

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2021/2022
Convocatoria: junio

**EL DEBER DE LEALTAD DEL SOCIO EN
SITUACIONES DE CRISIS ECONÓMICA DE LAS
SOCIEDADES DE CAPITAL**

The shareholder's duty of loyalty in situations of economic crisis in limited liability companies



Realizado por la alumna Dña. Ana Afonso Bellod

Tutorizado por la Profesora Dra. Dña. Irene Navarro Frías

Departamento de Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa.

Área de Derecho mercantil.

ABSTRACT

The shareholder's duty of loyalty is a standard of corporate conduct that arises in *de facto* management relationships in which the shareholder can influence the wealth of the company or its partners. In such situations, this standard of conduct will require the shareholder to act in the corporate interests at the time.

In legal systems around us, the idea that the shareholder must be subject to a duty of loyalty when he finds himself in situations of control, which become highly relevant in situations of economic crisis of the company, is already well established. However, in Spain there is no consensus on the matter. The conceptualisation of the shareholder's duty of loyalty will allow us to identify the protection mechanisms the company and the shareholders against disloyal behaviour and, in particular, to analyse whether the provisions modulating the shareholder's actions - in particular in preventive restructuring - impose a duty of loyalty on the shareholder.

Key Words: duty of loyalty of the shareholder, standard of corporate conduct, limited liability companies, economic crisis, preventive restructuring.

RESUMEN

El deber de lealtad del socio es un estándar de conducta societario que surge en relaciones de gestión *de facto* en las que el socio puede influir sobre el patrimonio de la sociedad o de sus consocios. En esas situaciones, este estándar de conducta impondrá al socio que oriente su actuación conforme al interés social en ese momento.

En ordenamientos jurídicos de nuestro entorno ya es arraigada la idea de que el socio deberá estar sometido a un deber de lealtad cuando se encuentre en situaciones de control que se tornan de gran relevancia en periodos de crisis económica de la sociedad. No obstante, en España no existe consenso al respecto. La conceptualización del deber de lealtad del socio permitirá determinar los mecanismos de protección de la sociedad y de los socios ante comportamientos desleales, y, en particular, permitirá analizar si las disposiciones que modulan la actuación del socio -en especial, en la reestructuración preventiva- le imponen un deber de lealtad.

Palabras clave: deber de lealtad del socio, estándar de conducta societario, sociedades de capital, crisis económica, reestructuración preventiva.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
PRIMERA PARTE: EL DEBER DE LEALTAD DEL SOCIO DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL.....	4
1. El deber de lealtad del socio.....	4
2. El deber de lealtad del socio en el Derecho de sociedades español: deber de lealtad del administrador vs. buena fe contractual	6
2.1. El deber de lealtad del administrador	6
2.2. La buena fe contractual.....	8
3. Fundamento del deber de lealtad del socio.....	11
3.1. La buena fe contractual.....	11
3.2. El interés social.....	12
3.3. Relación de agencia <i>de facto</i>	15
SEGUNDA PARTE: EL DEBER DE LEALTAD DEL SOCIO EN SITUACIONES DE CRISIS ECONÓMICA DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.....	16
1. Manifestaciones del deber de lealtad del socio en situaciones de crisis económica de la sociedad en el Derecho comparado	16
2. Mecanismos de protección de la sociedad y de los socios ante comportamientos contrarios al deber de lealtad	20
2.1. La impugnación de acuerdos sociales: abusos de la mayoría y abusos de la minoría	20
2.2. El art. 190 LSC sobre el derecho de voto del socio en conflicto de intereses .	27
3. El deber de lealtad del socio en la reestructuración preventiva: la Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia y su trasposición al ordenamiento jurídico español.....	30
3.1. El estatuto jurídico del socio en la Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia	31
3.2. La trasposición española de la Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: la posición jurídica del socio en el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal.....	34
3.3. El deber de lealtad del socio en la reestructuración preventiva.....	35
CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	43

INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho de sociedades es indiscutible que el administrador está sometido a un deber de lealtad (art. 227 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, *en adelante* LSC). Ahora bien, más dudosa resulta la cuestión respecto al socio. El socio está sometido en su actuación al deber de buena fe contractual (art. 1.258 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *en adelante* CC), sin embargo, ese estándar de conducta resulta insuficiente en determinadas situaciones de control en las que la actuación de un socio o de un grupo de socios pueda dañar el patrimonio de la sociedad o de sus consocios. Estos supuestos de control se tornan de gran relevancia en situaciones de crisis económica de la sociedad. La adopción de una medida de saneamiento que debe ser aprobada por la junta general aumenta el riesgo de bloqueo por los socios, y, por tanto, posibilita que la actuación desleal de uno de ellos desemboque en la apertura de un procedimiento concursal. Así las cosas, ¿se podría someter al socio a un estándar de conducta más estricto que la buena fe contractual en estas situaciones o debemos entender que en todo caso el socio puede ejercitar su derecho de voto sin tener en cuenta intereses distintos de los suyos?

En ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (Alemania, Italia, Países Bajos, etc.) se ha construido una doctrina legal y jurisprudencial sobre el deber de lealtad del socio, esto es, un estándar de conducta que modula su actuación en escenarios de especial control con respecto a la sociedad y al resto de socios, y, en particular, en periodos de preinsolvencia o de insolvencia de la sociedad. En España no existe un consenso sobre el deber de lealtad del socio: el legislador español no lo prevé expresamente y, tanto doctrina como jurisprudencia no han alcanzado una conclusión clara sobre su existencia y, en su caso, sobre su contenido.

En este trabajo nos intentaremos aproximar a un concepto de deber de lealtad del socio a través de su comparación con los otros estándares de conducta que existen en nuestro Derecho de sociedades: la buena fe contractual y el deber de lealtad del administrador. En este sentido, nos preguntaremos si el principio de libertad de voto del art. 93 c) LSC es compatible con la imposición de un deber de lealtad al socio, y, en su caso, cuál sería su contenido y su alcance cuando la sociedad se encuentra en una posición económica especialmente vulnerable. Asimismo, abordaremos la determinación de su

posible fundamento y estudiaremos cómo han configurado este estándar de conducta otros ordenamientos jurídicos. Por último, analizaremos los mecanismos de protección que ofrece nuestra normativa societaria ante conductas vulneradoras del deber de lealtad del socio, y, *pro futuro*, la posible relación entre la reestructuración preventiva que propone la normativa comunitaria y el deber de lealtad del socio.

PRIMERA PARTE: EL DEBER DE LEALTAD DEL SOCIO DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL

1. El deber de lealtad del socio

Los deberes fiduciarios son aquellos que surgen en relaciones de confianza en las que una de las partes tiene la facultad de adoptar una decisión discrecional que tendrá efectos sobre la esfera jurídica del beneficiario, debiendo entonces anteponer el interés de un tercero al propio. En este contexto, resulta fundamental imponer un deber al fiduciario que evite que este actúe para la consecución de su beneficio personal o de sujetos distintos del principal.¹ Este es el caso del deber fiduciario por excelencia: el deber de lealtad del administrador de una sociedad de capital (art. 227 LSC).

Entender que el administrador es el único cuya actuación puede tener efectos sobre la esfera jurídica de la sociedad o de los socios, supone negar la realidad societaria. En determinadas ocasiones como la adopción de acuerdos sociales sobre el patrimonio de la sociedad, serán los socios quienes se encuentren en una posición en la que puedan afectar al patrimonio de terceros, un marco en que el surgimiento de conflictos de interés por cuenta propia o por cuenta ajena podría acarrear graves consecuencias negativas, tanto para la sociedad como para los socios. El artículo 190 LSC estandariza la actuación del socio libre de conflictos de intereses excepcionando su derecho de voto en circunstancias tasadas que el legislador entiende que son de “especial riesgo” (exclusión de la sociedad, concesión o liberación de un derecho, etc.). Ahora bien, la fórmula del art. 190 LSC resulta insuficiente: nuestro Derecho de sociedades no prevé un mecanismo que

¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El deber de buena fe y el deber de lealtad del socio”, *Almacén de Derecho*, 23 abril 2019. Disponible en <https://almacenederecho.org/el-deber-de-lealtad-del-socio-no-es-un-deber-fiduciario> (fecha de última consulta: 9 de febrero de 2022); el mismo, “Juega por mí: los deberes de lealtad de los administradores”, *Almacén de Derecho*, 10 de marzo de 2016. Disponible en <https://almacenederecho.org/juega-por-mi-los-deberes-de-lealtad-de-los-administradores> (fecha de última consulta: 9 de febrero de 2022).

garantice que el socio actúe libre de conflictos en todos los supuestos en que pueda afectar al patrimonio de personas distintas de sí mismo, posibilitando que en situaciones de preinsolvencia la actuación de un socio pueda desembocar en la apertura de un procedimiento concursal.

Pero, ¿y si sometiéramos al socio a un estándar de conducta en estas situaciones de especial influencia sobre el patrimonio de terceros? El presupuesto de hecho en estos casos obedece al previsto para la imposición de deberes fiduciarios: una persona (el socio) se encuentra en una posición en la que su decisión tendrá efectos sobre la esfera jurídica de sujetos distintos a él (la sociedad y sus consocios). En este contexto, parece razonable la imposición de un deber de lealtad al socio como límite a su autonomía privada.

En todo caso, considerar que el socio se encuentra sometido a un deber de lealtad no debe implicar la aplicación en bloque de la doctrina del deber de lealtad del administrador al socio, pues se trata de dos figuras estructuralmente distintas. Los socios pueden ejercitar libremente su derecho de voto [art. 93 c) LSC] “en la forma que estimen más conveniente para sus propios intereses”², pudiendo votar lo que consideren más oportuno cuando ejerzan discreción de juicio. El derecho de voto es un derecho subjetivo, no una potestad o derecho-función que obligue al socio a velar por intereses ajenos a su propia autonomía privada³. En cambio, los administradores sociales deberán anteponer el interés de la sociedad al propio y estarán sometidos en su actuación a un régimen legal estricto en materia de deber de lealtad (art. 227 LSC).

Con todo, como primera aproximación, el deber de lealtad del socio será el estándar de conducta al que este estará sometido cuando esté en la posición de adoptar una decisión discrecional que influya sobre el patrimonio de la sociedad o de sus consocios.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA, J.L.: “Los órganos de las sociedades de capital (I). La junta”, en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J., Dir.): *Lecciones de derecho mercantil*, Vol. I, 19ª Edición, Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2021, pág. 564.

³ RECALDE CASTELLS, A.: “Comentario del artículo 190 de la LSC”, en AA.VV. (JUSTE MENCÍA, J. y RECALDE CASTELLS, A., Coord.): *La junta general de las sociedades de capital*, 1ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2022, pág. 517.

2. El deber de lealtad del socio en el Derecho de sociedades español: deber de lealtad del administrador vs. buena fe contractual

El deber de lealtad del administrador es el estándar de conducta más estricto dentro de la sociedad (deber de máximos), mientras que la buena fe contractual se configura como un estándar de conducta mínimo predicable de cualquier sujeto que suscriba un contrato (deber de mínimos)⁴. En la medida que en nuestro Derecho de sociedades no se prevé un deber de lealtad del socio, para proceder a su delimitación se deberá encuadrar dentro de estos estándares de conducta, que son los que se prevén dentro del marco de una sociedad de capital. Para ello, primero se deberán analizar, y posteriormente comparar con el deber de lealtad del socio.

2.1. El deber de lealtad del administrador

Los deberes fiduciarios impuestos a todo administrador social son dos: el deber de lealtad (art. 227 LSC) y el deber de diligencia (art. 225 LSC). El régimen legal imperativo relativo al deber de lealtad (art. 230.1 LSC), que integra el contrato entre el administrador y la sociedad, limita la actuación del primero, debiendo anteponer el interés de la sociedad y de los socios al suyo propio o de terceros (en el common law “the best interest of the corporation”)⁵. De este modo, aunque “ante cualquier situación de conflicto, el administrador ha de velar por el interés de la sociedad y dirigir su gestión hacia la consecución del objeto y finalidad social de manera óptima, absteniéndose de actuar en perjuicio de los intereses de la sociedad”⁶, el deber de lealtad no sólo le impone criterios de actuación ante el surgimiento de cualquier conflicto, sino que además tiene la obligación de evitarlos (art. 229 LSC).

El deber de lealtad del administrador se fundamenta -además de en la primacía del interés social- en la existencia de asimetrías de la información entre los administradores y los socios. Estas asimetrías pueden ocasionar que los primeros, dentro del amplio

⁴ NAVARRO FRÍAS, I.: “De la buena fe (como deber de mínimos), al deber de lealtad (como deber de máximos): la posición de los prestadores de servicios de inversión tras MiFID II”, en AA.VV. (HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., Coord.): *La intervención penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 219-241.

⁵ ESTEPA DOMÍNGUEZ, F.: “El deber de lealtad de los administradores sociales ante la imputación de la sociedad en el proceso penal”, en AA.VV. (GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B. y COHEN BENCHETRIT, A., Dir.): *Derecho de sociedades: cuestiones sobre órganos sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pág. 823.

⁶ Fundamento jurídico cuarto, STS (Sala de lo Civil) de 11 de diciembre de 2015 (rec. núm. 2141/2013).

margen de discrecionalidad en su actuación, y, además, desde la posición de control que ostentan dentro de la sociedad, no promuevan el interés social. De este modo, en una sociedad de capital en la que su estructura institucionalista dificulta el control de la actuación del administrador -resultando el derecho de información de los socios insuficiente (arts. 196 y 197 LSC)-, el deber de lealtad se configura como la única herramienta de supervisión de los socios y de la sociedad⁷.

En las últimas décadas, el deber de lealtad ha cobrado tal importancia que la LSC amplía “la dinámica de los deberes fiduciarios de los administradores”⁸, dedicándoles un capítulo (el tercero) dentro del Título VI, y detallando las obligaciones ligadas a los deberes del administrador, así como las consecuencias de su infracción. El deber de lealtad se configura en la cláusula general del art. 227 LSC y es concretado en los arts. 228 y 229 LSC, en los que se disponen las obligaciones que se derivan del deber de lealtad con especial referencia al “deber de evitar situaciones de conflicto de interés” (art. 229 LSC). Así, el deber del administrador de obrar “de buena fe y en el mejor interés de la sociedad” (art. 227.1 LSC) contempla deberes como el de no ejercitar facultades con fines distintos para el que le fueron concedidas [art. 228 a) LSC] o la prohibición de voto en casos de conflictos de interés [art. 228 c) LSC].

En suma, el deber de lealtad del administrador es un deber fiduciario que, por la existencia de asimetrías de información entre los administradores y los socios, en nuestro Derecho de sociedades se configura a través de un régimen legal imperativo por el que el administrador debe actuar anteponiendo el interés de la sociedad y de los socios al propio o de terceros.

Ahora bien, ¿la teoría del deber de lealtad del administrador podrá resultar de aplicación en el deber de lealtad del socio? Entendemos que la respuesta debe ser que no. El deber de lealtad del socio y del administrador son estándares de conducta, y, por ello, “instrumentos ideados para rebajar los costes de transacción en el contrato de sociedad”⁹.

⁷ SAÉZ LACAVE, M.I.: “Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas”, en *Revista InDret*, nº 1, 2016, pág. 14.

⁸ Párrafo V de la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁹ SAÉZ LACAVE, M.I.: *op. cit.*, pág. 19.

Como regla general, el principio de libertad de voto permite al socio tomar decisiones sin tener en cuenta los intereses de la sociedad o de los demás socios, esto es, permite la consecución de su interés particular¹⁰. Todo ello siempre que el socio, como cualquier contratante, actúe conforme a las exigencias de la buena fe (art. 1.258 CC).

Los presupuestos para la imposición al socio de un deber fiduciario tan estricto como el régimen legal imperativo del deber de lealtad del administrador no concurren: ni los socios son parte de una relación fiduciaria con la sociedad o con sus consocios (entendiendo esta como una relación entre principal y agente), ni existen asimetrías de información similares a las del administrador entre ellos por razón de su posición en la compañía¹¹. En principio, podrían llegar a existir asimetrías de información entre el socio y la sociedad o el resto de socios, ya sea por la formación o experiencia del socio (por ejemplo, un Banco) o por el acceso privilegiado a información sobre la gestión de la sociedad que tenga este (por ejemplo, a través de un consejero del Consejo de Administración al que nombró). No obstante, esas asimetrías de información en ningún caso tendrán su origen en la condición de socio ni serán tan elevadas como para justificar la imposición de un régimen legal de lealtad como en el caso del administrador¹².

2.2. La buena fe contractual

En el Derecho de obligaciones y contratos, la buena fe contractual (art. 1.258 CC) se configura como una de las fuentes de integración del contrato (junto la costumbre y a la ley), y, “en sentido objetivo, como modelo de conducta social” y no como un pensamiento o creencia.¹³ A estos efectos, la buena fe contractual no siempre estará relacionada con un comportamiento doloso. La jurisprudencia del Tribunal Supremo identifica como comportamientos contrarios a la buena fe contractual aquellos que, pese a no haber sido ejecutados con dolo, sean contrarios a los “deberes de conducta diligente,

¹⁰ MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas”, en AA.VV. (SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., Coord.): *Estudios de derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Ed. Civitas, Pamplona, 2010, pp. 453-470.

¹¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El deber de buena fe y el deber de lealtad (...)”, *op. cit.*

¹² SAÉZ LACAVE, M.I.: *op. cit.*, pp. 35-36.

¹³ DE AGUIRRE ALDAZ, C.M.; DE PABLO CONTRERAS, P; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Teoría de las obligaciones y contratos*, Vol. I., 5ª Edición, pp. 452-453.

no abusiva y razonable”, entendiendo por dichos deberes aquellos que son propios del ejercicio de cualquier facultad o derecho (STS de 19 de julio de 2016). Por otra parte, la doctrina de la buena fe contractual no sólo permite determinar la conducta en la que se deberán cumplir los deberes derivados del contrato, sino que permite introducir deberes que no se encontraban expresamente previstos en este (STS de 22 de febrero de 1979)¹⁴.

La buena fe contractual de los artículos 7 y 1258 CC se configura en el Derecho de sociedades como un criterio de interpretación del contrato de sociedad (art. 57 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, en adelante CCom) y, por ello, como un estándar de conducta en la relación societaria, que, en suma, es una relación contractual¹⁵. Lo anterior supone que, en la consecución del contrato de sociedad, los socios deberán actuar conforme al deber general de buena fe, pudiendo incurrir en responsabilidad. En estos supuestos, los tribunales han optado por la aplicación de la doctrina del abuso de derecho del art. 7.2 CC (SSTS 21 de diciembre de 2000, 16 de mayo de 2001 y 2 de julio de 2002).

El cumplimiento del contrato de sociedad conforme a la buena fe contractual no supone que el socio esté sometido a un deber fiduciario -como sucede con el régimen imperativo del administrador- o que este deba anteponer el interés de la sociedad y de sus consocios al suyo propio o de terceros. Como decíamos, el contrato de sociedad permite a los socios actuar en consecución de su interés particular, por lo que el deber de buena fe contractual orienta la actuación del socio hacia una conducta diligente, no abusiva y razonable (STS de 19 de julio de 2016). En este sentido, la buena fe, junto a la doctrina del abuso de derecho, se configuran como un límite en la actuación diaria del socio (art. 7 en conexión con los arts. 1.258 CC y 57 CCom)¹⁶.

En definitiva, en Derecho de sociedades la buena fe contractual es aquel criterio de interpretación del contrato de sociedad por el que se impone al socio un modelo de

¹⁴ DE AGUIRRE ALDAZ, C.M.; DE PABLO CONTRERAS, P; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.; PARRA LUCÁN; M.A.: *op. cit.*, pág. 453.

¹⁵ SAÉZ LACAVE, M.I.: *op. cit.*, pág. 19.

¹⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El deber de buena fe y el deber de lealtad del socio”, *op. cit.*

conducta social que debe primar durante la relación contractual, incurriendo en responsabilidad si se inobserva.

Como ya hemos advertido, los deberes de lealtad referidos al socio no cuentan con una previsión legal expresa. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha optado por aplicar el deber de cualquier contratante de actuar conforme a la buena fe (arts. 1.258 CC y 57 CCom) ante conductas que podrían ser calificadas como contrarias a un posible deber de lealtad del socio¹⁷. Sin embargo, conviene diferenciar entre los comportamientos contrarios a la buena fe contractual y aquellos contrarios al deber de lealtad del socio, pues ambos existen y despliegan sus efectos en momentos distintos dentro de la vida de la sociedad.

Las conductas del socio vulneradoras de la buena fe contractual son aquellas contrarias al deber mínimo de actuar de forma no abusiva, diligente y razonable que es exigible respecto de cualquier contratante (STS de 19 de julio de 2016). Este estándar de conducta se fundamenta en la mera existencia del contrato de sociedad, por lo que debe ser observado por el socio en todas las actuaciones que realice como tal. En cambio, el deber de lealtad se manifiesta en aquellas circunstancias, extraordinarias, en las que el socio puede adoptar una decisión discrecional sobre el patrimonio de la sociedad o de sus socios. Será en estos casos en que el socio sea decisivo en la adopción de un acuerdo social o para determinar la actuación de los órganos de la sociedad donde este deberá tener en cuenta intereses ajenos a los suyos: los intereses de la sociedad y los del resto de socios¹⁸.

En este sentido, con carácter general el socio podrá actuar conforme a la consecución de su interés particular “obteniendo ventajas para sí a costa del sacrificio de la sociedad”¹⁹ o de sus socios, o en otras palabras, podrá actuar sin tener en cuenta intereses que no sean los suyos aunque ello suponga actuar en perjuicio de la sociedad o del resto de socios. Todo ello con el límite de la buena fe contractual del art. 1.258 CC. Excepcionalmente, en esas situaciones de especial influencia sobre el patrimonio de la

¹⁷ GARNACHO CABANILLAS, L.: “Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital”, *Revista de derecho de sociedades*, nº 52, 2018, pág. 283.

¹⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El deber de buena fe y el deber de lealtad del socio”, *op. cit.*

¹⁹ MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *op. cit.*, pág. 459.

sociedad o del resto de socios, parece razonable pensar que el socio deberá estar sometido a un estándar de conducta más estricto que el mero deber de cumplir el contrato de sociedad conforme a la buena fe contractual.

Con todo, podemos afirmar que el deber de lealtad del socio no se identifica con la buena fe contractual, pero tampoco con un deber de lealtad en sentido estricto. El deber de lealtad del socio se encuentra en un punto medio entre ambos estándares de conducta: impone al socio una actuación que va más allá que el deber de buena fe contractual pero sin exigir que esta se asimile al régimen legal imperativo del deber de lealtad del administrador.

3. Fundamento del deber de lealtad del socio

3.1. La buena fe contractual

La buena fe contractual, como elemento integrador del contrato de sociedad, es considerada fundamento del deber de lealtad del socio por parte de la doctrina. Autores como Álvarez Royo Villanova parten de la idea de que el deber de lealtad del socio no se encuentra recogido en la ley, por lo que debe ser manifestación del principio de buena fe contractual²⁰. Como señalábamos *supra*²¹, algo similar pone de relieve la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando califica como conductas contrarias a la buena fe contractual aquellas que podrían ser vulneradoras de un posible deber de lealtad del socio.

Por su naturaleza costosa y el régimen legal estricto al que suelen ir aparejados, los deberes fiduciarios se imponen al agente sólo en los casos en que el principal no tenga otra herramienta para supervisar su actuación discrecional²². No se trata de un estándar de conducta de aplicación en defecto de previsión legal expresa o que imponga la actuación del agente conforme a la buena fe contractual. De esta forma, el deber de lealtad no se puede identificar con el deber general de buena fe. Son dos estándares de conducta que modulan el comportamiento, pero que por su nivel de exigencia, son aplicables en el

²⁰ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. L.: “¿Existe un deber de lealtad de los socios? Lo que está en juego”, 21 abril 2019, *Almacén de Derecho*. Disponible en <https://almacenederecho.org/existe-un-deber-de-lealtad-de-los-socios-lo-que-esta-en-juego> (fecha de última consulta: 9 de febrero de 2022).

²¹ *Vid.* epígrafe 2.2 (primera parte).

²² SAÉZ LACAVE, M.I.: *op. cit.*, pág. 42.

marco de relaciones con características distintas (relación fiduciaria y relación contractual derivada del contrato de sociedad).

En este orden de cosas, conviene diferenciar entre aquellas situaciones en que el socio, de forma excepcional, tiene especial influencia sobre el patrimonio de la sociedad o de sus consocios, y aquellas en que este actúa ejercitando sus derechos como socio en el día a día de la sociedad. En el primer supuesto, el socio estará limitado en su actuación por el deber de lealtad, mientras que en el segundo supuesto el deber general de la buena fe contractual ordenará su comportamiento. Estas dos situaciones aparejadas a estándares de conducta distintos impiden que el fundamento de uno -el deber de lealtad- pueda ser el otro -la buena fe contractual-, esto es, al igual que sucede con el deber de lealtad del administrador: la base de un deber fiduciario no puede encontrarse en un estándar de conducta como la buena fe.

3.2. El interés social

Tradicionalmente, respecto al concepto de interés social, tanto doctrina como jurisprudencia se han acogido a dos posiciones enfrentadas: la teoría institucionalista y la teoría contractualista. La teoría institucionalista parte de la idea de que el interés social comprende un interés que excede del particular de los socios, abarcando “otros intereses colectivos de los distintos elementos de la empresa y de los sujetos que con ella se relacionan, tales como los acreedores, los trabajadores o los clientes o, incluso, de la comunidad en general” (los “stakeholders”)²³. Por su parte, la teoría contractualista entiende que el interés social responde a la suma de los intereses privados de los socios²⁴. La concepción de interés social más arraigada en nuestro ordenamiento jurídico es la segunda -la contractualista²⁵-, sin embargo, parte de la doctrina más reciente identifica un cambio hacia un concepto más institucionalista de interés social tras la nueva redacción del art. 225 LSC (modificado por la Ley 31/2014 de 3 diciembre de 2014), donde se

²³ HERNANDO CEBRIÁ, L.: *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital control societario y los abusos de mayoría, de minoría*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 62-63.

²⁴ HERNANDO CEBRIÁ, L.: *op. cit.*, pág. 63.

²⁵ En este sentido, conviene destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tradicionalmente ha mantenido criterios contractualistas: SSTS de 6 de marzo de 1992 (rec. núm. 181/1990) y de 22 de enero de 2008 (rec. núm. 140/2004).

refiere en su primer apartado a “interés de la empresa”²⁶. En este sentido, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 (rec. núm.1726/2019) parece que el tribunal se aparta de los criterios contractualistas que ha venido manteniendo, pues no se acoge a ninguna de las teorías tradicionales -institucionalista o contractualista, entre otras- para determinar el concepto de interés social, sino que opta por adoptar una postura neutral alegando que “no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por intereses de la sociedad” (fundamento de derecho sexto). Pese a lo anterior, a efectos de determinar el fundamento del deber de lealtad del socio, nos acogeremos a la teoría contractualista.

El interés social no es un concepto estático o que se encuentra predeterminado, es variable y multidimensional. En este sentido, el interés social es aquel que se deriva en cada ocasión del “resultado de la confrontación de los distintos intereses parciales establecido en el marco de un determinado procedimiento para su obtención y realización”²⁷, o, en otras palabras, aquel que determina en cada momento la mayoría de socios “mediante la agregación de preferencias individuales”²⁸. Se adapta a la sociedad -abierta o cerrada-, a su objeto social y a los socios que sean titulares del capital social en cada momento.

Autores como Hernando Cebriá²⁹ o Paz-Ares³⁰ -entre otros- identifican el deber de lealtad del socio como manifestación del interés social. Por un lado, la infracción del interés social constituye motivo de impugnación de los acuerdos adoptados en la junta (art. 204.1 LSC), limitando el comportamiento desleal de los socios cuando el acuerdo no responde al interés común de estos³¹. Así, la adopción de un acuerdo en la junta para

²⁶ Entre los partidarios del cambio en nuestro ordenamiento jurídico hacia una concepción institucionalista del interés social, HERNANDO CEBRIÁ, L.: *op. cit.*, pág. 6

²⁷ ESTEBAN VELASCO, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho Europeo y reforma del derecho español*, Fundación Universidad-empresa, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pp. 590-592.

²⁸ PAZ-ARES, C.: “La anomalía de la retribución externa de los administradores”, en *Revista InDret*, nº1, 2014, pág. 25.

²⁹ En “El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital control societario y los abusos de mayoría, de minoría”, Ed. Bosch, 2013.

³⁰ En “La anomalía de la retribución externa de los administradores”, en *Revista InDret*, nº1, 2014, pág. 28.

³¹ En este sentido, la SAP de Barcelona, de 12 de septiembre de 2017 (rec. núm. 167/2016), “los socios de una sociedad mercantil tienen un deber de fidelidad frente a la sociedad y frente a sus consocios, deber que se impone siempre que el socio tenga la posibilidad de influir sobre los derechos ajenos sin el consentimiento de sus titulares. Por eso la jurisprudencia ha controlado las decisiones mayoritarias, en el

realizar una operación *squeeze-out*³² descontrolado para excluir a los socios minoritarios, podrá ser objeto de impugnación por este motivo. En segundo lugar, el conflicto de intereses del art. 190 LSC se presenta como mecanismo de protección *ex ante* (deber de abstención cuando concurra uno de los supuestos del primer apartado del art. 190 LSC) y *ex post* (motivo de impugnación de un acuerdo contrario al interés social adoptado en la junta) frente a la infracción de los socios de su deber de lealtad³³.

No obstante, no sólo las manifestaciones del interés social de los artículos 190 y 204 LSC invitan a pensar que el interés social podría ser fundamento del deber de lealtad del socio. El carácter cambiante del concepto de interés social como unión de las voluntades de los socios en cada momento coincide con el deber de lealtad como estándar de conducta del socio: en función del interés social de la sociedad, el comportamiento será o no contrario al deber de lealtad. El socio estará sometido a un deber de lealtad en aquellos supuestos en que, de conformidad con el interés social en ese momento, se encuentre en una situación en la que pueda adoptar una decisión discrecional que influya sobre el patrimonio de sus consocios o de la sociedad. De esta manera, el deber de lealtad se configura como un concepto que deberá ser valorado en cada caso a la luz del interés social.

Como regla general, en una sociedad en que la convergencia de las voluntades de los socios ha determinado que se adopten acuerdos sociales arriesgados, el comportamiento del socio mayoritario que vote a favor de uno de esos acuerdos no podrá ser calificado como desleal. Imaginemos una sociedad de capital con socios arriesgados que lleva invirtiendo en bitcoin desde hace cinco años. Durante el último ejercicio la sociedad comienza a tener pérdidas, por lo que se convoca una junta para acordar la

marco de la impugnación de los acuerdos sociales, desde la perspectiva del abuso de derecho: abusa de su derecho de voto el socio mayoritario que adopta decisiones sociales con clara desconsideración de los intereses de los demás socios”.

³² PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “Aproximación al estudio de los *squeeze-outs* en el derecho español”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 91, 2003, pág. 90, define los *squeeze-outs* como “aquellas transacciones u operaciones societarias promovidas por el accionista de control a fin de excluir de la sociedad a los socios minoritarios”.

³³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El deber de abstención del socio en caso de conflicto de intereses (art. 190 LSC)”, 21 de diciembre de 2019, *Almacén de Derecho*. Disponible en <https://almacenederecho.org/el-deber-de-abstencion-del-socio-en-caso-de-conflicto-de-intereses-art-190-lsc> (fecha de última consulta: 15 de febrero de 2022).

inversión de la mitad del patrimonio social en bitcoin y, con suerte, aumentar los beneficios de la sociedad. El acuerdo se aprueba por mayoría. Los dos socios mayoritarios votan a favor y el resto de socios, que tienen problemas económicos conocidos por los primeros, votan en contra. ¿El comportamiento de los dos socios mayoritarios es desleal? La sociedad ha sido arriesgada en su actividad desde su constitución, por lo que la decisión y el comportamiento de los socios es conforme al interés social y no podrá ser calificado como desleal.

3.3. Relación de agencia *de facto*

Las relaciones de agencia son aquellas en que “una o más personas (principal) contratan a otras (agente) para que trabajen a su servicio”³⁴. La problemática en las relaciones de agencia surge cuando el principal tiene dificultad para verificar que el agente está actuando de forma acertada, sobre todo cuando ambos persiguen la consecución de su propio interés. La consecuencia de esas dificultades son los “costes de agencia”. Sin embargo, pese a que el principal intentará aproximar sus intereses con los del agente, siempre existirán “costes residuales” que el primero deberá soportar³⁵.

El supuesto en que puede surgir un deber de lealtad del socio no cumple con todos los requisitos para que se entable una relación de agencia entre la sociedad o los consocios y el socio. No obstante, la posición en que se encuentra el socio que puede adoptar decisiones discrecionales que influyan en el patrimonio de terceros, podrá ser identificada como una relación de agencia entre este y la sociedad y el resto de socios. Precisamente, esa “relación de agencia *de facto*”³⁶ en la que el socio hace las veces de gestor justifica la imposición de un deber fiduciario en esos casos en que se encuentra en una situación de desigualdad con respecto al resto de socios³⁷.

³⁴ SORARRAIN ALTUNA, A., DEL ORDEN OLASAGASTI, O.: “Relación de agencia, gobierno corporativo y costes de agencia en las empresas españolas”, en *Revista Derecho, empresa y sociedad*, nº 2, 2013, pág. 115.

³⁵ SORARRAIN ALTUNA, A., DEL ORDEN OLASAGASTI, O.: *op. cit.*, pp. 115-116.

³⁶ SAÉZ LACAVE se refiere a la “relación de agencia *de facto* entre el socio (de control de las sociedades cotizadas) y los gestores de iure” en “Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas”, en *Revista InDret*, nº 1, 2016, pág. 36.

³⁷ Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [SSTC de 29 de noviembre de 2010 (rec. núm. 28/2010); de 28 de junio de 2004 (rec. núm. 104/2004); de 22 diciembre de 2004 (rec. núm. 253/2004); de

La existencia de una relación de agencia *de facto* es más clara en el supuesto de los socios de control. El socio controlador podrá influir con sus decisiones sobre la sociedad y sus consocios, eso sí, con base en la existencia de asimetrías de información permanentes de las que surge un deber de lealtad en sentido estricto³⁸. Ahora bien, cabe destacar que en estos casos esas asimetrías de la información posibilitarán que el socio de control desleal responda por las actuaciones de los administradores de la sociedad que traen causa de su actuación por la aplicación de la figura del administrador oculto del art. 236.3 LSC.

Con todo, el deber de lealtad del socio se fundamenta tanto en el interés social como en la existencia de una relación de agencia *de facto* entre el socio y la sociedad y sus consocios. El concepto del deber de lealtad es modulable, es un estándar de conducta que limita la actuación del socio en las situaciones en que, en virtud del interés social en cada momento, exista una relación de agencia *de facto* que permita al socio adoptar una decisión discrecional que afecte al patrimonio de la sociedad y de sus consocios.

SEGUNDA PARTE: EL DEBER DE LEALTAD DEL SOCIO EN SITUACIONES DE CRISIS ECONÓMICA DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

1. Manifestaciones del deber de lealtad del socio en situaciones de crisis económica de la sociedad en el Derecho comparado

Una sociedad anónima atraviesa por un periodo de crisis económica. Con el objeto de permitir la continuación de la sociedad, en la junta general convocada al efecto se somete a decisión de los socios acordar la necesaria ejecución de una medida de saneamiento, en concreto, de una “operación acordeón”. Sin embargo, en tanto que un representante de los accionistas obtiene el favor de los minoritarios para obstruir el acuerdo, no se alcanza la mayoría necesaria y la operación de saneamiento no prospera. Frustrada la posibilidad de saneamiento, el accionista mayoritario interpone demanda reclamando a los minoritarios una indemnización por los daños y perjuicios derivados del

14 de marzo de 2005 (rec. núm. 49/2005)], ante situaciones iguales, consecuencias jurídicas iguales; y, ante situaciones desiguales, consecuencias jurídicas desiguales.

³⁸ SAÉZ LACAVE, M.I.: *op. cit.*, pp.35-37.

bloqueo de la operación. Estos son los hechos del caso *Girmes* (1995), un asunto que dio lugar a que el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) se pronunciara sobre los deberes de lealtad del socio en situaciones de crisis económica de la sociedad³⁹. El Tribunal resolvió que el comportamiento de los socios minoritarios vulneraba su deber de lealtad, esto es, un estándar de conducta que les obligaba a tener en cuenta “los intereses societarios de los demás accionistas” cuando, como en este caso, la medida de saneamiento fuera necesaria y estuviera apoyada por la mayoría⁴⁰⁴¹.

Los tribunales alemanes han mantenido esta línea jurisprudencial en los últimos años [BGH, 19 de octubre de 2009 (asunto *Saneamiento o dimisión*); BGH 12 de abril de 2016]. En este contexto, parece que la necesidad de prever un deber de lealtad del socio se suscita a partir de supuestos de crisis económica de la sociedad en la que un socio o un grupo de socios bloquea la adopción de una operación de saneamiento que, de llevarse a cabo, evitaría un daño patrimonial mayor para la sociedad y para el resto de los socios. Recientemente, el Tribunal de Apelación (*Oberlandsgericht OLG*) de Colonia en su sentencia de 6 de mayo de 2021 resolvió sobre un supuesto de deslealtad de la minoría que votó en contra de la adopción de un acuerdo de disolución de una sociedad de capital que estaba inmersa en una sucesión de ejercicios negativos desde hacía años. A diferencia del caso *Girmes*, la situación económica de la sociedad impedía la adopción de una medida de saneamiento, de manera que la disolución se tornaba como la única operación que podía evitar la ocasión de un mal mayor. El deber de lealtad se configura así como un estándar de conducta que se pone en marcha en supuestos en que el socio puede evitar un daño -directo o indirecto- a la sociedad o al resto de socios, con independencia de si

³⁹ El Tribunal Supremo alemán ya se había pronunciado anteriormente sobre el deber de lealtad del socio en Asunto ITT de 1975 y en el Asunto Linotype de 1988.

⁴⁰ En este sentido, el Tribunal establecía que “sobre la base del deber de fidelidad que vincula a los accionistas, un accionista individual no podrá impedir que se lleve a cabo un saneamiento de la sociedad necesario y apoyado por la mayoría -incluida una reducción de capital social que venga contenida en el concepto de saneamiento-, debido a razones de índole personal” (BGH, Sentencia de 20.3.1995 — II ZR 205/1994, BGHZ 129, 136).

⁴¹ SCHMIDT, K.: “Obligaciones societarias en relación con modificaciones de capital durante una crisis empresarial a propósito de una sentencia del Tribunal Supremo alemán”, en *Revista de Derecho de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, jurisprudencia y legislación*, núm. 13, 2010, pp. 379-380; el mismo, “¿Desbanca el derecho concursal al derecho de sociedades? Disputas societarias, debt-to-equity-swap y take over”, en *Revista de Derecho de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, jurisprudencia y legislación*, núm. 22, 2015, pp. 309-310.

con esa decisión se asegura o no la continuidad de la sociedad⁴². En otras palabras, se deberá desvincular el deber de lealtad que obliga al socio frente a sus consocios y a la sociedad, de la medida que la sociedad en crisis económica decida someter a la junta, ya sea de saneamiento (por ejemplo, un aumento de capital mediante compensación de créditos o “debt to equity swap”) o de otro tipo (por ejemplo, la disolución de la sociedad).

El Derecho de sociedades alemán no recoge ningún precepto que obligue a los socios a comportarse conforme a un deber de lealtad. Como hemos visto, la jurisprudencia se ha encargado de elaborar un concepto de deber de lealtad que despliega sus efectos en el ámbito societario cuando concurren determinadas circunstancias. No obstante, en el marco de la reestructuración empresarial, la Ley Concursal alemana (*Insolvenzordnung*, en adelante InsO) prohíbe expresamente en su artículo 245 la obstrucción en la reestructuración. El artículo 245 InsO entró en vigor tras la reforma de la Ley Concursal alemana por la Ley para facilitar el saneamiento empresarial (*ESUG*) de 7 de diciembre de 2011, que perseguía optimizar la viabilidad de las empresas inmersas en un concurso de acreedores. La prohibición del art. 245 InsO permite a los tribunales aprobar el plan de insolvencia pese a la negativa de los socios cuando “concurren circunstancias propias de una actitud de obstrucción prohibida legalmente”⁴³: en suma, que la aprobación del plan suponga una situación mejor de la que tendrían si no se aprobara y que el plan haya sido avalado por la mayoría del resto de grupos de acreedores (en el procedimiento concursal alemán, para la aprobación del plan los acreedores y los socios son separados en distintos grupos)⁴⁴.

El alemán fue uno de los primeros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno en introducir, a través de las decisiones de su Tribunal Supremo, que el socio está obligado a actuar conforme a un deber de lealtad. Otros países como Suiza o Países Bajos han reconocido legalmente la existencia -de forma más o menos concreta- de un deber de lealtad del socio. El Código de Obligaciones suizo (*OR*) promulga expresamente el deber

⁴² IRIBARREN BLANCO, M.: “Voto en la junta y deberes de lealtad de la minoría”, *Almacén de Derecho*, 18 de junio de 2021. Disponible en <https://almacenederecho.org/voto-en-la-junta-y-deberes-de-lealtad-de-la-minoria> (fecha de última consulta: 25 de abril de 2022).

⁴³ SCHMIDT, K.: “¿Desbanca el derecho concursal al derecho de sociedades? (...)”, *op. cit.*, pág 311.

⁴⁴ *Ídem*, pág. 311.

de lealtad de los socios en su artículo 803.2, mientras que el Código Civil neerlandés (*NBW*) impone en su artículo 2:8 (1) que los miembros de la organización se deberán comportar entre sí conforme a los estándares de la razonabilidad y de la justicia. En la doctrina jurisprudencial italiana, el art. 2373.1 del *Codice Civile* permite a los tribunales declarar la nulidad de los votos emitidos y, en su caso, establecer el resultado positivo de la votación cuando el socio vote en contra de la adopción de medidas beneficiosas para la sociedad para obtener algún tipo de ventaja extrasocietaria⁴⁵. Esto es, si los impugnantes del acuerdo social prueban que el socio o el grupo de socios deberían haberse abstenido de votar -a favor o en contra- por la existencia de cualquier tipo de conflicto de intereses.

El ordenamiento jurídico estadounidense también ha sido uno de los pioneros en tratar el deber de lealtad (“duty of loyalty”) del socio a través de su reconocimiento jurisprudencial y legal. De forma similar al Derecho de sociedades español, en Estados Unidos el derecho de voto se concibe como un derecho de propiedad, de modo que el socio podrá ejercitarlo de la forma que resulte más conveniente para sus intereses (“right to a selfish ownership”). Sin embargo, en situaciones en que el socio ocupa posiciones de control dentro de la sociedad -en principio, en sociedades cerradas o “close corporations”- se prevé que quede sujeto a los mismos estándares de conducta que los administradores⁴⁶. En un supuesto de incumplimiento del deber de lealtad de los socios mayoritarios [Donahue v. Rodd Electrotype Co. of New England, Inc. (Mass. 1975)], la Corte Suprema de Massachussets dispuso que “los accionistas de sociedades cerradas se deben mutuamente el mismo deber fiduciario en el funcionamiento de la empresa que los socios se deben entre sí, esto es, un deber de máxima buena fe y lealtad” (“stockholders in a close corporation owe one another substantially the same fiduciary duty in the operation of the enterprise that partners owe to one another, namely, a duty of the utmost good faith and loyalty”). En el ámbito concursal, el capítulo 11 del Título 11 (“Bankruptcy”) del U.S. Code (en adelante, USC) regula el plan de reorganización, esto es, un acuerdo entre

⁴⁵ IRIBARREN BLANCO, M.: “Acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los minoritarios”, *Almacén de Derecho*, 16 de julio de 2015. Disponible en <https://almacendederecho.org/acuerdos-negativos-y-deberes-de-fidelidad-de-los-minoritarios> (fecha de última consulta: 28 de abril de 2022).

⁴⁶ CURTO POLO, M.M.: *La protección del socio minoritario (Especial referencia a la protección frente al asesoramiento abusivo de los beneficios sociales)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 88-89.

el deudor persona jurídica y sus acreedores divididos en clases en el que se incluye a los socios como una clase más (algo parecido a un acuerdo de refinanciación de los arts. 596 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en adelante TRLC)⁴⁷. En principio, el plan debe ser aceptado por las clases de acreedores y, posteriormente, confirmado por el órgano jurisdiccional [capítulo 11 del Título 11 USC, 1129 (a) (8) (A)]. Ahora bien, si las clases de acreedores no aceptan el plan de reorganización, el juez del concurso puede proceder a su confirmación si, tras realizar un control de fondo exhaustivo, entiende que el plan es justo y respeta a todas las clases de acreedores [capítulo 11 del Título 11 USC, 1129 (b) (1)]⁴⁸. El control judicial debe comprobar que el plan de reorganización cumple con las reglas de “no unfair discrimination”, “no more than 100%” y la “absolute priority rule”, pues una vez confirmado, el plan vinculará a todas las clases de acreedores, incluso a los que no lo hayan aceptado (extra-class cram down rule)⁴⁹.

2. Mecanismos de protección de la sociedad y de los socios ante comportamientos contrarios al deber de lealtad

2.1. La impugnación de acuerdos sociales: abusos de la mayoría y abusos de la minoría

Cuando el socio ya ha infringido su deber de lealtad frente a la sociedad y al resto de socios, uno de los principales mecanismos de protección que prevé nuestro Derecho de sociedades es la impugnación de acuerdos sociales. En este contexto, habrá que diferenciar entre la impugnación de un acuerdo negativo - la no adopción de un acuerdo - y de un acuerdo que ya ha sido adoptado y que representa la voluntad de la compañía. En el primer supuesto se somete a la junta una propuesta y los socios frustran su adopción,

⁴⁷ GARNACHO CABANILLAS, L.: “La pretendida armonización del Derecho pre-concursal europeo y su evidente acercamiento al sistema concursal norteamericano”, AA.VV. (GARNACHO CABANILLAS, L. y ARIAS VARONA, F.J., Coord.): *El Derecho concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva*, 1ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pág. 131.

⁴⁸ El capítulo 11 del Título 11 USC, 1129 (b) (1) *in fine* condiciona la aprobación del plan de reorganización por el juez del concurso a que del control de fondo que este realice se desprenda que “the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan”.

⁴⁹ GARNACHO CABANILLAS, L.: “La pretendida armonización del Derecho pre-concursal (...)”, *op. cit.*, pp. 133-135.

como norma general, por la exigencia de mayorías reforzadas o cualificadas⁵⁰. Este es el caso de los abusos de la minoría, en concreto, de la impugnación de acuerdos que traen causa en el voto negativo o en la abstención del socio minoritario: si este hubiera votado a favor, y, por tanto, se hubiera comportado con lealtad a la sociedad y a sus consocios, el acuerdo habría prosperado⁵¹. Por su parte, en el segundo supuesto la junta adopta un acuerdo que es impugnado por la minoría por infringir el interés social (art. 204 LSC). Será el comportamiento de la mayoría el que no se ajusta a su deber de lealtad para con la sociedad y el resto de los socios -los minoritarios-⁵².

Abusos de la mayoría

La LSC distingue entre la impugnación de acuerdos irregulares (art. 204 LSC) y la impugnación de acuerdos contrarios al orden público (art. 205.1 LSC). Los acuerdos irregulares son aquellos contrarios a la ley, a los estatutos o al interés social, mientras que los acuerdos contrarios al orden público son los que se han adoptado infringiendo “normas que protegen intereses de terceros (por ejemplo, acreedores) o generales (orden público)”⁵³. La diferencia entre ambos reside en el fundamento de la pretensión. Un acuerdo social podrá ser impugnado ex. art. 204.1 LSC si es contrario al contrato de sociedad y si los legitimados -esto es, aquellos que ven lesionados sus intereses- deciden impugnarlo (de otra manera, el acuerdo será válido)⁵⁴. La acción que persiga anular los acuerdos contrarios al orden público tendrá por objeto que se declare la infracción de los límites de la autonomía privada⁵⁵, de manera que cualquiera podrá ejercitarla en el momento que considere oportuno (la nulidad ni caduca ni prescribe).

⁵⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Comentario del artículo 204 de la LSC”, en AA.VV. (JUSTE MENCÍA, J. y RECALDE CASTELLS, A., Coord.): *La junta general de las sociedades de capital*, 1ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2022, pág. 744.

⁵¹ *Ídem*, pág. 792.

⁵² *Ídem*, pág. 769.

⁵³ *Ídem*, pág. 733.

⁵⁴ *Ídem*, pág. 733.

⁵⁵ *Ídem*, pág. 732.

Los socios mayoritarios pueden ejercitar su derecho de voto de la forma que sea más conveniente para sus intereses (principio de libertad de voto)⁵⁶, pues se presume que adoptan decisiones sobre el patrimonio de la sociedad y sobre el patrimonio de los minoritarios promoviendo el interés social. Esta presunción se desvirtúa en los supuestos en que el acuerdo aprobado por la mayoría contrapone al interés social “intereses extrasociales ajenos a la causa del contrato”⁵⁷. Los abusos de la mayoría son el comportamiento positivo y desleal -hacia la sociedad y la minoría- del socio de control o de una coalición de socios que se materializa en la adopción de un acuerdo social. Si estos comportamientos son contrarios al interés social los legitimados podrán impugnar el acuerdo a través de la fórmula del párrafo primero del art. 204.1 LSC⁵⁸. Para que un acuerdo pueda ser impugnado por este motivo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo [STS de 17 enero de 1992 (rec. núm. 991/2012); que a su vez se refiere a las SSTs 19 de febrero de 1991, 18 de septiembre de 1998, 4 de marzo de 2000 y 29 de noviembre de 2002] requiere que el acuerdo lesione el interés social, que su aprobación beneficie a uno o varios socios o a un tercero (por ejemplo, el auditor de la sociedad) y que exista un nexo causal entre la lesión y el beneficio. No es necesario que la lesión al interés social sea actual -o, en otras palabras, que se corresponda con el momento de la adopción del acuerdo-, sino que basta con que se desprenda de pruebas objetivas que en el momento de la impugnación existía peligro potencial de que se ocasionara⁵⁹. Por su parte, el beneficio de los socios o de un tercero podrá ser económico, pero también político-social

⁵⁶ En este sentido, RECALDE CASTELLS en *La Junta general de las sociedades de capital*, 1ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2022, pág. 520: “en una corporación regida por el principio de mayoría (art. 159.2 LSC) los intereses de los socios no coinciden e incluso son contrapuestos. Por ello, la mayoría puede imponer sus intereses a los de los demás, sin que los conflictos se resuelvan asimilando voluntades heterogéneas o divergentes. En una sociedad de capital de base contractual, la voluntad de la sociedad (interés social) se forma como resultado de un procedimiento que agrupa las voluntades expresadas por los socios con respecto de las normas legales y contractuales”.

⁵⁷ PULGAR EZQUERRA, J.: “Impugnación de acuerdos sociales. En particular abusos de mayoría”, en AA.VV. (RONCERO SÁNCHEZ, A., Coord.): *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 315.

⁵⁸ “Son impugnables los acuerdos sociales que (...) lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros” (art. 204.1 I LSC).

⁵⁹ Fundamento de derecho séptimo apartado 2.3 de la STS de 17 de enero de 1992 (rec. núm. 991/2012)

o profesional⁶⁰. El requisito del beneficio se cumple tanto en los supuestos en que dos socios promueven una operación de cesión de todos los activos en favor de una sociedad de su propiedad (beneficio económico), como en los casos en que un socio pacta con un tercero impulsar la adopción de un aumento de capital cuando la situación económica de la sociedad no permite acordar una medida de reestructuración con el fin de asegurar su promoción dentro de la empresa en la que trabaja (beneficio político-social o profesional).

Si el abuso de la mayoría no perjudica a la sociedad pero concurren los requisitos del párrafo segundo del art. 204.1 LSC⁶¹, se considerará que el acuerdo es contrario al interés social a través de una presunción *iure et de iure*⁶². El acuerdo podrá ser incluso beneficioso para el interés social, pero debe disminuir los derechos de la minoría y beneficiar a la mayoría⁶³. En todo caso, el acuerdo no debe “responder a una necesidad razonable de la sociedad”, que en situaciones de preinsolvencia o de insolvencia podría ser su conservación⁶⁴. Ahora bien, la conservación de la sociedad con dificultades económicas no justifica cualquier comportamiento de la mayoría. Como regla general la mayoría no tiene la obligación de adoptar las medidas de gestión de la sociedad que menos afecten a los minoritarios⁶⁵. No obstante, si los socios de una sociedad en crisis económica adoptan una medida de reestructuración con otro fin que no sea el saneamiento (por ejemplo, resolver un conflicto extrasocial), el uso estratégico del instituto concursal será abusivo si el que impugna prueba que la mayoría pretendía dañar a la minoría -esto

⁶⁰ Fundamento de derecho séptimo apartado 2.4 de la STS de 17 de enero de 1992 (rec. núm. 991/2012)

⁶¹ “La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios” (art. 204.1 II LSC).

⁶² PULGAR EZQUERRA, J.: “Impugnación de acuerdos sociales (...)”, *op. cit.*, pág. 318.

⁶³ La SAP de Alicante 2 de junio de 2020 (rec. núm. 619/2020) consideró que el cambio del sistema de administración perjudica injustificadamente al socio minoritario (titular de un tercio del capital social) excluido de la gestión de la sociedad. La Audiencia Provincial entendió que el supuesto debía ser calificado como un abuso de la mayoría, por lo que la impugnación de los acuerdos procedía ex. art. 204.1 II LSC, y, dado que concurrían todos los presupuestos del precepto, los acuerdos debían ser declarados nulos.

⁶⁴ PULGAR EZQUERRA, J.: “Impugnación de acuerdos sociales (...)”, *op. cit.*, pág. 319.

⁶⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Comentario del artículo 204 de la LSC”, *op. cit.*, pág. 778.

es, aunque en efecto la medida mejora la situación de la sociedad-⁶⁶. En este sentido, la cláusula del art. 204.1 II LSC impide, por ejemplo, que la junta de una sociedad en crisis económica acuerde un aumento de capital con compensación de créditos -una medida de reestructuración beneficiosa para la sociedad- con la finalidad de diluir gravemente la participación en el capital de algunos socios.

Como decíamos *supra*⁶⁷, el deber de lealtad del socio entendido como un estándar de conducta fundamentado en el interés social y en la existencia de una relación de agencia *de facto* no se puede asimilar a los deberes de lealtad -y mucho menos- de diligencia a los que está sometido el administrador en su actuación (arts. 225 y 227 LSC). El acuerdo contrario al interés social deberá haber sido adoptado en infracción del deber de lealtad de la mayoría a los socios minoritarios y a la sociedad. El órgano jurisdiccional no podrá declarar ineficaz un acuerdo social que responda a una estrategia empresarial basándose en que es perjudicial para la sociedad, pues de lo contrario se estaría sometiendo al socio al deber de diligencia del administrador⁶⁸.

Abusos de la minoría

Los socios minoritarios (al igual que los mayoritarios) tienen plena libertad para votar a favor o en contra de los acuerdos que se sometan a la junta. Ahora bien, esa libertad tiene límites. En periodos de crisis económica de la sociedad es habitual acudir a la adopción de medidas de reestructuración para garantizar su subsistencia. Normalmente, la aprobación de medidas de reestructuración (los aumentos o las reducciones de capital, por ejemplo) requieren el voto positivo de mayorías reforzadas, por lo que la abstención o la negativa de los minoritarios puede obstruir la adopción del acuerdo si su participación en el capital se lo permite⁶⁹. Estas conductas obstruccionistas de los socios minoritarios son abusos de la minoría, esto es, comportamientos negativos y desleales hacia la

⁶⁶ RECALDE CASTELLS, A.: “La tutela de los socios en los acuerdos de refinanciación mediante la conversión en capital de la deuda de la sociedad”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ ARTIGA, F., ESTEBAN VELASCO, G. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., Coord.): *Estudios sobre Derecho de sociedades: “Libertad Amicorum”*, 1º ed., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 841.

⁶⁷ *Vid.* epígrafe 3.3 (primera parte).

⁶⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Comentario del artículo 204 de la LSC”, *op. cit.*, pp. 768 y 769.

⁶⁹ SENENT MARTÍNEZ, S.: “Abuso de minoría y ejecución judicial de acuerdos sociales no adoptados o rechazados”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, nº 75, 2013, pág. 4.

sociedad y los socios mayoritarios en relación con la adopción de acuerdos sociales que sean indispensables para evitar daños graves. En tanto que la ley (arts. 194 y 199 LSC) o los estatutos (arts. 200 y 201 LSC) pueden exigir mayorías reforzadas para la válida constitución de la junta o para la adopción de un acuerdo, el socio infringirá su deber de lealtad si emite un voto negativo o si se abstiene, pero también si no acude a la junta y esta no se puede constituir⁷⁰. En la jurisprudencia alemana⁷¹ se ha considerado que los socios minoritarios (y, en su caso, los mayoritarios) están obligados a votar a favor y, por tanto, están sometidos en su actuación al deber de lealtad cuando concurren dos circunstancias: que “la medida -de saneamiento o de otro tipo- (...) sea imprescindible para mantener el valor sustancial de la participación que los socios han alcanzado o para evitar pérdidas muy importantes a los socios que en caso contrario sufrirían” y “que respaldar la medida propuesta no le imponga al socio ninguna carga onerosa”⁷² (sentencia de 6 de mayo de 2021 del Tribunal de Apelación de Colonia).

Pese a que los abusos de la minoría no se encuentran tipificados expresamente en nuestro Derecho de sociedades (a diferencia de lo que sucedía con los abusos de mayoría en el art. 204.1 LSC⁷³), no parece inadecuado entender que el socio se encuentra sometido a un deber de lealtad cuando el acuerdo negativo perjudique gravemente a la sociedad y a sus consocios, y además, su comportamiento “no responda a ningún interés digno de tutela ni encuentre razón o justificación alguna”⁷⁴. La ausencia de previsión legal no exime al socio de ejercitar los derechos de los que es titular -en lo que nos interesa, el derecho de voto- con el límite de la prohibición de abuso del art. 7.2 Cc: el socio no puede

⁷⁰ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Comentario del artículo 204 de la LSC”, *op. cit.*, pág. 792.

⁷¹ *Vid.* epígrafe 1 (segunda parte).

⁷²IRIBARREN BLANCO, M.: “Voto en la junta (...)”, *op. cit.*

⁷³ En los abusos de la mayoría, la previsión del art. 204.1 II LSC permitía no acudir al art. 7.2 Cc: “cuando la conducta en que consista el abuso de la mayoría revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil (LEG 1889, 27) puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario”[STS de 14 de febrero de 2018 (rec. núm. 73/2018)].

⁷⁴IRIBARREN BLANCO, M.: “Más sobre acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los socios”, *Almacén de Derecho*, 7 de septiembre de 2016. Disponible en <https://almacenederecho.org/mas-acuerdos-negativos-deberes-fidelidad-los-socios> (fecha de última consulta: 28 de abril de 2022).

utilizar los derechos que le otorga el ordenamiento jurídico para obtener beneficios particulares a costa de la sociedad y del resto de socios.

Los acuerdos negativos son las propuestas rechazadas por la junta que, aún así, expresan la voluntad de la sociedad y producen consecuencias jurídicas. Estos acuerdos sociales son impugnables⁷⁵ siempre que no sean una mera representación de la voluntad de la sociedad de no acordar una medida cuya ejecución no está impuesta por la ley, por los estatutos o por el interés social⁷⁶. La negativa de los socios a aprobar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 700 TRLC) justifica la impugnación por los socios que puedan ser obligados a cubrir el déficit concursal si la sociedad entra en concurso de acreedores y este es calificado como culpable. Sin embargo, no se justificará la impugnación del acuerdo por el que la junta rechaza la modificación de los estatutos para cambiar el domicilio social de la sociedad [art. 23 a) LSC], pues la sociedad no viene obligada ello.

Si el voto negativo del socio ya ha impedido la adopción del acuerdo, el ordenamiento jurídico puede bien tener ese voto como no emitido (excluirlo), o bien entender que el voto es favorable (cambiarlo de signo)⁷⁷. En el caso italiano, la prueba del impugnante de que el socio emitió el voto en una situación de conflicto de intereses (art. 2373.1 *Codice Civile*) supondrá su exclusión del cómputo total y la aprobación del acuerdo social por el órgano de enjuiciamiento (algo parecido ocurre con el art. 190.3 LSC, *vid. infra*⁷⁸)⁷⁹. En Alemania, sin embargo, no es necesario acudir a los tribunales para excluir el voto del minoritario por desleal. El voto en contra del socio que impide la adopción de un acuerdo de disolución de una sociedad en crisis -cuando es la única

⁷⁵ En la STS de 2 de junio de 2015 (rec. núm. 286/2915) el Tribunal Supremo afirma que el acuerdo por el que la junta rechaza el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores es un acuerdo social y, como tal, es impugnabile. Ahora bien, en este caso el acuerdo negativo no podía ser impugnado porque “la Ley ya prevé cómo se puede recabar el auxilio judicial para contradecir lo acordado y hacer efectivo lo pretendido con el acuerdo”. En el mismo sentido se han pronunciado IRIBARREN BLANCO, M. en “Acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los minoritarios” (*vid. supra*) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. en *La Junta general de las sociedades de capital*, pp. 744-746 (*vid. supra*).

⁷⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Comentario del artículo 204 de la LSC”, *op. cit.*, pág. 745.

⁷⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Comentario del artículo 204 de la LSC”, *op. cit.*, pp. 793.

⁷⁸ *Vid.* epígrafe 2.2 (segunda parte).

⁷⁹ IRIBARREN BLANCO, M.: “Acuerdos negativos y (...)”, *op. cit.*

medida que evitaría el perjuicio que se derivaría de su conservación- podrá ser excluido por el presidente de la junta si considera que el comportamiento del socio infringe su deber de lealtad (sentencia de 6 de mayo de 2021 del Tribunal de Apelación de Colonia). En esta clase de supuestos (por ejemplo, el caso *Girmes* al que aludimos más arriba) será el socio minoritario el que impugne el acuerdo alegando que su voto debería haber sido tenido en cuenta.

2.2. El art. 190 LSC sobre el derecho de voto del socio en conflicto de intereses

El derecho de voto es un derecho subjetivo que le permite a su titular -el socio- la consecución de sus intereses privados en la sociedad. No obstante, como hemos visto, el ordenamiento jurídico somete ese derecho a límites o prohibiciones que se tornan de gran relevancia en situaciones de crisis económica de la sociedad. Uno de esos límites es el art. 190 LSC.

El art. 190 LSC persigue “garantizar la correcta formación de la voluntad social, evitando un perjuicio ilegítimo de la sociedad y de los demás socios”⁸⁰. En su primer apartado se promulga que el voto del socio no será válido si se presume *iure et de iure* que su ejercicio perjudicará a la sociedad y a sus consocios⁸¹. Se trata, en suma, de la imposición de un deber de abstención al socio si incurre en uno de los supuestos de conflicto de intereses que tipifica el art. 190.1 LSC. En la práctica, si el socio inmerso en el conflicto no se abstuviera de votar se reconoce la competencia del presidente de la junta para no computar el voto del socio⁸². A contrario, si el presidente tuviera en cuenta el voto ilícito del socio que determinara la aprobación del acuerdo, este será susceptible de ser impugnado y, posteriormente, anulado. En estos casos, el conflicto de intereses vendrá determinado por la existencia de una oposición absoluta entre el interés extrasocial (del

⁸⁰ RECALDE CASTELLS, A.: “Comentario del artículo 190 de la LSC”, en AA.VV. (JUSTE MENCÍA, J. y RECALDE CASTELLS, A., Coord.): *La junta general de las sociedades de capital*, 1ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2022, pág. 519.

⁸¹ *Ídem*, pág. 521.

⁸² 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 AA.VV. (RONCERO SÁNCHEZ, A., Coord.): *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 103.

socio al que se impone la prohibición) y el interés social⁸³. Un conflicto que, de no resolverse, dañaría a la sociedad y al resto de socios.

La prohibición del art. 190.1 LSC es una posible manifestación del deber de lealtad del socio en nuestro ordenamiento jurídico. El precepto enuncia acuerdos que, en su mayoría, de ser adoptados afectarían o podrían afectar al patrimonio de la sociedad y de los socios. El caso más claro es la liberación de una obligación o la concesión de un derecho al socio [art. 190.1 c) LSC]. El socio que ejerce su discreción de juicio para votar en el acuerdo que determina que la sociedad le libere de pagar una deuda estará vulnerando su deber de lealtad: en ese momento, el interés social impone al socio que se encuentra en una posición de agente *de facto* que considere intereses ajenos a los suyos. En este sentido, la infracción del deber de lealtad estará subordinada a que el socio tenga capacidad estructural suficiente para influir en la adopción del acuerdo⁸⁴. Ahora bien, de la redacción del art. 190.1 LSC (y, en especial de su comparación con el art. 190.3 LSC) se desprende que el legislador atribuye una particular gravedad a estos supuestos de conflicto, pues existe una oposición directa entre los intereses del socio y el interés social⁸⁵. Precisamente es en este punto donde debemos diferenciar entre el deber de lealtad como estándar de conducta al que está sometido el socio y la prohibición del art. 190.1 LSC. En este sentido, se podría mantener que el art. 190.1 LSC impone al socio que actúe con lealtad a la sociedad y a sus consocios, o, por el contrario, que el precepto se fundamenta en la buena fe contractual a la que está sujeto cualquier contratante. En estos conflictos de intereses no procede siquiera confiar al socio que vote limitado por el deber de lealtad, por lo que el legislador le impone un deber de abstención que deberá respetar tanto la sociedad como él mismo so pena de nulidad del voto -y, de nulidad del acuerdo si el voto era determinante para su aprobación-. Por ello, algunos autores mantienen que este deber de abstención se fundamenta en el deber de obrar de buena fe derivado del cumplimiento del contrato de sociedad (art. 1258 Cc)⁸⁶. El deber de lealtad

⁸³ *Ídem*, pág. 100.

⁸⁴ RECALDE CASTELLS, A.: “Comentario del artículo 190 de la LSC”, *op. cit.*, pág. 522.

⁸⁵ EMBID IRUJO, J. M.: *op. cit.*, pág. 101.

⁸⁶ RECALDE CASTELLS, A.: “Comentario del artículo 190 de la LSC”, *op. cit.*, pág. 521.

no impone al socio que se abstenga de votar en todas las situaciones de conflicto de intereses o, en su caso, que vote anteponiendo la defensa de intereses distintos a los suyos en caso de conflicto. El ordenamiento jurídico prevé mecanismos para salvaguardar la formación de la voluntad social, ya sea para reparar el daño cuando este se ha producido (por ejemplo, el art. 204.1 LSC) o para evitar que el daño se produzca (por ejemplo, los arts. 49.2 II o 83.1 LSC). Pues bien, el art. 190.1 LSC se encuadraría dentro del último grupo (mecanismos para evitar que el daño se produzca), ya que siguiendo esta posición doctrinal, se trataría de una de las concreciones del deber de buena fe al que está sometido el socio desde el momento en que suscribe el contrato de sociedad.

Como regla general, el socio que no se encuentra inmerso en alguno de los casos de conflicto del art. 190.1 LSC podrá ejercitar su derecho de voto. Es más, podrá votar aunque sus intereses y los de la sociedad y el resto de socios se opongan. En este contexto, el acuerdo social será válido a no ser que sea objeto de impugnación ex. art. 204.1 LSC por contrariar el interés social⁸⁷.

En el tercer apartado del art. 190 LSC el legislador ya no establece un *numerus clausus* de supuestos en los que se privará al socio de su derecho al voto. El precepto reconoce la existencia de otros conflictos de intereses (esto es, el resto de conflictos no contenidos en el art. 190.1 LSC) que justificarán la impugnación del acuerdo por ser contrario al interés social si el voto del socio incurso en el conflicto fue decisivo para su adopción. A diferencia de lo que sucedía con el art. 204.1 LSC, la prueba del demandante de que existe un socio que ha votado en una situación de conflicto de intereses⁸⁸ es justificación suficiente para presumir que el acuerdo es contrario al interés social (se simplifica así la impugnación de esta clase de acuerdos). Ahora bien, esta presunción *iuris tantum* se desvirtuará si la sociedad o los socios afectados por el conflicto prueban que el acuerdo es conforme al interés social (por ejemplo, alegando que los intereses particulares del socio no se vieron beneficiados por la adopción del acuerdo).

Con todo, la importancia del art. 190 LSC en la teoría del deber de lealtad del socio reside en que, si bien entendemos que no procede imponer al socio un deber de

⁸⁷ RECALDE CASTELLS, A.: “Comentario del artículo 190 de la LSC”, *op. cit.*, pág. 546.

⁸⁸ En concreto, el demandante deberá probar que existía un conflicto de intereses y que el voto del socio era decisivo para la adopción del acuerdo social.

lealtad genérico en todos los supuestos de conflicto contemplados en el precepto -razón por la que algunos autores entienden que no puede ser su fundamento-, el socio que deba someter su actuación al deber de lealtad sí puede estar inmerso en un conflicto de intereses. En este sentido, el art. 190.3 LSC se configura como un mecanismo que puede agilizar la impugnación de acuerdos sociales adoptados por el voto de un socio que ha infringido su deber de lealtad y que, además, estaba afectado por un conflicto de intereses. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el ordenamiento jurídico italiano. El art. 2373.1 del *Codice Civile* permite que un acuerdo social sea impugnado cuando uno o algunos de los socios que participaron en la votación tenían, en nombre propio o de terceros, un interés contrario al de la sociedad⁸⁹. En un caso planteado ante el *Tribunale delle imprese* de Milán [nota de EREDE, Riv. Soc., 2015 (may-jun), pp. 539 ss.] algunos socios de una sociedad en crisis económica impugnaron un acuerdo negativo ex. art. 2373.1 del *Codice Civile* alegando que el socio minoritario que bloqueó la adopción del aumento de capital estaba inmerso en un conflicto de intereses. La prueba de la existencia del conflicto convertiría el voto del socio en nulo y justificaría la impugnación del acuerdo. En este supuesto concurren dos elementos en el socio minoritario: vulneración del deber de lealtad y conflicto de intereses. La similitud entre las redacciones del art. 2373.1 del *Codice Civile* y su homónimo español -el art. 190.3 LSC-, permite afirmar lo que ya veníamos adelantando: el art. 190.3 LSC es un mecanismo más (al igual que el art. 204 LSC y el art. 7.2 Cc) para proteger el interés de la sociedad y de los socios ante posibles comportamientos contrarios al deber de lealtad del socio.

3. El deber de lealtad del socio en la reestructuración preventiva: la Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia y su trasposición al ordenamiento jurídico español

La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (en adelante, Directiva 2019/1023) prevé medidas para

⁸⁹ “La deliberazione approvata con il voto determinante di coloro che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell'articolo 2377 qualora possa recarle danno” (art. 2373.1 Codice Civile).

impedir que los socios obstruyan la reestructuración de las sociedades de capital en crisis económica. En el presente epígrafe analizaremos la Directiva 2019/1023 y su trasposición al ordenamiento jurídico español bajo el prisma del deber de lealtad del socio.

3.1. El estatuto jurídico del socio en la Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia

La Directiva 2019/1023 define la “reestructuración” como aquellas medidas de modificación de la composición, las condiciones o la estructura del activo y del pasivo o de cualquier otra parte de la estructura del capital, así como la realización de cambios operativos que permita a los deudores que están atravesando por un periodo de crisis económica evitar la insolvencia y continuar con su actividad (Considerando 2 y art. 2.1.1 de la Directiva 2019/1023). La reestructuración permite la promoción de los intereses de todos los posibles afectados por la crisis económica del deudor, no sólo de los acreedores⁹⁰. En este sentido, la satisfacción de los acreedores como finalidad del Derecho concursal se sustituye por la protección de estos, de los trabajadores y de los socios y la continuación de la actividad empresarial (Considerando 2).

Uno de los objetivos de la norma comunitaria es que “las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad” (Considerando 1). Para lograr ese objetivo, la Directiva 2019/1023 prevé que los deudores -incluso cuando sólo se encuentren en una situación de probabilidad de insolvencia⁹¹- adopten un “plan de reestructuración”: un instrumento preconcursal dotado para solucionar los problemas económicos de la empresa viable antes de que llegue a la insolvencia, posibilitando su reestructuración temprana y eficaz. Como regla general, el plan de reestructuración supondrá la adopción de medidas societarias (aumentos de capital o capitalizaciones de deuda, por ejemplo) que se incluyan dentro del concepto de “reestructuración”, por ello, autores como Pulgar Ezquerro afirman que

⁹⁰ PULGAR EZQUERRA, J.: “Holdout accionarial, reestructuración forzosa y deber de fidelidad del socio”, en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº 27, 2017, pág. 44.

⁹¹ La Directiva 2019/1023 se refiere a la “probabilidad de insolvencia” en su considerando 24: “el marco de reestructuración debe estar disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la normativa nacional”.

en este ámbito se produce una “particular confluencia entre el Derecho de sociedades y el Derecho de la reestructuración”⁹².

En situaciones de insolvencia o preinsolvencia de la sociedad, uno de los principales obstáculos para alcanzar una solución rápida y satisfactoria a la crisis económica es la resistencia de los socios. Los socios temen que la aprobación del plan de reestructuración perjudique su posición en la sociedad (por ejemplo, diluyendo su participación en el capital social), por lo que, no teniendo nada que perder, se oponen a la adopción de las medidas de saneamiento competencia de la junta general⁹³. El poder de extorsión que ejercen radica en que son los titulares residuales de la sociedad -esté atravesando o no por dificultades económicas-, por lo que les corresponde adoptar todas las medidas que afecten a sus intereses⁹⁴. El legislador comunitario muestra su preocupación por el problema del “holdout” u obstrucción de los socios en el Considerando 57⁹⁵ de la Directiva 2019/1023, estableciendo que los Estados miembros deberán garantizar que los socios no impidan injustificadamente la adopción de planes de reestructuración idóneos para evitar la insolvencia y asegurar la viabilidad de la empresa. En este sentido, la regulación del estatuto jurídico de los socios será una herramienta fundamental para facilitar la adopción de las medidas de reestructuración que requieran la aprobación de la junta (art. 2.1.1 Directiva 2019/1023). Ahora bien, no hay que perder de vista que la Directiva 2019/1023 pretende la reestructuración de empresas en insolvencia actual e inminente, pero también en probabilidad de la insolvencia. El contexto preventivo en que se desarrolla la reestructuración requerirá

⁹² PULGAR EZQUERRA, J.: “Holdout accionarial, reestructuración forzosa (...)”, *op. cit.*, pág. 45.

⁹³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “Propuestas de mejora de la transposición de la Directiva de reestructuración preventiva”, *Almacén de Derecho*, 6 de octubre de 2021. Disponible en <https://almacendederecho.org/propuestas-de-mejora-de-la-transposicion-de-la-directiva-de-reestructuracion-preventiva> (fecha de última consulta: 10 de mayo de 2022).

⁹⁴ BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: “Los socios y el reparto del excedente de la reestructuración”, AA.VV. (GARNACHO CABANILLAS, L. y ARIAS VARONA, F.J., Coord.): *El Derecho concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva*, 1ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pág. 211.

⁹⁵ En principio, la Directiva 2019/1023 reconoce en su Considerando 43 el derecho de voto de los socios o los “tenedores de participaciones” sobre la adopción del plan de reestructuración. Sin embargo, esta previsión es matizada en el Considerando 57 para garantizar que los socios no impidan con su voto negativo la aprobación de un plan que permitiera a la empresa recuperar su viabilidad.

que el régimen previsto para los socios de la sociedad deudora impida el bloqueo de los planes de reestructuración (sacrificio de los intereses de los socios en aras de posibilitar la viabilidad de la empresa), pero también que respete sus derechos económicos y políticos en una fase tan temprana de la crisis económica⁹⁶.

Para evitar el bloqueo de los socios, la Directiva 2019/1023 propone tres modelos a los Estados miembros (Considerando 57). El más restrictivo de los derechos del socio es el primero: aprobar el plan de reestructuración sin conceder a los socios poder de decisión sobre su adopción, ya sea excluyendo su derecho de voto o prescindiendo de la necesidad de acuerdo de la junta [art. 9.3 a) Directiva 2019/1023]. En este sistema el socio no podrá participar en la adopción del plan como un acreedor más ni, especialmente, en la aprobación de las medidas propias del Derecho de sociedades que se pudieran haber incluido en este⁹⁷. El segundo modelo integra a los socios como una clase más de acreedores a los que les reconoce derecho de voto sobre el plan. Ahora bien, si los socios votan en contra, se prevé la posibilidad de que el plan sea confirmado por una autoridad judicial o administrativa (cram-down o reestructuración forzosa) si cuenta con el apoyo del resto de las clases de acreedores [art. 11.1 b) Directiva 2019/1023]. Como veíamos *supra*, esta opción no difiere demasiado de la solución por la que opta la Ley concursal alemana en su artículo 245: se autoriza a los tribunales a aprobar el plan de insolvencia cuando concurren circunstancias propias de una actitud de obstrucción en los socios. Por su parte, el tercer modelo permite a los socios ejercitar su derecho de voto respecto de las medidas de reestructuración para las que sea competente la junta, si bien exige medidas que eviten el oportunismo de los socios (art. 12 Directiva 2019/1023), por ejemplo, como sugiere la Directiva 2019/1023 en su Considerando 57, que la aprobación de las medidas de reestructuración no esté sometida “a requisitos de mayorías injustificadamente

⁹⁶ Según IRIBARREN BLANCO, M.: “El papel de los socios y la tutela de sus intereses en la reestructuración de las sociedades en dificultades financieras”, AAVV (BERMEJO GUTIERREZ, N; MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; RECALDE CASTELLS, A., Dir.): *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, 1ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2019, pág. 145, “lo contrario sería, sin ir más lejos, difícilmente compatible con un derecho tan importante como es el derecho a la propiedad privada, que la propia Constitución reconoce y protege (art. 33 CE)”.

⁹⁷IRIBARREN BLANCO, M.: “El papel de los socios y la tutela de sus intereses (...)”, *op. cit.*, pág. 156.

altas”⁹⁸. Con todo, resulta evidente que la adopción de cualquiera de los modelos propuestos afectará al Derecho de sociedades de los Estados miembros. El Derecho de la reestructuración acoge instrumentos societarios y concursales para la consecución de sus fines, y, en lo que nos interesa, deroga normas societarias en situaciones de insolvencia o preinsolvencia del deudor¹⁰⁰.

3.2. La trasposición española de la Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: la posición jurídica del socio en el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal

La trasposición de la Directiva 2019/1023 al ordenamiento jurídico español se pretende operar a través del Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (en adelante, el Proyecto). En este punto esbozaremos brevemente cuál es la posición del legislador español sobre el estatuto jurídico del socio en el ámbito de la reestructuración que propone la Directiva 2019/1023.

En la exposición de motivos del Proyecto ya se advierte de la complejidad de la regulación de la posición del “socio de la sociedad deudora cuando el plan de reestructuración afecta a sus derechos”, esto es, cuando prevé la adopción de medidas societarias que requieren su consentimiento. Como decíamos, la Directiva 2019/1023 sugiere algunos sistemas a los Estados miembros (siguiendo nuestra exposición, tres

⁹⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *op. cit.*

⁹⁹ En este sentido, el Considerando 47 de la Directiva 2019/1023 establece que los Estados miembros deben establecer “las mayorías necesarias para garantizar que una minoría de las partes afectadas en cada categoría no pueda obstaculizar el plan de reestructuración”. No obstante, GÓMEZ ASENSIO, C.: “La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, n° 12, 2020, pp. 500-501, entiende que otorgar este margen de discrecionalidad a los legisladores internos abriría la “la puerta al *fórum shopping*”.

¹⁰⁰ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Reestructuraciones, Derecho de sociedades y Derecho concursal”, en *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, n° 5, 2022, pp. 21-22

sistemas ordenados del más restrictivo de los derechos del socio al menos restrictivo) para evitar la obstrucción de los socios en la adopción del plan de reestructuración. El legislador español parece que adopta una postura que se sitúa entre los sistemas segundo y tercero: reconoce al socio derecho de voto sobre el plan cuando este afecta a sus derechos, pero admite su homologación pese a su voto negativo en caso de insolvencia actual o de insolvencia inminente¹⁰¹ (art. 640.2 del Proyecto). El socio podrá ejercitar su derecho de voto sometido a las especialidades previstas en el art. 631.2 del Proyecto, entre otras, la sujeción a mayorías ordinarias frente a las mayorías reforzadas que puede prever la normativa societaria. Ahora bien, el socio no tendrá razones para oponerse a la adopción del plan si este ofrece “una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo” (art. 656.1 4º del Proyecto) y si ninguna clase de acreedores va a “recibir derechos, acciones o participaciones con un valor superior al importe de sus créditos” en virtud del plan (art. 656.1 5º del Proyecto)¹⁰². Procederá, en estos casos, la homologación del plan y, por tanto, su imposición en contra de la voluntad de los socios (art. 640.2 del Proyecto)¹⁰³. En este sentido, se produce una sustitución del consentimiento individual por la regla de la mayoría, disminuyendo el riesgo de *hold-out*¹⁰⁴.

3.3. El deber de lealtad del socio en la reestructuración preventiva

En los modelos propuestos, el legislador comunitario pretende abarcar todos los supuestos en los que depende de un socio o de un grupo de socios la adopción de una medida de reestructuración que, en suma, posibilitaría la viabilidad de la empresa¹⁰⁵. En

¹⁰¹ En aplicación de la Directiva 2019/023, el Proyecto no prevé la posibilidad de imponer el plan en contra de la voluntad de los socios de la sociedad deudora cuando la empresa sea pequeña o mediana.

¹⁰² En este sentido, BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: “Los socios y el reparto (...)”, *op. cit.*, pág. 227.

¹⁰³ El Proyecto permite el arrastre o “cramdown” de los acreedores disidentes dentro de una clase (“arrastre intra-clase”), pero también el arrastre de clases enteras o, en lo que nos interesa, de los socios si estos se resisten a la adopción del plan (“arrastre inter-clases”).

¹⁰⁴ BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: “Observaciones sobre el proyecto de ley de reforma del texto refundido de la ley concursal”, *Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19*, FEDEA Policy Papers 2022-03, 2022, pág. 7. Disponible en https://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2022/02/FPP2022-03.pdf?utm_source=wordpress&utm_medium=portada&utm_campaign=estudio (fecha de última consulta: 23 de mayo de 2022).

¹⁰⁵ MELERO BOSCH, L.V.: “Algunas reflexiones en torno al deber de fidelidad del socio en la reestructuración preventiva de las sociedades de capital”, AAVV (BERMEJO GUTIERREZ, N;

este sentido, cabe afirmar que el voto del socio que determine que se adopte o no la medida tendrá una consecuencia directa sobre el patrimonio de la sociedad y de sus consocios¹⁰⁶. Como hemos analizado a lo largo de este trabajo -y sin perjuicio de las dudas que expresaremos más adelante-, el deber de lealtad que surge en estas relaciones de agencia *de facto* se concretará en el voto positivo del socio, pues -como regla general- el interés social en ese momento le impide obstaculizar la adopción del plan de reestructuración. Ahora bien, los socios no estarán obligados a respaldar la adopción de cualquier plan de reestructuración. El artículo 12.1 de la Directiva 2019/1023 impide que los socios obstaculicen *injustificadamente* la adopción del plan. El precepto no concreta lo que habrá que entender por “obstaculizar injustificadamente”, encomendando a los Estados miembros a la adaptación del alcance de ese límite. Sin embargo, un traslado de la doctrina alemana -ya analizada *supra*¹⁰⁷- sobre el deber de lealtad del socio al ámbito de la reestructuración permite concretar lo que podría entenderse por “injustificadamente”, esto es, la oposición a una medida de reestructuración que situara a la sociedad en una posición económica mejor de la que estaría si no se adoptara. En el Proyecto se prevé de forma similar: será injustificada la oposición al plan de reestructuración cuando este “ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo” (art. 656.1 4º del Proyecto). Siguiendo este razonamiento, el sacrificio del interés privado del socio se justifica en la necesidad de asegurar la viabilidad de la empresa. Entendemos que esta podría ser la idea que se encuentra detrás de las previsiones de la Directiva 2019/1023: en un asunto en el que concurren intereses que son -todos ellos- dignos de protección, el legislador comunitario opta por priorizar la permanencia económica de la empresa sobre los intereses particulares de los socios.

Con todo, no podemos olvidar que las razones por las que el socio puede querer votar en contra del plan de reestructuración no siempre serán arbitrarias. Este es el caso

MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; RECALDE CASTELLS, A., Dir.): *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, 1ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2019, pág. 226.

¹⁰⁶ A partir de aquí, el análisis sobre el deber de lealtad del socio en los modelos que propone la Directiva 2019/1023 se deberá entender referido a los modelos segundo y tercero, esto es, aquéllos en los que el socio conserva su poder de decisión sobre el plan de reestructuración.

¹⁰⁷ *Vid.* epígrafes 1 y 2.1 (segunda parte).

de la aprobación de una medida de reestructuración que tendrá como resultado la dilución de la posición del socio en la sociedad¹⁰⁸. Iribarren Blanco entiende que la situación económica de la sociedad deudora estará directamente relacionada con la tutela de los socios: “cuanto más delicada sea ésta -la situación económica-, menos justificación tendrá preocuparse por la tutela de los socios”¹⁰⁹. A contrario, dado el marco preventivo en el que se aplica la Directiva 2019/1023 y en aplicación de la jurisprudencia alemana sobre el deber de lealtad del socio, de *lege ferenda* el legislador comunitario podría haber optado por condicionar la restricción de los derechos del socio a que, por ejemplo, la medida de reestructuración no le suponga ninguna carga onerosa¹¹⁰. Precisamente, esta es una de las críticas de autores como Quijano González, que afirma que la posición de los socios queda “debilitada” en el ámbito de la reestructuración: “habrá, en fin, operaciones más complejas integradas en el plan (...) donde la posición de los socios, en la necesaria intervención de la junta general, deba alinearse aún más claramente con los objetivos de la reestructuración, hasta el punto de verse afectados por medidas dirigidas a evitar que puedan impedir u obstaculizar injustificadamente la adopción de los oportunos acuerdos”¹¹¹.

En principio, el socio que deba actuar conforme a su deber de lealtad lo hará respecto a la sociedad y al resto de socios, pero no respecto a los acreedores, a los que no les debe tales conductas. En efecto, el deber de lealtad es un estándar de conducta societario que impone al socio que anteponga los intereses de la sociedad y de sus consocios a los suyos propios. En este sentido, debemos preguntarnos si las disposiciones de la Directiva 2019/1023 -y, por tanto, del Proyecto- que regulan la posición del socio en el marco de la reestructuración preventiva le someten a un deber de lealtad en sentido estricto, pues no nos queda claro si el socio debe sacrificar su

¹⁰⁸ MELERO BOSCH, L.V.: *op. cit.*, pág. 225.

¹⁰⁹ IRIBARREN BLANCO, M.: “El papel de los socios y la tutela de sus intereses (...)”, *op. cit.*, pág. 150.

¹¹⁰ Como mencionábamos *supra*, “que respaldar la medida propuesta no le imponga al socio ninguna carga onerosa” es uno de los requisitos que los tribunales alemanes analizan para determinar si el socio ha infringido o no su deber de lealtad.

¹¹¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 25.

interés privado en favor del interés social o, por el contrario, en favor del interés de los acreedores.

Supongamos que una sociedad de capital entra en crisis económica y la junta acuerda la adopción de una medida de saneamiento, en concreto, de un aumento de capital. En este contexto estrictamente societario podrá surgir un deber de lealtad en los socios cuyo voto sea decisivo para adoptar la medida, ya que se dan todos los requisitos para ello: influencia de la decisión del socio sobre el patrimonio de la sociedad y del resto de socios, relación de agencia *de facto* y deber de velar por la consecución del interés social en ese momento. Ahora imaginemos otra sociedad que sufre las mismas dificultades financieras que en el caso anterior. Esta sociedad advierte que esas dificultades permiten calificar su situación como de “probabilidad de insolvencia”, por lo que decide acogerse a un plan de reestructuración. Ese plan contendrá medidas que requieren el acuerdo de la junta, entre ellas, un aumento de capital. A diferencia de lo que sucedía en el primer supuesto, la adopción del acuerdo no estará sometida únicamente a las reglas del Derecho de sociedades y los intereses de la sociedad y de los socios no serán los únicos a tener en cuenta: la sociedad pasará a regirse por las especialidades previstas en el marco de la reestructuración preventiva (por ejemplo, la sujeción a mayorías ordinarias frente a las mayorías reforzadas que prevé la LSC para los aumentos de capital), los intereses de los acreedores serán susceptibles de protección y se antepondrá la conservación de la empresa viable. Así las cosas, ¿podríamos afirmar que las normas sobre reestructuración preventiva de la Directiva 2019/1023 y del Proyecto imponen al socio un deber de lealtad en sentido estricto?

Alfaro Águila-Real¹¹² entiende que los deberes fiduciarios de los administradores en la sociedad próxima a la insolvencia permanecerán invariados. Por ello, “carece de sentido pretender que, cuando deben actuar de buena fe en el mejor interés de la sociedad (art. 227.1 LSC), deben lealtad a unos beneficiarios distintos porque la sociedad esté próxima a la insolvencia o en una situación de crisis”¹¹³. El

¹¹² ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Administradores frente a accionistas y acreedores. Deberes de lealtad para los accionistas y obligaciones pactadas o legales para los acreedores”, AAVV (BERMEJO GUTIERREZ, N; MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; RECALDE CASTELLS, A., Dir.): *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, 1ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2019, pp. 71-75.

¹¹³ *Ídem*, pág. 72.

deber de lealtad del socio no es un deber fiduciario que deba ser asimilado al deber de lealtad del administrador. Sin embargo, a efectos de intentar resolver nuestro interrogante -y sin ánimo de llegar a una conclusión definitiva sobre una cuestión tan compleja- podríamos afirmar que, pese a que el deber de lealtad del socio no es un estándar de conducta estático, entender que el socio debe velar por unos u otros intereses en virtud de la situación económica de la sociedad supondría someter su actuación a un estándar de conducta distinto al deber de lealtad. La Directiva 2019/1023, y, en nuestro caso, el Proyecto, prevén medidas para impedir que los socios obstaculicen injustificadamente la adopción del plan de reestructuración (art. 12 de la Directiva 2019/1023 y arts. art. 640.2, 656.1 4º y 5º del Proyecto), esto es, modulan la conducta de los socios de la sociedad deudora. El socio puede no estar sometido a un deber de lealtad en el régimen de reestructuración de la Directiva 2019/1023, pero ello no significa que la norma que limita su actuación no pueda encontrar su fundamento en un estándar de conducta similar al deber de lealtad o, simplemente, en la protección de intereses distintos a los de la sociedad y los socios. En este sentido, las normas que estandarizan la actuación del socio en el marco de la reestructuración preventiva podrían fundamentarse en la buena fe contractual o en la protección de los intereses de los acreedores, de los trabajadores, de los socios y de la sociedad deudora.

No obstante lo anterior, nada impide que en el ámbito de la reestructuración el socio siga estando sometido a los estándares de conducta societarios, esto es, a la buena fe contractual (art. 1.258 Cc) y al deber de lealtad, eso sí, respecto a la sociedad y a sus consocios. La Directiva 2019/1023 posibilita a los Estados miembros derogar algunos preceptos del Derecho de sociedades para promover la viabilidad de la empresa, pero ello no supondrá una supresión íntegra de las normas y principios societarios, que deberán seguir siendo observados por la sociedad y los socios.

CONCLUSIONES

Primera.- El deber de lealtad del socio es un estándar de conducta societario que surge en aquellas relaciones de agencia *de facto* entre el socio y la sociedad y sus consocios que permiten al primero adoptar una decisión discrecional que afecte al patrimonio de los segundos. En estos supuestos, el socio cuyo voto sea decisivo para la adopción del acuerdo deberá actuar en virtud del interés social en ese momento, esto es, evitando ocasionar un perjuicio injustificado al patrimonio de la sociedad o de sus consocios.

El deber de lealtad del socio trata de limitar su actuación en aquellas situaciones excepcionales en las que procede la imposición de un estándar de conducta más estricto que la buena fe, pero que no es asimilable con el régimen legal imperativo al que se encuentra sometido el administrador. No se identifica con la buena fe contractual o con un deber de lealtad en sentido estricto, sino que se encuentra a medio camino entre ambos estándares de conducta. El socio será leal a la sociedad y al resto de socios si antepone sus intereses a los suyos propios, pero lo hará de forma muy excepcional y sin que ello justifique la imposición de un deber fiduciario.

Segunda.- El fundamento del deber de lealtad del socio reside en el interés social y en la existencia de una relación de agencia *de facto*. Ambos -el interés social y la relación de agencia *de facto*- actuarán como elementos identificadores del surgimiento del deber de lealtad y como límites al comportamiento del socio. Por ello, el deber de lealtad del socio será un estándar de conducta cambiante que surgirá cuando el interés social en ese momento exija que el socio que se encuentra en una relación de agencia *de facto* emita su voto en un sentido u otro.

Tercera.- En los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, han sido el legislador o los tribunales los que, prestando especial atención a las situaciones de crisis económica de la sociedad, han conceptualizado y delimitado el deber de lealtad del socio. Los mecanismos previstos en el Derecho comparado -ya sea adelantándose al daño que podría ocasionar el comportamiento desleal del socio o previendo consecuencias cuando este ya se ha producido- intentan evitar la obstrucción de los socios en los acuerdos sociales que, de no aprobarse, ocasionarían un perjuicio patrimonial a la sociedad o al resto de los socios: algunos optan por la anulación de los votos emitidos por el socio desleal o por cambiar

su sentido, otros posibilitan que el órgano jurisdiccional apruebe el acuerdo cuya adopción impidió uno de los socios y, por último, hay otros que permiten al presidente de la junta general excluir el voto del socio si considera que actuó vulnerando su deber de lealtad.

Nuestra normativa societaria prevé mecanismos de protección de la sociedad y de los socios ante conductas vulneradoras del deber de lealtad (los arts. 204.1 o 190.3 LSC y el art. 7.2 Cc). Estas fórmulas permiten a los tribunales realizar un control *ex post* de aquellos comportamientos contrarios al deber de lealtad del socio que, a su vez, confluyen con abusos de la mayoría, abusos de la minoría o conflictos de intereses. Ahora bien, la falta de consenso doctrinal y jurisprudencial sobre la posibilidad de someter al socio a un estándar de conducta más estricto que la buena fe, impide realizar un control *ex ante* (a excepción de la posibilidad de acudir al art. 190.1 LSC) y, además, impide mejorar la respuesta *ex post*. En defecto de previsión expresa, los socios y la sociedad entenderán que el ejercicio del derecho de voto no está sometido a más límites que los dispuestos por el art. 1.258 Cc y los operadores jurídicos aplicarán los mecanismos de protección sin calificar la conducta causante o asumiendo “por descarte” que se trata de un comportamiento del socio contrario a la buena fe. La previsión legal expresa del deber de lealtad del socio permitiría a los operadores jurídicos interpretar y aplicar los mecanismos de protección teniendo en cuenta la conducta causante del daño, y, por su parte, posibilitaría que los socios y la sociedad identificaran las situaciones susceptibles de ocasionar el surgimiento de un deber de lealtad, pudiendo adoptar -si así lo consideran- las previsiones necesarias para disminuir el riesgo de obstrucción.

Cuarta.- El deber de lealtad se manifiesta en situaciones en las que el socio se encuentra en una posición de control que cumple con los requisitos mencionados anteriormente. Con todo, dentro de este marco merecen especial atención aquellas en las que el surgimiento del deber de lealtad se produce respecto de un socio de una sociedad en crisis económica: en estos casos, el estándar de conducta no varía, pero las consecuencias derivadas de la conducta desleal serán -como regla general- particularmente graves para la sociedad y para el resto de socios (por ejemplo, la apertura de un procedimiento concursal o la ocasión de un daño irreparable en el patrimonio de sus consocios).

Ahora bien, que pueda surgir un deber de lealtad en los socios de una sociedad en crisis económica cuando concurren los requisitos para ello no significa que las normas concursales o preconcursales que regulan el estatuto jurídico del socio y que podrán resultar de aplicación a la sociedad en una situación de insolvencia o de preinsolvencia impongan a los socios un deber de lealtad. La Directiva 2019/1023 -y su trasposición al ordenamiento jurídico español- contiene disposiciones que modulan la conducta de los socios de la sociedad deudora para impedir que obstaculicen la adopción del plan de reestructuración. No obstante, no nos queda claro que esas disposiciones protectoras de los intereses de los acreedores, de los trabajadores, de los socios y de la sociedad deudora sometan al socio a un deber de lealtad. Efectivamente, desde una concepción institucionalista del interés social se podría defender que las previsiones legales que limitan las decisiones discrecionales del socio en aras de proteger los intereses de la sociedad y de los socios, pero también de los acreedores y de los trabajadores, imponen un deber de lealtad al socio. Sin embargo, resulta igualmente admisible considerar que la perspectiva contractualista desde la que hemos analizado el interés social como fundamento del deber de lealtad del socio impide entender que las normas que impongan al socio que actúe velando por intereses distintos de los de la sociedad y los de sus consocios lo estén sometiendo a un deber de lealtad.

Las normas que limitan el derecho de voto de los socios (por ejemplo, el art. 190.1 LSC o el art. 12 de la Directiva 2019/1023) modulan su comportamiento, pero ello no significa que los sometan a un deber de lealtad. Como hemos repetido a lo largo de este trabajo, el deber de lealtad del socio es un estándar de conducta de aplicación muy excepcional que surge cuando se dan todos los requisitos para ello: decisión discrecional del socio sobre el patrimonio de la sociedad y del resto de socios, relación de agencia *de facto* y deber de velar por la consecución del interés social en ese momento. En este sentido, el principio de libertad de voto que rige en nuestro Derecho de sociedades exige entender que una norma que estandariza la discrecionalidad del socio no le impondrá un deber de lealtad cuando de su análisis exhaustivo se deduzca que no concurre una o algunas de las condiciones para su surgimiento.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Administradores frente a accionistas y acreedores. Deberes de lealtad para los accionistas y obligaciones pactadas o legales para los acreedores”, AAVV (BERMEJO GUTIERREZ, N; MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; RECALDE CASTELLS, A., Dir.): *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, 1ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2019.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Comentario del artículo 204 de la LSC”, en AA.VV. (JUSTE MENCÍA, J. y RECALDE CASTELLS, A., Coord.): *La junta general de las sociedades de capital*, 1ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2022.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El deber de abstención del socio en caso de conflicto de intereses (art. 190 LSC)”, *Almacén de Derecho*, 21 de diciembre de 2019. Disponible en <https://almacenederecho.org/el-deber-de-abstencion-del-socio-en-caso-de-conflicto-de-intereses-art-190-lsc> (fecha de última consulta: 15 de febrero de 2022).

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El deber de buena fe y el deber de lealtad del socio”, *Almacén de Derecho*, 23 de abril de 2019. Disponible en <https://almacenederecho.org/el-deber-de-lealtad-del-socio-no-es-un-deber-fiduciario> (fecha de última consulta: 9 de febrero de 2022)

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Juega por mí: los deberes de lealtad de los administradores”, *Almacén de Derecho*, 10 de marzo de 2016. Disponible en <https://almacenederecho.org/juega-por-mi-los-deberes-de-lealtad-de-los-administradores> (fecha de última consulta: 9 de febrero de 2022).

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. L.: “¿Existe un deber de lealtad de los socios? Lo que está en juego”, *Almacén de Derecho*, 21 de abril de 2019. Disponible en <https://almacenederecho.org/existe-un-deber-de-lealtad-de-los-socios-lo-que-esta-en-juego> (fecha de última consulta: 9 de febrero de 2022).

BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: “Los socios y el reparto del excedente de la reestructuración”, AA.VV. (GARNACHO CABANILLAS, L. y ARIAS VARONA, F.J., Coord.): *El Derecho concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva*, 1ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: “Observaciones sobre el proyecto de ley de reforma del texto refundido de la ley concursal”, *Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19*, FEDEA Policy Papers 2022-03, 2022. Disponible en https://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2022/02/FPP2022-03.pdf?utm_source=wordpress&utm_medium=portada&utm_campaign=estudio (fecha de última consulta: 23 de mayo de 2022).

CURTO POLO, M.M.: *La protección del socio minoritario (Especial referencia a la protección frente al asesoramiento abusivo de los beneficios sociales)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

DE AGUIRRE ALDAZ, C.M.; DE PABLO CONTRERAS, P; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Teoría de las obligaciones y contratos*, Vol. I., 5ª Edición, Ed. Edisofer, Madrid, 2021.

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 AA.VV. (RONCERO SÁNCHEZ, A., Coord.): *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2016.

ESTEBAN VELASCO, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho Europeo y reforma del derecho español*, Fundación Universidad-empresa, Ed. Civitas, Madrid, 1982.

ESTEPA DOMÍNGUEZ, F.: “El deber de lealtad de los administradores sociales ante la imputación de la sociedad en el proceso penal”, en AA.VV. (GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B. y COHEN BENCHETRIT, A., Dir.): *Derecho de sociedades: cuestiones sobre órganos sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “Propuestas de mejora de la transposición de la Directiva de reestructuración preventiva”, *Almacén de Derecho*, 6 de octubre de 2021. Disponible en <https://almacenederecho.org/propuestas-de-mejora-de-la-transposicion-de-la-directiva-de-reestructuracion-preventiva> (fecha de última consulta: 10 de mayo de 2022).

GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA, J.L.: “Los órganos de las sociedades de capital (I). La junta”, en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J., Dir.): *Lecciones de derecho mercantil*, Vol. I, 19ª Edición, Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2021.

GARNACHO CABANILLAS, L.: “Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital”, *Revista de derecho de sociedades*, nº 52, 2018.

GARNACHO CABANILLAS, L.: “La pretendida armonización del Derecho pre-concursal europeo y su evidente acercamiento al sistema concursal norteamericano”, AA.VV. (GARNACHO CABANILLAS, L. y ARIAS VARONA, F.J., Coord.): *El Derecho concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva*, 1ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

GÓMEZ ASENSIO, C.: “La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 12, 2020.

HERNANDO CEBRIÁ, L.: *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital control societario y los abusos de mayoría, de minoría*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013.

IRIBARREN BLANCO, M.: “Acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los minoritarios”, *Almacén de Derecho*, 16 de julio de 2015. Disponible en <https://almacenederecho.org/acuerdos-negativos-y-deberes-de-fidelidad-de-los-minoritarios> (fecha de última consulta: 28 de abril de 2022).

IRIBARREN BLANCO, M.: “El papel de los socios y la tutela de sus intereses en la reestructuración de las sociedades en dificultades financieras”, AAVV (BERMEJO

GUTIERREZ, N; MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; RECALDE CASTELLS, A., Dir.): *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, 1ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2019.

IRIBARREN BLANCO, M.: “Más sobre acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los socios”, *Almacén de Derecho*, 7 de septiembre de 2016. Disponible en <https://almacenederecho.org/mas-acuerdos-negativos-deberes-fidelidad-los-socios> (fecha de última consulta: 28 de abril de 2022).

IRIBARREN BLANCO, M.: “Voto en la junta y deberes de lealtad de la minoría”, *Almacén de Derecho*, 18 de junio de 2021. Disponible en <https://almacenederecho.org/voto-en-la-junta-y-deberes-de-lealtad-de-la-minoria> (fecha de última consulta: 25 de abril de 2022).

MELERO BOSCH, L.V.: “Algunas reflexiones en torno al deber de fidelidad del socio en la reestructuración preventiva de las sociedades de capital”, AAVV (BERMEJO GUTIERREZ, N; MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; RECALDE CASTELLS, A., Dir.): *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, 1ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2019.

MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas”, en AA.VV. (SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., Coord.): *Estudios de derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Ed. Civitas, Pamplona, 2010.

NAVARRO FRÍAS, I.: “De la buena fe (como deber de mínimos), al deber de lealtad (como deber de máximos): la posición de los prestadores de servicios de inversión tras MiFID II”, en AA.VV. (HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., Coord.): *La intervención penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “Aproximación al estudio de los *squeeze-outs* en el derecho español”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 91, 2003.

PAZ-ARES, C.: “La anomalía de la retribución externa de los administradores”, en *Revista InDret*, nº1, 2014.

PULGAR EZQUERRA, J.: “Holdout accionarial, reestructuración forzosa y deber de fidelidad del socio”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº 27, 2017.

PULGAR EZQUERRA, J.: “Impugnación de acuerdos sociales. En particular abusos de mayoría”, en AA.VV. (RONCERO SÁNCHEZ, A., Coord.): *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2016.

QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Reestructuraciones, Derecho de sociedades y Derecho concursal”, en *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, nº 5, 2022.

RECALDE CASTELLS, A.: “Comentario del artículo 190 de la LSC”, en AA.VV. (JUSTE MENCÍA, J. y RECALDE CASTELLS, A., Coord.): *La junta general de las sociedades de capital*, 1ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2022.

RECALDE CASTELLS, A.: “La tutela de los socios en los acuerdos de refinanciación mediante la conversión en capital de la deuda de la sociedad”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ ARTIGA, F., ESTEBAN VELASCO, G. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., Coord.): *Estudios sobre Derecho de sociedades: “Libertad Amicorum”*, 1º ed., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

SAÉZ LACAVE, M.I.: “Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas”, *Revista InDret*, nº 1, 2016.

SCHMIHT, K.: “¿Desbanca el derecho concursal al derecho de sociedades? Disputas societarias, debt-to-equity-swap y take over”, *Revista de Derecho de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, jurisprudencia y legislación*, núm. 22, 2015.

SCHMIDT, K.: “Obligaciones societarias en relación con modificaciones de capital durante una crisis empresarial a propósito de una sentencia del Tribunal Supremo alemán”, en *Revista de Derecho de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, jurisprudencia y legislación*, núm. 13, 2010.

SENENT MARTÍNEZ, S.: “Abuso de minoría y ejecución judicial de acuerdos sociales no adoptados o rechazados”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, nº 75, 2013.

SORARRAIN ALTUNA, A. y DEL ORDEN OLASAGASTI, O.: “Relación de agencia, gobierno corporativo y costes de agencia en las empresas españolas”, en *Revista Derecho, empresa y sociedad*, nº 2, 2013.