. Y no debían ya que se encontraban en situación de conflicto. Por ello la Audiencia rechaza el acuerdo.

³³ Véase RECALDE CASTELLS, A, «Artículo 190...», *cit.*, p.76. Este autor señala que «...de poco servirá...si los estatutos de las sociedades de capital distintas de la limitada (o sea, de la anónima) nada dicen sobre la posible exclusión de sus socios, fijando al efecto las correspondientes cláusulas. El hecho de que tales cláusulas hayan de ser aprobadas por todos los socios constituye, además, un factor añadido de dificultad susceptible de reducir e, incluso, eliminar...la eficacia de la disciplina sobre el conflicto de interés del socio en el ámbito particular de las sociedades de capital distintas de la limitada, sin que el recurso a los deberes de los administradores pueda suponer aquí un cierto paliativo.

³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 5290/2016 (ECLI:ES:APM:2016:5290). Esta Sentencia versa sobre una situación de conflicto de intereses entre el socio y la sociedad que lleva consigo la expulsión del socio. Sobre la misma habla ALFARO AGUILA-REAL., «Exclusión de socios: seguimos sin justos motivos y destitución del administrador por hacer competencia a la sociedad.» en derechomercantilespana.blogspot.com, 20 de junio de 2016 [consultado el 14 de junio de 2017]. Este autor considera que de esta sentencia se pueden derivar tres reflexiones.

Por un lado no le parece coherente que se admita una conducta desleal por parte de la administradora con la sociedad, pero a su vez se impida excluir como sociedades a través de las cuales la misma participa en la sociedad. En segundo lugar está de acuerdo con que la Audiencia considere que los acuerdos negativos son impugnables. Y por último señala que si los jueces no aceptan que existe una causa de exclusión del socio, sería necesaria que los mismos la incluyan en los estatutos de la sociedad.

La Audiencia también consideró que procedía la destitución de la administradora, ya que sus actividades en las sociedades de las que era parte hacían competencia a la sociedad en la que ejercía el cargo.

2.3. Liberar al socio de una obligación o concederle un derecho

La interpretación de este conflicto de manera amplia nos llevaría a introducir todo tipo de acuerdos que concediesen un derecho al socio o que le liberasen de una obligación. Pero esta norma debe aplicarse de manera excepcional, por lo que solo tenemos que incluir aquellos acuerdos de los que nacen derechos u obligaciones y cuyo origen está en el contrato de la sociedad. Se tratan de acuerdos que para ser aceptados necesitan la aprobación de la junta, en la cual no puede participar el socio en conflicto de interés. Solo pueden ser los acuerdos disponibles, estando excluidas las obligaciones legales, siendo nulo o impugnabile (art. 204 LSC) el acuerdo de la junta que libere al socio del cumplimiento de cualquiera de ellas³⁶.

En los acuerdos en los que el socio no es el único en obtener un derecho o ser liberado de una obligación, aunque también le afecten, no se le priva del derecho de voto. Por ejemplo, podría ser el caso de los acuerdos de modificación de estatutos, en un aumento de capital con aportación no dineraria suscrita por un socio (art. 304.1 LSC), en un aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción aplicable a los demás socios (art. 308 LSC), etc. Ninguna de estas operaciones es exclusivamente entre la sociedad y el socio, por ello no se le priva de su derecho a votar, se trata de acuerdos corporativos que afectan a la configuración constitucional de la sociedad.

Tampoco está obligado a abstenerse en la votación acerca de su posición en los órganos de la sociedad. Como son por ejemplo el nombramiento o cese del administrador, el ejercicio de la acción de responsabilidad, etc.

El caso más difícil es el de los acuerdos que versan sobre relaciones negociables de la sociedad con uno o varios socios de la misma, cuando estos actúan como terceros siendo el negocio ajeno al contrato de la sociedad. Ejemplo del mismo sería un acuerdo por el que se autoriza a un socio a utilizar bienes de la sociedad para fines privados. Muchos tribunales ante estos conflictos de intereses han actuado permitiendo el voto del

³⁶ Véase EMBID IRUJO, J.M., «Los supuestos de...», cit., pp.112-114.

socio, como ocurre en el supuesto contemplado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de noviembre de 2010³⁷, considerando que son actos de estricta gestión, y la aprobación de estos acuerdos debería darse por el órgano de administración, no siendo competente para ello la junta. A pesar de esto vemos como el art. 161 LSC señala que la junta puede impartir instrucciones acerca de estos negocios, es decir, sería competente.

También podemos hacer alusión a otro supuesto controvertido sobre el que la doctrina discute si debe encuadrarse dentro del ámbito de aplicación del art. 190 c) o no. Se trata del caso de una cesión global del activo y pasivo a favor del socio mayoritario de la sociedad cedente. La mayoría de los autores que han estudiado la figura de la cesión global de activo y pasivo consideran que al socio en conflicto debe aplicársele la exclusión de voto del art. 190. c) LSC³⁸. Es cierto que en la cesión global pueden darse los elementos esenciales para que concurra conflicto de intereses, que son colisión u oposición entre los intereses de la sociedad y los del socio mayoritario, y por otro lado, la existencia de un riesgo para el interés social. Por ello a primera vista puede parecernos óptimo incluir este supuesto en este precepto de concesión de un derecho al socio. No obstante, analizamos restrictivamente el art. 190 LSC y vemos que solo se incluyen dentro de la prohibición de voto aquella concesión de derechos que se refiera a derechos como socio, pero no como contraparte de la sociedad. Por ello los acuerdos que generen una relación contractual entre el socio y la sociedad ajena al contrato de sociedad se tienen que someter al régimen general de conflicto de intereses establecido

³⁷ Véase RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 190...», cit., p.77. En el cual el autor hace referencia a la SAP de A Coruña de 17 de noviembre de 2010 (ECLI: ES:APC:2010:3278), la cual señala que «partiendo de la posible existencia de un conflicto de intereses, motivo por el que se abstiene de votar X en la junta extraordinaria impugnada, que comparece personalmente a la misma, si bien asistido con su abogado Y, quien a su vez comparece como representante de otro socio, Z, que vota a favor del acuerdo social, y de tal modo se alcanza la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo, con el voto a favor emitido por el representante de otro socio, si puede computarse el voto emitido por el representante de Z, al asistir a la junta aquél como letrado de X, al reconocerse que existe conflicto de intereses, razón de su abstención, al ser la única persona que presenta oferta para compraventa de la nave y su arrendamiento a la sociedad, o por el contrario contraviene el art. 52 de la LSRL, como concluye el Juzgador de primera instancia en su sentencia, si bien partiendo del error que el referido letrado actuaba como representante de ambos socios, más tarde aclarado en el auto de fecha 26 de mayo de 2010.»

³⁸ Puede consultarse un listado de los autores que estiman que al socio en conflicto debe aplicársele la exclusión de voto del artículo 190 LSC en GALLEGO LANAU, M. «El conflicto de intereses en la cesión global de activo y pasivo a favor del socio mayoritario de la sociedad cedente». *Revista de Derecho de Sociedades*, n°46, 2016, p.211

en el art. 190.3 LSC³⁹, ya que como he señalado anteriormente solo se incluyen en este supuesto tipificado de conflicto de intereses con privación de voto los acuerdos que están dentro del ámbito del contrato de la sociedad, no dándose aquí tal caso.

En conclusión, en estos casos no se le privaría al socio en conflicto de su derecho de voto, sino que lo único que pueden hacer los socios que consideren que ha habido conflicto de intereses vulnerando el interés social, es impugnar el acuerdo siguiendo las reglas de los arts. 204 y 190.3 LSC.

En definitiva, a modo de resumen, la concesión de derechos o la liberación de obligaciones al socio sólo dan a la abstención del derecho de voto si se trata de un acto unilateral de la sociedad o si está dentro del ámbito del contrato de sociedad. Y por otro lado los acuerdos que dan origen a una relación contractual diferente al contrato social se someten al régimen general del art. 190.3 LSC.

2.4. Facilitar al socio cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías

Esta asistencia financiera ha de llevarse teniendo en cuenta las disposiciones sobre autocartera, el tipo social y las disposiciones relativas a la fusión apalancada⁴⁰.

Mediante esta norma se pretende proteger a la sociedad frente al riesgo del daño que puede sufrir su patrimonio por la concesión de un crédito a un socio o del daño que podría surgir en el futuro por una ejecución de las garantías. Este conflicto de interés no siempre trata de situaciones contrarias al interés social, ya que incluso pueden beneficiar a la sociedad, por ejemplo sería el caso de que la sociedad abra una línea de crédito o descuento al socio para venderle mercancías que no consigue en el mercado⁴¹.

Estos acuerdos deben ser aprobados por la junta, y la prohibición del voto por parte del socio en conflicto de interés se debe a que al ser el beneficiario del acuerdo no puede ejercer influencia para que se le conceda. Sin embargo no es obligatorio acuerdo

³⁹ Véase GALLEGO LANAU, M, «El conflicto de intereses...», cit., p.211.

⁴⁰ Véase EMBID IRUJO, J., «Los supuestos de conflicto...», cit., p.114. Este autor señala que el concepto de asistencia financiera ya estaba presente en la regulación anterior del art. 190 LSC, pero ahora está dotado de un carácter general incluyendo expresamente la prestación de garantías a favor del socio. Esta asistencia financiera debe realizarse observando correctamente las disposiciones sobre autocartera, de acuerdo con el tipo social y de las relativas a la fusión apalancada.

⁴¹ Véase RECALDE CASTELLS, A, «Artículo 190...», cit., p.79.

de junta cuando se trata de operaciones entre sociedades del mismo grupo (art. 162.2 LSC) o de sociedades unipersonales.

Si todos los socios obtienen beneficios con el acuerdo, no es obligatoria su abstención en la votación.

Hay que destacar la cercanía que existe entre este supuesto de conflicto de interés, y el anterior estudiando en el art. 190.1.c) de la concesión de un derecho al socio. Esta se puede dar si entendemos la concesión de una facilidad patrimonial al socio como atribuirle un derecho, pero en el ámbito de la financiación. Si mantuviésemos este planteamiento, seguido por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, entre otros, deberíamos excluir del apartado anterior toda la atribución de derechos de naturaleza financiera, que estarían dentro del apartado d)⁴².

2.5. Dispensar al socio de las obligaciones derivadas del deber de lealtad

El deber de abstención en el ejercicio del derecho de voto del socio se extiende a cualquier acuerdo de la junta que exima al socio administrador «de las obligaciones derivadas del deber de lealtad acordada conforme a lo previsto en el artículo 230».

Este art. 190.1.e) LSC nos lleva a la aplicación del régimen establecido en el art. 230 LSC. Y este artículo solo se refiere a los administradores de una sociedad, por ello es por lo que el socio, para poder aplicarle este precepto, tiene que ser, además, administrador de la sociedad.

Este conflicto de interés supone una novedad en nuestro Derecho de sociedades, pero, por desgracia, no está tan claro como nos gustaría el régimen de dispensa del art. 230 LSC. Lo que vemos claro es que no es posible establecer obligaciones dispensables generalizadas, sino que estas deben otorgarse de manera singular e individualizada, teniendo en cuenta el contexto, societario y empresarial de la sociedad.

⁴² Véase SANCHEZ CALERO, J., «El conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995. Caracterización, constitución, posición jurídica de socio y aportaciones, participaciones sociales, órganos*, Rodríguez Artigas (coord.), t.I, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p.692. Este autor señala que ciertos supuestos de análisis financiero pueden encajarse en un acuerdo en el cual se sugiere la liberación de una obligación que le corresponde al socio o la concesión de un derecho a su favor, recogidos en el artículo 52.

En la normativa derogada la Junta general tenía atribuido, con exclusividad, la facultad de dispensar la observancia de la prohibición de competencia. Ahora, además de haberse ampliado las obligaciones dispensables, cada una tiene su propio régimen, y como vemos en el art. 230.3 LSC, además de la Junta, la autorización «también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado». Pero no está esclarecida la distribución de competencias entre ambos.

En cuanto al caso particular del deber de lealtad, que es el que realmente nos interesa, la obligación del socio-administrador de abstenerse de emitir su voto, se deberá dar tanto si la dispensa del mismo viene dada por parte de la Junta general, como si viene por parte del órgano de administración. En el primer caso se abstendrá aplicando el art. 190.1.e) LSC, y en el segundo por aplicación del art. 230. 2 *in fine* LSC⁴³.

El acuerdo de dispensa otorgado por la Junta requiere diferentes mayorías para ser adoptado válidamente. Por un lado, en el caso de la sociedad anónima, hay que acudir al art. 201 LSC, reformado por la Ley 31/2014, que establece una «mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado». Por otro lado, en la sociedad limitada para establecer la mayoría acudimos al art. 199.b) LSC que señala que son necesarios los votos favorables de, mínimo, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en las que está dividido la totalidad del capital social. En ambos casos los estatutos de la sociedad podrán ampliar estas mayorías establecidas por la ley.

3. Forma de operar de este deber de abstención y consecuencias de su vulneración.

Este deber de abstención se lleva a cabo de la siguiente manera. Si el orden del día incluye algún supuesto de los tipificados en el art. 190 LSC como conflictos de interés, el socio afectado debe abstenerse de votar en dicho acuerdo, no estando prohibido su derecho de voto en el resto de los asuntos del orden del día con los que no tenga conflicto de interés. Este deber de abstención actúa anticipadamente y con independencia del porcentaje que tenga de participación en el capital de la sociedad o de su capacidad para influir en la decisión final.

⁴³Véase EMBID IRUJO, J.M., «Los supuestos...», cit., pp.114-117.

Este deber no afecta al resto de derechos que tiene atribuidos, como son el derecho de información, estándole permitido asistir a junta e intentar influir en la decisión de los demás.

El Presidente de la Junta debe valorar el conflicto de interés, de forma individual, y considerar si es de los tipificados en la ley que exigen su abstención, no pudiendo privar de voto a un socio por considerar que puede perjudicar al interés social, si no está en una de las situaciones de conflicto que marca la ley. Este presidente es el encargado de dirigir la reunión y realizar el cómputo de los votos, una vez deducidos los que no debieron emitirse. Sobre esto habla la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de julio de 2016⁴⁴.

La deducción de votos de los accionistas incurso en conflicto de interés no afectan al *quórum* establecido para constituir junta (arts. 193 y 194 LSC). Ello es porque el socio con deber de abstención, puede asistir, y con su presencia se cumple el requisito para constituir válidamente la junta⁴⁵.

Esta decisión del presidente por la que se priva al socio de su derecho de voto, puede ser revisada judicialmente. El socio si considera que se le ha privado de su derecho injustamente puede impugnar el acuerdo, y de ser estimada la demanda se debe proclamar el acuerdo en función de los votos que resultarían al contabilizar el del socio injustamente privado. Por otro lado también puede darse el caso de que el presidente admitiese el voto de un socio que debería haber sido privado de su derecho de voto, los demás socios pueden instar la nulidad del acuerdo adoptado, demandando a la sociedad.

El acuerdo solamente se anulará si el voto del socio que se ha dejado de emitir, o que se ha emitido incorrectamente es decisivo para la aprobación o no del acuerdo en cuestión.

⁴⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de julio de 2016 (ECLI:ES:APV:2016:2818). La misma establece un caso de conflicto de intereses en el que se pretende la nulidad de la Junta General del 28 de junio de 2013, con la oportuna nulidad de pleno derecho de los acuerdos de la misma. En esta sentencia vemos como se establece que la privación del derecho de voto le corresponde al Presidente de la Junta. Finalmente en este caso se considera que en función de la regulación vigente en el momento de la celebración de la Junta (anterior art. 190) no se da ninguno de los motivos por el que se permitiera al Presidente privar de derecho de voto al actor. Ya que el motivo del conflicto es un conflicto que perjudica el interés social, pero no está tipificado en la normativa.

⁴⁵ Véase RECALDE CASTELLS, A, «Artículo 190...», *cit.*, pp.81-83.

IV. LOS CONFLICTOS DE INTERESES SIN PRIVACIÓN DEL DERECHO DE VOTO DEL SOCIO EN LA JUNTA GENERAL (ART. 190.3 LSC)

El párrafo tercero del precepto en estudio es el más novedoso. Este se refiere a aquellos conflictos de intereses que no estén tipificados en el párrafo primero, antes analizado. Este precepto habla de una revisión *ex post* de los acuerdos societarios, por lo tanto, el socio en conflicto puede votar y participar en la adopción del acuerdo de que se trate. Cuando este voto no es decisivo en la adopción del acuerdo, en virtud de este párrafo, el acuerdo no estaría viciado.

Cuando el voto del socio sea decisivo para la adopción del acuerdo, se da una presunción de infracción del interés social. En este caso corresponde a los que impugnan la acreditación del conflicto de intereses. Y a la sociedad y al socio en conflicto que hubiese votado la prueba de que el acuerdo es conforme al interés social.

Esta presunción se invierte en el caso de que sean acuerdos relativos al nombramiento, revocación y exigencia de responsabilidad a los administradores. Ahora es el socio minoritario que impugna el acuerdo quien tiene que demostrar que es contrario al interés social.

Los acuerdos que recoge este apartado se denominan como conflictos de intereses residuales. La ley no los define ni caracteriza, simplemente señala que el interés social es el interés que debe prevalecer en la resolución de conflictos, y al introducirse en estos la distinción entre conflictos posicionales y no posicionales se excluye a estos primeros de la presunción de infracción del interés social.

Hay que destacar que no siempre los conflictos de intereses afectan a la lesión del interés social. Esto únicamente se da cuando el socio tiene un interés particular cuya satisfacción provoque necesariamente un daño en el interés de la sociedad. En estos casos el interés funciona como límite negativo de los acuerdos adoptados por la mayoría, prohibiendo que se adopten acuerdos que beneficien a algún socio y perjudiquen a la sociedad.

Hay otros tipos de conflictos en los que el interés social actúa como límite positivo al poder de decisión de la mayoría. Sería el caso de adopción de un acuerdo de aumento de capital con aportaciones dinerarias, por emisión o creación de nuevas

acciones o participaciones, con supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente de todos o alguno de los socios⁴⁶.

Los conflictos de intereses posicionales son los referidos a acuerdos que afectan a la posición del socio en la sociedad («el nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de intereses se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad⁴⁷»)

Vemos que junto a los casos tipificados en la ley el legislador señala «cualquiera otros de análogo significado», esto ha de tomar como referencia el supuesto del que parte. La posición del socio relevante es la que le puede venir atribuida por funciones en la estructura orgánica de la sociedad, similares a las señaladas en el precepto, y las contingencias que puedan generar conflictos de intereses sean también similares a las del precepto. Algún ejemplo que nos señala LÓPEZ SÁNCHEZ⁴⁸ son su designación como suplente para el puesto orgánico (arts. 216 y 377.1 LSC), su reelección para el cargo (art. 221 LSC), la ratificación de su nombramiento por cooptación (arts. 244 LSC y 145 RRM).

Dejando de lado los conflictos de intereses posicionales nos encontramos con los acuerdos que afectan a un socio, el cual tiene un interés extrasocietario y de cumplirse este derivaría en un perjuicio para el interés de la sociedad. Estos acuerdos que generan conflictos de intereses no posicionales son los que están relacionados con negocios jurídicos entre la sociedad y alguno de sus socios, que dan lugar a compromisos

⁴⁶ Véase LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «Los supuestos de conflicto de intereses sin privación del derecho de voto: la distribución de la carga de la prueba en caso de impugnación de los acuerdos sociales (art.190.3 LSC).», en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada. Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015*, Rodríguez Artigas et al. (dir.), t.I, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp.131-132. Como señala LÓPEZ SANCHEZ «en este supuesto, el acuerdo social viene a propiciar o bien al entrada de terceros en la sociedad o bien una mejora en la posición societaria e una parte de los socios –aquellos que, no habiendo sido privados del derecho de preferencia, decidan ejercerlo-, con la consiguiente disolución o aguamiento de las acciones o participaciones de los restantes socios.»

⁴⁷ Artículo 190.3 LSC.

⁴⁸ Véase LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «Los supuestos de conflicto...», *cit.*, p.136.

obligacionales y a transferencias definitivas o temporales de bienes de cualquier clase, siempre que no pertenezcan a los conflictos recogidos en las letras d) y e) del art. 190.1 LSC, que en este caso al socio se le priva de su derecho a voto.

Para que el socio pueda estar dentro de una situación de conflicto de intereses no posicionales, el interés extrasocietario tiene que ser de su pertenencia directa y exclusiva. También pertenecen a estos conflictos los casos en los que el socio tenga un vínculo con la contraparte de la sociedad en la relación jurídica de que se trate, en virtud del cual el interés del tercero pueda estar “representado” por el socio cuando se someta el acuerdo a aprobación de junta⁴⁹.

V. CONCLUSIÓN

Como resultado del trabajo realizado acerca del conflicto de intereses entre el socio y la sociedad, y del análisis minucioso del artículo 190 LSC y sus predecesores normativos, quiero destacar y comentar los aspectos que me han parecido más relevantes.

En primer lugar, en las S.R.L. se prohíbe el derecho de voto si se da cualquiera de los supuestos tipificados, pero en las S.A. no, ya que esta prohibición solo se aplica de manera directa a los apartados c, d, y e. Respecto a los casos a y b que son «autorizarle a transmitir acciones y participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria» y a los de «excluirle de la sociedad» para que se aplique esta prohibición de voto tienen que estar recogidos los supuestos en los estatutos de la sociedad. La diferente aplicación del precepto a las sociedades anónimas y a las sociedades de responsabilidad limitada podría suponer una infracción del principio de igualdad de trato, esta diferencia se justifica en que en las S.A. hay una libre transmisibilidad de las acciones y que la transmisibilidad de las participaciones de las S.R.L. está sujeta a restricciones.

Al contemplarse únicamente cinco supuestos, el apartado tercero lo completa mediante un régimen general que recoge los restantes conflictos que puedan surgir. El

⁴⁹ Véase LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «Los supuestos de conflicto...», *cit.*, pp.138-139. Aquí LÓPEZ SÁNCHEZ analiza minuciosamente el punto tercero del artículo 190 LSC, haciéndonos una distinción detallada y clara entre los conflictos posicionales y no posicionales.

mismo no conlleva una privación del derecho de voto del socio, sino que se trata de una revisión *ex post* del conflicto que exige carga de prueba. Pero no me parece suficiente, ya que considero que pueden surgir conflictos de intereses que menoscaben el interés social de manera igualitaria o superior en la que lo hacen los cinco tipificados. Y con esta regulación a los mismos no se les aplicaría de manera directa la privación del derecho de voto.

Para lograr un trato igualitario y conseguir una adecuada prevalencia del interés social, me planteo si sería mejor diseñar un sistema de cláusula general. En el mismo se establecería de manera global como se tiene que actuar ante los diferentes conflictos de intereses que surgiesen y que a su vez llevasen consigo un menoscabo del interés social, que debemos proteger, privando del derecho de voto a los socios incurso, de manera igualitaria. Para la correcta aplicación de este sistema se debería esclarecer lo que es y no es un conflicto de intereses, y también deberíamos señalar una lista de excepciones, de conflictos que supusiesen un menoscabo inferior del interés social, en los cuales no se estableciese de manera directa esta medida de privación del derecho de voto, sino que para los mismos se mantuviese el sistema de revisión *ex post* que se señala en el apartado tercero del artículo 190 LSC.

Considero esta opción más adecuada, porque a medida que la sociedad avanza pueden surgir conflictos de intereses que hasta entonces no nos habíamos planteado. Con la regulación actual ante tales situaciones no se privaría al socio de manera directa de su derecho de voto, por lo que no podríamos ofrecer un trato igualitario, ni mucho menos conseguir una protección inmediata del interés social.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO AGUILA-REAL., «Exclusión de socios: seguimos sin justos motivos y destitución del administrador por hacer competencia a la sociedad.» en derechomercantiles.ana.blogspot.com, 20 de junio de 2016.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.F.J., «El interés social y el sistema de gobierno corporativo», en *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2014, pp. 157 – 177.
- COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención de socio en las votaciones*, Tirant lo Blanch (Valencia), 1999
- CURTO POLO, M., «Artículo 190. Conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada.», en *Comentario de la ley de sociedades de capital*, t.I, Rojo, A, y Beltrán, E, (dir.). Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1350 – 1355.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J., *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art.67 L.S.A.)*, Valladolid, 1957.
- EMBID IRUJO, J.M., «Los supuestos de conflicto de interés con privación del derecho de voto del socio en la junta general (art.190.1 y 2 LSC).», en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada. Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril , 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015*, Rodríguez Artigas *et al.* (dirs.), t.I, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp.89.-120
- EMBID IRUJO, J.M. «Los supuestos de conflicto de interés con privación del derecho de voto del socio en la Junta General», *RdS*, nº 45, 2015, pp. 147-176.
- GALLEGO LANAU, M, «El conflicto de intereses en la cesión global de activo y pasivo a favor del socio mayoritario de la sociedad cedente». *Revista de Derecho de Sociedades*, nº46, 2016, pp.193-236
- GARCÍA-NIETO NUBIOLA, S, «Diversos escenarios de los conflictos de intereses entre socios.» en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, Vázquez. et al. (dir.), Revista jurídica de Catalunya, Barcelona, 2016, pp.47-50.

- IRACLUS ARREGUI, N., *Conflicto de intereses del socio: cese de administrador nombrado por accionista competidor*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «Los supuestos de conflicto de intereses sin privación del derecho de voto: la distribución de la carga de la prueba en caso de impugnación de los acuerdos sociales (art.190.3 LSC).», en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada. Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015*, Rodríguez Artigas *et al.* (dir.), t.I, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp.121-148.
- RECALDE CASTELLS, A, «Artículo 190. Conflicto de intereses.», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Juste Mencía (coord.), Civitas, Navarra, 2015, pp.67-88.
- RODRIGUEZ, J.M., «Reflexión sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas», en *Estudios de derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Sáenz García de Albizu (coord.), Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, pp.453-470.
- SANCHEZ CALERO, J., «El conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995. Caracterización, constitución, posición jurídica de socio y aportaciones, participaciones sociales, órganos*, Rodríguez Artigas (coord.), t.I, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp.677-702.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J., «Principio mayoritario y conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995», en *Revista jurídica del notariado*, núm.30, 1999, pp.245-286
- SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital: (artículo 52 de la Ley 2/1995 de 23 de marzo)*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.
- SÁNCHEZ RUIZ, M, «Perspectivas de reforma en la regulación de los conflictos societarios.» en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro*

homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp.918.-934.

- SEGURA DE LASSALETTA, R., «Conflictos entre socios (y, en especial, derecho al dividendo).» en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, Vázquez et al. (dir.), Revista jurídica de Catalunya, Barcelona, 2016, pp.51.-58
- USANDIZAGA USANDIZAGA, P, «Conflicto de intereses y derecho de voto en la junta general.» en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, Vázquez et al. (dir.), Revista jurídica de Catalunya, Barcelona, 2016, pp.43 – 46.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 1991 (Sección 1), (ECLI:ES:TS:1991:13053), CENDOJ.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 27 de septiembre de 2006 (Sección 4), (ECLI:ES:APTF:2006:1638), CENDOJ.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de noviembre de 2010 (Sección 4), (ECLI:ES:APC:2010:3278), CENDOJ.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de abril de 2016 (Sección 28), (ECLI:ES:APM:2016:5290), CENDOJ.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de julio de 2016 (Sección 9), (ECLI:ES:APV:2016:1218), CENDOJ.