



UNIVERSIDAD DE NAVARRA
FACULTAD DE DERECHO

Máster en Derecho de la Globalización y de la Integración Social
«MaGIS 2009/2010»

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
***EL INTERÉS SOCIAL, LOS PRINCIPIOS GENERALES Y LOS CONFLICTOS
ENTRE MAYORÍA Y MINORÍA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA***

POR
Walter BEVERAGGI DE LA SERNA

BAJO LA DIRECCIÓN DEL
Prof. Dr. D. Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA

PAMPLONA/IRUÑA

Septiembre 2010

*Con profunda emoción dedico este trabajo a quienes
todo les debo: a mis queridos padres.*

*Del mismo modo, dedico este trabajo a Vicky, novia y
amiga, porque con amor todo se potencia.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	9
1. MAYORÍA Y MINORÍA SOCIETARIA	15
1.1. Evolución del principio de mayoría	17
1.1.1. Francia	17
1.1.2. Alemania	20
1.1.3. Italia	21
1.1.4. España	22
1.2. Definición de minoría y mayoría	25
1.3. Formación de la voluntad social	32
1.4. El principio de mayoría como voluntad social, y la protección de la minoría	41
2. INTERESES EN JUEGO Y TIPOS DE CONFLICTOS ENTRE MAYORÍA Y MINORÍA	47
2.1. Diversidad de intereses	49
2.1.1. Interés social	49
a) Visión contractualista	52
b) Visión institucionalista	58
2.1.2. Interés individual del socio	65
2.1.3. Interés de la minoría	69

2.2.	Conflictos entre mayoría y minoría	74
2.2.1.	Minorías oprimidas por la mayoría	75
2.2.2.	Tiranía de la minoría	86
3.	PRINCIPIOS GENERALES DEL CONTRATO DE SOCIEDAD	95
3.1.	Legalidad	97
3.2.	Buena fe	99
3.3.	Lealtad o fidelidad	106
3.4.	Abuso del derecho	115
	CONCLUSIONES	123
	BIBLIOGRAFÍA e INFORMES	131

ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores varios
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AER	American Economic Review
AktG	Aktiengesellschaft, Ley de sociedades anónimas alemana de 1965.
AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
C de C	Código de Comercio español
CC	Código Civil español
CCdJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución española
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal español
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Dir.	Director
Ed.	Editorial
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
etc.	Etcétera
LSA	Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1464/1989, de 22 de diciembre

LSC	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ley 2/1995, de 23 de marzo
núm.	Número
ob. cit.	Obra citada
pág.	Página
Pres.	Presidente
RAE	Real Academia Española
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RGD	Revista General de Derecho
RIDC	Revue Internationale et Droit Comparé
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
ss.	Sucesivas
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TS	Tribunal Supremo
V.	Volumen
v. gr.	Verbigracia

INTRODUCCIÓN

Históricamente, el hombre dotado de un arraigado sentimiento de progreso buscó prosperar en su negocio asociándose con sus pares. Motivó esta sociedad la idea de unir fuerzas, crear sinergias, poder desarrollar de una manera más eficiente y en una mayor escala el negocio a que se dedica, etc. Así, fueron creándose distintos tipos asociativos en relación con las necesidades económicas imperantes. Paralelamente, estos tipos asociativos también fueron evolucionando. Como desarrollaremos en el primer capítulo, los paradigmas contractuales fueron cediendo a favor de mecanismos más prácticos y ágiles para dotar al ente de una capacidad más acorde con su estructura para que de esa manera se pueda desenvolver en el mundo de los negocios. A tales fines, vamos a ver que se instauró el sistema mayoritario como medio de adopción de las decisiones sociales. La sociedad a través de sus órganos no irá a tomar más resoluciones a través de la incómoda y, hasta casi imposible de lograr, unanimidad. Tal es así que por este medio se logrará la supervivencia de la sociedad, la cual se encontraba encerrada en la necesidad de contar con el consentimiento de todos sus accionistas. Sin embargo, este progreso de la sociedad anónima¹ va a traer aparejado asimismo la modificación de la estructura de poder de la entidad y, consecuentemente, la instauración de una mayoría y una minoría societaria. Y con ellos, aparecerán otros problemas. La convivencia entre socios, como en toda relación humana, no iba a estar exenta de conflictos.

¹ Tipo social en el que concentraremos nuestra atención, estando, por una cuestión elemental, fuera del análisis la sociedad unipersonal.

En materia societaria, los conflictos entre accionistas es un tema que goza de una gran actualidad y ha dado lugar a infinidad de estudios por parte de la doctrina. Estos conflictos pueden originarse por varios motivos, ya sean por cuestiones económicas, políticas o personales². El Derecho, al regir las relaciones de poder, buscó siempre establecer en ellas un marco de equidad. A tales efectos, desarrolló a través de los distintos ordenamientos unos sistemas para amparar y proteger a las partes más débiles de dichas relaciones, tratando de esta manera de evitar que quienes se encuentren en una situación privilegiada de poder abusen de su condición y avasallen los derechos de las partes más débiles. Así pues, que el Derecho ha defendido siempre los blasones del *in dubio pro operario; in dubio pro reo; in dubio pro debitore*, etc. En el ámbito del Derecho societario, de la misma manera, el accionista minoritario requiere de una protección por parte de la Ley y, por supuesto, que los medios de tutela estén acompañados de la asistencia de la Jurisdicción para que sus derechos sociales no se conviertan en meras buenas intenciones. Esta protección al accionista minoritario encuentra su justificación en la garantía constitucional³ que manda salvaguardar el derecho de propiedad y evitar el ejercicio abusivo del derecho⁴.

Al mismo tiempo, aparece otro conflicto importante en la realidad de la sociedad anónima, aquel por el cual un grupo beneficiado de las referidas tutelas utiliza estas prerrogativas concedidas por el ordenamiento con unos fines espurios desnaturalizando la intención del legislador. Conforme se desarrollará también en el

² Sobre todo en sociedades familiares y pequeñas sociedades anónimas donde los conflictos personales adquieren una considerable importancia porque, además de la cuestión económica, tiene una entidad significativa la relación personal entre sus miembros.

³ Art. 33 de la CE.

⁴ DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., «Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría», *RdS*, 1993, pág. 62.

presente trabajo, la mala implementación de los fines de los derechos concedidos a la minoría como protección a sus intereses puede desencadenar situaciones de injusticia y abuso.

En el universo de la sociedad anónima, la telaraña de relaciones de poder es mucho más compleja que una mera disputa entre mayoría y minoría accionarial. Dentro de ella, operan intereses individuales de los socios, de los acreedores y en grandes corporaciones existe un fuerte polo de poder en manos de los administradores. Dentro de la diversa variedad de intereses sectoriales, los cuales pueden representar focos de conflictos para la sociedad⁵, vamos a concentrarnos en los conflictos entre socios, entre un grupo que vamos a definir como mayoritario y otro como minoritario⁶. Creemos que el tema propuesto es una materia de vital importancia porque como veremos el mal uso del poder puede derivarse en situaciones de injusticia, las cuales no pueden ser indiferentes a los juristas.

Representa este tema un punto sumamente sensible dado que una política excesivamente garantista a favor de los accionistas minoritarios puede provocar unos inconvenientes muy serios. El desafío para la legislación es poder desarrollar un sistema que permita una protección cierta al accionista minoritario sin alterar el eficaz manejo de la sociedad o, en otras palabras, una tutela efectiva de la minoría sin destruir a la sociedad⁷. No se intentará con el presente trabajo dar

⁵ Como se desarrollará en el capítulo segundo, existen tres tipos de conflictos societarios: (i) socios contra administradores; (ii) socios contra acreedores; y (iii) socios contra socios. SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital (Artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo)*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pág. 31.

⁶ Ver las definiciones en el capítulo 1.2.

⁷ GRANDFIELD, Cynthia S., «Reasonable Expectations of Minority Shareholders in Closely Held Corporations: The Morality of Small Businesses», *DePaul Business Law Journal*, 2001-2002, pág. 381, ver en: <www.heinonline.org>.

respuesta a tales trascendentales cuestiones, sería muy audaz, pero se tratará al menos de entender el origen de la disputa entre los bandos antagónicos.

El núcleo duro de nuestro trabajo será responder a qué normas de conductas tienen que adecuar sus comportamientos los accionistas en el contexto conflictivo entre ambos sectores, pero antes de ello tendremos que analizar en primer lugar la evolución de la minoría y mayoría, como así también definir tales conceptos, cuestión que haremos en el primer y segundo capítulo, respectivamente. Como primera aproximación para responder al interrogante aquí planteado, anticipamos la aparición del interés social, concepto inevitable para abordar estas cuestiones. Así pues, trataremos de analizar su contenido y su importancia, haremos referencia sucintamente a las distintas teorías que existen. Trataremos también de ver si es posible hablar de un interés social que permita aglutinar a la mayoría y a la minoría como una norma de conducta. Intentaremos discernir si es posible concebir un interés social de la propia sociedad como entidad o como empresa, independiente del de sus propietarios. Pero además del interés social, es lógico que en la cabeza de un accionista convivan intereses individuales, u otros, si cabe la expresión, intereses de minoría. Del mismo modo, estudiaremos cómo juegan estos distintos tipos de intereses en las relaciones conflictivas entre los grupos mayoritarios y minoritarios.

En efecto, el interés social, tal como se desarrollará en este trabajo, aparece como un instituto jurídico con una significativa importancia dada por el ordenamiento societario. En muchos casos será árbitro por el cual se juzgarán los comportamientos de los accionistas. Sin embargo, vamos a ver que sobre el interés social recaen disímiles teorías y su interpretación puede representar un serio problema para los mismos accionistas, para los administradores de la sociedad – principales intérpretes del interés social- y también para los jueces, dado lo indeterminado que puede resultar su contenido. Por tales motivos,

independientemente del interés social, veremos si se puede contar con los principios generales del Derecho contractual para complementar la noción del interés social como norma de conducta de los socios. En tal sentido, en el tercer capítulo se estudiarán cómo operan los principios de buena fe, fidelidad, legalidad, y abuso del derecho, en el ámbito del conflicto entre accionistas.

Dicho en otras palabras, buscaremos investigar los distintos conflictos que nacen a partir de la instauración del sistema mayoritario, los abusos que con este método pueden llegar a generarse, como lo son el abuso de mayoría, dado que unos pocos pueden someter al resto, y el abuso de minorías, dado que los mecanismos creados para la tutela de la minoría pueden ser utilizados para paralizar e interferir injustamente bloqueando la actuación de la sociedad con intereses mezquinos y egoístas⁸. Conforme analizaremos en el presente trabajo, los dos supuestos son situaciones de injusticia.

Indefectiblemente, la legislación y los estatutos sociales van a tener muchas deficiencias en el tratamiento de los asuntos aquí analizados. Veremos entonces, si el interés social y los principios generales pueden ser utilizados para llenar los huecos legales, sirviendo como criterios de conducta de los accionistas.

Por último, expresamos nuestro particular interés que despierta el tema planteado dado que involucra muchas cuestiones de significativa complejidad. Se tratará de desarrollar un análisis sistemático, procurando hacer honor a la célebre máxima del padre GRACIÁN que reza: «lo bueno, si breve, dos veces bueno»⁹. Por

⁸ JUSTE MENCÍA, Javier, *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 36.

⁹ En caso de no cumplir con los estándares de calidad, por lo menos nos consolará la segunda parte del refrán que dice: e «incluso lo malo, si poco, no tan malo». Ver en: GRACIÁN, Baltasar, *El arte de la prudencia. Oráculo manual*, Temas de Hoy, Madrid, 1998, pág. 61.

supuesto que el presente trabajo no pretende agotar el análisis de todos los temas propuestos, los cuales Dios mediante podrán seguir siendo estudiados en futuros trabajos, pero sí fue intención realizar un estudio *artesanal*, desarrollar algunas reflexiones y, de esta manera, aventurarnos en el mundo de la investigación académica.

CAPÍTULO PRIMERO
MAYORÍA Y MINORÍA SOCIETARIA

La formación de la voluntad social en el ámbito de la sociedad anónima, como es bien sabido, se encuentra en los órganos sociales que la conforman. A la junta general¹⁰ le corresponden las competencias más trascendentes para la vida de la sociedad y para sus socios. Dentro de sus competencias, a ella le corresponde resolver acerca de la aplicación del resultado de cada ejercicio, la modificación de los estatutos, el nombramiento de los miembros del órgano de administración, la determinación de su estructura, forma y organización, la continuidad de la propia sociedad, entre muchas otras atribuciones. Asimismo, puede decidir acerca de materias muy sensibles para el accionista como la ampliación del capital social, la exclusión del derecho de suscripción preferente, la creación de acciones privilegiadas y la distribución de dividendo¹¹, entre tantas otras materias.

Ahora bien, el poder de decisión dentro de la junta general se encuentra en manos de quien detenta la mayor cantidad de votos. Esto es así porque los acuerdos en el marco de las asambleas societarias se adoptan por mayoría¹², a

¹⁰ La junta general es definida por ESTEBAN VELASCO como la reunión de los accionistas (siendo el órgano predispuesto por la ley para que los socios intervengan como tales en la vida social) debidamente convocada para deliberar y decidir por mayoría en los asuntos de su competencia. Agrega que como órgano de la sociedad allí se forma y expresa la voluntad social en la parcela de su competencia. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Junta general de la Sociedad Anónima», en *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 3840 y ss.

¹¹ Art. 160 LSC.

¹² Art. 159 LSC. «Junta general.

1. Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta.

2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general».

diferencia del sistema de unanimidad que propugna que todos los participantes de la junta deben prestar su consentimiento para lograr el acuerdo social.

Sin embargo, la manera de determinar la decisión societaria no siempre se aplicó a través de la mayoría. Antiguamente se discutió acerca de la factibilidad de este sistema. En cuanto al giro normal de la sociedad no había mayores inconvenientes, pero respecto de las reformas del estatuto, dado que la sociedad nace siempre del acuerdo de todos los participantes, la teoría contractualista encontraba reticencias en concederle a un grupo la posibilidad de obligar estatutariamente a otro puesto que se entendía que la modificación de cualquier contrato necesitaba del consentimiento unánime de las partes involucradas¹³.

Por cuestiones operativas para poder hacer viable a la sociedad quedó establecido el principio de la mayoría¹⁴ dado que el poder de decisión unánime, si bien traía aparejado una fuerte tutela individual al socio, hizo que la sociedad quedara paralizada al verse sometida a adoptar imposibles decisiones unánimes¹⁵.

De tal manera, se forzó a tomar las decisiones asamblearias -inclusive la modificación del estatuto social- sin el consentimiento de todos los miembros de la sociedad, recayendo esta potestad en la junta general que resolverá por mayoría, sin que ello signifique que la minoría renuncie a sus derechos por capricho de la mayoría. Se logró la conciliación entre el principio contractualista y el mayoritario a

¹³ V. gr. Artículos 1134 y 1832 del Código Civil napoleónico.

¹⁴ Según sostiene PALÁ BERDEJO el principio mayoritario se introdujo por razones simplemente prácticas, impuesto por la necesidad de hacer posible la formación de la voluntad colectiva ante la unanimidad, tan difícil de lograr en una sociedad integrada por un gran número de socios, ello haría imposible su normal desenvolvimiento. PALÁ BERDEJO, Francisco, «El cómputo de la mayoría en la junta general de accionistas», *RDM*, 1965, pág. 69.

¹⁵ El fundamento de la utilización del principio mayoritario pasa a articularse de manera primordial y exclusiva como una función de utilidad. SÁNCHEZ LINDE, Mario, «El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima», *RdS*, núm. 33, 2009, pág. 44.

través de una excepción en el ámbito de un contrato mercantil, como el de sociedad anónima. Así pues, el régimen de decisión mayoritario se presenta como una excepción en el marco del Derecho privado, al dogma de la autonomía de la voluntad que implica que nadie puede ser obligado contra o sin su voluntad¹⁶.

En tal sentido, el principio general de la autonomía de la voluntad y, consecuentemente, el derecho de autonomía del individuo es sacrificado en favor de una voluntad más numerosa y concordante del resto de los miembros del órgano. Como resultado, se consolidó el principio de la mayoría con el límite impuesto de que todas las decisiones tienen que estar orientadas en la persecución de un interés social y la tutela de los miembros que componen ese ente social¹⁷.

1.1 Evolución del principio de mayoría

A continuación vamos a reparar sucintamente en la evolución que ha tenido en algunos países de Europa continental el reconocimiento del principio mayoritario como forma de decisión social¹⁸:

1.1.1 Francia

En Francia, en el siglo XIX, imperaba la visión contractualista de la sociedad anónima y, por lo tanto, las cláusulas estatutarias no podían ser modificadas

¹⁶ PALÁ BERDEJO, «El cómputo de la mayoría en la junta general de accionistas», ob. cit., pág. 68.

¹⁷ MUÑOZ MARTÍN, Noemí, *Disolución y derecho a la cuota de liquidación*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pág. 288.

¹⁸ A los efectos de realizar el presente subcapítulo se tomaron como base los estudios realizados por MUÑOZ MARTÍN, en *Disolución y derecho a la cuota de liquidación*, ob. cit., págs. 288 y ss.; y DUQUE DOMÍNGUEZ, en «Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría», ob. cit., págs. 66 y ss.

sin que existiera un consentimiento dado por la unanimidad de los socios integrantes de la sociedad anónima.

Las necesidades prácticas de dotar a la sociedad de una mayor flexibilidad en la modificación de su estructura llevaron a la sanción del art. 31 de la Ley de Sociedades por acciones del 24 de julio de 1867. En aquella norma se establecía que la asamblea general deliberaría por mayoría suscitando una gran discusión sobre cómo debía operar la reforma de los estatutos.

Por un lado, la tesis contractualista consideraba que toda reforma de los estatutos debería realizarse por decisión unánime y que el referido artículo 31 habilitaba la posibilidad de reforma del estatuto social mediante mayoría en aquellos supuestos en los que la modificación estaba prevista en él, pero para el resto era indispensable el acuerdo de todos los socios. Por el otro lado, una teoría radical sostenía todo lo contrario, que la asamblea de socios por mayoría podía establecer cualquier modificación estatutaria, salvo prohibición expresa en los estatutos sociales.

Surge así como una posición ecléctica la teoría de las bases esenciales. La junta general podía sentirse autorizada a modificar por mayoría los estatutos en aquellas cuestiones del contrato fundacional que podían considerarse de menor importancia en el ámbito de las normas de organización y administración, pero nunca los contenidos que se consideraban principales del consentimiento. Independientemente de la previsión o no en el contrato inicial de la sociedad, las cláusulas «secundarias» son modificables por mayoría representando una excepción al principio del derecho común reconocido en el art. 1134 del código civil, ya citado. Contrariamente, las cláusulas esenciales son inmodificables por el voto mayoritario.

De esta manera, la junta general no se presenta como omnipotente frente a los accionistas, no puede modificar las cláusulas que los accionistas consideraron fundamentales para participar del contrato social pudiendo hacerlo únicamente respecto a las cláusulas secundarias, o que no tuvieron un papel de importancia en la formación del consentimiento en el contrato inicial de la sociedad.

Sin embargo, esta teoría adolecía de un gran problema, la dificultad que existía en discernir qué cláusulas son esenciales y cuáles son secundarias. Cuestión que se intentaba aclarar interpretando la intención de los socios al contratar, pero no resultaba suficiente para dar mayor certeza. En primer lugar, porque se apoyaba en la voluntad presunta de las partes en el acto fundacional, siendo imposible para el contratante prever las modificaciones que serán necesarias en el futuro. Y, en segundo lugar, por lo arbitrario de la cuestión en sí misma, puesto que los accionistas ignoraban tal diferenciación al suscribir el contrato fundacional.

Así las cosas, se comienza a perfilar una conciencia de personalidad jurídica de la sociedad anónima partiendo de la idea de que la sociedad no es únicamente un contrato sino que posee una personalidad jurídica independiente de la de sus accionistas que le permite relacionarse externamente con terceros y también internamente con sus mismos socios. La sociedad, entonces, como persona moral, puede regular las relaciones con sus miembros y, una vez fundada, tiene la facultad de modificar sus estatutos en cuanto fuese necesario para adaptarlos a las vicisitudes que acontezcan. Esta facultad no depende ya de la voluntad presunta del accionista, sino que son las necesidades económicas de la sociedad las que generan el nuevo poder de la junta. Pero estos poderes no son ilimitados, deben respetar dos aspectos fundamentales, como ser: (a) la sociedad debe seguir siendo la misma (la modificación no puede traer aparejada una nueva sociedad, se debe respetar el objeto, la forma social, etc.), y (b) los derechos individuales del accionista (derecho a

no ser excluido de la sociedad, derecho a limitar su responsabilidad a su aporte, a poder negociar su título, etc.).

Se puede decir, entonces, que el accionista tiene unos derechos sociales sometidos al poder de la junta pero también es titular de unos derechos propios que son intocables por ésta. Pero otra vez, se cae en la dificultad de definir cuáles son los derechos intangibles por la sociedad.

Posteriormente surgieron normativas en los años 1902 y 1903 que tuvieron poca repercusión en la problemática en análisis, cuestión que sí lo tendrá la ley de 1913. Esta última establecía que salvo disposición en contrario en los estatutos, la asamblea general puede modificar los estatutos en todas sus disposiciones (salvo la nacionalidad de la sociedad y las obligaciones de los accionistas). El antiguo sistema contractual se reemplazó por el institucional, los accionistas al crear la sociedad generan una persona jurídica de existencia ideal que absorberá la personalidad de los mismos salvo los derechos individuales reservados para ellos como ser el derecho a voto, el derecho de información, el derecho a negociar las acciones, etc.

1.1.2 Alemania

La doctrina alemana desarrolló un sistema similar al de las bases esenciales francés, estableciendo la necesidad de que las modificaciones estatutarias fueran adoptadas por un número de accionistas que representen al menos el cincuenta por cien del capital social siempre que esté previsto en el estatuto social. Y para las modificaciones no previstas en el mismo, se exigía la unanimidad.

Se distinguen entre los derechos individuales legales y los derechos individuales estatutarios, habiendo consecuentemente cláusulas fundamentales y

cláusulas no fundamentales, respectivamente. Las primeras, tenían una importancia tal que no podían ser modificadas por mayoría sin el consentimiento del socio, pudiendo sí hacerlo en las segundas. La subjetividad de esta concepción llevó a sustituir al accionista individual por un tipo abstracto del accionista medio. Cuestión que no llegó a convencer y se desecha la protección del interés de cada accionista concentrándose en proteger al contenido del contrato fundacional de la sociedad.

1.1.3 Italia

El código de comercio de 1882 dispuso el sometimiento de los accionistas a la voluntad de la mayoría y su potestad para poder modificar los acuerdos estatutarios. Este asunto llevó desde muy temprano a la búsqueda de una tutela de la minoría implantándose el derecho de separación como la alternativa de conciliación entre el poder de la mayoría y el derecho individual del accionista. A pesar de ello, este derecho de separación tenía una aplicación muy restrictiva y también estaba sometido a lo dispuesto por la mayoría que podía, o bien derogarlo, o bien someterlo a un *quórum* especial como el necesario para modificar asuntos trascendentes de la sociedad. Con lo cual, el accionista minoritario se encontraba en una situación de desamparo frente al poder de la mayoría.

En la doctrina italiana, influenciada por la doctrina alemana, se comenzará a determinar qué derechos son individuales, a salvo de la potestad de modificación por la mayoría, y cuáles posee el accionista en virtud de su calidad de socio. Así se diferencian los derechos sujetos a la voluntad de la mayoría, los derechos sociales colectivos con facultad de separación y los derechos sociales individuales, intangibles por mayoría.

1.1.4 España

En España la evolución de los límites al poder de la junta general siguió camino similar al de la doctrina francesa. El código de comercio de 1829 de concepción contractualista disponía que cualquier reforma o ampliación al contrato social debía guardar las mismas formas prescritas para celebrarlo.

En tal sentido, la STS del 30 de junio de 1888 resolvió la impugnación de unos acuerdos sociales de modificación de estatutos denegando cualquier modificación que no estuviese prevista en los estatutos sociales. Fruto de estas interpretaciones, la sociedad anónima se convierte en una asociación rígida y con pocas posibilidades de cambios y/o adaptación a nuevas circunstancias económicas.

Estas circunstancias llevaron a una nueva interpretación que proponía todo lo contrario, establecer la facultad de la junta general de modificar por mayoría la sociedad a través de las modificaciones estatutarias, siempre que se cumplan con los requisitos de forma como ser el *quórum* y convocatoria, y que no esté expresamente prohibido en los estatutos. Pero si la primera concepción hacía inmutable a la sociedad, la segunda se llevó por delante los derechos de la minoría sometiéndolos al poder absoluto e ilimitado de la mayoría en la junta general. En consecuencia, también, surge la teoría de las bases esenciales. Ésta establecía la diferencia entre las cláusulas esenciales y secundarias, siendo las primeras inmodificables por mayoría y las segundas, se haya establecido o no en los estatutos, podían ser modificadas por mayoría. Quien determinaba qué cláusulas eran o no esenciales era la jurisprudencia a base de interpretar la voluntad de los fundadores. Se entendía como cláusulas esenciales, entre otras, la limitación a la responsabilidad del accionista, el objeto social, el tipo social, la nacionalidad y los derechos individuales del accionista.

La ley de sociedades anónimas de 1951, tras afirmar el principio de mayoría al cual se encuentran sometidos todos los accionistas, reconoció en su artículo 39 –similar en algunas cuestiones al actual art. 93 de la LSC- los derechos mínimos del accionista indisponibles de aquella. Estos son: (i) derecho a participar en el reparto de beneficios, (ii) derecho a la cuota de liquidación, (iii) derecho a la suscripción preferente, y (iv) derecho a voto. Enumeración que no es cerrada puesto que en la misma ley existen otros derechos que se encuentran sustraídos del poder mayoritario (v. gr. derecho de información, derecho de impugnación, etc.). Por último, la reforma a la ley de 1989 completó el listado con la inclusión del derecho de suscripción preferente de obligaciones convertibles en acciones, derecho de información, derecho a participar de la junta y de impugnar los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, a los estatutos y al interés social.

Hoy en día, el principio de mayoría es de orden público¹⁹, las partes no determinan el ámbito de actuación de la junta general²⁰, como se hizo entonces para poder sortear la tesis contractualista, sino que viene impuesta por la ley imperativa²¹.

¹⁹ GIRÓN TENA, José, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, pág. 322.

²⁰ STS (Sala de lo Civil) de 5 noviembre 1990, RJ 1990\8523.

²¹ Conforme lo establecido por la Dirección General de los Registros y del Notariado ante el rechazo de una solicitud de registro de un estatuto que establecía un sistema de votación por unanimidad en un supuesto de compra o venta de inmueble y de afianzamiento de obligaciones: «Que el precepto referido es contrario a la Ley de Sociedades Anónimas porque la exigencia de unanimidad destruye el carácter colegiado del órgano deliberante. No consiste en elevar las mayorías, sino en suprimir todo concepto de quórum o mayoría, contradiciendo así el concepto de órgano colegiado que es consustancial al de sociedad anónima. Que unanimidad es un concepto distinto del de mayoría y opuesto a él». Además, que de permitírsele, implicaría, en definitiva, la atribución, a cada uno de los accionistas de «un derecho de veto que contraría abiertamente un principio básico en la organización y funcionamiento de la Sociedad Anónima, cual es, el de adopción de sus acuerdos por mayoría, principio fundado en la misma esencia y características de este tipo social». RDGRN de 15 de abril de 1991 publicado en *BOE*, núm. 127, de 28 de mayo de 1991.

Por lo expuesto, es dable destacar que este principio de sumisión por parte de la minoría al voto mayoritario surgió por la imperiosa necesidad de hacer posible el funcionamiento del tipo asociativo²², en donde una pluralidad de socios se reúnen ya no por sus cualidades personales, que pasarán a ser secundarias, sino por el capital que aportan dando lugar a una sociedad despersonalizada y capitalista²³. En esta sociedad la adopción de acuerdos por unanimidad llevaría a su paralización total por la cantidad y dispersión de los socios y su absentismo, dado que muchas veces la asociación está dirigida con una finalidad especulativa²⁴. Todo esto hace necesaria la implementación del principio mayoritario, posible en virtud de la comunidad de intereses y de fin, como representante del interés social, para así facilitar la gestión del grupo y evitar que la sociedad sacrifique su interés por el interés individual del accionista disconforme²⁵. Así pues, el principio mayoritario se fundamenta en la

²² Se ha sostenido que el principio de mayoría no es un instituto jurídico, es simplemente una fórmula jurídica: no encuentra en sí misma su razón de ser, puede encontrarla según dónde y cómo se aplica. JAEGER, P. G., «Gli azionisti: spunti per una discussione», *Gui Comm.*, 1993, pág. 34. citado por MARTÍ LACALLE, Rocío, *El ejercicio de los derechos de minoría en la sociedad anónima cotizada*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pág. 23.

²³ Merece la pena hacer mención a la clásica distinción desde un criterio estructural entre las sociedades de personas y las sociedades de estructura corporativa. Las primeras son aquellas que se constituyen con base en un vínculo personal entre los socios y la sociedad depende de la individualidad de sus miembros. En este tipo de sociedades es muy importante el *intuitus personae* tanto en el nacimiento de la sociedad como en el funcionamiento de la misma. Sus principales características son: (a) la intransmisibilidad de la condición de socio; (b) la personalización de la organización (v. gr. unanimidad en la toma de decisiones, disolución en caso de muerte de algún miembro); (c) la descentralización de la administración; y (d) responsabilidad personal de los socios. Por su parte, las sociedades de estructura corporativa poseen una organización autónoma respecto de las vicisitudes de los socios. Son tipos societarios pensados para fines duraderos e independientes de la existencia, de los intereses y de las capacidades singulares de los socios. Sus características son: (i) la movilidad de la condición de socios; (ii) la estabilidad de la organización; (iii) centralización de la organización; y (iv) responsabilidad limitada de los socios. PAZ-ARES, Cándido, «La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad», en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, T. I, Civitas, Madrid, 1999, págs. 524 y 525.

²⁴ MUÑOZ MARTÍN, *Disolución y derecho a la cuota de liquidación*, ob. cit., pág. 305.

²⁵ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., pág. 274.

necesidad de ofrecer una organización funcional, no sometida a la voluntad de cada uno de los socios, más aún cuando se trata de una sociedad con accionistas cambiantes y estructura impersonal. La mayoría será libre de decidir el cambio de las normas contenidas en los estatutos sociales²⁶.

Sin embargo, esta ventaja de mayor funcionalidad trae consigo otro tipo de problemas y consecuencias como la política frente a las minorías, su indefensión frente al resto de los miembros de la sociedad que conformen la mayoría numérica. Por tales motivos, de la mano de la instauración de este principio de mayoría y del gobierno de la sociedad a través de la junta general surgirá la necesidad de una amplia y efectiva protección a las minorías²⁷. La razón de ello radica que antes no existían ni mayorías ni minorías y, hoy en día, en la sociedad anónima actual, como se verá a continuación, el poder lo marca el capital y no la persona²⁸.

Conviene, antes de adentrarnos en el análisis de cuestiones complejas, señalar algunas pautas que nos ayudarán a comprender de qué hablamos cuando nos referimos a las mayorías y minorías societarias. Por tal motivo, vamos a desarrollar brevemente unas nociones para delimitar sus conceptos.

1.2 Definición de minoría y mayoría

²⁶ JUSTE MENCÍA, *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 184.

²⁷ En un principio esta tutela no existía, tal como sostiene DÍAZ ECHEGARAY, las normas del código de comercio dedicaban a la regulación de la sociedad anónima sin ocuparse de los derechos del accionista, cuestión que fue calificada por la doctrina de desoladora. Recién con el dictado de la LSA, se recogen los presupuestos propuestos por la doctrina y jurisprudencia en su art. 39, estableciéndose los derechos del socio. DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *Los derechos mínimos del socio*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005, pág. 14.

²⁸ GARRIGUES, Joaquín, «La protección de las minorías en el derecho español», *RDM*, 1959, pág. 249.

Al estudiar el régimen societario de mayorías y minorías, es de significativa importancia ponderar la diferencia entre quienes ostentan el poder de decisión en la sociedad, de ello dependerá hacia quienes deben ir dirigidas las políticas de tutela. Pero eso no es todo, claro, porque no es lo mismo perseguir la tutela para el accionista minoritario activo que participa en las juntas generales pero que no tiene poder de influencia frente a un grupo más poderoso que lo vincula con los acuerdos sociales, que para un accionista-inversor, inactivo, desinteresado en la gestión de la sociedad y con la exclusiva intención de obtener el máximo rendimiento a su inversión. Por tales motivos es menester distinguir qué vamos a entender por minorías y mayorías.

Prima facie parece ser que en una sociedad tipo hay una mayoría poseedora de la mayor parte del porcentaje de capital social que le permite gozar de la potestad de dominar a la sociedad a su antojo. En tal concepción, la minoría sería representada por el resto del capital social independiente a esta mayoría opulenta. Sin embargo, la práctica demuestra que, sobre todo en sociedades cotizadas, quienes portan la mayor cantidad de capital social son una gran cantidad de accionistas dispersos y aislados entre sí, desinteresados en la gestión y, por lo tanto, sin fuerzas en la toma de decisiones. En contraposición, el poder de decisión queda en manos de una *minoría* activa y organizada que constituye una mayoría real²⁹. Es que, aunque resulte contradictorio, la tutela de la minoría se va a concentrar en proteger a una

²⁹ Este aspecto no es nuevo y ya ha sido señalado por GIRÓN TENA varias décadas atrás al decir que en las grandes sociedades la composición del capital se presenta frecuentemente la división de los socios en dos sectores: un sector de interesados en la vida social –general, pero no necesariamente, formados por grandes accionistas- y otro desinteresado que suele estar construido por los pequeños accionistas quienes en virtud de la pequeñez del valor de las acciones han hecho posible su participación en el capital social. El desinterés de este sector, o la falta de medios para hacer posible una adecuada participación, ha hecho posible, en el orden interno de la sociedad, el dominio de ésta por la dirección o por grupos no mayoritarios. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., págs. 18 y ss.

mayoría desorganizada y dispersa frente a quienes tiene en sus manos el poder real de la sociedad, que son poseedores de una menor cantidad de capital social³⁰.

El punto de partida para poder definir a la mayoría y minoría societaria es la implementación del sistema de votación por mayorías para la conformación de las decisiones societarias en la junta de accionistas³¹. Este aspecto fundamental va a traer aparejado el hecho trascendental para la sociedad que algunos socios podrán vincular la voluntad de otros en contra del consentimiento de ellos³².

Por lo tanto, podríamos señalar como una primera acepción al término minoría: a aquellos accionistas disidentes al parecer mayoritario en la junta general, y vinculados en virtud del principio mayoritario que se emplea para lograr la voluntad social. La minoría, entonces, va a estar determinada por el resultado de la votación en particular y concreta, no existiendo tales categorías antes de la junta general puesto que recién con el resultado se conocerán³³.

³⁰ DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., *Tutela de la minoría, impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 LSA)*, Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones, Valladolid, 1957, pág. 4.

³¹ Conforme sostiene GARRIGUES, la protección a las minorías supone la existencia de una junta general y dentro de ella un régimen de mayoría. En las antiguas sociedades anónimas, creadas por el Estado absoluto del siglo XVII, actuaban a su imagen y semejanza, no existían ni mayoría ni minorías por la sencilla razón que no había juntas generales, los asuntos sociales eran secretos para sus socios. La junta recién va a conformarse como tal en el siglo XIX, cuando el capitalismo triunfante se apodera de la sociedad anónima como instrumento jurídico adecuado a la nueva mentalidad capitalista. GARRIGUES, «La protección de las minorías en el derecho español», ob. cit., pág. 249.

³² Ver el capítulo 1.4 donde se desarrolla el carácter vinculante del principio de mayoría como excepción al tradicional principio de la autonomía individual de la voluntad propia del Derecho Privado.

³³ Así lo entiende GARRIGUES: «En efecto, cuando hablamos de protección de la minoría nos referimos no a la minoría dentro de la sociedad, sino a la minoría dentro de la asamblea general de accionistas». GARRIGUES, «La protección de las minorías en el derecho español», ob. cit., pág. 267.

Esta concepción parece ser la adoptada por la LSC en su art. 159 al establecer nada más el principio que los acuerdos se toman por mayoría³⁴ y, entonces, será mayoría quienes reúnan los votos suficientes conforme lo establecido en la ley para poder establecer el acuerdo social. La tutela de la minoría va a estar plasmada en la facultad de la minoría de impugnar los acuerdos que violen la ley, los estatutos, beneficien algún interés en particular de uno o varios socios en perjuicio del interés social³⁵ (la llamada defensa de la minoría en sentido amplio³⁶).

En tal sentido, hay varios autores que asimilan a la minoría al resultado de la junta general, o sea, a quienes están en disidencia al grupo mayoritario que se impone en la misma. Consecuentemente, los ausentes no integran la minoría porque según entienden no se los puede proteger cuando ellos mismos son indiferentes a las cuestiones sociales y al ejercicio de sus derechos políticos³⁷. Por lo tanto, es para

³⁴ En el mismo sentido: «La LSA no proporciona a lo largo de su articulado un concepto expreso de minoría sino que se limita a reconocer, en varios preceptos, derechos específicos a favor de accionistas que representen un porcentaje de capital minoritario, generalmente un cinco por cien». Asimismo agrega que: «... el art. 93.2 de la LSA proporciona un concepto de minoría que, por contraposición al de mayoría, incluye tanto a los socios disidentes como a los ausentes, en tanto en cuanto ésta actúa en consecución del interés social». MARTÍ LACALLE, *El ejercicio de los derechos de minoría en la sociedad anónima cotizada*, ob. cit., pág. 27 y ss.

³⁵ JUSTE MENCÍA, *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 40.

³⁶ Conforme a la clásica diferenciación de los medio de tutela de la minoría como: (a) defensa de la minoría en sentido estricto: preceptos dados por la ley que protege la actitud discrepante del minoritario sin preguntarse si se inspira o no en el interés de la sociedad, si es fundada o no. Son los medios de protección directa; y (b) defensa de la minoría en sentido amplio: la facultad de realizar una acción de impugnación ante un acuerdo que viola la ley, los estatutos o el interés social. GARRIGUES, «La protección de las minorías en el derecho español», ob. cit., págs. 253 y ss.

³⁷ Entre otros, GARRIGUES descarta la protección de los ausentes al afirmar: «Al proteger la opinión de la minoría dentro de la asamblea no sabemos cual es la opinión de los accionistas ausentes y, por lo tanto, sería absurdo que se les protegiese. A quien se ha de proteger no es al accionista ausente, que por el hecho de serlo demuestra su escaso interés por los asuntos sociales, sino al accionista que cumple con su deber de asistir a la junta general y que por estar en minoría no sólo resulta apartado de la dirección de la sociedad, sino sometido a las decisiones de la mayoría, que pueden ser quizá caprichosas y perjudiciales». GARRIGUES, «La protección de las minorías en el derecho español», ob. cit., pág. 267.

ellos indispensable la actitud activa del socio que tras participar y votar en la junta general se ve sometido a lo que decidan los que poseen la mayoría de los votos³⁸.

Sin perjuicio de ello, creemos que los conceptos en análisis representan más de lo que acontece en el marco de una junta general en particular, son relaciones de poder que trascienden a una votación aislada. Dentro de la estructura política de cada sociedad, ya sea una gran sociedad cotizada o en una sociedad de estructura cerrada, se podrá advertir la existencia de un grupo de poder, estable y duradero, cuestión que es indiferente a la ley³⁹, que hará que las decisiones importantes para el tráfico social no sean tomadas en junta general sino que de antemano se sepa el resultado de la misma⁴⁰. Sin lugar a dudas, esta nueva estructura de sociedad, donde

³⁸ En contra, MUÑOZ MARTÍN quien concibe a la minoría desde el punto de vista de la participación en la junta como aquel grupo que no logra la aprobación de su propuesta y, desde el punto de vista societario, como aquel grupo que con independencia de ostentar mayor o menor participación que la que representa la mayoría en el ámbito de la junta general, se ve, en virtud de su absentismo, de su desorganización, o simplemente por su menor participación, sometida al acuerdo mayoritario. Agrega, coincidiendo nosotros con esta posición, que esta minoría era la tutelada por la ley puesto que el art. 117.2 de la LSA (art. 206.2 de la LSC en la actualidad) no limitaba el derecho de impugnar a los asistentes a la junta general, sino que considera legitimados a todos los accionistas ausentes. MUÑOZ MARTÍN, *Disolución y derecho a la cuota de liquidación*, ob. cit., pág. 321.

³⁹ Sostiene JUSTE MENCÍA que la práctica demuestra la constitución de grupos de interés con independencia de la celebración de la junta general y con carácter previo a ésta. Agrega que esa mayoría, la cual según el esquema legal no se tiene certeza antes de la votación, puede apreciarse sin necesidad de esperar el desenlace de la votación. JUSTE MENCÍA, *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 41.

⁴⁰ Tal como lo describe GARRIGUES, según el criterio racionalista de la sociedad anónima la junta general es el órgano supremo donde la voluntad social se decide por mayoría y ésta se forma precisamente en el seno de la junta general. Los accionistas, con derecho a voto, asisten a la junta, se informan de los asuntos pendientes, discuten con sus consocios y luego forman un criterio que se traduce en la emisión de sus respectivos votos. La mayoría según esta concepción es el resultado de una deliberación dentro de cada junta de accionistas. Es por lo tanto, inestable porque sus componentes cambian constantemente. Agrega que, sin embargo, la realidad frente a esta concepción demuestra día a día que, en las juntas de las grandes sociedades, los accionistas se agrupan entre sí antes de la junta general, cambian impresiones entre ellos y se comprometen a votar de determinada manera. GARRIGUES, Joaquín, «Sindicato de accionistas», *RDM*, 1955, pág. 93.

unos pocos accionistas reunidos de manera estable tienen el poder de decisión social frente a una mayoría social apática representa un problema a la dogmática puesto que significa un vaciamiento de la junta general y, consecuentemente, desvirtúa al principio de mayoría. Todo ello va a conducir al agravamiento de la indefensión de los accionistas no pertenecientes al grupo de control⁴¹.

En esa línea JUSTE MENCÍA⁴² señala la dificultad que existe en encontrar una definición unívoca al término *minoría* que se refiera a una realidad única en la sociedad anónima y tenga también en consideración la diversidad de estructuras posibles dentro del mismo tipo. Independientemente de ello, da algunas pautas que facilitan su comprensión: (i) la minoría está íntimamente relacionada con la mayoría, una depende de la otra, y ambas lo son respecto del capital social; (ii) no se determina según el resultado de una votación en la junta general, existen previamente a ella una diversidad de minorías: un grupo de poder organizado, minoritario en relación con el capital social, pero con el poder de decisión, y otro desorganizado y disperso ajeno a la gestión de la sociedad. En este supuesto, corresponderá tutelar como minoría a todos aquellos accionistas que no pertenecen al grupo de control. Por último, menciona a otro tipo de minoría, la llamada *calificada*⁴³.

⁴¹ Cuestión que se va agravar por la errónea concepción legal que entiende que la mayoría y minoría se perfeccionan según lo acontecido en la junta general. JUSTE MENCÍA, *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 46.

⁴² JUSTE MENCÍA, *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 46 y ss.

⁴³ Minoría que en virtud de poseer un porcentaje significativo de capital social, fijado por la ley, generalmente en torno al cinco por cien, va a gozar de ciertos beneficios y prerrogativas. Es importante señalar que la minoría calificada puede estar en manos de un grupo de accionistas o únicamente en uno solo, la condición es que se reúna el porcentaje de capital social establecido en la normativa legal. Para ver más sobre este tipo de mayoría ir al subcapítulo 2.1.3, en especial ver la nota 145.

Para el análisis que vamos a realizar en el presente trabajo proponemos tomar los siguientes conceptos de manera amplia, aplicables tanto a una sociedad cerrada como a una sociedad cotizada: (a) mayoría: grupo estable y organizado que controla y gobierna a la sociedad imponiendo sus decisiones en las juntas generales, aunque no necesariamente lleguen a poseer la mayor parte del capital social; y (b) minoría: como todos aquellos que no formen parte del núcleo de poder de la sociedad y, por ende, ajenos al control societario. En otras palabras, el grupo que no sólo es *perdedor* en el resultado de la junta general, sino también el grupo no organizado⁴⁴, que sin tener que ser necesariamente inferior en participación del capital, se ve sometido a un acuerdo, adoptado por un porcentaje no inexcusablemente mayor de capital, pero sí efectivamente participativo en la junta⁴⁵.

Adicionalmente, asimilamos que parte de la desidia de los accionistas ausentes a la junta general se basa en la nula incidencia que tienen por la escasa participación que detentan. Por lo tanto, el absentismo de una mayoría de accionistas es comprensible dado que su participación individual en la sociedad es estéril y no les reportaría ningún beneficio. Y, en caso de organizarse con otros accionistas para constituir un grupo de presión, tendría costes muy elevados y tampoco aseguraría el éxito⁴⁶.

⁴⁴ En el mismo sentido, DUQUE DOMÍNGUEZ quien sostiene que la tutela de la minoría se realiza con aquellos medios con que el ordenamiento societario protege al grupo minoritario o al mayoritario inorganizado o al accionista aislado frente a un acuerdo que respetando las normas procedimentales en su adopción perjudica el interés social. DUQUE DOMÍNGUEZ, *Tutela de la minoría, impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 LSA)*, ob. cit., pág. 4.

⁴⁵ También se señala que este concepto puede aplicarse a las grandes sociedades que cotizan en bolsa como a las sociedades cerradas. MARTÍ LACALLE, *El ejercicio de los derechos de minoría en la sociedad anónima cotizada*, ob. cit., pág. 34.

⁴⁶ JUSTE MENCÍA, Javier, *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 47.

1.3 Formación de la voluntad social

A los fines de poder determinar la voluntad social la junta actúa como órgano colegiado y, por ende, debe cumplir con todos los requisitos legales que le son impuestos⁴⁷. A los efectos de formar la voluntad social en el ámbito del órgano de decisión se recurre al sufragio proporcional. En virtud del mismo, cada accionista debe tener tantos votos⁴⁸ como correspondan al importe de su inversión patrimonial *-principio de proporcionalidad-*. Y cada acción, por representar una alícuota parte del capital social idéntica a las demás, debe atribuir a su titular la misma cuota de influencia sobre las decisiones de la junta general *-principio de igualdad-*. Cada accionista influye en la formación de la voluntad social en relación directa con el número de acciones que posee⁴⁹. El principio de proporcionalidad no puede ser alternado por los estatutos, tal como lo establece el art. 188 de la LSC, no es válida la creación de acciones que de manera directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. En tal sentido, resulta

⁴⁷ La doctrina es mayoritariamente uniforme al ponderar a la junta general como órgano colegiado. Conforme sostiene ESTEBAN VELASCO: «La voluntad social en la junta general se forma necesariamente mediante el método colegial». ESTEBAN VELASCO, «Junta general de la Sociedad Anónima», ob. cit., págs. 3841. Tal como lo define SÁNCHEZ LINDE: «En general y a nivel estrictamente jurídico, la organización colegial (*collegium*) implica la unión de diversas personas bajo un mismo estatuto, con unidad de acción y propósito, a efectos de que su reunión pueda dictar acuerdos comunes a todos los participantes, siempre que se den las condiciones adecuadas. Estas condiciones o requisitos, para el órgano donde se implante la organización colegiada han de ser *materiales* y también *formales*. Materiales por permitir a la minoría disentir de la decisión global o común, otorgándole además los elementos de acción jurídica para impugnar el acuerdo resultante contrario a su voluntad, o defender en su caso sus derechos individuales ante el resto del colectivo. Igual o mayor importancia tienen si cabe los requisitos formales y procedimentales, concibiéndose en este marco con una exigencia rigurosa o severa, que puedan asegurar el proceso de formación de voluntad mayoritario, siempre menos evidente y seguro que la unanimidad». SÁNCHEZ LINDE, «El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima», ob. cit., pág. 51.

⁴⁸ El *voto* es definido como una manifestación de voluntad de carácter no recepticio ni constitutiva de negocio jurídico por misma. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., pág. 309.

⁴⁹ BÉRGAMO, Alejandro, *Sociedades anónimas. Las acciones*, T. II, Madrid, 1970, pág. 435.

lógico que en caso de empate, no sea lícita, por contravenir el principio de proporcionalidad, que debe existir entre el capital y el derecho de voto, la atribución estatutaria de votos dirimentes a favor del presidente⁵⁰. Pero, además, la mayoría no sólo se forma con los votos de los accionistas presentes en la junta general, sino que también con los de los accionistas ausentes que han delegado su voto (art. 189.2 de la LSC).

En cuanto a los tipos de mayorías, tradicionalmente, la doctrina ha distinguido, mayoría simple⁵¹ o mayoría relativa, mayoría absoluta y mayoría reforzada⁵². Es importante señalar en este aspecto que la reciente LSC, en su art.

⁵⁰ RDGRN de 17 de julio de 1956 (R. 2942). Ante la propuesta de la práctica del voto de calidad en la figura del presidente de la sociedad o de algún determinado socio en caso de empate, esta resolución estimó que el voto decisivo del presidente era contrario al principio de proporcionalidad entre el capital de sus acciones y el derecho de voto, constituyendo un supuesto de voto plural, prohibido entonces por el art. 38 de la LSA de 1951. SÁNCHEZ LINDE, Mario, «La posible atribución de voto de calidad o voto dirimente al presidente de la junta de accionistas de la sociedad anónima», en *Jornada Internacional: "Reflexiones sobre la junta general"*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 20 de abril de 2009, ver en <www.proyectojuntageneral.org>.

⁵¹ En virtud de la misma, para alcanzar el acuerdo social de los accionistas presentes o representados en la junta general se requerirá contar con un mayor número de votos emitidos a favor de la propuesta de acuerdo recogida en el orden del día que en contra, sin tener en cuenta otra consideración (como el porcentaje que representan aquellos votos). En este sentido es importante resaltar la mayor facilidad que brinda este sistema en comparación con la mayoría absoluta. Dado que en la mayoría simple, no importan las abstenciones, siempre que se cuente con un mayor número de votos emitidos favorables se obtendrá el acuerdo social, a pesar que aquellos votos representen una mínima parte del capital social representado en la junta. En cambio, las abstenciones con la mayoría absoluta juegan un papel preponderante porque para alcanzar el acuerdo social se debe cumplir *a priori* con una cuota porcentual de más de la mitad del capital representado en la junta general.

⁵² Sostiene PALÁ BERDEJO que la mayoría es un concepto genérico que comprende diversas especies. A fin de poder comprender del problema que plantea distingue entre: (i) la tasa de la mayoría; y (ii) la base o término de referencia del cálculo de la mayoría. A estos dos conceptos señalados, unidos y aplicados en concordancia dentro del colegio, se les llama «cómputo de la mayoría». La primera está representada por la proporción entre la cifra de votos favorables necesarios y el número total de ellos que constituye la base o conjunto de referencia. La misma puede ser *absoluta*, cuando sea suficiente que la tasa sea superior a un medio; *reforzada*, cuando se requiera que la tasa sea superior o alcance a una determinada fracción (v. gr. dos tercios); y *relativa*, cuando la tasa deba rebasar el número correspondiente a cualquiera de los distintos grupos en que

159, establece que «los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta»⁵³. Por su parte, en el art. 201⁵⁴ se establece que los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría ordinaria de los votos de los accionistas presentes o representados⁵⁵. Sobre este último aspecto, la reciente normativa no parece poner fin

se ha subdividido el término de referencia. En cuanto a lo segundo, la mayoría puede ser sobre *personas* (accionistas concurrentes a la junta) o sobre *intereses* (acciones que ellos representan). Sostiene también que el Derecho español adopta un sistema de *mayoría de intereses* pero remitiéndose siempre a los votos y, como principio general, una *mayoría absoluta* siempre que se hable en la ley o en los estatutos de pura o simplemente de mayoría. PALÁ BERDEJO, «El cómputo de la mayoría en la junta general de accionistas», ob. cit., págs. 42 y ss. Por su parte, define SÁNCHEZ LINDE *mayoría absoluta*, cuando la ley prescribiera que los votos a favor (la tasa o mayoría porcentual) debieran alcanzar la mitad más uno de la base numérica requerida (término de referencia) aplicable a una votación; *mayoría simple* o *relativa*, cuando la ley requiriese que, al margen del término de referencia, los votos a favor sencillamente fueran superiores a los votos en contra, sin tener que alcanzar ninguna cota mínima dentro del citado término; y *mayoría reforzada*, cuando la ley exigiese que los votos a favor llegaran a lograr una cota determina y superior a la mitad más uno del término de referencia. SÁNCHEZ LINDE, «El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima», ob. cit., págs. 109 y ss.

⁵³ Se diferencia del antiguo art. 93 de la LSA, que instituía solamente el principio mayoritario.

⁵⁴ Artículo 201 de la LSC. «Mayorías.

1. En la sociedad anónima los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría ordinaria de los votos de los accionistas presentes o representados.

2. Para la adopción de los acuerdos a que se refiere el artículo 194, será necesario el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento.

3. Los estatutos sociales podrán elevar las mayorías previstas en los apartados anteriores».

⁵⁵ Anteriormente, la LSA no especificaba ni daba instrucciones sobre cómo ha de realizarse el cómputo mayoritario. Entendía ALONSO ESPINOSA que el derecho de mayoría establecía que las decisiones sociales en el marco de la junta general sólo serían válidas cuando se reuniesen a favor del acuerdo la mayor cantidad de votos emitidos por parte de los asistentes. Ese derecho a voto lo portaban todas las acciones (con excepción, por supuesto, de las acciones sin derecho a voto). El criterio de distribución cuantitativa del derecho a voto entre las acciones era el de la proporcionalidad entre su valor nominal y la cifra de capital social. Se establecía un voto por cada acción, siempre que sean todas las acciones de igual valor nominal. En cambio, si existían acciones de distinto valor nominal los estatutos debían establecer el número de votos que correspondía a cada acción según un criterio de proporcionalidad entre su valor nominal y la cifra de capital social suscrito. La mayoría exigida para la válida adopción de acuerdos era la mayoría absoluta del capital con derecho a voto presente en la junta y favorable a la propuesta. Por lo

a la discusión doctrinal, en cuanto que si el acuerdo se debe adoptar por mayoría simple o por mayoría absoluta. Ciertamente, la redacción del artículo no precisa sobre qué tipo de mayoría debe implementarse como sí lo hace el art. 248 al establecer el tipo de mayoría absoluta en otro colegio, como es el consejo de administración. No resulta acertado asimilar el término *mayoría ordinaria* como *mayoría simple*. La mayoría ordinaria, sostienen algunos autores, es la referida por el legislador o por los estatutos para el funcionamiento habitual de la junta general en su labor de adopción de acuerdos comunes o de gestión, pudiendo constituirse ésta como un supuesto de mayoría simple, mayoría absoluta⁵⁶. Sin perjuicio de ello, hay veces que se confunden los términos y se los trata de sinónimos. De todas maneras, la posición tradicionalmente dominante en la doctrina y jurisprudencia española, al interpretar el art. 93 de la LSA⁵⁷, ha sido considerar que para el cómputo de la mayoría debe exigirse el voto favorable de más de la mitad del capital concurrente a la junta⁵⁸. Sin embargo, otros autores sostienen lo contrario, que a los fines de dotar de una mayor

tanto, abstenciones y votos en blanco de los presentes a la junta actuaban como votos en contra de la propuesta en votación. ALONSO ESPINOSA, Francisco J. (Dir.), *Curso fundamental de derecho mercantil*, V. II, Derecho de Sociedades, Quaderna Ed., Murcia, 2004, págs. 273 y ss.

⁵⁶ Para el autor, es complicado identificar mayoría ordinaria con mayoría simple, pues no son equivalentes. La mayoría simple ha de entenderse con relación a un significado matemático, mientras que la mayoría ordinaria podrá serlo cualquiera, absoluta o simple, la comúnmente utilizada y prescrita por la ley para el funcionamiento de la junta general. SÁNCHEZ LINDE, «El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima», ob. cit., pág. 118.

⁵⁷ Artículo 93 de la LSA. Junta general. 1. Los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta. Dado el exiguo tiempo de vigencia de la flamante LSC, no existen trabajos doctrinales publicados que analicen la presente cuestión.

⁵⁸ ESTEBAN VELASCO, «Junta general de la Sociedad Anónima», ob. cit., pág. 3847.

facilidad operativa al órgano en la toma de decisiones y favorecer el funcionamiento de la sociedad debe primar la interpretación de la mayoría simple o relativa⁵⁹.

Creemos que esta discusión no es menor, pese a que en la práctica no representa mayores inconvenientes dada la poca jurisprudencia que existe sobre este tema. Dependiendo del sistema a aplicarse se dará o no una mayor representatividad a los accionistas. Resulta además importante en esta cuestión el tratamiento que se da a los accionistas que se abstienen de votar o votan en blanco. Los dos sistemas tienen sus virtudes y sus puntos flacos. Aplicándose la mayoría relativa las decisiones contarían con menos representatividad, se profundizaría en el alejamiento de la unanimidad en pos de una mayor practicidad a la hora de aprobar acuerdos societarios. A la vez, se les respeta su decisión a quienes se abstiene de votar, y no se los considera como votos en contra. De esta manera, no se fomenta la utilización de esta figura para impedir la válida adopción de acuerdos como mecanismo de paralización del tráfico societario. Por otro lado, no es menos cierto que la decisión societaria puede ser aprobada por la minúscula parte del global del capital social existiendo un gran problema de legitimación de la resolución dictada por el órgano social propio de los accionistas. Asimismo, pasan a ser intrascendentes las abstenciones porque únicamente se tendrán en cuenta los votos válidamente emitidos afirmativos a la propuesta en sufragio contra los votos negativos⁶⁰. Aparte,

⁵⁹ También se admite que este sistema aporta resultados negativos como la reducción de la mayoría requerida para adopción de acuerdos a fracciones verdaderamente minoritarias, pero se lo justifica diciendo que es peor que el acuerdo no pueda adoptarse. MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge, «De la Junta General», en ARROYO, Ignacio - EMBID, José Miguel (Coord.), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, V. II, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 954 y ss.

⁶⁰ En cuanto a los accionistas que se abstienen estamos de acuerdo con lo sostenido por PALÁ BERDEJO, quien dice que: «... el socio que se abstiene pretende simplemente abstenerse, y puesto que ni vota en pro ni en contra, su conducta, en puridad, no puede interpretarse ni como aceptación ni como disentimiento». Agrega en la nota: «En rigor, el voto del accionista que se abstiene debe ser sumado al que vota en contra, puesto que ambos no aprueban las propuestas, si

creemos que aprobar el acuerdo social con mayoría absoluta supone un mayor respaldo por parte del accionariado puesto que se debe cumplir con un mínimo en relación al término de referencia. Además, éste parece ser el espíritu garantista de la ley, que sumado a la necesidad de contar un *quórum* constitutivo de la junta general del veinticinco por cien –art. 193 de la LSC-, busca imprimirle a la decisión aprobada en la junta general de un respaldo importante del capital social⁶¹. Más todavía cuando se trata de votar cuestiones importantes⁶² donde se exigirá un *quórum* reforzado de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto -art. 194 de la LSC-. Además, la ley tampoco se olvida de la importancia de facilitar el acuerdo social al establecer que en segunda convocatoria será válida la constitución de la junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma⁶³, en casos ordinarios, y para cuestiones trascendentes será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento del capital social suscrito y con derecho a voto.

bien el segundo pretende algo más, no sólo que no se apruebe, sino que se acuerde el rechazarla. El uno desea que no se llegue a decisión alguna, el otro que se adopte una resolución negativa; son criterios distintos, aunque la consecuencia práctica sea, en principio, la misma: la propuesta no es aprobada. Pero tampoco es rechazada, porque la cifra de votos en contra no excede a la de votos a favor y votos no emitidos, y en puridad no se acepta ningún acuerdo». PALÁ BERDEJO, «El cómputo de la mayoría en la junta general de accionistas», ob. cit., págs. 67 y 68.

⁶¹ Sin perjuicio de ello, sostiene PALÁ BERDEJO –quien afirma que la ley no lo establece pero que se tiene que entender por mayoría a la mayoría absoluta- que aun así acuerdos de indudable trascendencia pueden ser adoptados con un número insignificante de votos favorables, oponiéndose al buen sentido y a los principios generales. Tal circunstancia podría ocurrir, aun subsistiendo la exigencia del *quórum*, si todos los concurrentes se ausentan de la reunión o se abstienen, con excepción de unos pocos. Y se pregunta, si es lógico que acuerdos como la fusión de la sociedad o la disolución se tomen por una minoría despreciable. PALÁ BERDEJO, «El cómputo de la mayoría en la junta general de accionistas», ob. cit., pág. 65.

⁶² Aumento o reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales, la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.

⁶³ Cuestión que puede dar lugar a la paradoja de que se adopte un acuerdo social con un solo voto afirmativo si sólo se presenta un accionista titular de una acción con derecho a un voto.

En otro aspecto, en cuanto a la implementación de la mayoría, no sería correcto sostener que cuantos más decidan más reflejarán el interés social puesto que la mayoría no recae en las personas, además ésta podría estar representada en un solo accionista⁶⁴. Con lo cual parece más acertado indicar que la mayoría debe asimilarse a la mayor participación en el riesgo de la empresa⁶⁵, *ergo*, del mayor capital invertido por los accionistas en la sociedad⁶⁶.

En este sentido, conviene recordar que en las sociedades anónimas los accionistas limitan su responsabilidad al monto del capital aportado, por lo tanto, corresponde que prevalezcan y tengan más poder de decisión sobre los acuerdos a adoptar en la asamblea quienes hayan aportado más capital y, consecuente, asumido más riesgos. Si contrariamente se aplicase el régimen de unanimidad, el riesgo asumido por los accionistas que más han aportado sería irrelevante puesto que se

⁶⁴ La ley hace referencia a una mayoría de acciones y no de personas, el derecho a voto se concede a los socios en razón del número de acciones que corresponde a cada uno de ellos. Por ejemplo, un accionista con el 51 por 100 del capital social puede imponer su voluntad (salvo que se requiera mayoría reforzada) a otros tres accionistas titulares del 49 por 100 restante. MIQUEL RODRÍGUEZ, «De la Junta General», ob. cit., pág. 952.

⁶⁵ ASCARELLI, Tulio, «Principi e problemi delle società anonime», *Studi in tema di società*, Milán, 1952, pág. 52, citado por MUÑOZ MARTÍN, *Disolución y derecho a la cuota de liquidación*, ob. cit., pág. 305.

⁶⁶ Es importante señalar que se toma aquí una concepción objetiva/cuantitativa del riesgo asumido por accionista en virtud de la cantidad de capital aportado en la sociedad, cuanto más capital invertido más riesgo asumido. Una postura subjetiva/cualitativa, y capaz más fiel a la realidad, aunque de imposible implementación en la práctica, sostendrá que el accionista minoritario podrá asumir un mayor riesgo que un accionista mayoritario por el capital aportado en la sociedad puesto que su inversión en la sociedad representará una gran parte de su patrimonio (invirtiendo muchas veces los ahorros de su vida), cuando el accionista mayoritario -a pesar de tener una mayor participación en la sociedad-, ese capital representaría una exigua parte de su patrimonio ya que podría contar con otras inversiones en otras sociedades y contar con un mayor respaldo económico que acorta el riesgo asumido en la sociedad en cuestión. O sea, esta concepción subjetiva entiende que el accionista minoritario puede asumir mayor riesgo en la sociedad porque su participación social es todo lo que tiene. Por otro lado, como vimos en la definición de minoría, la mayoría no siempre representa una mayor parte en el capital social, puede ser una minoría organizada que controle a la sociedad, con lo cual se desvirtúa la concepción de legitimación de la mayoría por cuenta al riesgo asumido.

necesitaría la conformidad de todos los socios para adoptar las decisiones⁶⁷. A mayor abundamiento, se puede decir que el principio de mayoría adoptado para la conformación de la voluntad social se determina con base en el *principio real* y no en el *principio viril*⁶⁸. La mayoría se establece con base en la cantidad de capital social poseída por cada socio y no el número de personas o socios⁶⁹. Dicho de otra manera, el acuerdo mayoritario que llevará al acuerdo social, en virtud del principio de mayoría, se conformará a través de la ponderación de la cantidad de capital, y consecuentemente, de votos que se podrá reunir.

Otro aspecto importante que señalan algunos autores⁷⁰ es que la estructura de la sociedad mercantil adoptará un sistema organizativo de corte democrático, donde se realiza una elección del consejo de administración y éste se

⁶⁷ SÁNCHEZ LINDE, «El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima», ob. cit., pág. 60.

⁶⁸ La distinción entre principio viril *–intuitus personae–* y real *–intuitus pecuniae–* la desarrolla muy claramente SÁNCHEZ LINDE, con relación al principio viril sostiene que: «... el voto que conforma la mayoría será otorgado en la misma medida a cada socio por su mera condición de miembro, sin atender al número de títulos de las que es propietario, y no importando, por lo tanto, la cantidad por la cual contribuye al capital social ni la proporción en la que asume los posibles riesgos propios de la actividad económica o comercial de la empresa» y en cuanto al principio real: «... por representar cada título una parte alícuota del capital social, debe irrogarse a su titular una cuota de decisión en el acuerdo mayoritario de una forma proporcional a la cantidad de las partes que el accionista originalmente aportó (y proporcional también, como se dice, a la medida de las cantidades monetarias que arriesga en el negocio)». SÁNCHEZ LINDE, «El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima», ob. cit., págs. 190 y ss.

⁶⁹ Sostiene PALÁ BERDEJO: «Con relación a la expresada base del cálculo, la mayoría puede ser numérica o de *personas*, si está integrada por un número de individuos (v. gr., accionistas concurrentes a la Junta), y económica o de intereses si está constituida por el valor o entidad de los *intereses* (cuotas, créditos, acciones, etc.) que aquéllos representan. El Derecho español, por lo que se refiere a la Junta de accionistas, adopta como norma general la *mayoría de intereses*, de acuerdo con el principio de proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto...». PALÁ BERDEJO, «El cómputo de la mayoría en la junta general de accionistas», ob. cit., pág. 68.

⁷⁰ POLO SÁNCHEZ, Eduardo, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. II Sociedades Mercantiles, Civitas, Madrid, 1996, págs. 2270 y ss.

halla sometido a la asamblea -junta general-, la cual funciona como un parlamento, con su correspondiente orden del día y sus votaciones. Al igual también que un parlamento, las votaciones están sometidas al régimen mayoritario. Pero tampoco este poder es absoluto ni incondicional, encuentra sus límites hacia fuera por el respeto de los derechos de terceros, tales como acreedores de la sociedad, y hacia adentro por la protección a la minoría como «correctivo sentimental a la fuerza bruta del número»⁷¹.

Sin embargo, es importante resaltar que esta estructura, en cierto sentido, asimilable a la una organización democrática tiene una característica que la hace particular y determinante. La diferencia radica en que en la democracia política a cada persona le corresponde un voto, en cambio en la sociedad anónima el voto no se encuentra en la persona sino en el capital. La cantidad de acciones determinará la cantidad de votos y no la cantidad de socios. En otras palabras, la mayoría no se asienta en la cantidad de accionistas sino en su capital. Este sistema encuentra su fundamento en la simple razón que no se puede permitir que el socio con una mínima inversión impida que los socios con mayores aportaciones –y riesgos- tomen las decisiones que crean más convenientes para el bien de la sociedad⁷².

Asimismo, el principio de mayoría parece tener una clara vocación económica al dotar a la sociedad de funcionalidad y optimización. De esta manera, se busca que la sociedad sea atractiva frente a las inversiones de los operadores económicos. Los cuales tendrán la seguridad de que si consiguen la mayoría de votos

⁷¹ GARRIGUES, «La protección de las minorías en el derecho español», ob. cit., pág. 249.

⁷² ESTEBAN VELASCO en vez de resaltar el funcionamiento «democrático» prefiere hablar de funcionamiento «oligárquico», derivado de la concentración del poder en un grupo reducido de personas –accionistas de control y/o los administradores- y el simultáneo alejamiento del sector mayoritario del accionariado del proceso de adopción de decisiones y del control. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación», *RdS*, núm. 2, 1994, pág. 143.

en una sociedad, sus decisiones no podrán ser vetadas por alguien que realice menor aportación⁷³.

1.4 El principio de mayoría como voluntad social, y la protección de la minoría

Como vimos, en la junta general se decidirá por mayoría y se adoptarán decisiones que conformarán la voluntad social en materias de su competencia. Lo que se decida en la junta general -el órgano de decisión de la sociedad- vinculará a la totalidad de los accionistas (incluidos por supuesto los disidentes, quienes se abstuvieron de votar y los ausentes) quedando sometidos a lo dispuesto en ella tal como lo establece la segunda parte del art. 159 de la LSC. Se presenta entonces el carácter *homogeneizante* de las distintas voluntades que se pueden encontrar en el seno de una sociedad⁷⁴.

Esta característica del principio mayoritario es aceptada por la doctrina puesto que es implantada por el legislador para vincular las voluntades presentes, mayorías y minorías, produciendo una unificación de las mismas en el acuerdo social en forma tal que la voluntad de la mayoría vale como voluntad del órgano y de la propia sociedad⁷⁵. En tal sentido, se establece este mecanismo de unificación para

⁷³ SÁNCHEZ LINDE, «El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima», ob. cit., pág. 62.

⁷⁴ SÁNCHEZ LINDE, «El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima», ob. cit., pág. 80.

⁷⁵ Sostiene GIRÓN TENA que el conjunto de voluntades en la junta general no tienen ningún tipo de relación de interdependencia entre sí, siendo concomitantes. Agrega que en los acuerdos mayoritarios «las voluntades se uniforman para hacer posible la suma —no son sumables sumandos heterogéneos— y, en este sentido, se puede decir que se unifican. En cuanto el total se hace relevante y determina la voluntad del ente, se puede decir que las voluntades se funden». Y agrega que: «... la fórmula del acuerdo mayoritario debe presuponer la uniformidad de intereses.

poder lograr un acuerdo uniforme de las distintas motivaciones que pueden existir y de las voluntades dispares que se pueden encontrar en una organización plural integrada por un número importante socios a los efectos de llevar adelante a la sociedad y lograr el interés social.

Sin perjuicio de ello, no puede ser indiferente en este aspecto el hecho que se logra la unificación de voluntades a través del principio de mayorías de una manera poco equitativa frente a la minoría, puesto que por la aplicación del referido principio y en virtud del poder unificador pueden verse no sólo privados de decisión sino también desfavorecidos en sus intereses o patrimonios, cuestión que puede llevar a la minoría a una situación de indefensión y desamparo⁷⁶.

Por tales motivos, el hecho de que se puedan adoptar las decisiones por mayoría no signifique que ésta pueda hacer lo que le plazca, dado que tiene que respetar el interés de la sociedad⁷⁷ y todas las normas organizativas y procedimentales de tipo colegial que permitan asegurar el correcto funcionamiento

Cuando los intereses no coinciden, la aplicación del principio mayoritario contiene, con el error conceptual, muy graves consecuencias prácticas: el defecto de legitimación para disponer que remite a la mayoría la posibilidad de decidir de intereses de terceros». GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades*, T. I, Madrid, 1976, págs. 310 y ss.

⁷⁶ Sostiene SÁNCHEZ LINDE también que la homogeneización en razón de la voluntad mayoritaria implica un sacrificio de las voluntades o pareceres del socio minoritario y que el legislador desecha la cuota de decisión de los minoritarios en virtud de la gobernabilidad del órgano, pues implantar el principio unánime conllevaría prácticamente a la inoperatividad decisoria de la sociedad, porque con la unanimidad no existe la uniformidad u homogeneización de criterios sino aunamiento o conjunción de la totalidad de los mismos, lo que implica un grado de consenso pleno muy difícil de lograr. Asimismo sostiene el autor que otro problema es la *artificialidad* del principio de mayorías en cuanto todo dependerá de una cuestión matemática, cuando la ley considera el número de votos de respaldo es suficiente (mayoría simple, absoluta o reforzada), será cuando se extienda ficticiamente la unificación de criterios al resto de los votos. SÁNCHEZ LINDE, «El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima», ob. cit., pág. 82 y ss.

⁷⁷ En este sentido, se ha resuelto que la Junta general es la expresión de la voluntad social, pero no es soberana. No puede acordar nada contrario a los estatutos, salvo la previa modificación de los mismos. STS del 1 de julio de 1961, RJ 1961/2876.

del órgano social. De modo que si éstas no son cumplidas no habrá acuerdo social y, por ende, no existirá la homogeneización o unificación válida de voluntades⁷⁸.

Por otro lado, conforme lo referido precedentemente, queda asentado el principio de la mayoría por el cual el accionista queda sometido a lo que decida quienes tienen mayor capacidad de reunir más cantidad de votos (en relación con el capital aportado) en la junta general en contraposición a la unanimidad que otorga al accionista un máximo de protección bastándole el veto para impedir el acuerdo pero a costa o con el riesgo de paralizar a la sociedad⁷⁹. Al entrar en una sociedad el socio pierde parte de sus derechos en beneficio del grupo, el accionista que suscribe sus títulos se somete a una triple abdicación: (i) sustrae una parte de su patrimonio y lo pone a disposición de la sociedad (quedándose únicamente con un poder indirecto sobre aquella porción de su patrimonio a través del derecho de voto); (ii) se somete al pacto social; y (iii) se somete a la ley de la mayoría⁸⁰. Las referidas ventajas de funcionalidad, optimización y atracción económica que le otorga a la sociedad la implementación del sistema mayoritario acarrea también algunos problemas que no

⁷⁸ Señala ANDRINO HERNÁNDEZ que: «no existirá voluntad social, esto es, verdaderos acuerdos sociales, sino cuando se cumplan todas y cada una de las previsiones legales y estatutarias para su formación, para la conversión de la voluntad psicológica o primaria en voluntad corporativa, la cual sólo puede engendrarse con arreglo al procedimiento preestablecido en la Ley y por los estatutos sociales. No ya el conjunto de las voces singulares, ni siquiera el coro social al unísono, equivale a la voz social, por lo cual la unificación de los timbres vocales individuales, armónicos o no entre sí, sólo se puede lograr por virtud de la fórmula preestablecida» ANDRINO HERNÁNDEZ, Manuel, «Especificación formal de los acuerdos en la sociedad anónima», *AAMN*, T. XXX, V. II, 1991, pág. 133.

⁷⁹ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, ob. cit., 1976, págs. 311.

⁸⁰ GARREAU DE LA MERCHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, París, 1937, pág. 36. citado por MUÑOZ MARTÍN, *Disolución y derecho a la cuota de liquidación*, ob. cit., pág. 287.

han sido indiferentes a la doctrina, como es la protección de la minoría ante los posibles abusos de los accionistas mayoritarios frente a los minoritarios⁸¹.

Los derechos de minoría deben ir acompañados de ciertas medidas que refuercen su efectividad⁸² frente a los acuerdos de la junta general y las medidas del órgano administrativo. La mayoría, quien ostenta el poder de decisión, debe representar y defender el interés de la sociedad. Cuando la mayoría se aparta de este interés y sigue ejerciendo su poder, entraría a abusar de aquella potestad, pasando a representar y defender el interés de un accionista o un grupo de ellos existe un conflicto de intereses. La ley ante esta situación debe optar por privilegiar la defensa del interés de la sociedad dándole posibilidad a la minoría de impugnar judicialmente el acuerdo en crisis⁸³. Así pues, todo socio está legitimado para impugnar los acuerdos adoptados por la mayoría en la junta general siempre que se reúnan los requisitos previstos en la Ley⁸⁴. De esta forma el principio mayoritario permite las correcciones necesarias para asegurar la justicia de las decisiones sociales resueltas. No se atenta contra el principio de mayoría sino que se impide que la mayoría utilice abusivamente su poder en detrimento de la propia sociedad. En definitiva, la tutela de la minoría no es sino la de la propia sociedad a través de la intervención de la minoría⁸⁵.

⁸¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, *Tutela de la minoría, impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 LSA)*, ob. cit., pág. 2.

⁸² Como el acabado cumplimiento al derecho de información y un poder de impugnación judicial ágil que permita al socio minoritario acudir ante el juez ante un acuerdo viciado.

⁸³ GARRIGUES, «La protección de las minorías en el derecho español», ob. cit., pág. 265.

⁸⁴ De esta manera el art. 204.1 de la LSC establece que «son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros».

⁸⁵ DÍAZ ECHEGARAY, *Los derechos mínimos del socio*, ob. cit., pág. 207.

Resulta interesante la posición de GARRIGUES⁸⁶, quien señala que la defensa de la minoría es asociada automáticamente en una serie de preceptos legales que buscan defender los derechos de las minorías. Sin embargo, esos preceptos no tienen este propósito inmediato, sino el de defender un interés más elevado, como es el interés de la ley, el de las buenas costumbres, el del bienestar de la empresa, etc. Cuando se concede un recurso jurídico al accionista por haber violado la mayoría una norma legal, estatutaria o un derecho individual se está protegiendo la ley, al estatuto y al derecho individual, no a la minoría. En tal sentido, GARRIGUES distingue unos tipos de preceptos que exigen a la minoría que fundamente las razones por las cuales se opone a la mayoría⁸⁷. Estas razones pueden ser el abuso o la desviación de poder por parte de la mayoría o la contradicción con la ley o los estatutos sociales. En estos últimos, la limitación del poder de la mayoría no deriva de la estructura normal de la sociedad y requieren de un poder extraño a ella, como es el poder judicial para que anule el acuerdo impugnado. Por lo tanto, cuando la minoría tiene que invocar la contradicción con la ley, con los estatutos o con el interés de la sociedad, en realidad lo que directamente está protegiendo es la ley, el estatuto o la sociedad misma. No es la defensa de la minoría sino de la ley, el estatuto y el interés social que debe primar ante una resolución que lo contradiga.

⁸⁶ GARRIGUES, «La protección de las minorías en el derecho español», ob. cit., págs. 251 y ss.

⁸⁷ Por contraposición a otros preceptos, dirigidos a autorizar a la minoría la no sumisión a la mayoría, sin preocuparse por el fundamento de la oposición. Estos casos no se someten a la decisión de la mayoría. Son aquellos en los que la ley le concede a los grupos minoritarios o un socio aislado el derecho a oponerse a la mayoría implementando recursos pertenecientes al funcionamiento normal de la sociedad, sin tener que ejercer ninguna acción impugnativa. Estos preceptos configuran la defensa de los derechos en sentido estricto. Hay varios ejemplos en la LSC a los enunciados por el profesor: (i) intervención del accionista en las juntas generales –art. 93-; (ii) derecho a los accionistas que representen el cinco por cien del capital social a nombrar auditor para la valoración de activos –art. 69-; (iii) derecho a los accionistas que representen el cinco por cien del capital social a convocar una junta general; etc.

Lo que se refiere a la impugnación de los acuerdos sociales gira en torno a la aplicación del principio mayoritario y constituye un compromiso entre la formación de la voluntad social a través del reconocimiento de ese principio y la cautela que garantice un justo proceder en su aplicación⁸⁸. El juez no se debe inmiscuir en los asuntos internos de la sociedad, ni debe adoptar medidas societarias sustituyendo al poder de la mayoría. Tampoco es órgano superior de la asamblea general en el seno de la sociedad⁸⁹, sino que ha de proceder con ponderación y cautela procurando no invadir la acción reservada por la ley o por los estatutos sociales a los órganos de la sociedad, pero revisando si la mayoría con los acuerdos adoptados se ha extralimitado por exceso o por defecto en el ejercicio de sus funciones legales o convencionales o ha causado lesión a la entidad en beneficio del algún socio⁹⁰.

⁸⁸ DUQUE DOMÍNGUEZ, «Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría», ob. cit.

⁸⁹ Tal como afirma GARRIGUES: «El juez no se convierte en órgano superior de la asamblea general en el seno de la sociedad, sino que sigue cumpliendo su misión de corregir los abusos o las desviaciones de poder, como ocurre en otros sectores de la vida jurídica», GARRIGUES, «La protección de las minorías en el derecho español», ob. cit., pág. 267.

⁹⁰ STS 4 de octubre de 1956, RJ 1956/3396.

CAPÍTULO SEGUNDO
INTERESES EN JUEGO Y TIPOS DE CONFLICTOS
ENTRE MAYORÍA Y MINORÍA

En el capítulo anterior hicimos referencia a la manera en que se forma la voluntad social en el seno del órgano de decisión; vimos el método utilizado en la junta general (el principio mayoritario) y brevemente su evolución en distintos países de Europa continental. Asimismo, definimos los conceptos de mayoría y minoría de accionistas e hicimos referencia a la importancia de establecer un sistema efectivo de tutela a la minoría sometida a lo dispuesto por quienes tienen el poder de decisión. En el presente capítulo, trataremos de estudiar los distintos conflictos que pueden existir en la sociedad, pero para ello es imprescindible desarrollar qué tipos de intereses conviven en la sociedad, tales como el *interés social*, el *interés del socio individual* y el *interés de la minoría*, y cómo éstos se interrelacionan.

Conforme se hiciera referencia en el capítulo anterior, el poder de decisión en una sociedad anónima se concentra en un grupo reducido de personas (accionistas de control y/o administradores) y, simultáneamente, la mayor parte del capital social se encuentra en manos de accionistas alejados del proceso de selección de decisiones y del control de la sociedad. Esta estructura orgánica puede traer aparejados varios conflictos de intereses entre administradores y accionistas, y entre la mayoría y minoría accionarial⁹¹.

⁹¹ Conforme sostiene ESTEBAN VELASCO respecto a sociedad anónima: «En relación con su funcionamiento y difusión en el tráfico deben destacarse los elementos de la división del capital en acciones de reducido valor y fácilmente transmisibles, que permite atraer la inversión de gran número de pequeños capitales hacia la actividad empresarial (potencial captación masiva de

Tradicionalmente se ha clasificado a los tipos de conflictos societarios en tres categorías⁹², en los que se enfrentan: (a) socios y accionistas; (b) socios contra los acreedores de la sociedad; y (c) socios entre sí, entre mayoría y minoría⁹³. Tal como lo mencionamos oportunamente, vamos a concentrarnos en el presente trabajo a estudiar la tercera categoría, o sea, los conflictos entre socios en general y, en particular, los conflictos entre mayoría y minoría societaria⁹⁴.

Al operar las sociedades anónimas a través del principio mayoritario en la toma de decisiones en el órgano especial de intervención de los socios, allí se verá como posibles grupos antagónicos despliegan su poder en dirección a sus intereses. Pero a la vez, existe un interés de la propia sociedad. Estudiar los conflictos entre la

capital), la responsabilidad limitada que salvaguarda el resto del patrimonio del accionista del riesgo empresarial (diversificación de riesgos) y la consiguiente organización corporativa que permite un ejercicio del poder relativamente especializado y centralizado en el órgano de administración (potencial separación de la función de dirección y de aportante de capital de riesgo). Estos rasgos estructurales estriban las ventajas (financieras y organizativas) y los principales problemas de regulación (conflictos de intereses) de la sociedad anónima». Después agrega: «En torno a la estructura orgánica gira el otro bloque de problemas permanentes de la regulación de la SA [por sociedad anónima]. En una óptica tradicional aquí se plantean los problemas de regulación de los derechos administrativos de los socios, de la tutela de la minoría frente a la mayoría y el régimen de distribución de competencias entre los administradores y la JG [por junta general] y el modelo real de la SA (basado en un funcionamiento “oligárquico”, derivado de la concentración del poder en un grupo reducido de personas –accionistas de control y/o los administradores- y el simultáneo alejamiento del sector mayoritario del accionariado del proceso de adopción de decisiones y del control)». ESTEBAN VELASCO, «Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación», ob. cit., págs. 133 y 143.

⁹² Asimismo, VICENT CHULIÁ ha diferenciado también tres categorías de conflictos en la actual sociedad anónima: (i) los problemas tipológicos que acarrea el hecho de que el mismo tipo social pueda ser implementado por una gran sociedad que cotizada, una pequeña cerrada, una familiar, etc.; (ii) conflicto entre mayorías y minorías de capital; y (iii) conflictos de intereses entre la propiedad y el crédito, entre quienes ejercen el control de la sociedad y los acreedores sociales. VICENT CHULIÁ, Francisco, «Problemas candentes de la sociedad anónima», *RGD*, núm. 591, 1993, pág. 11.914.

⁹³ SÁNCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital...*, ob. cit., pág. 31.

⁹⁴ Con arreglo a las definiciones apuntadas en el capítulo 1.2.

mayoría y la minoría requiere del análisis de estos intereses porque van a ser determinantes en la estructura del presente trabajo.

En efecto, la sociedad nace por creación de los accionistas. Estos accionistas poseen un interés subjetivo que los lleva a contratar, el cual posiblemente coincida con el interés los otros socios. Entonces se conforma a la sociedad en una búsqueda de un fin común. Pero para conseguir este fin común los socios tendrán que colaborar en la formación de una organización capaz y solvente que pueda desarrollar su negocio y que pueda determinar la forma en que lo hará⁹⁵. Asimismo, tendrá una considerable importancia la sumisión de todos los partícipes a un resultado unitario. Como consecuencia de la fusión de estos elementos, se produce la pérdida de autonomía del socio individual en los asuntos de carácter común y la supremacía del principio mayoritario. Sin embargo, esta sumisión del socio individual no significa la claudicación de sus intereses individuales y más aún, de manera sectorial, de los intereses de una minoría⁹⁶.

2.1 Diversidad de intereses

2.1.1 Interés social

El interés social reviste de mucha importancia en el estudio de la sociedad anónima. Dependiendo de su análisis (y de la postura que se tome al hacerlo), se llegará a tener una concepción distinta de lo que es en definitiva la sociedad anónima. Esto es, si define al interés social como el interés únicamente de

⁹⁵ En tal sentido, se señala que los intereses de los intervinientes en la formación del contrato social no se satisfacen por prestaciones directas a cada uno de los demás, sino por la actividad de ejecución del fin común. Por ello, se destaca la necesidad de una organización para esa actividad y de una colaboración entre los socios. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 134.

⁹⁶ SÁNCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital...*, ob. cit., pág. 33.

los accionistas o, a la vez, conviven dentro de aquella noción otros intereses independientes del interés de los socios. Asimismo, el interés social adquiere una gran relevancia dado que se trata de una norma de conducta para el accionista y para el administrador, puesto ambos tienen que adecuar sus actos al interés social. Así, es citado en varios preceptos de la ley societaria, como por ejemplo, el daño al interés social es invocado como causal de impugnación (art. 204.1 de la LSC), para proceder a la separación de los administradores de su cargo (art. 224 de la LSC) y aun para justificar la supresión parcial o total del derecho de suscripción preferente de los accionistas (art. 308 de la LSC)⁹⁷.

Como primera referencia que podemos proporcionar a la hora de definir el significado del interés social es la proporcionada por la normativa legal societaria. Conforme se desprende del art. 226 de la LSC (similar al antiguo art. 127 bis de la LSA⁹⁸), que regula el deber de lealtad de los administradores de la sociedad, el interés social tiene que ser entendido como el interés de la sociedad⁹⁹. Por supuesto que esta definición circular no arroja mayores elementos en la materia en análisis¹⁰⁰, pero

⁹⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», *RDM*, núm. 246, 2002, págs. 1662 y 1663.

⁹⁸ Artículo agregado a la LSA en virtud de la llamada Ley de Transparencia, núm. 26/2003, bajo la influencia del informe ALDAMA (Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, 8 de enero de 2003). Este informe entre otras tantas cuestiones proponía reformas legales respecto a los deberes de los administradores que los encontraba insuficientemente regulados en la cláusula general del art. 127 de la LSA. De esta manera, la Ley de Transparencia buscó, entre otras cosas, profundizar la distinción entre deberes de diligente administración y deberes de lealtad. JUSTE MENCÍA, Javier - IGARTÚA ARREGUI, Fernando, «Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», *RdS*, núm. 24, 2005, págs. 75 y ss.

⁹⁹ Art. 226 de la LSC. «Deber de lealtad. Los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos».

¹⁰⁰ Conforme se indica sobre la definición legal arrojada por el art. 127 bis de la LSA: «si atendemos a la definición del interés social, la reforma del artículo 127 bis de la LSA ha resultado frustrante,

pareciera tener una noción de interés de la sociedad como algo diferenciado del interés de los socios¹⁰¹. Puesto que la redacción de la ley no hace referencia al interés social como el interés de los accionistas, puede dar lugar a interpretarla como una figura ambigua donde pueden caber los intereses comunes de los accionistas con la de otros grupos (trabajadores, consumidores, medio ambiente, etc.).

Sin perjuicio de ello, es imprescindible a la hora de abordar este complejo tema señalar la existencia de dos corrientes de pensamiento de apariencia antagónicas que tendrán una concepción de la sociedad opuesta. La discusión entre una y otra postura, muchas veces, no es inocente sino que responde a una concepción ideológica de la sociedad¹⁰². Adoptar cualquiera de ellas tendrá sus lógicas consecuencias prácticas en el desenvolvimiento de la sociedad, dado que – *grosso modo*– para una de ellas, visión contractualista de la sociedad, el interés social es el interés común de los socios que conforman la sociedad y, para la otra visión, la institucionalista, la concepción de la sociedad como una institución determinará la existencia de un interés complementario al de los socios como son los intereses de la comunidad, de los trabajadores, el medio ambiente donde desarrolla sus actividades,

puesto que tras un debate que revelaba posiciones muy alejadas, se optó por una dicción que no aporta esclarecimiento alguno a una de las cuestiones más discutidas en nuestro ordenamiento mercantil, como es la de a qué intereses debe intentar satisfacer la acción empresarial y, en concreto, la gestión que desarrollan sus administradores. Decir que el interés social es el interés de la sociedad es una obviedad. Lo necesario es identificar los intereses específicos que confluyen en el interés social de entre varios que se ven afectados por su actividad». SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «De los presupuestos del concurso», en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan – GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, (Directores), *Comentarios a la legislación concursal*, V. I, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 59 y 60.

¹⁰¹ En el proyecto original de la ley 26/2003, figuraba la frase «el interés social, entendido como interés común a todos los socios», ver en: BOCG, Congreso de diputados, 28 de marzo de 2003, págs. 5. Ver también su análisis en VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al derecho mercantil*, 20ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 288.

¹⁰² SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal, *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Civitas, Madrid, 1973, pág. 338.

de la economía en general, etc.¹⁰³. A continuación vamos recavar sobre algunas consideraciones acerca de la concepción contractualista e institucionalista de la sociedad pero centrándonos más que nada en la concepción de interés social, materia que nos ocupa al momento.

a) Visión contractualista

Esta escuela parte del principio de que el interés de la sociedad descansa en el interés común de sus accionistas. La sociedad va a ser una fórmula jurídico-organizativa apta para satisfacer intereses individuales, en cuanto sean comunes a una pluralidad de personas. Por lo tanto, va de suyo, que esta concepción excluye cualquier configuración de un interés social superior y diverso del interés de los socios. En tal sentido, la empresa¹⁰⁴ es entendida como un conjunto de contratos que

¹⁰³ Si bien consideramos interesante esta dialéctica entre las distintas visiones de la sociedad, es cierto que algunos autores la relativizan. De esta manera, se ha sostenido: «La relevancia de la polémica tradicional queda reducida, desde la óptica aquí acogida, únicamente a la opción por una orientación contractualista o institucionalista del concepto de *interés social*, como presupuesto para el estudio de aquellos instrumentos previstos por el ordenamiento societario que, con base en aquel concepto, contribuyen a señalar los límites dentro de los cuales debe desenvolverse el ejercicio del poder que la vigencia de la regla de la mayoría en la toma de decisiones sociales confiere a los socios mayoritarios. Por lo tanto, [...] será preciso determinar si, en vigente Derecho español de sociedades, con la referencia al *interés social* se tutela únicamente el interés de los socios, o se protegen, además, otros intereses (de los trabajadores, acreedores o, en general, la economía nacional)». SÁNCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital...*, ob. cit., pág. 62.

¹⁰⁴ En cuanto a la relación entre empresa y sociedad, es interesante la reflexión que realiza GARRIGUES sobre la expresión que define a la sociedad anónima como la forma jurídica de la empresa moderna. Al sostenerse esto, dice el profesor, se está identificando a la empresa con la sociedad titular de la empresa, olvidando la esencia capitalista de este tipo social. Antiguamente, cuando el derecho mercantil creó la sociedad colectiva como mecanismo organizativo de empresa, era posible asimilar los términos diciendo que la sociedad colectiva era en efecto la forma jurídica de la empresa, porque era (y lo sigue siendo) una comunidad de trabajo. En cambio, la sociedad anónima es lo contrario a una comunidad de trabajo, existen unos accionistas –propietarios de la sociedad– que su función es aportar capital, no trabajar. No hay entonces forma organizativa de empresa en la sociedad anónima. Todo lo contrario, la empresa es un

se celebran entre los distintos factores que la forman –capital, trabajo, etc.- y que tienen por objeto determinar la forma en que se han de relacionarse éstos para lograr la obtención de la producción empresarial. Estos contratos también determinan la forma en que los resultados obtenidos se reparten entre los distintos participantes de la empresa. Dentro de este conjunto de contratos -lo que entienden por sociedad- se pueden encontrar unos subcontratos que vinculan a los socios entre sí y a los socios con los administradores. Por lo tanto, el contrato de sociedad regula las relaciones entre accionistas y la de éstos con los administradores. Asimismo, la personalidad jurídica que reviste a estos contratos unifica las relaciones entre accionistas y le permite actuar como nexo de los contratos que los accionistas realizan con otros sujetos que intervienen en la empresa (trabajadores, proveedores, etc.) y el mismo Estado¹⁰⁵.

organismo económico y se caracteriza por la actividad y la sociedad es un organismo jurídico, un mecanismo colector de capitales. Además quienes trabajan en la empresa no son propietarios y están fuera de la estructura social. GARRIGUES, Joaquín, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971, pág. 263. Por su parte, GONDRA también analiza la relación entre el derecho y la empresa. En primer lugar, dice que la empresa es estudiada por todas las ramas del derecho y que una definición unívoca es inútil, cada disciplina dará su concepto jurídico de empresa. Asimismo, señala que actualmente la dogmática jurídico-privada no duda en referir a la empresa a la esfera del «objeto» del derecho, como realidad externa al sujeto. La empresa es creación del empresario que la conforma con elementos objetivos extraídos de su patrimonio, dispuestos y combinados por él en una unidad de organización. La empresa es un objeto (*sui generis*) que necesita siempre del permanente impulso de la actividad conformadora y gestora del sujeto. Otra característica propia es su transmisibilidad. Para el derecho la empresa no es sujeto, lo puede ser desde una perspectiva económico-funcional y sociológica. Por su parte, el empresario será quien ejerza con autonomía una actividad empresarial, pudiendo ser una sociedad anónima o una limitada. Éstas, en cuanto sujeto de derecho independiente, serán «empresarios» en sentido jurídico. Coincide con GARRIGUES en sostener la alteridad titular-empresa también en aquellas empresas cuya titularidad viene referida a sujetos-personas jurídicas. GONDRA, José María, «La estructura jurídica de la empresa. (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)», *RDM*, núm. 228, 1998, págs. 493 y ss.

¹⁰⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Interés social y derecho de suscripción preferente, Una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 21.

El interés social es, entonces, como nos referimos precedentemente, el interés común a todos los participantes de la sociedad, lo poseen los accionistas porque se vincula necesariamente con su posición jurídica de socios¹⁰⁶. Por lo tanto, no es necesario investigar el interés particular del socio, sino que puede ser presumido en virtud de su carácter de socio¹⁰⁷. Este interés nace como causa del contrato y se circunscribe a la realización del fin último de la sociedad¹⁰⁸. De esta manera, la causa del contrato de sociedad, interés que tienen los socios, es que mediante la actividad social se logre el máximo lucro posible para ellos¹⁰⁹.

Creemos conveniente hacer unas breves referencias acerca de la íntima vinculación que existe entre el *interés común de los socios*, el *fin* y el *objeto social*. Conforme se ha sostenido, el fin común de los socios, se convierte en el fin de la sociedad y se concreta en el objeto social, es decir en las actividades desarrolladas por la sociedad o a través de la empresa¹¹⁰. El objeto social, en su sentido estricto, se emplea como el fin concreto de la sociedad y, por lo tanto, la causa en sentido objetivo¹¹¹. En otras palabras, se ha definido a la causa del contrato de sociedad a la finalidad económico-social del mismo, en tales términos, la causa del mismo consiste en la obtención por

¹⁰⁶ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., pág. 199.

¹⁰⁷ COHEN DE ROIMISER, Mónica G., *El interés social en la sociedad anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1979, págs. 30 y ss.

¹⁰⁸ En términos similares se ha sostenido que «el fin social, no es otra cosa que el *interés común de los socios* y que éste, a su vez, coincide con la noción de *interés sociab*». LLEBOT MAJO, José Oriol, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 42.

¹⁰⁹ Esta idea se acerca considerablemente a la polémica tesis *liberal* de Milton FRIEDMAN, quien sostenía que la única responsabilidad social de una empresa es darles a sus accionistas cuantas ganancias sean posibles: «Few trends could so thoroughly undermine the very foundations of our free society as the acceptance by corporate officials of a social responsibility other than to make as much money for their stockholders as possible. This is a fundamentally subversive doctrine». FRIEDMAN, Milton, *Capitalism and freedom*, University of Chicago Press, Chicago, 2002, pág. 133.

¹¹⁰ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 200.

¹¹¹ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, T. I, Madrid, 1976, págs. 345 y 346.

parte de los socios de unas ventajas (beneficios posteriormente repartibles) como consecuencia del ejercicio en común de determinada actividad¹¹². Sobre la vinculación entre el fin común y el objeto social, PAZ-ARES indicó que el fin común, como elemento causal del contrato, posee dos sub-elementos: el fin común último o fin abstracto que podría ser el ánimo de lucro, y el fin común próximo o concreto que es lograr el objeto social¹¹³. Así también, se ha destacado el sentido económico-contractual que posee el interés social, pues, éste es la presunción, respecto de lo que habrían pactado la totalidad de los socios en el momento de suscribir el contrato social y fundar la sociedad, lo que equivale a la maximización de las ganancias conjuntas de los socios¹¹⁴. En tal sentido, se satisface el interés común de las partes si las decisiones mayoritarias sirven los intereses de todos o, si sirviendo sólo a los intereses de una parte, no perjudican los intereses de los demás¹¹⁵.

¹¹² Agrega el autor que, por lo tanto, el interés social va a estar definido por la actividad o conjunto de actividades que la sociedad pretende desarrollar. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos, *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 41 y 75.

¹¹³ Asimismo, puede hablarse de un fin común formal (fin común último) y un fin común material (objeto social). «El primero hace referencia a la estructuración de la racionalidad teleológica de la sociedad, que normalmente posee una dimensión subjetiva: repartir beneficios entre los socios... (en este sentido se habla de causa lucrativa). El segundo alude la estructuración de la racionalidad instrumental de la sociedad, y tiene por objeto definir el sector o ramo de actividad que se propone realizar la sociedad permanente (fabricación de productos lácteos, etc.)». PAZ-ARES, Cándido, *Comentario del Código Civil*, T. II, Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pág. 1322.

¹¹⁴ Tal como sostiene el autor: «Esta es la regla que, con carácter general, habrían establecido los socios *ex ante* en el momento de fundar la sociedad, lo que no necesita mayor justificación si tenemos en cuenta que las partes de un contrato de sociedad acuerdan perseguir el propio interés a través de la consecución del interés común». ALFARO ÁGUILA-REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente*, ob. cit., pág. 34.

¹¹⁵ Resulta interesante la exposición que realiza PAZ-ARES de la cláusula de interés social: «ha de entenderse como una cláusula de integración del contrato de sociedad cuyo cometido es aliviar los efectos externos que necesariamente implica el sistema mayoritario. Los socios acuerdan establecer un sistema mayoritario, porque el régimen de la unanimidad entraña costes de transacción prohibitivos. No obstante, sabedores de que así quedan expuestos al riesgo de que la mayoría no contemple sus intereses (costes de agencia), completan el pacto arbitrando previsiones

Otra característica, el mencionado interés común no se entiende como una figura holística¹¹⁶, en donde el interés social constituye la suma de distintos intereses individuales, sino que resulta de la conjunción de los intereses colectivos de cada uno de ellos¹¹⁷. Se distinguen, entonces por un lado, los intereses sociales y, por el otro, los intereses extrasociales. Consecuentemente, se lo ha caracterizado al interés social como un concepto neutral: es interés social todo interés que se mantenga dentro de los límites del esquema causal del contrato, sea el interés en la maximización de la eficiencia productiva de la empresa, el interés en la maximización de la rentabilidad o el interés en la maximización de los dividendos. Por el contrario, es interés extrasocial: todo interés extraño a la causa del contrato de sociedad y, por ello, personal de uno o varios socios de la misma mayoría de socios. En tal sentido, la mayoría puede adoptar cualquier decisión, como ser, reforzar la eficiencia productiva en desmedro de cobrar el dividendo por los resultados obtenidos, o, contrariamente, puede perseguir una política de altos dividendos con sacrificio de la eficiencia productiva. Pero debe, en todo caso, elegir el interés a perseguir entre los que incorpora la causa del contrato. No puede, en cambio, abusar de la propia

o salvaguardias que les preserven frente a ese peligro (reducción costes de agencia). Entre esas salvaguardias, hay siempre una implícita, que puede formularse así: “te doy el poder para llenar las lagunas del contrato y para adaptarlo a las circunstancias cambiantes de la vida, pero ese poder no te autoriza para que obres en tu exclusivo interés. Las decisiones que adoptes pasan a formar parte del contrato y, por ello, han de ser similares a las que, de haber previsto la contingencia, habríamos establecido de antemano, de común acuerdo y para beneficio mutuo”». PAZ-ARES, Cándido, *¿Dividendos a cambio de votos?*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 137 – 139 y nota núm. 20.

¹¹⁶ Idea por la cual se entiende que el *todo* es más que la suma de las *partes*. ARISTÓTELES, *Metafísica*, Colección Austral, Madrid, 1980, pág. 161.

¹¹⁷ En tal sentido señala ESTEBAN VELASCO que bajo la fórmula del interés social o de la sociedad, en la interpretación contractualista mayoritaria, no se oculta un interés distinto y superior al de los socios sino un interés común a todos ellos. Este interés común (típico del socio) es denominador común, integra distintos intereses de los aportantes de capital (mayorías, minorías, grandes y pequeños accionistas) y sirve como punto de referencia unitario de la actuación de los órganos y de sus miembros. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*, Madrid, 1982, pág. 490.

posición de poder para realizar particulares intereses extrasociales¹¹⁸. En este orden de ideas, se busca definir al interés social en un imperativo de maximización del rendimiento esperado por la totalidad de los socios. Las decisiones de la mayoría que no se ajusten a este imperativo han de juzgarse contrarias al interés social¹¹⁹.

Por su parte, hay también quienes asimilan el interés social, no ya en el interés común de los socios, ni mucho menos en un virtual interés institucional, sino pura y exclusivamente en el interés de la mayoría¹²⁰. Así entienden que se pervierte el sentido genuinamente contractual -y no corporativo- de la relación dialéctica entre sujetos, mediante la fantasía de suponerles capaces de participar y promover un interés social en conjunto. Y, según esta postura, ello no es posible. Explican que entre la mayoría y la minoría no existen mediadores neutrales. Los intereses de la sociedad no pueden ser otra cosa que los intereses de la mayoría. No por el hecho de que ésta defina con mayor o menor discreción la concreción del interés social, sino que es poco creíble que para un grupo que vota y busca maximizar sus propios intereses, imponiéndolos al resto, se promueva al mismo tiempo el interés propio de la sociedad¹²¹.

¹¹⁸ ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*, ob. cit., pág. 583, quien cita a GALGANO, Francesco en *La società per azioni, le altre società di capitali, le cooperative*, Zanichelli Bologna, 1978, págs. 158 y ss.

¹¹⁹ Asimismo, agrega PAZ-ARES que sólo deben ser objeto de control judicial aquellas decisiones que implican una apropiación de la inversión, conforme lo establecía el art. 115.1 de la LSA «lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad» (en igual sentido que lo dispuesto por el actual art. 204.1 de la LSC). PAZ-ARES, *¿Dividendos a cambio de votos?*, ob. cit., pág. 140 y 141.

¹²⁰ En contra, COUTINHO DE ABREU: el interés social nunca puede ser identificado con el interés de la mayoría pues todas las decisiones sociales estarían de acuerdo con el interés social. COUTINHO DE ABREU, Jorge M., «Interés social y deber de lealtad de los socios», *RdS*, num. 19, 2002, pág. 42.

¹²¹ CARRASCO PERERA, Ángel, «Accionistas en minoría e interés social», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 745/2008 (Tribuna), Aranzadi, Pamplona, 2008.

b) Visión institucionalista

La escuela institucionalista sostendrá, a grandes rasgos, en su versión original de la Alemania de la primera postguerra, que el interés social es el interés de la *empresa en sí*, identificando el concepto de empresa con el de sociedad. Según esta tesis, el interés individual del ánimo de lucro personal es sacrificado por el interés general. La interpretación de este interés es cedido al órgano administrador, que adquiere un predominio absoluto sobre el asambleario¹²². La teoría de la empresa en sí va a evolucionar en ciertas corrientes que van a entender: (i) a la sociedad como la forma típica de la gran empresa que comprende intereses de distinto género, entre los cuales el de los accionistas es una de las tantas categorías en las que se encuentran el interés de los trabajadores y dependientes (*arbeitnehmer* y *angestellte*), el de los consumidores (*konsumenten*) y el interés colectivo en el desarrollo de la economía nacional (*nationalwirtschaft*); (ii) en la empresa un propio interés, identificable no como la búsqueda de mayor rentabilidad para sus accionistas, sino como la búsqueda de una mayor eficacia productiva (esto traerá a ponderar el autofinanciamiento como medio de obtener tal resultado); (iii) que se debe confiar el control de la sociedad a la administración, estable e independiente; y (iv) que el interés del accionista debe estar subordinado al interés superior de la empresa¹²³.

¹²² La teoría institucionalista nace al considerar a la sociedad como una organización económica donde colaboran en una comunidad de trabajo, empresarios y trabajadores, y conviven una pluralidad de intereses, entre ellos el interés del Estado. Se considera como su creador a W. RATHENAU, político y empresario alemán. Se resalta estas cualidades ya que no era un jurista, sus escritos confundían los términos empresa y sociedad. Éste tuvo una concepción intrínsecamente económica, sus ideas rectores partían del análisis de la distribución de la riqueza, y concebía a la empresa como instrumento preponderante en la organización económica de la nación. Así, la empresa-organización tendría un carácter traspersonalista, donde se le asignan papeles como la creación de riquezas para la comunidad, progreso técnico-científico, etc. COHEN DE ROIMISER, *El interés social en la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 4 y ss.

¹²³ COHEN DE ROIMISER, *El interés social en la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 7 y 8.

En efecto, sostendrá principalmente la doctrina institucionalista que «la sociedad anónima como forma de empresa no debe ser sólo el marco para la realización de los intereses del socio, sino también de otros grupos implicados en la empresa, inspirando la actuación de los órganos de la sociedad una adecuada consideración de todos estos intereses»¹²⁴. Estos otros intereses conformarán el *stakeholder value* (además del interés de los accionistas hay que tener en cuenta otros intereses), opuesto al *shareholder value* (por el cual se concentra sólo en aumentar el valor para los socios, aumentar el patrimonio de los accionistas)¹²⁵. En estos términos, el TS ha definido a la teoría institucionalista como aquella que considera a la sociedad anónima como una *institución-corporación*, en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.)¹²⁶.

Por otra parte, existen otras teorías de raigambre institucionalistas, como la llamada de la *person an sich*, que pone el acento no en la empresa sino en la personalidad jurídica de la sociedad. Así, sostiene que los intereses de los socios se hallan subordinados a un interés superior y diferente de aquellos. En otras palabras,

¹²⁴ Definición aportada por ESTEBAN VELASCO quien agrega que se pretende ampliar el contenido del tradicional interés social, ampliándolo a otros intereses, en especial, al de los trabajadores. Pero concluye que la eficacia práctica resulta limitada si no se cuenta con mecanismos institucionales que posibiliten y garanticen la formulación plural de la sociedad. Esta formulación plural se refiere a la participación de los trabajadores en los órganos sociales, en especial, el órgano fiscalizador (sistema dualista). Contrariamente, el sistema monista –como el sistema español– permitirá que únicamente participen de los órganos sociales a los accionistas vedando a los trabajadores de cualquier posibilidad de acceso a los mismos. ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*, ob. cit., págs. 584 y 585.

¹²⁵ COUTINHO DE ABREU, «Interés social y deber de lealtad de los socios», ob. cit., pág. 40.

¹²⁶ STS (Sala de lo Civil), Sentencia de 19 de febrero de 1991, RJ 1991\1512. En virtud de la cual el TS termina adoptando una concepción contractualista para resolver la cuestión que se le planteaba en aquellos autos.

el interés social es independiente y está por encima de cualquier interés individual de los accionistas. Estos últimos no podrán desconocer el interés social ni perjudicarlo¹²⁷. En similares términos se ha sostenido que el interés social se configura como un concepto distinto al de la mayoría y dotado de un valor superior al principio mayoritario, pues, conforme el art. 204 de la LSC, el acuerdo adoptado por mayoría puede ser impugnado si es contrario al interés social. Por consiguiente, el interés de la sociedad es un valor jurídicamente superior al de la mayoría. En este sentido, es contrario al interés social la venta de un inmueble de la sociedad a un precio por debajo del valor de mercado (pudiendo los administradores impugnar ese acuerdo aun habiéndose tomado la decisión por unanimidad) y el acuerdo de disolución y consiguiente liquidación de una sociedad rentable aunque la mayoría alegue razones superiores que convienen a la política del grupo empresarial¹²⁸.

Así también, otra teoría va a definir a la «sociedad anónima como una empresa por acciones»¹²⁹, por la cual, desaparece la diferencia entre empresa y titular de la empresa¹³⁰. En la empresa convivirá una pluralidad de intereses. Sin embargo,

¹²⁷ SÁNCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital...*, ob. cit., págs. 60 y 61.

¹²⁸ ARROYO, Ignacio, «Reflexiones en torno al interés social», en AA. VV., *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, V. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1854 y ss.

¹²⁹ Resulta interesante la interpretación que se hace en Alemania donde los trabajadores tienen participación en el órgano de vigilancia, pues, esto determina que la *AktG* a la hora de perfilar el comportamiento de la sociedad anónima, no sólo ha tenido en cuenta los intereses de los accionistas, sino también los de los trabajadores y el interés colectivo. Tal como sostiene el autor: «en consecuencia, ya no cabe defender la exclusividad o la simple primacía de los intereses de los accionistas en la sociedad anónima. Por lo tanto, la teoría de la *empresa por acciones* parece comprender con mayor facilidad la situación de pluralidad de intereses en la sociedad anónima». HOPT, Klaus J., «Derechos y obligaciones de la dirección en relación con la “composición del accionariado”», *RDM*, núm. 209, 1993, págs. 865 y ss.

¹³⁰ En contra de esta postura, GONDRA, al sostener que la persona jurídica no puede reducirse a la mera forma de organización –de subjetivización jurídica– de un patrimonio. La personalidad jurídica viene concebida en el Derecho como una unidad de acción colectiva, una unidad supra-individual de personas y al servicio de los fines de éstas. «Es, pues, siempre una forma de

son los propietarios quienes deciden en la junta general sobre el destino de la empresa y sería ingenuo pensar que no lo hacen persiguiendo su propio interés. Pero esta facultad encuentra su límite en el deber de fidelidad, que tienen los propietarios frente a la sociedad como a los otros accionistas, y mediante las normas que tutelan la posición de los demás interesados. Sin perjuicio de ello, no hay un pleno fundamento jurídico para sostener la independencia del interés propio de la empresa ya que su conservación encontrará su límite en el derecho de disolución y liquidación de la sociedad que tienen los socios¹³¹.

Como última cuestión del análisis de la teoría institucionalista podemos mencionar la actualidad que cobró el ideal del interés de la empresa por las polémicas ayudas económicas otorgadas por ciertos estados de la Unión Europea y por los Estados Unidos de América a empresas que se encontraban en riesgo de falencia debido a las recientes crisis económicas¹³². Conforme se desprende de la Comunicación de la Comisión Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (2004/C 244/02)¹³³, se define a una empresa en crisis cuando es incapaz, mediante sus propios recursos financieros, o con los que están dispuestos a inyectarle sus accionistas y acreedores, de enjugar pérdidas que la conducirán, de no mediar una intervención exterior, a su

organización de una titularidad plural o colectiva de personas, al servicio de fines que trascienden la capacidad y/o la vida de las personas». GONDRA, «La estructura jurídica de la empresa...», ob. cit., págs. 523 y 524.

¹³¹ HOPT, «Derechos y obligaciones de la dirección en relación con la “composición del accionariado”», ob. cit., págs. 867, 868 y 869.

¹³² Ver: «Reino Unido aprueba un plan de 62.500 millones de euros para salvar a la banca», en *ABC*, 21/04/2008; «EEUU intervendrá las dos mayores compañías hipotecarias para evitar su hundimiento», en *ABC*, 7/09/2008; «La Reserva Federal de Estados Unidos rescata a AIG con un préstamo de 85.000 millones de dólares», en *ABC*, 17/09/2008; «El Congreso estadounidense aprueba el 'plan de rescate', la mayor intervención económica de la historia», en *ABC*, 03/10/2008, entre tantos otros.

¹³³ Diario Oficial de la Unión Europea, núm. C244, 01/10/2004, págs. 02 – 17.

desaparición económica casi segura a corto o medio plazo. A fin de evitar aquellas desapariciones interviene el Estado para conceder «ayudas estatales de salvamento o de reestructuración a empresas en crisis». Ello se justificará diciendo que sólo se puede considerar legítima en determinadas circunstancias, se podrían autorizar ayudas, por ejemplo, al amparo de consideraciones de política social o regional, porque «conviene tener en cuenta la función beneficiosa que desempeña el sector de las pequeñas y medianas empresas (PYME) para la economía, o incluso, con carácter excepcional, por la conveniencia de mantener una estructura de mercado competitiva en caso de que la desaparición de empresas pudiera llevar a la creación de un monopolio o de un oligopolio restringido». Se reconoce de manera implícita la importancia y el impacto perjudicial que tiene en una economía la quiebra de una empresa, va de suyo, que existe un interés de la comunidad a que aquellas empresas en crisis no desaparezcan¹³⁴.

En este contexto, se juega un nuevo round de la pelea entre el contractualismo y el institucionalismo. Así lo señala SÁNCHEZ-CALERO al vincular el interés social y los intereses invocados para obtener las referidas ayudas económicas

¹³⁴ En el mismo sentido, se ha dictado la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial (2008/C 270/02). Por la cual, se ha resaltado la importancia de la intervención estatal a fin de garantizar la solvencia de instituciones financieras a los efectos de evitar una perturbación grave de la economía y del mercado interior. Así, debido a las circunstancias excepcionales de crisis financiera mundial se buscó tranquilizar a los titulares de depósitos en las instituciones financieras, garantizándoles que no sufrirán pérdidas, a fin de limitar la posibilidad de retirada de fondos y de repercusiones negativas indebidas en bancos sanos. Vemos, pues, que si bien se trata de un sector muy sensible a la economía y con un gran control estatal, como lo es el sector bancario, operan unos intereses independientes del de los accionistas que justifican la intervención del Estado a favor del rescate de la entidad. Tal como se expone en la Comunicación, el contexto de una crisis sistémica, el Estado por importancia que tiene en la economía proporciona fondos públicos a fin de reforzar directamente la base de capital de las instituciones financieras, o facilitar la inyección de capital privado por otros medios, a fin de evitar repercusiones sistémicas negativas. Ver en: Diario Oficial de la Unión Europea, núm. C270, 25/10/2008, págs. 08 – 14.

otorgadas por los estados europeos a empresas afectadas por la crisis mundial. Tal es así que los estados intervienen a los fines de evitar la eventual desaparición de las empresas, con su lógica desaparición de los puestos de trabajo e impacto en la economía nacional. De esta manera, sostiene el profesor que aquella vinculación debe ser congruente en tiempos de crisis como en los de bonanza. Si las empresas (y lógicamente sus accionistas y administradores) se vieron favorecidas por el Estado por la lectura que se hizo de un interés social complementario y distinto al de los socios, no pueden luego de obtenidas las ayudas olvidarse de aquella interpretación para volver a la atención exclusiva de los intereses de los accionistas¹³⁵.

Nuestra opinión acerca del interés social reside en lo siguientes aspectos: el interés de los socios en una sociedad anónima, en principio, va a estar directa o indirectamente determinado por el afán de lucro¹³⁶. Los socios se interrelacionan y fundan a la sociedad a través de un contrato de sociedad para obtener ganancias de ella, esa es la causa por la cual contratan e invierten su capital. Así, nace la sociedad, que siguiendo esta línea, va a tener como objetivo principal reportarles beneficios a los socios, esa es su razón de ser, para ello fue creada. Ahora bien, para poder

¹³⁵ Por tales motivos, sostiene que esta situación económica y la vinculación con el interés social ha despertado la vieja discusión respecto a la insatisfacción que supone la ponderación del interés social como interés común y exclusivo de los accionistas, y la referencia de otro grupo de intereses. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», ob. cit., págs. 1659 y ss.

¹³⁶ Si bien, en principio, coincidimos con VICENT CHULIÁ (*Introducción al derecho mercantil*, ob. cit., págs. 270 y ss.) en cuanto el ánimo de lucro es un principio configurador de la sociedad anónima, pues, para otros fines hay otros tipos de asociaciones más acordes. Es posible matizar esta cuestión, dado que reconocemos la existencia de sociedades anónimas sin fines de lucro, pero creemos que éstas se presentan de manera excepcional. Entonces, como tradicionalmente sostuvo la doctrina, el patrón ordinario para las sociedades anónimas va estar fundado en los arts. 116 del C de C. y 1665 del CC. En el mismo sentido, la RDGRN de 2 de febrero de 1966 estableció que: «al ser fin último de la Sociedad la obtención de un lucro o ganancia». Desde nuestro punto de vista, es indispensable contar con este ánimo de lucro, la sociedad ha de buscar la obtención de un incremento patrimonial ilimitado y las sociedades que no tengan el referido fin de lucro son excepciones a la regla.

cumplir con ello, va a tener que desarrollar una o varias actividades, los beneficios no van surgir de la nada. Estas actividades son las que los socios estipularon como el objeto social en los estatutos fundacionales de la sociedad. La sociedad puede realizar el objeto social a través de la constitución de una o varias empresas¹³⁷ (siempre hablando de una sociedad tipo corporación¹³⁸). Entonces, una sociedad que para realizar el objeto social eficazmente puede formar una empresa para maximizar el rendimiento, obtener ganancias y, finalmente, poder distribuir beneficios a sus accionistas en forma de dividendo. Sin perjuicio de ello, ese afán de lucro de la sociedad en ningún momento podrá justificar una política restrictiva frente a los trabajadores y a los consumidores, los cuales merecen que la sociedad respete plenamente sus respectivos derechos, derivados éstos de sendos contratos que tiene la sociedad con ellos. En efecto, tal como está regulada la sociedad anónima –con un sistema monista- es forzado querer incluir los intereses de los trabajadores en el interés social dado que la decisión social, tal como hicimos referencia en el capítulo anterior, es íntegramente tomada por el capital. Sin embargo, tanto los trabajadores, los consumidores, como la economía nacional, cuentan con la tutela de sus intereses pero a través del Derecho laboral, Derecho del consumidor y el Derecho de defensa de la competencia, respectivamente. Por lo expuesto, creemos que el interés de la sociedad va a estar constituido por el deber de reportarles beneficios a sus socios

¹³⁷ La sociedad anónima como persona jurídica será titular de la empresa, asumirá frente a terceros, con cargo a su patrimonio, las consecuencias (derechos, obligaciones y responsabilidades) de los actos jurídicos que forman parte de aquélla. La empresa es una manera en que la sociedad realiza el objeto social. En otras palabras: «La titularidad jurídica de la empresa hacia el exterior viene ligada a la titularidad jurídica hacia el interior de la organización. Quien asume frente a terceros las consecuencias jurídicas de la actividad es, al propio tiempo, el mismo sujeto que tiene atribuido – con fundamento en la relación jurídica laboral- el poder jurídico de dirección sobre las personas en el interior de la organización». GONDRA, «La estructura jurídica de la empresa...», ob. cit., pág. 494.

¹³⁸ En otro caso, la sociedad más como vínculo personal, por su indivisibilidad entre ella y sus socios podrá realizar el objeto social sin establecer empresa alguna.

por medio de la realización eficaz del objeto social, que es el fin por el cual los socios formaron la sociedad por medio del contrato social.

Con relación a la importancia de la fórmula del interés social, coincidimos con PAZ-ARES en cuanto éste actúa como una cláusula de integración del contrato de sociedad. Su función formal es «formular una directiva de conducta que siempre se halla sobreentendida o presupuestada por las partes». Y su función material «es regular las relaciones entre la mayoría y la minoría» de manera tal que la mayoría, quien a través del sistema mayoritario establece las decisiones sociales completando las lagunas del contrato social, no prime su interés particular frente al interés social. De este modo, agrega el autor citado, la cláusula del interés social permite realizar juicios hipotéticos: «la legitimidad de las decisiones adoptadas *ex post* por la mayoría dependerá de si habrían podido ser autorizadas *ex ante* en régimen de unanimidad». De esta manera, el interés social constituye una respuesta al carácter incompleto del contrato social y, consiguientemente, opera como una técnica de reducción del «oportunismo» postcontractual. En caso que ocurra tal «aprovechamiento» por parte de la mayoría, se recurrirá al juez para que corrija las diferencias entre las soluciones producidas *ex post* y las que se habrían producido *ex ante*¹³⁹.

2.1.2 Interés individual del socio

Tal como se lo ha citado en reiteradas oportunidades, el art. 204 de la LSC, establece que son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o que en beneficio de uno o varios socios o un tercero perjudiquen al interés social. Este enunciado, entre otras cosas, determina

¹³⁹ PAZ-ARES, *¿Dividendos a cambio de votos?*, ob. cit., págs. 137 y ss.

que pueden existir en las decisiones societarias un interés extrasocial por parte de los accionistas. No todos los intereses de los socios en el marco de la relación societaria deben vincularse a la esfera social, pues, existe tanto una esfera social como una individual del accionista. La línea divisoria entre estos grupos no parece tarea sencilla de trazar con precisión dado que no es extraño que ambas esferas se entremezclen y, a veces, el interés social se confunda con el interés individual de los socios. Sin embargo, se puede señalar que el ámbito individual del socio se encuentra formado por una pluralidad de intereses tutelados por el ordenamiento societario por medio de prerrogativas o derechos que, si bien son de cada socio, son, al mismo tiempo, comunes a todos ellos por su mera «condición de socio». Dentro de este concepto se incluyen, todos los derechos o facultades reconocidos a todo socio singularmente por el simple hecho de serlo, los llamados derechos individuales¹⁴⁰.

El nuevo art. 93 de la LSC, que reemplaza al viejo art. 48 de la LSA, establece los derechos mínimos del socios: (a) el de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación; (b) el de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones; (c) el de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales; y (d) el de información. Asimismo, existen otros tipos de derechos del accionista individual tales como el derecho de separación. Sin embargo, estos derechos individuales (derechos económicos y políticos) pueden ser limitados por acuerdos adoptados por mayoría cuando la propia ley lo permita y siempre que no se trate de una situación de abuso. Por lo tanto, la misma ley societaria es quien regula el alcance de los derechos individuales creando posibles excepciones a los mismos. Tal es así que las limitaciones a tales derechos son excepcionales, pues, una excesiva amplitud podría

¹⁴⁰ SÁNCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital...*, ob. cit., págs. 79 y ss.

desnaturalizar la condición de accionista en una sociedad anónima¹⁴¹. Se pueden limitar los derechos patrimoniales y políticos del socio de la siguiente manera: (a) la mayoría puede en virtud del interés social aplicar el resultado del ejercicio no a repartir el beneficio entre los socios y destinarlo al crecimiento financiero de la sociedad; (b) puede suprimir del derecho de suscripción preferente cuando lo exija el interés social (art. 160.e de la LSC); (c) pueden existir acciones sin voto, limitar estatutariamente el número de votos que puede emitir un accionistas; y (d) puede limitar el derecho de información (art. 197.3 de la LSC). Sin embargo, hay que matizar esta cuestión dado que en virtud del interés social puede limitarse los derechos individuales del socio solamente de manera excepcional, tal es así que la doctrina siempre ha subrayado sus condiciones de indisponibles o de irrenunciables¹⁴².

¹⁴¹ TOBIO RIVAS, Ana María, *Limitaciones de los derechos de asistencia y voto del accionista (art. 105 LSA)*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 28.

¹⁴² Existe una distinción doctrinal de los derechos según su sumisión a la voluntad social, entre inderogables por acuerdo mayoritario e irrenunciables, esta última creada en atención a la posibilidad de que algunos de ellos puedan ser renunciados por sus titulares en los estatutos de la sociedad. JUSTE MENCIA, *Los «derechos de minoría» en la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 94. Entre varios autores, sostiene DUQUE DOMÍNGUEZ que «los derechos individuales irrenunciables que no pueden ser eliminados por vía de un acuerdo mayoritario, pero que, además, no entran en la esfera de disposición del accionista, en cuanto que no se dan en su exclusivo interés, sino para proteger, simultáneamente, un interés propio y el interés social. Son derechos función –como el voto– por lo que no son renunciables, aunque, naturalmente el accionista puede dejar de ejercitarlos en las ocasiones que, en la vida social, pudieran presentarse. Los derechos inderogables, exentos de ser eliminados por la mayoría, pero que pueden ser objeto de renuncia en los estatutos originarios». DUQUE DOMÍNGUEZ, «Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría», ob. cit., pág. 80. Así mismo, según GIRÓN TENA: «son inderogables aquellos que no pueden ser alterados por acuerdo social contra la voluntad del accionista; son, de entre ellos, irrenunciables los que ni en el momento fundacional, ni luego, incluso con el consentimiento del accionista, se pueden eliminar; pero no está claro qué criterio ha de seguirse para identificar los de uno y otro carácter y diferenciarlos de los que se encuentran subordinados a las decisiones sociales». Agrega, que «el criterio para decidir qué derechos son inderogables ha sido muy discutido. Sólo los derechos especiales tendrían ese carácter, por supuesto, los derechos de terceros o de socios como terceros; son inderogables los que se fundamentan en bases esenciales de la sociedad y no los demás; y para la discriminación de

Por su parte, desde la óptica de la teoría de la institución, podemos señalar que ésta buscará siempre que los derechos individuales de los socios sean sacrificados por un interés autónomo y superior como es el interés de la empresa en sí. Para esta teoría, los accionistas minoritarios con su demanda de derechos y prerrogativas son vistos como los enemigos más peligrosos de la empresa y constituyen un obstáculo para el éxito de la misma. Esta teoría sostenía, además, que los accionistas minoritarios, motivados por el ánimo de lucro egoísta, siempre buscaban sacrificar el interés general en aras del suyo personal. Por lo tanto, se buscó siempre acentuar la tutela de la empresa acumulando el poder de la misma en manos del órgano de administración en detrimento de los intereses de los accionistas¹⁴³.

Por último, merece la pena hacer referencia a los intereses extrasociales de los socios. Tal como hicimos referencia oportunamente, el interés extrasocial es todo aquel interés extraño a la causa del contrato de sociedad y, por ello, personal de uno o varios socios de la misma mayoría de socios. Éstos pueden presentarse de dos maneras distintas: (i) como intereses de los socios en cuanto terceros (v. gr. como vendedores o proveedores de bienes de la sociedad), y (ii) como intereses de los socios en cuanto tales pero no comunes a todos ellos. Ejemplo de esto último, podemos decir que es la intención de todo socio de mantener su posición relativa dentro de la sociedad cuando se produce un aumento de capital¹⁴⁴.

unas y otras y, con ello, el carácter de los derechos, se habla de que han de estimarse esenciales las cláusulas o los derechos que, si se alteran, implican una transformación de la sociedad, que sirven de fundamento al vínculo social, que aceptó el accionista medio y que sin ellas no lo hubiera contraído; que constituyen el fundamento mismo del vínculo social». GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., págs. 180, 183 y 185.

¹⁴³ COHEN DE ROIMISER, *El interés social en la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 6.

¹⁴⁴ COUTINHO DE ABREU, «Interés social y deber de lealtad de los socios», ob. cit., pág. 44.

2.1.3 Interés de la minoría

Al no conformar la minoría un sujeto de derecho en sentido técnico, parecería ser que no puede admitirse la existencia de un interés de la minoría. Sin perjuicio de ello, la ley concede ciertos beneficios y derechos a la minoría, o mejor dicho, a una minoría significativa o que por la cantidad de capital social que representa tiene una importante incidencia en la vida social, son los llamados derechos de «minoría cualificada»¹⁴⁵. Tal como se desarrolló en el capítulo anterior, tanto la mayoría como la minoría, son grupos de poder preexistentes a la junta general y poseen cierta de estabilidad en su composición. De esta manera, la normativa ha elegido tutelar al accionista minorista individual con ciertos derechos (v. gr. arts. 93 y 206.1 de la LSC). Pero, sin embargo, ha preferido realizar una tutela

¹⁴⁵ Minoría que en virtud de representar un porcentaje importante en la sociedad, conforme lo establecido en la ley, está legitimada para ejercer ciertas prerrogativas propias, v. gr. arts. 168, 169 y 265 de la LSC (antiguos arts. 100.2, 101.2, 114 y 205.2 de la LSA). Constituye para algunos autores un medio de defensa de la minoría en sentido estricto (JUSTE MENCÍA y GARRIGUES) puesto que, de esta forma, se deja en suspenso el principio mayoritario sin necesidad de invocar ningún exceso de competencia en la junta general, ninguna transgresión a la ley, de los estatutos, ni del interés social. Por otro lado, MUÑOZ MARTÍN no los considera medios de tutela de la minoría al interpretarlos como poder de intervención en la vida social, como poder concurrente al de la mayoría, pero no como límite a ésta. Por su parte, se entiende también como una concesión del legislador de un plus de tutela al accionista o accionistas que alcancen un determinado porcentaje, cuestión que no tendrá el accionista individual (o grupo de ellos) que no lleguen a tal porcentaje. En tal sentido, se la definió como aquella minoría que, en virtud de su cuota de capital, el Derecho positivo le atribuye derechos distintos más allá de los que confiere a favor del accionista individual. Asimismo, podemos agregar que la LSC atribuye ciertos derechos al accionista o a los accionistas que reúnan un determinado porcentaje (generalmente un cinco por cien). Alcanzado dicho porcentaje, ya sea por un accionista individual poseedor del mismo o una agrupación de ellos, se le proporcionará una tutela especial con algunos medios específicos de protección. De la misma manera que la LSC le otorga al accionista individual ciertos derechos por el simple hecho de ser socio, por el dominio de una acción (art. 93 LSC), le concede una serie de derechos a favor del accionista o accionistas que representen una cuota determinada de capital social. Estos derechos pueden ser ejercidos por un accionista individual siempre que alcance el referido porcentaje. Lo novedoso de la cuestión es que la LSC no se los concederá al accionista individual por su condición de socio, sino por alcanzar un determinado porcentaje. En otras palabras, por el hecho de reunir un determinado porcentaje la LSC atribuye derechos por encima de los previstos para el socio individual. MARTÍ LACALLE, *El ejercicio de los derechos de minoría en la sociedad anónima cotizada*, ob. cit., pág. 39 y ss.

mucho más profunda no sobre el accionista aislado, sino sobre una porción importante de capital que se encuentra al margen del grupo de control de la sociedad, esté en manos de un accionista o de un grupo de ellos. En este sentido, podemos definir a la minoría cualificada como: «el socio o conjunto de socios cuyas acciones o participaciones alcanzan un determinado porcentaje de capital social que les legitima para el ejercicio de una serie de prerrogativas o derechos, los llamados derechos de minoría cualificada». Va de suyo que siempre que el accionista individual cumpla con la cuota de capital requerida por la normativa, tendrá los mismos derechos y prerrogativas que la minoría cualificada. Esta cuestión ha llevado a cuestionar si es posible, o necesario, separar y reconocer un posible interés de la minoría distinto al interés abstracto del socio individual en cuanto a tal¹⁴⁶. Todo indica que esta distinción no tiene asidero, no existen diferencias, desde el punto de vista del posible contenido de los derechos o poderes, entre los concedidos a la minoría cualificada y los atribuidos al socio individual. No hay ninguna razón material que impida al legislador conceder al accionista individual la solicitud de la convocatoria de la junta general (art. 168 de la LSC), la petición de asistencia de notario para que eleve un acta de la junta (art. 203 de la LSC), el ejercicio subsidiario de la acción de responsabilidad (art. 239 de la LSC) o la impugnación de los acuerdos del consejo de administración (art. 251 de la LSC)¹⁴⁷. Los derechos de minoría son, pues, derechos comunes que no ofrecen especialidad alguna respecto del contenido de los que se pueden conceder individualmente al accionista. La única

¹⁴⁶ SÁNCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital...*, ob. cit., pág. 119.

¹⁴⁷ Los anteriores pueden extenderse a los restantes supuestos de derecho de minoría cualificada, con la salvedad de la representación proporcional en el consejo de administración (art. 243 de la LSA). Sería un disparate que se pudiera atribuir la designación de un vocal en el consejo de administración a todo socio de cualquier sociedad. Salvo que se tratase de una sociedad familiar o de una pequeña sociedad cerrada. JUSTE MENCIA, *Los «derechos de minoría» en la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 100.

particularidad es la necesidad de reunir una determinada porción de capital social. Pero este requisito puede ser cumplido por un solo socio, cuando su participación sea suficiente.

Por lo expuesto, atento al requisito fundamental para el ejercicio de estas prerrogativas legales, creemos posible definir un interés propio de la minoría como aquellos «derechos derivados de la condición de socio, cuyo ejercicio aparece subordinado al requisito de la titularidad de acciones que representen una cuota de minoría de capital»¹⁴⁸, colectivamente si corresponde a varios accionistas congregados para hacer valer estos derechos, o individualmente siempre que éste cumpla con el requisito legal del mínimo de capital. Por lo tanto, se puede decir que todo derecho de minoría cualificada conlleva un derecho individual del socio, pero no todo derecho individual puede ser un derecho de minoría cualificada porque, además, requiere cumplir con la cuota de capital mínima exigida por la normativa societaria. Entonces, al existir una identidad de estructura entre los derechos de minoría cualificada y los derechos o poderes administrativos del socio individual, donde no hay diferencias estructurales ni de contenidos entre unos y otros, el requisito cualificador se presenta entonces como un debilitamiento del derecho individual¹⁴⁹.

Por su parte, se señala que la razón por la cual la concesión de estas prerrogativas requieren de una minoría cualificada es que la normativa societaria pretende evitar que un accionista aislado pueda ejercer «un influjo desmesurado en la vida social y que no mantiene ninguna proporción con su participación en la

¹⁴⁸ JUSTE MENCÍA, *Los «derechos de minoría» en la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 80.

¹⁴⁹ Sostiene DUQUE DOMÍNGUEZ que «los derechos de grupo son formalmente derechos del ejercicio individual debilitados». DUQUE DOMÍNGUEZ, «Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría», ob. cit., págs. 80 y 81.

sociedad. La mayoría es así protegida de la arbitrariedad de un socio aislado. No significa, por lo tanto, un aumento de los poderes de la minoría, sino una disminución de los poderes del socio aislado»¹⁵⁰.

Es importante remarcar que donde se puede discernir una substancial tutela a la minoría como grupo organizado dentro de la sociedad, tal vez con la concesión más relevante en cuanto supone la consagración de un interés minoritario y la auténtica derogación del principio mayoritario, es en virtud del sistema de representación proporcional en el consejo de administración¹⁵¹. En efecto, establece el art. 243 de la LSC (equivalente al derogado art. 137 de la LSA) el sistema de representación proporcional de las minorías mediante el reconocimiento del derecho a nombrar directamente un miembro del consejo al accionista o accionistas que agrupados reúnan una cifra de capital igual o superior a la que resulte de dividir el capital social por el número de miembros del consejo, cuando se produzcan vacantes, y por lo tanto, no en el momento de la fundación¹⁵². Sin perjuicio que la

¹⁵⁰ DUQUE DOMÍNGUEZ, «Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría», ob. cit., pág. 81.

¹⁵¹ JUSTE MENCÍA, *Los «derechos de minoría» en la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 96.

¹⁵² Esta norma se debe aplicar aun sobre las cláusulas estatutarias que exijan determinados requisitos para ser consejero, tales como ser accionista varios años, tener determinado porcentaje del capital social, distinto del estipulado en la ley. Este sistema no existe en ninguna otra legislación del mundo. En relación a la junta y su capacidad de remover a los consejeros designados por la minoría, hay tres corrientes de interpretación: (i) sólo lo pueden revocar quienes lo nombraron (solución absolutamente minoritaria). Sostienen que con el ejercicio de este derecho potestativo por el accionista o accionistas de minoría desaparece la competencia de la junta para modificar la estructura y composición del órgano de administración (sustituir el consejo por un administrador único, o reducir el número de miembros del consejo, a fin de imposibilitar el ejercicio del derecho de minoría); (ii) la junta general puede revocarlos en todo caso, de acuerdo con el principio establecido en el antiguo art. 131 de la LSA (hoy art. 223 de la LSC); y (iii) la opinión mayoritaria, la junta general tiene que poder resolver –sin perjuicio de lo que decida el juez– el eventual conflicto de intereses entre el accionista minoritario y el interés social, pero la facultad de revocar al representante de la minoría tiene que apoyarse en una justa causa. VICENT CHULIÀ, *Introducción al derecho mercantil*, ob. cit., págs. 454 y 455. Asimismo, se ha indicado sobre esta norma que representa un «avance notable en el grado de tutela de la minoría». Sin embargo, se ha resaltado

jurisprudencia del TS en varias oportunidades ha resuelto que la mayoría puede modificar o suprimir a su antojo, desfigurando este instituto hasta hacerlo prácticamente baladí¹⁵³.

Por último, traeremos a colación una polémica acerca de que si el fin legislativo de los derechos de minoría es atribuido en interés de la sociedad, o sea, si la normativa societaria al asignar estos derechos a la minoría (individual y calificada) considera que quedarán mejor defendidos los intereses de la sociedad, lo cual compartimos. O, por el contrario, los derechos de minoría están dados en interés exclusivo de los socios minoritarios que se valen del instrumento que a su servicio la ley establece. A favor de la primera, se sostiene que a través de los derechos de minoría se tutela el interés social dado que en su otorgamiento subyace la idea de que los intereses de la sociedad quedarán así mejor defendidos¹⁵⁴. En contra, otros autores considerarán que «la previsión de estas prerrogativas a favor de la minoría no pretende tutelar el interés social, sino más bien acoger el interés de los socios minoritarios legitimados para su ejercicio en hacer prevalecer sus intereses particulares en la sociedad a través de su propia interpretación del interés social en el

que los defectos técnicos de la normativa (como la ausencia de una declaración expresa acerca de la posibilidad de ejercitar la facultad de revocación *ad nutum* respecto de los consejeros así designados) «reflejan los defectos que se advierten en la propia configuración legal del derecho de representación como técnica de tutela de las minorías» y que este sistema ha tenido muy escaso éxito en la práctica dada la dificultad de su mecanismo. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *La representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 121 y ss.

¹⁵³ El TS ha resuelto que la junta general puede modificar la estructura del órgano de administración y reducir el número de miembros del Consejo, aunque un grupo minoritario de socios hubiesen ejercido ya el derecho de representación proporcional. Ver: SSTS de 29 de noviembre de 1969, R.5833, *Durometal, S.A.*; de 10 de octubre de 1980, R. 3622, *Galletas Fontaneda, S.A. (I)*, y de 18 marzo de 1981, R. 1011, *Galletas Fontaneda, S.A. (II)*; de 30 de junio de 1981, R. 2.620; 29 de julio de 1994, R. 6938; y de 5 de marzo de 2004, R. 778; y sus análisis en VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil*, ob. cit., pág. 456.

¹⁵⁴ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., pág. 190.

caso concreto, cuando ésta resulta contraria a la legítimamente acordada o decidida por los respectivos órganos sociales»¹⁵⁵.

2.2 Conflictos entre mayoría y minoría

Habitualmente, al abordar la problemática dialéctica entre mayorías y minorías en el ámbito de la sociedad anónima, tema que también nos ocupa en el presente trabajo, se suele poner una mayor atención en el estudio de una sola de las dos facetas en que se presenta la misma. Así, se suele concentrarse en el estudio del abuso de la mayoría a la minoría y se descuida un problema que tampoco puede pasar desapercibido: el ejercicio abusivo por parte de la minoría de los instrumentos de protección que se le son otorgados. Conforme se ha sostenido, el asunto radica en que siempre se ha estudiado esta materia con base en cuestiones *puntuales*, problemas prácticos que deben ser resueltos casuísticamente por los jueces, y no se ha dado un acabado tratamiento. Otra cuestión, ha sido que los conflictos entre mayoría y minoría se presentan en múltiples maneras y escenarios. No se puede englobar a la dialéctica entre el abuso de la mayoría y la tiranía de la minoría a un único esquema de controversia. Además, es muy distinto cómo se tiene que llevar a cabo la resolución de estos conflictos en una sociedad cerrada (o familiar), donde los socios están al corriente de todo lo que ocurre en la sociedad, que en una sociedad que opera en los mercados de valores, donde los accionistas son indiferentes a todas las cuestiones internas¹⁵⁶.

¹⁵⁵ SÁNCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital...*, ob. cit., pág. 124.

¹⁵⁶ De esta manera, se sostiene que la intención del legislador ha sido siempre introducir unos precisos límites al poder al abuso de su poder de la mayoría y establecer unas rígidas reglas para tutelar a la minoría (a veces tan rígidas que en determinados casos sirven para proteger a la mayoría). Agrega, asimismo, que «no es posible advertir en todo el ordenamiento societario –sin

En efecto, como vamos a desarrollar a continuación, los conflictos entre mayoría y minoría pueden darse por dos vías distintas, tanto por el trato arbitrario de la mayoría sobre la minoría, como también por la utilización abusiva por parte de esta última de sus prerrogativas. Con lo cual, tanto una como la otra, son las distintas caras de una misma moneda y deben ser tratadas por igual, pues, ambas afectan del mismo modo el sano desenvolvimiento de la vida social. Asimismo, vamos a reseñar sobre algunas ponderaciones críticas a la política legislativa en el tratamiento de las cuestiones aquí ventiladas. Pues, como se verá, parece ser que el legislador tampoco ha tenido en cuenta posibles situaciones de un ejercicio abusivo por parte de los derechos o beneficios que le son concedidos para contrarrestar el poder de la mayoría. A la vez, vamos a referirnos a institutos creados con estos fines pero totalmente desvirtuados hasta tornarlos estériles por haberlos dotado de un exigente capital mínimo para su aplicación, cuestión que es inalcanzable en el caso de una sociedad anónima de gran capital, y aún mucho más en el caso de una sociedad cotizada.

2.2.1 Minorías oprimidas por la mayoría

Particularmente creemos que una de las principales causas que originan conflictos entre la mayoría y la minoría societaria radica en las diferencias que existen en la dirección de la sociedad. Pues, ambos sectores de accionistas tienen la intención de dirigir a la sociedad de la manera que a ellos les apetezca. Seguramente, cuando uno de estos sectores conforma el poder de decisión y dirección de la sociedad, tendrá como *oposición* a otro sector del accionariado que en virtud del

duda, por no haberla juzgado necesaria el legislador- la más mínima norma de defensa de la mayoría frente a la eventual tiranía de la minoría». POLO SÁNCHEZ, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima», ob. cit., págs. 2269 y ss.

principio de mayoría, no ha llegado a conformar la cantidad de votos necesarios para imponer su política. Esta minoría rezagada en el poder societario, tal vez, no se encuentre de acuerdo con la forma en que se dirige y gobierna a la sociedad. Estas posturas son contradictorias y, tal vez, irreconciliables. No decimos con esto que tienen intereses egoístas (extrasociales) en contradicción con el interés social, sino que se cuestiona la manera en que se administra y dirige a la sociedad. Ambas tienen –o deberían tener- en mente buscar lo mejor para la sociedad, difieren –eso sí- en el medio considerado idóneo para llevarlo a cabo. Por lo tanto, estos conflictos están basados en la sustentación de criterios y puntos de vista diferentes sobre la orientación y la marcha de la sociedad¹⁵⁷. Pero, en definitiva, quien termina imponiendo la manera en que se hará el cumplimiento de la actividad social es la mayoría¹⁵⁸. Sin embargo, esta relación tendrá que ser aceptada por la minoría y conformarse únicamente con *controlar* a la mayoría para que no cometa ningún exceso, a tales fines, llegado el caso, tendrá los instrumentos legales a los efectos de buscar judicialmente la impugnación de tal resolución. Asimismo, por el mero hecho de ser socio tiene una serie de derechos (sobre todo el de información) que también le sirven en su papel fiscalizador. Por su parte, la mayoría en esta relación, no debe abusar de su papel hegemónico y contribuir a la armoniosa convivencia pese a las

¹⁵⁷ Se tratan de conflictos más comunes en sociedad cerradas o pequeñas y que no sólo se dan en el ámbito de la junta general sino que, en virtud de la representación proporcional que poseen los accionistas minoritarios, se dan también en ámbito del órgano de administración. De todas maneras, eso no quita que se puedan dar en el ámbito de sociedad de mayor envergadura en donde una minoría fuerte y organizada quiera disputar el poder de control de la compañía. POLO SÁNCHEZ, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima», ob. cit., págs. 2269 y ss.

¹⁵⁸ Tal como se ha sostenido: la mayoría decide cuál es el medio más idóneo para conseguir el fin social, es ella quien determina el interés social concreto. Cuestión que no debe confundirse, el interés social con el interés de la mayoría. COUTINHO DE ABREU, «Interés social y deber de lealtad de los socios», ob. cit., pág. 42.

diferencias de fondo. Esto es, brindar toda la información que los accionistas disidentes le soliciten, tener un manejo prolijo de la administración, etc.

Otro escenario al descrito podrá ser aquel en el cual la mayoría utiliza todos los medios a su alcance, sobre todo el inmenso poder que le otorga el principio mayoritario, para oprimir a la minoría, hasta llegar incluso a asfixiarla. En la doctrina norteamericana se ha definido a la opresión sobre la minoría como la frustración de las *razonables expectativas*¹⁵⁹ de un accionista mediante una severa conducta perpetrada por la mayoría con una intencionalidad económica o política dentro de la sociedad contra la minoría¹⁶⁰. Este caso será de mayor gravedad en las sociedades cerradas y, en particular, en las sociedades familiares donde, por la manera en que está estructurada la sociedad, prácticamente las acciones no pueden

¹⁵⁹ La teoría de la frustración de las expectativas razonables fue introducida en el estado de Nueva Jersey pero fue en Nueva York donde por primera vez se aplicó en el fallo *Topper*. Este caso envuelve a dos sociedades de tres socios que operaban farmacias en los hoteles Sheraton e Hilton de Nueva York. Cada accionista tenía un tercio de capital social de cada una de las sociedades. El demandante, Topper, había terminado anteriormente una relación laboral de 25 años como empleado de una droguería y se había mudado de Miami a Nueva York para empezar la actividad como empresario. Topper había invertido todos los ahorros de su vida en el lanzamiento de las sociedades para desarrollar el negocio de las farmacias. Posteriormente, comenzaron las disputas entre los accionistas causando el despido de Topper como empleado de las sociedades, con la lógica quita del sueldo que se había estipulado entre 30.000 a 75.000 dólares en el primer año. Asimismo, se lo removió también como director y como apoderado de las cuentas bancarias de las sociedades y, además, se cambiaron las cerraduras de las oficinas corporativas a fin de excluirlo totalmente del manejo de las sociedades. Sin embargo, los accionistas mayoritarios sostenían que Topper no había sufrido ningún daño debido a que su participación se mantenía intacta en un tercio del capital. El Tribunal sostuvo que la razonable expectativa de Topper de ser un directivo clave en la empresa y tener que una voz en la gestión de la empresa había sido defraudada por los demás accionistas. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de Nueva York sostuvo que la teoría de las razonables expectativas va en doble sentido, no sólo deben los accionistas mayoritarios cumplir con las expectativas razonables de los accionistas minoritarios, sino que también los accionistas minoritarios razonablemente deben cumplir con las expectativas de los accionistas mayoritarios. GRANDFIELD, «Reasonable Expectations of Minority Shareholders in Closely Held Corporations: The Morality of Small Businesses», ob. cit., págs. 382 y ss.

¹⁶⁰ Definición realizada por la mayoría de la legislación norteamericana. BROWNEE, Hunter J., «The shareholders' agreement: a contractual alternative to oppression as a ground for dissolution», *Stetson Law Review*, V. XXIV, págs. 270 y ss., ver en: <www.justice.law.stetson.edu>.

ser vendidas en el mercado puesto que si son minoritarias son muy poco atractivas para cualquier inversor responsable¹⁶¹. En efecto, la gran mayoría de las sociedades cerradas se organizan mediante un sistema con las siguientes características: (i) la poca cantidad de socios, generalmente vinculados por relaciones personales o familiares; (ii) la escasa separación entre la propiedad y el control, de modo tal que son los socios quienes gestionan a la sociedad; (iii) muy vinculado con la anterior, los socios viven directamente o indirectamente de la sociedad, bien sea a través del cobro de dividendos o bien a través de la percepción de retribuciones como empleados o administradores de la sociedad; (iv) el nulo mercado que existe para colocar las participaciones accionarias minoritarias; y (v) la larga duración que tienen las sociedades de capital. Esta forma de organización va determinar, entonces, la dependencia económica de los accionistas, tanto los mayoritarios como los minoritarios, con la sociedad que son propietarios. Por lo tanto, los accionistas mayoritarios tienen a su alcance un instrumento de presión muy poderoso, bastándoles para quebrar la resistencia de la minoría con limitar sus ingresos, o bien despidiéndoles si trabajan para la sociedad, bien no distribuyendo dividendos¹⁶².

En tal sentido, la doctrina ha clasificado las posibles conductas abusivas por parte de la mayoría en tres grandes grupos de comportamientos¹⁶³: (a)

¹⁶¹ De este modo se ha sostenido la importancia de estudiar el abuso de la mayoría a la minoría: «la protección de los socios minoritarios frente a la opresión es una exigencia derivada de la salvaguarda del derecho de propiedad y en especial de la empresa familiar, pues de lo contrario el valor de la inversión se reduce y los conflictos internos se agravan». VICENT CHULLÁ, Francisco, prólogo en VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 17.

¹⁶² VÁZQUEZ LÉPINETTE, *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, págs. 28 y ss.

¹⁶³ Asimismo, señala el autor aquí citado que las causas estructurales del comportamiento abusivo de la mayoría en las sociedades cerradas se dan por: (i) la existencia de casos de opresión se asienta en la imposibilidad de desinvertir del socio minoritario; (ii) no son previsibles las causas de salida en los estatutos para solucionar los problemas derivados del comportamiento de la mayoría; (iii) el

actuaciones tendientes a asfixiar económicamente a la minoría. La mayoría puede limitar los ingresos de la minoría a través de la no distribución de dividendos¹⁶⁴, la reducción del número de administradores con exclusión de los administradores que son socios, o el despido de los socios minoritarios empleados en la sociedad, con la correspondiente pérdida de la retribución; (b) conductas dirigidas a apropiarse de los activos sociales y de las oportunidades de negocio de la sociedad. Estas

sistema legal no permite la salida de los accionistas minoritarios en los supuestos de comportamientos intolerables de la mayoría; y (iv) la inadecuada protección penal de las minorías societarias frente al abuso de la mayoría. VÁZQUEZ LÉPINETTE, *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, págs. 32 y ss.

¹⁶⁴ Conforme se resolvió en la SAP de Valencia, se declaró la nulidad de un acuerdo en una sociedad que durante siete años, pese a obtener grandes beneficios, no distribuyó ganancias a sus socios sino que las mismas pasaban a engrosar las reservas voluntarias de la sociedad, sin reparo alguno en concepto de dividendos a sus socios. Se entendió que existió por parte de la mayoría un abuso de su derecho y un fraude a las normas legales y principios generales imperantes en una sociedad de tipo capitalista. SAP de Valencia, Sentencia núm. 661/1997 de 15 septiembre, AC 1997\2268. En términos similares, la STS del 26 de mayo de 2005, RJ 2005/5761, dispuso la nulidad de la junta general que destinaba los beneficios del ejercicio a la constitución de reservas voluntarias, excluyendo de esa manera a los socios de un posible reparto de tales beneficios. El TS se basó en que no estaba contemplada en los estatutos la constitución de reservas voluntarias, ni estaban acreditadas las causas que justifiquen la retención sistemática de beneficios repartibles a los socios. El hecho de privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de su derecho de percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a una retención sistemática, «se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría». Sin perjuicio de ello, respecto a esta sentencia se ha señalado que el reparto de los beneficios a los socios no está plenamente garantizado ni siquiera en un escenario de un ejercicio que arroja beneficios económicos y no existen pérdidas acumuladas correspondiente a ejercicios anteriores. Conforme lo preveía el art. 213.2 LSA, sólo una vez cubiertas las atenciones previstas en la Ley y en los estatutos, la junta general podría acordar que el beneficio –o parte de él– se distribuyera a los socios en forma de dividendo. Pero en el caso citado, la sociedad por más que haya adoptado la decisión mayoritariamente, conculcó el derecho básico del socio de participar en el reparto de los beneficios distribuibles, máxime cuando no se justifica la concurrencia de ninguna circunstancia por la que se pueda razonablemente descartar dicho reparto. GUIADO MORENO, Ángela, «Comentario a la STS de 26 de mayo de 2005», *CCdJC*, núm. 71, 2006, págs. 833-847.

circunstancias se pueden dar a través del llamado *tunneling*¹⁶⁵ o cuantías desmesuradas en concepto de retribución a administradores¹⁶⁶; y (c) mecanismos dirigidos a privar a los minoritarios de sus derechos políticos y/o económicos, como ser mediante la privación sistemática de derechos de información, aumentos de capital injustificados, modificación del órgano administrativo con reducción del número de administradores que responden a los minoritarios, etc. Todo esto sumado, si se trata de una sociedad cerrada, a la ausencia de un mercado donde colocar las participaciones minoritarias de acciones, hace que aquellos accionistas minoritarios no puedan siquiera recuperar su inversión dado que cualquier inversor prudente no se interesará por tal participación, cuestión que terminan forzando a malvender su participación en la sociedad¹⁶⁷.

Pero más allá de lo que ocurre en las sociedades anónimas cerradas, el hecho de que las decisiones se tomen en virtud del principio de mayoría en toda sociedad anónima, hace que el poder quede asentado en la mayoría y cada vez se

¹⁶⁵ Se ha definido al *tunneling* como el mecanismo por el cual se expropian las ganancias de una sociedad en desmedro de la minoría a través de la transferencia de los beneficios fuera de la sociedad para el aprovechamiento del grupo de control de la misma. Asimismo, se señala que: «*tunneling* comes in two forms. First, a controlling shareholder can simply transfer resources from the firm for his own benefit through self-dealing transactions. Such transactions include outright theft or fraud, which is illegal everywhere (though often goes undetected or unpunished), but also asset sales and contracts such as transfer pricing advantageous to the controlling shareholder, excessive executive compensation, loan guarantees, expropriation of corporate opportunities, and so on. Second, the controlling shareholder can increase his share of the firm without transferring any assets through dilutive share issues, minority freeze-outs, insider trading, creeping acquisitions, or other financial transactions that discriminate against minorities». JHONSON, Simon, y otros, «*Tunneling*», *AER Papers and Proceedings*, Mayo, 2000, págs. 22 y 23, ver en: <www.economics.harvard.edu>.

¹⁶⁶ En el caso «Pretensados Ejea» se hace lugar a la demanda de impugnación contra la resolución social que autorizaba una doble retribución al padre del socio mayoritario como administrador que a la vez era empleado de la sociedad. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), Sentencia núm. 203/2002 de 26 marzo, AC 2002\660.

¹⁶⁷ BROWNLEE, «The shareholders' agreement: a contractual alternative to oppression as a ground for dissolution», ob. cit., pág. 270.

concentre más en ella. A la vez, la soberanía de la junta general de socios se ha trasladado al órgano administrativo¹⁶⁸ con la necesaria complicidad del gran absentismo operante en los socios minoritarios que favorecen directamente a la mayoría preestablecida. Todo ello permite el desplazamiento del poder y su concentración en núcleos cada vez más reducidos, lo que implica un mayor sometimiento de los socios disidentes al poder mayoritario. Sin embargo, el principio mayoritario no se presenta como absoluto, pues, en la ley se hallan reconocidas determinadas excepciones y la norma permite, en determinados casos, apartarse del mismo. La razón está en que los acuerdos adoptados por mayoría deben respetar la ley, los estatutos y el interés social. De esta manera aparece el interés social como principio rector para que la minoría pretenda una excepción al principio de sumisión a la decisión de la mayoría¹⁶⁹. Por lo tanto, como la mayoría es quien impone su voluntad, habrá que ver si las decisiones adoptadas por la junta tienen una finalidad legítima. Si no lo tiene, bien porque se persigue la obtención de un beneficio particular, bien porque causa un perjuicio o lesiona intereses legítimos de los socios minoritarios, no reflejará el interés social en cuanto se dirige a otros

¹⁶⁸ Respecto a este tema se ha sostenido que el principio de mayoría ha facilitado el funcionamiento de la sociedad, pero al mismo tiempo crea también la posibilidad de un comportamiento oportunista por parte de directores y accionistas mayoritarios. Los principales controles sobre la posible mala utilización del poder centralizado incluyen el derecho por parte de los accionistas minoritarios a votar por la destitución de los directores y la tutela que la ley ofrece en cuanto los directores de la sociedad deben cumplir con sus obligaciones fiduciarias, actuando conforme el interés social. THOMPSON, Robert B., «The shareholder's cause of action for oppression», *The Business Lawyer*, V. 48, 1993, págs. 701 y ss., ver en: <www.heinonline.org>.

¹⁶⁹ A la vez, aunque cada vez más limitado, el accionista tiene derecho de separación por alteración de las bases esenciales de la sociedad (reducido a la sustitución del objeto social, al traslado del domicilio social al extranjero y a la transformación de la sociedad en sociedad colectiva o comanditaria). Asimismo, el accionista disidente en determinados casos tiene la concesión del no sometimiento temporal al acuerdo (v. gr. introducción de cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones nominativas). POLO SÁNCHEZ, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima», ob. cit., págs. 2272 y ss.

objetivos no consensuados¹⁷⁰. En tal caso, el interés reflejado en la decisión tomada por mayoría es ilegítimo y correspondería a la sociedad apartarse de él. Quien va a realizar aquella ponderación va a ser el juez a través del ejercicio del derecho de impugnación que tienen los accionistas minoritarios. Por lo que este derecho individual va a constituir el medio de defensa (en sentido amplio) por excelencia de los accionistas aislados frente al posible abuso por parte de la mayoría.

Sin perjuicio del derecho de impugnación del socio individual, la normativa societaria otorga otros instrumentos de tutela a aquellos accionistas o grupos de ellos (ocasional o de forma organizada) que ostenten una determinada cantidad de capital social. Este sistema de minoría cualificada, como vimos precedentemente, se trata de la tutela a la minoría en sentido estricto. La ley otorga estos derechos y prerrogativas a la minoría cualificada como derechos de protección, o defensa, y derechos de participación. Los mismos, otorgan la posibilidad de: (i) representar un límite meramente cuantitativo al poder de la mayoría para imponer su voluntad en el seno de la junta (*derechos de defensa*¹⁷¹); (ii) permitir actuar a la minoría como contrapeso de la mayoría cosa que contribuye a impedir el poder total de esta

¹⁷⁰ Es interesante citar la reflexión que realiza POLO en cuanto al interés social. En primer lugar, habla de que el interés social puede estar tanto en manos de la mayoría como de la minoría. No necesariamente pueden ser contradictorios. Pero en caso de diferencia, por aplicación del principio de mayoría, impera el de la mayoría. Entonces dice: «si los intereses sociales pueden ser ambos, los de la mayoría y los de la minoría, la definición del interés social como el interés legítimo de los socios, sean todos o sólo parte de ellos, carece de trascendencia o utilidad práctica, por cuanto lo que interesa del acuerdo es su legitimidad, no sólo en cuanto a los intereses de los socios –que, aun contrapuestos, constituyen intereses sociales y, si no se oponen a la ley o a los estatutos, legítimos–, sino asimismo en cuanto al fin o móvil perseguido, en cuyo caso prevalecerá como interés social el interés legítimo y, si ambos lo son, el mayoritario, aunque sólo sea como fruto del compromiso dialéctico en la formación de la voluntad corporativa». POLO SÁNCHEZ, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima», ob. cit., pág. 2277.

¹⁷¹ V. gr. mediante el rechazo a la renuncia al ejercicio de acción de responsabilidad contra los administradores por parte de la oposición de accionistas (o accionista) que represente el cinco por ciento o más del capital social (art. 238.2 de la LSC).

(*derechos de iniciativa*¹⁷²); y (iii) controlar mediante instrumentos, judiciales y extrajudiciales, el correcto funcionamiento de la sociedad (*derechos de control*¹⁷³). Este sistema de tutela nos hace traer a colación la dificultad que representa su ejercicio para la minoría en las sociedades anónimas abiertas. En efecto, los porcentuales exigidos por la normativa societaria resultan ser inalcanzables, esto hace que tales derechos se encuentren totalmente desvirtuados y no se consiga la finalidad esperada en la ley. Como ser, una porción de capital social cercana al cinco por ciento permite en muchas sociedades abiertas alcanzar el control sobre la sociedad y disponer de la mayoría de los votos en la junta general. Por lo tanto, si las normas eran insuficientes para garantizar los derechos de la minoría para evitar abusos por parte de la mayoría, en las sociedades abiertas, los preceptos que exigen una minoría cualificada, hacen que sean inaplicables y se termine vedando la posibilidad de una tutela activa frente a la mayoría sin necesidad de que ésta haya abusado previamente de su poder¹⁷⁴.

Por último, resulta interesante recabar en la tutela de la minoría estipulada en el art. 291 del CP. En virtud de esta norma, se tipifica el delito llamado de «abuso de posición de dominio»¹⁷⁵, por medio del cual serán castigados con una

¹⁷² V. gr. el art. 239 de la LSC que otorga la posibilidad en defensa del interés social a los socios que representen el cinco por cien o más del capital social de solicitar la convocatoria de la junta general para que se decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad a los administradores.

¹⁷³ Se puede dar a través de la capacidad de los accionistas que representen el cinco por cien o más del capital social de solicitar un auditor externo en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación (art. 265.2 de la LSC); o la posibilidad de requerir la presencia de un notario a fin de que levante un acta en la junta siempre que posea un uno por cien o más de capital social (art. 203.1 de la LSC); entre otras facultades.

¹⁷⁴ POLO SÁNCHEZ, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima», ob. cit., págs. 2283 y ss.

¹⁷⁵ Nombre dado en SÁNCHEZ MELGAR, Julián, «El abuso de posición de dominio: imposición de acuerdos abusivos y acuerdos lesivos (arts. 291 y 292 del CP)», en MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (Dir. y Coord.), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, V. 3, 2001, págs. 3227-3236.

pena de prisión de seis a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, a quienes ostentan una posición mayoritaria en el órgano de administración o en la junta de accionistas impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma. Los acuerdos abusivos son aquellos que benefician a la mayoría u otras personas distintas o, que del acuerdo, resulten perjudicados los accionistas minoritarios, en virtud de intereses extrasociales. Según lo indicado en el art. 291 del CP, los acuerdos abusivos se imponen con una mayoría de votos lícitamente conseguida por la quienes tienen el control societario, a diferencia de lo dispuesto en el siguiente art. 292 del referido cuerpo legal que incrimina la conducta relativa a los acuerdos lesivos para la sociedad o para los socios, adoptados por una mayoría ficticia, e ilegal.

Es por lo pronto llamativo que el Derecho penal se inmiscuya en cuestiones de contenido netamente propias del derecho mercantil¹⁷⁶. Además, a diferencia del régimen de impugnación de la normativa societaria (la cual requiere que un acuerdo –no contrario a la ley o a los estatutos– lesione el interés de la sociedad y reporte beneficios de uno o varios accionistas o un tercero), el régimen penal sólo le importa que no reporte beneficios a la sociedad, sin importarles si lesiona o no el interés social. Resulta, entonces, paradójico que la tutela penal sea más comprensiva que la mercantil, habilitando supuestos de responsabilidad penal

¹⁷⁶ Se ha criticado que: «no parece evidente la necesidad de que el Derecho penal intervenga en un ámbito reservado hasta el momento al Derecho mercantil». PASTOR MUÑOZ, Nuria, «La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP)», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2008, págs. 4 y 5. Por otro lado, se hecho hincapié en el fracaso de los mecanismos de control del Derecho privado en las grandes sociedades anónimas actuales. Como así también de las figuras tradicionales delictivas, que han quedado obsoletas e ineficaces para las particularidades del mundo societario. Asimismo, sostiene que la creación de estos tipos penales se encuentran plenamente justificados por la doctrina científica, por concurrir en esta materia tanto una necesidad dogmática como una necesidad político-criminal. SÁNCHEZ MELGAR, «El abuso de posición de dominio: imposición de acuerdos abusivos y acuerdos lesivos (arts. 291 y 292 del CP)», ob. cit., pág. 3227.

sin que éstos puedan ser impugnados, y sin porcentaje de participación accionarial mínimo alguno (como sí lo tiene la impugnación de decisiones del órgano administrativo). Con lo cual, la minoría en ciertas ocasiones tiene la posibilidad de emplear una agresiva defensa como lo es la denuncia penal, sin contar con la posibilidad de impugnar el acuerdo en cuestión¹⁷⁷. Asimismo, resulta por demás llamativo el hecho de que la normativa penal únicamente legisla sobre un supuesto de abuso, el de mayoría, y no contemple la posibilidad de protección a la sociedad de algún grupo minoritario que a través de bloqueo de votos, abuso de instrumentos de tutela o prerrogativas concedidas por la ley atente contra la administración normal de la sociedad. Sin perjuicio de ello, la tutela que realiza a la minoría el Derecho penal será de gran utilidad para defender a los accionistas minoritarios frente a acuerdos abusivos impuestos por la parte mayoritaria, esto es, cuando esta última utiliza su poder en privilegiar sus intereses extrasociales en detrimento de la sociedad (en cuanto, como dice el citado art., no la beneficia en nada¹⁷⁸) y en perjuicio de los demás socios¹⁷⁹. En virtud de lo expuesto, es posible sostener que el analizado art.

¹⁷⁷ Se sostiene que esta diferencia podría radicar en que la legislación mercantil protege al interés social y la legislación penal busca la protección de quienes tienen una posición minoritaria en la junta. PASTOR MUÑOZ, «La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades...», ob. cit., pág. 5.

¹⁷⁸ Sobre qué debe entenderse como beneficio, la citada autora dice que «el beneficio no puede juzgarse sobre la base de los efectos económicos inmediatos del acuerdo sobre el patrimonio social, sino con criterios de racionalidad económica que van más allá de tales efectos inmediatos». Habrá entonces acuerdos que no generan un aumento patrimonial incluso algunos que generen pérdidas a corto plazo y, sin embargo, pueden resultar beneficiosos a largo plazo, y viceversa. PASTOR MUÑOZ, «La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades...», ob. cit., págs. 9 y 10.

¹⁷⁹ En este caso habrá que plantearse si se refiere el art. del CP a: (i) un perjuicio económico o restricciones a nivel de los derechos políticos del socio; (ii) si se trata de un daño emergente, lucro cesante; o (iii) el perjuicio debe valorarse teniendo en cuenta los intereses intrasocietarios y también los extrasocietarios del accionista minoritario. En el primer caso, se sostiene que el legislador buscó proteger el patrimonio quedando afuera de este tipo penal la restricción en los

del CP constituye una significativa arma de defensa para todos los accionistas minoritarios ante el descomunal poder de la mayoría.

2.2.2 Tiranía de la minoría

La contracara de los conflictos entre socios por abuso de la mayoría la encuentra en los casos en que la minoría realiza un ejercicio abusivo de las prerrogativas y derechos de tutela, con una finalidad distinta a la expresada en la normativa societaria, inspirado por una motivación egoísta¹⁸⁰. Esta circunstancia parece haber sido relativizada por los ordenamientos societarios, pues, la ausencia de límites expresos al ejercicio de los derechos de la minoría cualificada hace que se tenga que recurrir a la necesaria regla del abuso del derecho. Así, parece que los derechos corporativos atribuidos a los accionistas en función de su capital que ostentan en la sociedad aparecen configurados en la ley societaria «como una protección de la actitud discrepante del socio minoritario sin preguntar si es fundada y razonable, ni si se inspira o no en el interés de la sociedad»¹⁸¹.

En efecto, la normativa societaria otorga derechos y prerrogativas a la minoría cualificada que se traducen en un poder de ejercer tales derechos por mero hecho de poseer un determinado porcentaje relevante de capital social, sin ninguna

derechos políticos de los socios. En el segundo caso, debe entenderse que el daño no sólo puede abarcar a los bienes, sino también a las expectativas de enriquecimiento. En el último, serían solamente relevantes los intereses intrasocietarios patrimoniales de los socios afectados por el acuerdo. PASTOR MUÑOZ, «La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades...», ob. cit., págs. 14 y ss.

¹⁸⁰ Conforme se ha sostenido: «la proliferación de derechos de minoría, sobre todo represivos o de defensa y especialmente cuando constituyen medios de autotutela, puede ocasionar graves quebrantos a la marcha de la sociedad anónima». JUSTE MENCÍA, *Los «derechos de minoría» en la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 94.

¹⁸¹ POLO SÁNCHEZ, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima», ob. cit., pág. 2286.

necesidad de justificar la existencia ni la legitimidad de su interés. Tal es así que el ejercicio de estos derechos de control de la minoría cualificada (nombramiento de interventor para la aprobación del acta, designación de un notario para que eleve a acta notarial lo acontecido en la junta, solicitud de un auditor de cuentas, o auditor en la liquidación, designación de consejeros, etc.), se justifican por sí solos en razón de su propio contenido que es realizar el control sobre la marcha de la sociedad o sobre la liquidación de la misma. La capacidad de la minoría cualificada en el ejercicio de sus derechos de iniciativa que la ley le concede puede plantear varios inconvenientes a la sociedad. Así pues, la convocatoria de la junta general extraordinaria, solicitar información susceptible, ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores o impedir que la junta renuncie a ella, son derechos cuyo ejercicio puede estar justificado o no. Pero lo que no se plantea la ley es que el ejercicio de estos derechos puede resultar lesivo para el interés de la sociedad y beneficiar a uno o varios socios o algún tercero. Contrariamente, la ley determina que los acuerdos adoptados por mayoría pueden ser impugnados judicialmente si son lesivos al interés social. No cabe entonces otra defensa en estos casos que una resistencia pasiva con la expectativa de lo que resuelva el juez cuando los accionistas minoritarios cualificados acudan ante él a hacer valer sus derechos¹⁸².

¹⁸² Interesante ejemplo se plantea con el derecho a solicitar información en el caso que un accionista (que sea de la competencia o controladas por competidoras) requiere información comprometedoras o perjudicial para los intereses sociales si este accionista ostenta la cuarta parte del capital social. Según el autor es uno de los claros ejemplos de tiranía de la minoría y coloca en una disyuntiva a la mayoría si debe suministrar la información de manera voluntaria o por orden judicial. POLO SÁNCHEZ, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima», ob. cit., pág. 2286. Respecto al derecho de información ha sostenido la jurisprudencia que este derecho no puede servir para obstruir el desarrollo de la junta general o para perjudicar a la sociedad. Ver desarrollo de distintos fallos en: VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, *Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: legislación concordada, jurisprudencia y bibliografía*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 247 y ss. En tal sentido, se ha resuelto que «no puede servir como medio para obstruir y paralizar la actividad social», STS de 26 de diciembre de 1969, RJ 1969/496.

Sin embargo, los jueces no tienen tampoco una discrecionalidad muy grande en analizar algunas de estas cuestiones¹⁸³ dado que con el simple cumplimiento de la exigencia del capital mínimo, sin necesidad de acreditar lesión alguna, ya es suficiente para que el juez se encuentre obligado por la norma a resolver a favor de la minoría peticionante. Sin perjuicio de ello, aunque se vislumbre con mayor facilidad en los casos mencionados, el posible abuso por parte de la minoría no siempre se da a través del –mal- uso de los derechos de minoría cualificada, puede darse también por medio de los derechos individuales (tales como el derecho de voto¹⁸⁴) o esenciales del socio¹⁸⁵, cualquiera sea su porcentaje, como asimismo a través de los derechos de minoría en sentido amplio (v. gr. a través de la impugnación de acuerdos sociales¹⁸⁶).

¹⁸³ Otras en cambio, como la acción de responsabilidad, permite a través de la prueba una ponderación por parte del juez y decidir libremente.

¹⁸⁴ La utilización abusiva del voto es muy común en la práctica, a través de situaciones de bloqueo u oposición sistemática e injustificada a la adopción de decisiones fundamentales para la supervivencia o perspectivas económicas de la sociedad. Generalmente, se dan en casos como modificaciones estructurales o por la realidad económica y que requieren para su aprobación un quórum o mayorías reforzadas, tales como aumentos de capital, fusiones o transformaciones, etc. RUBIO VICENTE, Pedro J., «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», *RdS*, núm. 21, 2003, págs. 86.

¹⁸⁵ Así pues, RUBIO VICENTE clasifica los posibles abusos de la minoría en dos grandes grupos: (a) los *abusos positivos* o *iniciativas cualificadas abusivas* (abuso de los derechos de minoría cualificada, los derechos de protección en sentido estricto); y (b) los *abusos negativos* o *votos abusivos*, respecto fundamentalmente por el abuso del derecho de voto, aunque no se el único. RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», ob. cit., págs. 85 y 86.

¹⁸⁶ Tal como sostiene GARRIGUES («La protección de las minorías en el derecho español», ob. cit., pág. 251) la atribución del derecho de impugnación tiene como objetivo último proteger a la Ley, los estatutos o el interés social, es por ello que para su ejercicio no se requiere de un capital mínimo. Ahora bien, como todo instrumento de protección puede ser utilizado abusivamente a través de impugnaciones infundadas (con frecuencia por socios que han adquirido esa condición poco antes de la junta), sembrando sospechas de una mala gestión social y posibilitando la suspensión de acuerdos decisivos con el consiguiente coste y perjuicio derivado del retraso de su ejecución, hasta impugnaciones que son utilizadas como medio de presión para comercializar con la amenaza de su ejercicio o desistimiento (búsqueda de un pago desproporcionado por las

Estas circunstancias pueden dar pie a situaciones de extorsión por parte de accionistas minoritarios que aprovechan la capacidad de ejercicio que les otorgan sus derechos para negociar con la mayoría un costoso acuerdo para evitarlos. Conforme señalamos en el punto anterior, en una sociedad abierta es muy difícil acceder a los derechos de minoría cualificada, pues, alcanzar los porcentuales exigidos por la ley es casi prohibitivo. Todo lo contrario ocurre con en las sociedades cerradas y en las pequeñas sociedades anónimas, las cuales se caracterizan por tener poca cantidad de socios. En dichas sociedades, no resulta muy complicado alcanzar a esos porcentuales y esto da lugar muchas veces a su abusiva implementación para forzar acuerdos con la mayoría para evitar su ejercicio¹⁸⁷.

Esto nos hace reflexionar sobre la importancia que reviste también la protección de los derechos de la mayoría. Tal como vimos en los puntos anteriores, al instaurarse el sistema mayoritario, la minoría requería de disposiciones legales que equilibraran la estructura política de la sociedad con la finalidad de evitar una eventual acción abusiva o desvío de poder de la voluntad mayoritaria¹⁸⁸. Esta

acciones del socio impugnante, etc.). RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», ob. cit., págs. 87 y ss.

¹⁸⁷ Así pues, reflexiona el autor aquí citado si en las sociedades cerradas los accionistas minoritarios al no tener posibilidad de colocar su participación accionaria en algún mercado y mucho menos conseguir algún interesado, utilizan abusivamente los derechos de minoría para forzar *penosamente* un acuerdo por el cual la mayoría termine comprando la participación al minoritario. Entonces, al no haber un mercado secundario para la contratación de sus títulos, los accionistas minoritarios no pueden especular con el valor de sus acciones, especulan, en cambio, con el valor de sus derechos. En tales circunstancias, cuando la mayoría ejerce sus derechos de manera obstructiva, sólo para entorpecer la marcha de la sociedad (o aumentar el precio de su participación social), se está realizando un ejercicio abusivo de los derechos que sobrepasa el límite que significa su normal aplicación. POLO SÁNCHEZ, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima», ob. cit., pág. 2287.

¹⁸⁸ Así, se ha señalado la tutela de la minoría como un problema permanente de la regulación en las sociedades anónimas. Pues, si bien rige el principio de mayoría, el legislador no ignora las ventajas y riesgos del poder del socio mayoritario con el control que ejerce en la sociedad, que trata de compensar con la atribución de derechos individuales inderogables, con la fijación de garantías

exigencia de tutela de la minoría, era necesaria para salvaguardar los derechos de los accionistas minoritarios. Pero, a la vez, con la utilización patológica de estos derechos y prerrogativas nos lleva ahora a analizar la protección que merecen los derechos de la mayoría¹⁸⁹. Al mismo tiempo, vale relacionar el abuso de la minoría con el concepto del interés social, pues, el ejercicio abusivo de los derechos de minoría –sobre todo en sentido estricto- puede estar motivado con espurias intenciones. La búsqueda reiterada de perjudicar a la sociedad mediante la actuación sistemática de acoso y hostigamiento hacia la gestión de los administradores y la obstrucción de la marcha de la sociedad (generando gastos innecesarios a la sociedad más allá de las molestias y pérdidas de tiempo) son actitudes plenamente contrarias al interés social.

En este sentido, se ha afirmado que «a semejanza de lo que sucede en el abuso de la mayoría, el abuso de minoría se produce allí donde el comportamiento de los minoritarios es contrario al interés social y está inspirado correlativamente por

formales de procedimiento de formación de voluntad (sistema colegial) y la atribución de derechos de minoría, a quienes reúnan un determinado porcentaje de capital. ESTEBAN VELASCO, «Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación», ob. cit., págs. 143 y ss.

¹⁸⁹ Para ello, habrá que dejar atrás la común y desproporcionada idealización de la mayoría malvada y una minoría víctima bondadosa. Lo cierto es que en la vida societaria, al igual que sucede con la mayoría, la minoría es capaz de realizar maniobras en detrimento del normal funcionamiento de la sociedad y con una intencionalidad de provocar el desgobierno en la misma. Por lo tanto, tal como se concibe nítidamente un ejercicio patológico del principio de mayoría, es posible afirmar la posible existencia de abusos de minoría para calificar las conductas dirigidas preferentemente a la consecución de un interés estrictamente particular. Estas conductas intencionadas de la minoría se pueden dar tanto en sociedades abiertas como en sociedades cerradas, pero en el caso de las segundas, es más sencillo que puedan ejercer todos los derechos que requieren un capital cualificado. Por su parte, las conductas pueden dirigirse desde la búsqueda de la disolución de la sociedad a través del rechazo de decisiones fundamentales para su supervivencia, en su caso más gravoso, también la búsqueda de desestabilizar a la administración de la sociedad, sombrero sospechas y generando desconfianza en los terceros (proveedores, acreedores, etc.). Sin olvidar las conductas con el único fundamento que el chantaje económico, representado por la comercialización indiscriminada del ejercicio de los derechos, sobre todo en sociedades cerradas. RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», ob. cit., pág. 82.

la consecución de un interés particular»¹⁹⁰. Así pues, un accionista minoritario está en todo su derecho votar en contra de una propuesta de aumentar el capital si su participación va a diluirse, por más que sea muy beneficioso para la sociedad, ya que con ese capital puede favorecer su expansión, incrementar su producción, etc. Sin embargo, distinto es el panorama si el accionista utiliza su derecho de voto para especular con intereses temerarios y egoístas (no necesariamente tiene que tener una finalidad económica, puede buscarse dañar a la sociedad, a los administradores, a otros socios por infinidad de circunstancias) y la necesidad de la sociedad, por ejemplo a través de mecanismos como el bloqueo cuando ésta tiene la necesidad del ingreso de aquellos fondos para la supervivencia jurídica o económica y evitar así la disolución¹⁹¹. Lo mismo ocurre con los demás derechos de minoría (de información, impugnación, etc.) el respeto al interés social por parte de los accionistas minoritarios exige un ejercicio racional y prudente, sin utilizar a los mismos con vistas a satisfacer sus intereses personales o, simplemente, buscar dañar a la sociedad, a sus consocios, o los administradores.

Resulta por demás dificultoso encontrar respuesta ante tales supuestos de abusos. La doctrina ha planteado, entre otras alternativas, la posibilidad de realizar una compra-venta forzosa a la parte minoritaria problemática¹⁹² o la

¹⁹⁰ RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», ob. cit., pág. 82.

¹⁹¹ Asimismo, sostiene el autor que en estos casos: «la contrariedad del interés social tiene que ser relevante, es decir, poner en peligro la supervivencia de la sociedad o debe tratarse de un ejercicio desproporcionado y manifiestamente injustificado de los derechos reconocidos a la minoría». RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», ob. cit., págs. 89 y 92.

¹⁹² En tal sentido se ha propuesto que «se permita a la mayoría echar de la sociedad a la minoría pagando un precio equitativo, y a la minoría imponer a la mayoría una compra forzosa por un precio equitativo. Los conflictos de esta clase se resuelven fuera de la sociedad (echando o saliendo), no dentro». CARRASCO PERERA, «Accionistas en minoría e interés social», ob. cit.

exclusión de la sociedad de los socios minoritarios que provoquen el bloqueo de la decisión social. Sin embargo, estas soluciones se presentan demasiado. Otras propuestas, menos agresivas, entienden que en casos de abusos de la minoría por causa de un bloqueo sistemático en la adopción de acuerdos con ánimos de hostigar a los administradores o impedir ciertas modificaciones estatutarias, se puede demandar judicialmente a los accionistas minoritarios en base en el abuso de su derecho y la agresión al interés social, pues, se trata de la utilización de un legítimo derecho de oposición utilizado pura y exclusivamente para dañar a la sociedad. Esta demanda tendrá como finalidad reprimir la intención de dañar a la sociedad y evitar el desvío de los fines o funciones en el ejercicio de los derechos sociales. La sociedad –como demandante-, o en su defecto la mayoría, tendrá que probar para lograr su éxito tanto la conformidad del acuerdo propuesto con el interés social como su trascendencia en orden la supervivencia jurídica o económica de la sociedad, así como la incompatibilidad del interés egoísta del socio o socios minoritarios¹⁹³. También, podrá invocarse como vía de excepción¹⁹⁴ en caso que los administradores sean demandados por negarse a poner en práctica el contenido de ciertos derechos de minoría so pretexto de un ejercicio abusivo de los mismos. Sin perjuicio, estas últimas, buscarán evitar caer o destrabar situaciones de abusos de minoría, pero para lograr que la minoría se abstenga de generar estas situaciones es necesario contar con algún tipo de sanción económica contra ellos. En primer lugar, aparecen las costas de los juicios promovidos por la minoría en caso de impugnaciones reiteradas, injustificadas y rechazadas por los tribunales. Sin embargo, las costas no parecen ser una solución demasiado severa para que escarmienten. Como última opción,

¹⁹³ RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», ob. cit., págs. 94 y ss.

¹⁹⁴ STS de 30 de enero de 2001, RJ 2001/514.

*EL INTERÉS SOCIAL, LOS PRINCIPIOS GENERALES Y LOS CONFLICTOS ENTRE
MAYORÍA Y MINORÍA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA*

quedará la vía de realizar una acción de daños y perjuicios para que la minoría resarza todos los daños ocasionados a la sociedad por el abuso perpetrado contra la sociedad y contra la mayoría.

CAPÍTULO TERCERO

PRINCIPIOS GENERALES DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

Tal como lo venimos señalando a lo largo del presente trabajo, la noción del interés social tiene una aplicación legal muy importante como entidad interpretativa de las conductas realizadas tanto por los socios, como por los administradores de la sociedad. Así pues, tanto unos como los otros deben encarrilar sus acciones en aras del interés social. Tanta importancia le otorga la normativa societaria que, por un lado, la decisión social que contradiga el interés social en beneficio de un interés individual o de un tercero puede ser impugnado ante un tribunal -a pesar de haber sido adoptada por mayoría-. Por otro lado, es deber de los administradores desempeñar su cargo como un representante leal en defensa del interés social. Como vimos en el capítulo anterior, la interpretación de su contenido puede traer algunos inconvenientes debido a las significativas diferencias existentes en las diversas interpretaciones del mismo y a la indeterminación de su concepto. Pues, de la noción que tengamos del contenido del mismo dependerá a quienes abarque este interés social, si se trata de una entidad reservada nada más que al ánimo de lucro de los socios o si pueden incluirse dentro de él otros intereses como son los intereses de los trabajadores, el interés de la comunidad, de la economía en general, etc.

Sin embargo, la concepción del interés social como entidad interpretativa de conductas puede complementarse recurriendo a tales fines a los principios generales del Derecho contractual¹⁹⁵, pues, como es bien sabido, la sociedad nace a

¹⁹⁵ Tal como lo prescribe el art. 1.4 CC, los principios generales del Derecho son fuente supletoria y tienen un carácter «informativo» del ordenamiento jurídico.

partir de un contrato, el de sociedad, y el vínculo que une a los socios entre sí está reglado tanto por la ley, como por los estatutos sociales. Estos mismos principios rectores, fundamentales en toda relación jurídica, pueden ayudar a resolver la ponderación de que si una conducta se ajusta al interés social, superando de alguna manera las diferencias que puede suscitar su análisis. En el presente capítulo vamos a tratar en sobre la legalidad, la buena fe, el deber de lealtad o fidelidad y el abuso del derecho. En efecto, independientemente de la noción que se tenga del interés social, los socios deberán adecuar sus conductas al principio de legalidad; deberán siempre actuar de buena fe; deberán ser leales entre sí y para con la sociedad misma; y deberán abstenerse de realizar un ejercicio abusivo de sus derechos, bien sea la mayoría, bien sea la minoría. Por lo tanto, cualquier situación de opresión por parte de la mayoría a la minoría, como asimismo cualquier abuso por parte de la minoría de sus derechos de tutela, pueden contradecir estos principios básicos de una relación jurídica. Y esta contradicción no puede pasar inadvertida en nuestro estudio.

No podemos dejar de advertir que los principios generales aquí propuestos no son independientes entre sí, ni se presentan de manera autónoma. Si bien cada uno de los principios tienen unas particularidades que los diferencian, son distintas manifestaciones de lo mismo, de un ideario de comportamiento justo y honrado por parte de los accionistas conforme al interés social. Dicho en otras palabras, en el presente capítulo desarrollaremos cada uno de los principios generales por separado para poder hacer hincapié en cada una de sus características propias, pero ello no significa que operen de forma aislada, sino que de su combinación resultará la directiva de conducta esperada para todos los accionistas –mayoritarios y minoritarios- de conformidad con el interés social.

3.1 Legalidad

La sociedad anónima debe funcionar de conformidad con lo que se encuentra convenido en sus estatutos sociales y por el ordenamiento legal. Tal como se analizó en el primer capítulo, la expresión de la voluntad de la sociedad se logra a través de los distintos órganos sociales dependiendo de las materias de sus respectivas competencias. Sin embargo, a los efectos de formular la decisión social es imprescindible que los órganos sociales actúen de acuerdo al principio de legalidad. De esta manera, en el caso de la junta general, la cual procede de manera colegial, sólo conseguirá que la decisión adoptada en su seno valga como voluntad social cuando se forme y se pronuncie con estricta observancia de las disposiciones legales de la sociedad y en la esfera de su competencia¹⁹⁶.

En este sentido, no constituirá la voluntad social, o sea, verdaderos acuerdos sociales, sino cuando se cumplan todas y cada una de las previsiones legales y estatutarias para su formación. Es decir, la conversión de la voluntad propia de los socios en una voluntad corporativa se tendrá que realizar únicamente con arreglo al procedimiento preestablecido por la Ley y por los estatutos sociales¹⁹⁷. Este procedimiento comprende los siguientes presupuestos, pues, de este cumplimiento del proceso formalmente establecido se llegará a la formación de la voluntad social: (a) el órgano de la sociedad tiene que respetar la delimitación de su

¹⁹⁶ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., págs. 266 y 267.

¹⁹⁷ Asimismo, es importante agregar que la suma de voluntades, aun siendo unánimes, para que equivalgan a la voluntad social se debe lograr a través de la fórmula preestablecida. En tal sentido, toda junta de socios (incluida la universal) tiene que adoptar una configuración orgánica que la diferencie de una reunión informal. Pues, para que una reunión de socios se considere junta, con todos sus efectos legales, no sólo ha de contemplarse y aceptarse como órgano de la voluntad social, sino que tiene que dotarse de una organización determinada y cierta, como lo es la mesa de la junta (art. 191 de la LSC). ANDRINO HERNÁNDEZ, «Especificación formal de los acuerdos en la sociedad anónima», ob. cit., págs. 133 y ss.

competencia establecida en las normas convencionales y legales a los diferentes órganos sociales. En otras palabras, la voluntad de los socios debe actuar dentro de los límites determinados por la división de poderes dentro de la sociedad; y (b) el cumplimiento de los siguientes requisitos (a) previos a la reunión: convocar a la junta por parte de los administradores y la publicación de la convocatoria¹⁹⁸, entre otros; (b) durante su desarrollo: el cumplimiento del funcionamiento colegial de la asamblea de socios, *quórum*, deliberación y votación, etc.; y (c) posteriores a la misma: referentes a la proclamación de resultados y a la constancia material de tales decisiones mediante su especificación formal en un documento llamado acta¹⁹⁹.

Asimismo, las decisiones sociales no sólo deben cumplir con el principio de legalidad en su sentido formal, sino que también lo deben hacer en su sentido material. En efecto, como ya ha señalado, la junta general es la expresión de la voluntad social «pero no es soberana», no puede acordar nada contrario a la ley, a los estatutos, ni al interés social. Por ejemplo, la junta general por más que apruebe por mayoría, no puede restringir la transmisión de las acciones de forma distinta a lo dispuesto en los estatutos (STS 1 de julio de 1961, RJ 1961/2876); «no puede operar un injusta privación de derechos a sus socios» (STS 30 de octubre de 1984, RJ 1984/5078); no puede declara nulos los acuerdos anteriores de otras juntas

¹⁹⁸ En caso de las juntas universales, faltando la convocatoria en sentido formal, se considera válidamente constituida para tratar cualquier asunto si se encuentra presente todo el capital social. Indefectiblemente debe tratarse de una sociedad anónima con muy pocos accionistas. Asimismo, la jurisprudencia admite que los accionistas que acuden a una junta universal deben tener conocimiento de los asuntos que iban a dilucidarse (RDGRN de 16 de marzo de 1990 y STS de 17 de febrero de 1992). ESTEBAN VELASCO, «Junta general de la Sociedad Anónima», ob. cit., pág. 3843.

¹⁹⁹ ANDRINO HERNÁNDEZ, «Especificación formal de los acuerdos en la sociedad anónima», ob. cit., págs. 136 y 137.

generales, cuestión que únicamente compete a los tribunales (RDGRN 23 de julio de 1994, RJ 1994/7443), así como tantos otros supuestos²⁰⁰.

Por último, insistimos en que este principio de legalidad actúa como un instrumento de tutela al accionista minoritario. Esto es así porque la mayoría a los fines de conformar la decisión social no sólo debe realizar todos los procedimientos que la Ley y los estatutos prescriben, sino que también la decisión social debe también tener un contenido legal. Es por ello que en la sociedad anónima, el principio mayoritario, por un lado, está sujeto al procedimiento y a los requisitos formales específicos que se imponen con máximo rigor para conformar la decisión del órgano colegial²⁰¹. La sujeción al procedimiento formal establecido en la ley y en los estatutos se impone frente a la pauta contractual regida por los principios de la autonomía de la voluntad, al punto de que se privará de eficacia a los simples acuerdos de los socios que no se rijan por ellos²⁰². Y, por el otro lado, las decisiones que se adopten por mayoría no deben contrariar a la Ley (si lo hacen son acuerdos nulos), los estatutos y no debe lesionar el interés social, en beneficio de uno o varios accionistas o un tercero.

3.2 Buena fe

²⁰⁰ Ver más jurisprudencia en: VALPUESTA GASTAMINZA, *Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: legislación concordada, jurisprudencia y bibliografía*, ob. cit., págs. 206 y ss.

²⁰¹ En el mismo sentido se ha sostenido que: «la voluntad social en la junta general se forma necesariamente por el método colegial. El elemento identificador de la colegialidad (frente a la actuación colectivo no colegial) reside en el acto de la reunión (regular constitución) y deliberación entre los asistentes que permita una ponderada adopción de decisiones fruto de una recíproca influencia de voluntades». ESTEBAN VELASCO, «Junta general de la Sociedad Anónima», ob. cit., pág. 3841.

²⁰² ANDRINO HERNÁNDEZ, «Especificación formal de los acuerdos en la sociedad anónima», ob. cit., pág. 132.

Conforme señala VICENT CHULIÁ el *abuso de la mayoría* y la *tiranía de la minoría* son unos temas centrales de la vida societaria y define a estas disputas como unos conflictos de intereses –naturales y lógicos- entre la mayoría y la minoría, los cuales deben resolverse mediante el principio mayoritario ejercido siempre de buena fe²⁰³. Asimismo, este autor ha sostenido de manera más general que este principio es fundamental no sólo para resolver las disputas entre los grupos de poder en el seno de la sociedad, sino que desde su fundación las relaciones intersocietarias deben interpretarse desde la óptica del principio de la buena fe conforme lo establece el art. 7 del CC. De esta manera, el respeto a la causa del contrato de sociedad no sólo incluye la prohibición del pacto leonino (art. 1691 CC), sino que «debe inspirar la interpretación y aplicación del contrato, en base en la buena fe»²⁰⁴.

En efecto, la buena fe es una regla fundamental por la cual los socios deben ajustar su comportamiento a su exigencia, bien sea en la fundación de la sociedad o bien en el posterior ejercicio de los derechos de socios. El juez puede valorar la conducta deducida por los accionistas y, en caso de contradicción con este principio rector, puede juzgarla y declarar la correspondiente nulidad o, en su caso, rechazar cualquier pretensión impugnativa que se realice con mala fe²⁰⁵. De este

²⁰³ Señala que una actuación en contrario, determina la patología societaria de las dos manifestaciones típicas (el abuso de mayoría, que hace necesaria la protección de los derechos e intereses de la minoría; y la tiranía de la minoría, frente a la cual es necesario proteger el poder de decisión de la mayoría). VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil*, ob. cit., pág. 412.

²⁰⁴ VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, V. 1º, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 310.

²⁰⁵ Así pues, los jueces deben rechazar las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal, conforme lo establece el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El cual también establece el principio rector de la buena fe: «en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe».

modo, el TS en reiteradas oportunidades²⁰⁶ ha sostenido que el principio de buena fe es un concepto jurídico deducido por los hechos (resulta de lo actuado por las partes) y, por lo tanto, reservado a la libre apreciación potestativa de los Tribunales, pudiendo ser utilizado para interpretar la conducta de los socios y así resolver sobre la consecuente correspondencia, o no, de la acción impugnativa de un acuerdo social. Por ejemplo, en la STS de 5 de junio de 1999 se resolvió que la conducta de un accionista no se condecía con las exigencias de la buena fe, al haber éste libre y voluntariamente acogido un acuerdo social, aprovechando las oportunidades o ventajas del mismo y luego, pasado algún tiempo de ello –en el caso, más de nueve meses–, decide impugnarlo por considerarlo nulo. En tal caso, se ha sostenido que es enteramente aplicable la regla consagrada en el art. 7.1 CC, el TS tras analizar la conducta realizada por el accionista aplica la norma que hace contrario a la buena fe el ejercicio del derecho de impugnación de los acuerdos sociales y la consecuencia jurídica que esa regla impone: la no admisión de un ejercicio contrario a la buena fe²⁰⁷.

Al analizar esta cuestión, resulta importante distinguir entre buena fe y el principio general de la buena fe. El primero, es un concepto técnico-jurídico que se utiliza en cierto número de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho (v. gr. arts. 433, 434, 1950 del CC). Por su parte, el principio general de la buena fe, ya no es simplemente un elemento de un supuesto de hecho normativo,

²⁰⁶ SSTs del 5 de julio de 1990, del 22 de octubre de 1991, del 8 de junio de 1992, del 7 de mayo y 9 de octubre de 1993, del 9 de octubre de 1997, entre otras.

²⁰⁷ De esta manera, el TS no se limita a señalar que el socio no ha ejercido su derecho conforme a las exigencias de la buena fe, sino que concreta o explicita porqué la conducta de aquel socio es contraria a la buena fe. Asimismo, se agrega en el análisis de citado fallo que es también contrario a la buena fe ejercitar un derecho en contradicción con su anterior conducta (prohibición de ir contra los propios actos). ALGARRA PRATS, Esther, «Impugnación de acuerdos sociales. Conducta contraria a la buena fe. Comentario a la STS de 5 de junio de 1999», *CCdJC*, núm. 51, 1999, pág. 1226.

sino que engendra una norma jurídica completa (que a la vez es un principio general del Derecho positivizado), lo que implica que se pueda exigir a las personas un comportamiento de buena fe²⁰⁸. Ahora bien, entonces sabemos que las conductas de los socios deben ajustarse al principio de la buena fe, pero ¿esto, qué implica?, ¿cuál es el contenido de aquellas conductas? Como primera propuesta, podemos citar la relación que se ha realizado sobre la *affectio societatis* como una concreción del principio general de buena fe consagrado en el art. 7.1 CC en el ámbito de la sociedad, tal como lo indica la SAP Ciudad Real de 11 de diciembre de 1992²⁰⁹. Sin embargo, se ha dicho al respecto que tal asimilación es errática y confusa, puesto que son dos conceptos diferentes. La buena fe impone a los socios unas determinadas pautas de comportamiento (que en su formulación negativa aparece como un límite a la autonomía de la voluntad), en cambio la *affectio societatis* se sitúa en el plano subjetivo intencional, carente de traducción en el comportamiento del socio²¹⁰. Además, la aplicación del principio de la buena fe al ámbito de las relaciones y comportamientos societarios no requiere de un vehículo especial que facilite su

²⁰⁸ ALGARRA PRATS, «Impugnación de acuerdos sociales. Conducta contraria a la buena fe», ob. cit., pág. 1228.

²⁰⁹ Sentencia en virtud de la cual se rechaza la impugnación de dos asambleas de una cooperativa que fueron convocadas con media hora de diferencia, en vez de los siete días que establecen los estatutos, y el socio impugnante que asistió a las mismas no hizo oposición a las mismas en el transcurso de las asambleas. Según el Tribunal habiendo asistido el socio a ambas juntas, su impugnación no puede prosperar, desde el momento en que un elemental principio de buena fe, donde la solidaridad y esfuerzo común entre los socios para la concreción de sus fines, exige que se realicen inmediatamente las observaciones de cualquier defecto que pudiera incidir en el buen desarrollo del *iter* de la entidad.

²¹⁰ Se ha sostenido que la *affectio societatis*, definida como una voluntad de unión de los socios, como un vínculo de simpatía y confraternidad, no puede ser nunca elemento del contrato de sociedad. Carece de sentido, es igual que la confianza sea un elemento del contrato de mandato, el amor en el matrimonio, etc. Son cuestiones ajenas al derecho, propias del plano subjetivo. Lo que une a los socios y constituye un elemento esencial de sociedad es el fin común, no el vínculo personal. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil*, Contratos, T. II, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1974, págs. 211 y 212.

introducción, pues, ya es una de las más importantes obligaciones contractuales del socio²¹¹.

Como otro supuesto, se ha resaltado que el principio general de la buena fe debe concebirse como una formulación de carácter genérico y abstracto. En efecto, es así dado que en el art. 7.1 del CC no se encuentra definido su contenido. El legislador no ha precisado qué ha de entenderse por tal, con lo cual hace difícil la tarea de la doctrina y jurisprudencia buscar el significado y alcance del principio. Lo que sí implica el art. 7.1 del CC que el deber de ejercitar los derechos conforme a las exigencias de la buena fe se traduzca como un límite al ejercicio subjetivo. Esto implica que cuando se sobrepasa ese límite, el ejercicio se convierte en inadmisibile y debe ser reprobado por el ordenamiento jurídico²¹². De esta manera, el principio es un modelo de conducta o de comportamiento asentado en valores de justicia, honestidad, rectitud, fidelidad, consideración o respeto a la confianza suscitada por la otra parte. Así, la buena fe se identifica con un modelo de conducta socialmente honesto y adecuado a las reglas y valores que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético²¹³. En esta línea, el TS ha establecido que la buena fe, como principio general del derecho, «obliga a un comportamiento humano objetivamente

²¹¹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María, «La buena fe en las relaciones societarias y la *affectio societatis* (SAP Ciudad Real de 11 de diciembre de 1992)», *RdS*, núm. 2, 1994, pág. 227.

²¹² Asimismo, se señala que el principio general de la buena fe significa actuar conforme a las reglas éticas y valores que la conciencia social impone al tráfico jurídico, que en definitiva la buena fe consagra como módulo rector del ejercicio de los derechos y en esta función se concibe a la buena fe de forma objetiva. ALGARRA PRATS, «Impugnación de acuerdos sociales. Conducta contraria a la buena fe», ob. cit., pág. 1229.

²¹³ En el mismo sentido, el Informe OLIVENCIA (realizado por la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los consejos de Administración de las sociedades, Madrid, 26 de febrero de 1998) señala que el principio de la buena fe es un principio inspirador de todo el derecho, un concepto en blanco que se invoca como modelo de conducta abstracto para ejercitar no sólo el ejercicio de los derechos, sino también el cumplimiento de las obligaciones. Ver en <www.etnor.org/olivencia.pdf>, págs. 8 y ss.

justo, leal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido»²¹⁴. En términos similares, a nivel europeo, el principio de buena fe ha sido consagrado por el DCFR en el art. I. – 1:102 (3) como un criterio de interpretación y de ejecución de las normas contractuales, habiéndolo definido el DCFR como una norma de conducta caracterizada por la honestidad, la transparencia y la consideración de los intereses de la otra parte a la transacción o relación de que se trate²¹⁵.

Vemos, entonces, que por más que se establezca su significado en una norma positiva, la buena fe, en cuanto principio general, siempre va a ser indeterminado. Esto traerá ciertos inconvenientes sobre la aplicabilidad, sobre su contenido y alcance, pero a la vez traerá la ventaja de permitir y facilitar la adaptación del principio a cualquier realidad en el comportamiento de determinados accionistas en cualquier sociedad. En este sentido, la funcionalidad operativa del principio de la buena fe va a estar determinada por la casuística, analizando los supuestos de hecho, los comportamientos de los accionistas para ver si sus conductas se ajustan a las exigencias de la buena fe. Por lo tanto, será un «concepto-válvula» del ordenamiento jurídico donde su aplicación práctica concreta habrá de estudiarse atendiendo a las circunstancias del caso, para ver si concurren allí las ideas genéricas y abstractas que se vinculan al concepto indeterminado de buena fe²¹⁶.

²¹⁴ STS de 26 de octubre de 1995, ver en *CCJ/C*, núm. 40, 1996, pág. 357.

²¹⁵ DCFR I. – 1:103: Good faith and fair dealing. (1) The expression «good faith and fair dealing» refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. (2) It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party's prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party's detriment.

²¹⁶ ALGARRA PRATS, «Impugnación de acuerdos sociales. Conducta contraria a la buena fe», ob. cit., pág. 1229.

Por señalado, se puede decir que el principio de la buena fe que se encuentra implícito en la normativa societaria, es un principio totalmente aplicable e idóneo para cumplir con la función de ser fuente de deberes de conducta (en sentido objetivo²¹⁷), exigible tanto en el ejercicio de los derechos como en el cumplimiento de las obligaciones. La buena fe, en este sentido objetivo, se traduce en un modelo de conducta, por consiguiente, es fuente de producción de obligaciones y prohibiciones que determinan la manera en que los accionistas deben ajustar su conducta²¹⁸. De esta manera, el principio de buena fe determina el comportamiento de los socios vinculados por el contrato de sociedad a la consecución del fin común y, al mismo tiempo, que éste se deba ejercitar, ejecutar e interpretar conforme a este principio. Todo esto no es más ni menos que la demanda de una «actuación y cumplimiento de las obligaciones de los socios con rectitud, lealtad, exactitud y corrección para alcanzar este objetivo teleológico, elemento causal del contrato»²¹⁹.

Atento a lo expuesto, podemos resaltar entonces que el principio de buena fe tiene para el tema que nos ocupa una doble funcionalidad: en primer lugar, tiene una función normativa/interpretativa, por la cual la buena fe viene a establecer el contenido obligatorio de aquellas lagunas legales o convencionales y, en segundo

²¹⁷ La buena fe como un principio aplicable a las relaciones jurídico-patrimoniales no deriva de la buena fe en su sentido subjetivo, pues, no se trata de observar la predisposición psicológica del gestor. Por el contrario, nos basamos en un sentido objetivo de buena fe, entendida ésta como una norma o modelo de conducta que exige actuar al socio de determinada manera. RIBAS FERRER, Vicenç, *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004, pág. 295, ver en <www.tesisexarxa.net>.

²¹⁸ RIBAS FERRER, *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob. cit., pág. 296.

²¹⁹ Asimismo, es importante agregar que «si las mayorías deben ajustar su conducta en el respeto a este deber y subsiguiente conformidad con el interés social, no hay razón alguna desde el punto de vista de la igualdad de trato de los socios para no entender lo propio respecto a la actuación de la minoría, obligadas como están ambas categorías a la consecución del fin común». RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», ob. cit., págs. 89 y 90.

lugar, tiene la función integradora que determina a los accionistas a comportarse y a ejercer sus derechos de una manera conforme a lo que se espera de un hombre honrado y prudente²²⁰.

3.3 Lealtad o fidelidad²²¹

Como muchos principios generales, el deber de fidelidad de los socios no se encuentra en ninguna norma legal concreta, a diferencia del deber de lealtad de los administradores enmarcado en art. 226 de la LSC. Sin perjuicio de ello, este deber cumple un papel de extraordinaria importancia en el derecho de sociedades²²². Algunos autores lo consideran como una derivación lógica del principio general de la buena fe en la estructura de funcionamiento de la organización societaria²²³. En efecto, se ha sostenido que «el deber de fidelidad se define como la traslación, al ámbito de funcionamiento de la organización societaria, del principio de buena fe en

²²⁰ RIBAS FERRER, *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob. cit., pág. 297.

²²¹ Para abordar el presente subcapítulo vamos a tomar los términos «lealtad» y «fidelidad» como sinónimos, pues, muchos autores los tratan indistintamente sin diferenciarlos. Asimismo, nos basamos en las definiciones de la RAE que establece a la lealtad como «cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad» y a la fidelidad como «lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona». En España, por influencia de la doctrina alemana, se utiliza mayormente el término deber de fidelidad, con lo cual vamos a utilizar tal expresión. Otra manera de nombrarlo es como «deberes fiduciarios» de los socios (según los menciona ALFARO ÁGUILA-REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente*, ob. cit., pág. 34) y en su versión anglosajona: *fiduciary duty*.

²²² PAZ-ARES, Cándido, «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad», en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, T. I, Civitas, Madrid, 2006, pág. 483.

²²³ Se ha señalado que «el deber de fidelidad no es sino una manifestación societaria de los deberes de buena fe que rigen el ejercicio de los derechos y los efectos del contrato (arts. 7 y 1258 CC) que cobra un especial alcance en el campo societario». JUSTE MENCÍA, *Los «derechos de minoría» en la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 143 y 144.

el cumplimiento de las obligaciones contractuales»²²⁴. Otros, en cambio, sostienen que es un principio jurídico que nace de la necesidad de un comportamiento por parte de los socios compatible con el interés social²²⁵. Sin embargo, en lo que se está de acuerdo es que este principio se encuentra reflejado en ciertas normas legales y, por lo tanto, imperativas para los accionistas. Algunos ejemplos de la LSC, son los arts. 30, 97²²⁶, 204, en cuanto este último permite que se puedan impugnar los acuerdos que beneficien a un accionista (o varios, o un tercero) en desmedro del interés social; entre otros supuestos.

El deber de fidelidad tiene la particularidad de presentarse principalmente más con un contenido negativo que con un contenido positivo²²⁷. El principio de fidelidad no será una obligación de hacer por parte de los accionistas, o sea, promover o proteger el interés social y, a la vez, tener en consideración los intereses vinculados a la sociedad de los demás accionistas. Sino, todo lo contrario,

²²⁴ En este sentido, se ha dicho que el interés de la persona jurídica es un límite a la autonomía de decisión de sus miembros, lo que implica que entre el interés individual de los socios y el de la sociedad se delimita una frontera que impone supremacía del último. Esto es llevado para sustentar la existencia de un deber de fidelidad del socio al interés de la sociedad que hace que el socio tenga la obligación de defender el interés social en situaciones en las que el mismo esté en colisión con el interés individual del socio. ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, «El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital», *RdS*, núm. 9, 1997, pág. 91.

²²⁵ Así se hace hincapié en que el deber de fidelidad tiene su fundamento «en la naturaleza de la sociedad como instrumento para la consecución de determinado fin o la satisfacción de intereses sociales -el socio está obligado a respetar esa naturaleza, a moverse dentro del círculo de lo permitido por ese fin o interés-». COUTINHO DE ABREU, «Interés social y deber de lealtad de los socios», ob. cit., pág. 51.

²²⁶ Respecto al principio de igualdad de trato, también se ha destacado que, al igual del deber de lealtad, pertenece al núcleo de los valores centrales del sistema societario y su fundamento reside, desde el punto de vista positivo, en los dictados o exigencias de la buena fe tanto en el plano de la atribución de los derechos como en el plano de su ejercicio. PAZ-ARES, «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad», ob. cit., pág. 484 y 485.

²²⁷ Se ha subrayado este carácter, dado que el principio de fidelidad entraña una fuente de deberes concretos a los socios, sobre todo obligaciones de no hacer, los cuales nacen de su condición de socio. SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, *La facultad de exclusión de socios en la teoría general de sociedades*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 206.

es una obligación de no hacer²²⁸. Tal vez en caso de los administradores de la sociedad sea diferente, quienes sí tienen una obligación de promover el interés social, pero para los accionistas, es una obligación negativa, que exige que ningún socio actúe en perjuicio del interés social o de los intereses de otros socios relacionados con la sociedad. De la misma manera, es contrario al deber de fidelidad que el accionista compita o aproveche en beneficio propio las oportunidades de negocios de la sociedad (las llamadas *corporate opportunities*). Por ejemplo, en estos últimos casos, actúa ilícitamente el socio que induce a la contraparte de la sociedad a negociar con él en lugar de hacerlo con la sociedad, o bien tomando información confidencial, la cual tiene acceso por su calidad de socio, en la que se detalle un potencial buen negocio para la sociedad, el accionista la tome y aproveche el negocio en beneficio personal²²⁹.

Asimismo, se ha resaltado la importancia de este principio dado que sirve para armonizar el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento societario y los estatutos. Como así también, para completar las lagunas existentes en los mismos, en concordancia con el principio de la buena fe o, del mismo modo, con lo que las partes razonablemente podrían haber estipulado en el contrato si hubiesen estado en condiciones de preverlas y de formularlas²³⁰.

Otro aspecto importante sobre el deber de fidelidad es que se presenta con una doble vertiente: el socio debe fidelidad a la sociedad como así también a los

²²⁸ Sostiene GIRÓN que el aspecto negativo aparece indiscutible: no dañar el interés social en beneficio propio. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., pág. 198.

²²⁹ COUTINHO DE ABREU, «Interés social y deber de lealtad de los socios», ob. cit., pág. 50.

²³⁰ Ello es así por la enorme dificultad de prever en el contrato las contingencias que pueden presentarse en la vida de una sociedad. PAZ-ARES, «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad», ob. cit., pág. 483.

otros socios²³¹. Esta cuestión no ha planteado inconvenientes en las sociedades de corte personal debido a la base de íntima confianza que inspira a este tipo de sociedades. En cambio, en las sociedades anónimas (sociedades de tipo corporativo) se ha cuestionado la existencia de deberes de lealtad tanto frente a la sociedad como, sobre todo, entre los consocios. Se decía entonces que en este tipo de sociedades únicamente hay relaciones de los socios *con* la sociedad y, además, que por el funcionamiento de este tipo social no cabrían las relaciones personales propias de las sociedades personales que justifican la imposición del deber de fidelidad. Hoy en día, es opinión generalizada la aceptación de la existencia de un deber de fidelidad frente a los consocios en las sociedades de estructura corporativa²³². Además, así se legitima el control material de las decisiones discrecionales adoptadas por mayoría, actuando el deber de fidelidad entre socios como una fuerte tutela a la minoría. Pues, la defensa de los socios minoritarios debe fundarse en el deber de fidelidad ente los socios, en el deber de no lesionar los intereses vinculados a la sociedad de los otros socios. Por ejemplo, se puede invocar esta figura para evitar que una junta aumente el capital social en un momento en que no es necesario para la sociedad y en que la mayoría conoce la existencia de un socio minoritario sin posibilidades de participar en él; la limitación desproporcionada del derecho de suscripción preferente en un

²³¹ BORDA, *Tratado de derecho civil*, ob. cit., pág. 268.

²³² Agrega ALFARO que aun admitiéndose que no pueden calificarse de contractuales a las relaciones entre los socios de una sociedad de capitales, dichas relaciones no son, en ningún caso, comparables a las existentes entre dos terceros –relaciones extracontractuales–, sino que constituyen una «relación especial» de la que surgen deberes de comportamiento leal. Aunque para este autor la sociedad no puede ser destinataria de un deber de fidelidad por parte de los socios, sino que siempre va dirigido a sus consocios. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente*, ob. cit., págs. 34 - 36.

aumento de capital; autorización para la transmisión de participaciones sociales; disolución de la sociedad, etc.²³³.

En efecto, el deber de lealtad entre socios puede emplearse de la siguiente manera en los siguientes escenarios de colisión de intereses entre mayoría y minoría: (a) en caso de que colisionen unos intereses intrasocietarios (v. gr. diferencias en el manejo de la sociedad) de la mayoría y minoría, se resuelve a través del principio de mayorías, aquí no operaría el deber de lealtad; (b) en caso de conflicto entre un interés extrasocietario de la mayoría y un interés intrasocietario, aquí la mayoría actuaría deslealmente violando el principio en análisis si da prioridad a sus intereses extrasocietarios sobre los intereses sociales de la mayoría; y (c) en caso de convergencia entre intereses extrasocietarios de ambos lados, tampoco operaría el deber de lealtad. Por lo expuesto, la mayoría puede favorecer legítimamente sus intereses intrasocietarios (en cuanto es mayoría) sobre la minoría, pero, en cambio, no puede perjudicar a ésta a favor de sus intereses extrasocietarios²³⁴. En estos términos, se ha utilizado en vastas oportunidades el deber de fidelidad entre los socios para resolver cuestiones de conflictos de intereses entre los socios y la sociedad²³⁵. En tales casos, se ha dicho que debe primar el

²³³ COUTINHO DE ABREU, «Interés social y deber de lealtad de los socios», ob. cit., pág. 52.

²³⁴ PASTOR MUÑOZ, «La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades...», ob. cit., págs. 8 y 9.

²³⁵ Llama la atención que no se haya previsto la limitación de voto en caso de conflicto de intereses en la sociedad anónima como sí se hace en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 190 de la LSC). Además otros ordenamientos lo han previsto como ser el art. 136 *ActG* y el art. 2373 del *Código civile* italiano. En estos casos no se parte de una situación de conflicto, sino de supuestos en los que la existencia de un interés personal o privado de un socio puede dar lugar de facto a una situación de conflicto en el ejercicio de su derecho a voto, por tal motivo el legislador prohíbe, en el supuesto concreto, el ejercicio de dicho derecho. En la sociedad anónima sólo se legisló la anulabilidad de las decisiones sociales en los cuales la mayoría abuso de su poder y se beneficie a costa de la sociedad, con la lógica aportación del interés social. ALCALÁ DÍAZ, «El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital», ob. cit., pág. 90. En la misma línea, se

interés social invocando al deber de fidelidad de los socios para resolver la cuestión²³⁶ (v. gr. STS de 6 marzo 1992, RJ 1992\2398²³⁷). La aplicación del principio de la buena fe –que tiene que presidir las relaciones jurídicas en general- en estos casos se traduce en la vinculación del socio respecto de los intereses colectivos, prevaleciendo éstos sobre los intereses particulares, por lo que el mismo opera como un límite al ejercicio de sus derechos y, en concreto en caso de conflicto de intereses, como un límite al derecho de voto²³⁸. De esta manera, el interés social, unido al principio de buena fe y al principio de lealtad, determina el modo de actuar del accionista, el cual deberá prevalecer en su conducta el interés social frente al interés individual en caso de conflicto entre ellos.

A mayor abundamiento, es posible resaltar que anteriormente la LSA no regulaba estas situaciones limitando el derecho de voto de los accionistas que se encuentren en un conflicto de intereses, cuestión que tampoco lo hace la nueva LSC, por lo que resta someterse al régimen de la impugnación (remedio *a posteriori*). Sin

sostiene que es incomprensible el distinto régimen de la LSA y de la LSRL en esta materia. VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil*, ob. cit., págs. 288 y 289.

²³⁶ Se ha afirmado que: la consecución del fin común «exige tener como guía de comportamiento y límite material a la libertad de actuación del socio el interés social, de suerte que en caso de conflicto, y por exigencia del deber de fidelidad, debe anteponerse el interés social en detrimento del personal». RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», ob. cit., pág. 90.

²³⁷ Ha señalado el TS que «el deber de fidelidad (*Treupflicht* según la técnica jurídica germánica) en que se inspiran numerosos preceptos del Código Civil, expresivos de la prevalencia del interés común que inspira la sociedad sobre el interés contrapuesto de los socios en particular... No debe olvidarse que, mediante la sociedad, varias personas aúnan sus esfuerzos para la consecución de un fin común, normalmente a través de la cooperación duradera, y en los casos de conflicto entre el interés individual extrasocial del socio y el interés social común a todos, aquel interés particular ha de respetar el interés social, libremente asumido por el socio, y ha de estar limitado por la subordinación del interés personal del socio al interés social, que debe ser preferido». Asimismo, en la STS de 12 de Julio de 2002, RJ 2002\8252, se sostiene que el deber de fidelidad a la sociedad vincula no sólo a la mayoría de los accionistas sino también a la minoría.

²³⁸ ALCALÁ DÍAZ, «El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital», ob. cit., pág. 92.

embargo, una buena técnica legislativa del conflicto de interés determinaría supuestos en los cuales se limita el derecho de voto en la junta general al accionista cuando se contrate en nombre propio con la sociedad o cuando se compita con ella sin autorización²³⁹. Va de suyo que en base en el deber de fidelidad, los estatutos o los reglamentos internos de conducta de las sociedades cotizadas pueden regular el procedimiento de constatación y solución del conflicto a través de la abstención de votar por parte del socio comprometido²⁴⁰.

Por su parte, en cuanto a la cuestión del deber en análisis en función del comportamiento de la mayoría, se ha sostenido que el poder legal de la mayoría de control de la sociedad anónima debe ejercerse dentro de las formalidades, competencias de los órganos y, además, respetando dos grandes principios que rigen en el contrato de sociedad: (i) el interés social, asociado al ánimo de lucro, o de obtener beneficios sociales; y (ii) el deber de fidelidad entre los socios. Este último derivado del fin común permite reconocer una «*actio pro socio*», en casos en que los órganos sociales no pueden o no quieren defender los intereses sociales. Esta acción se dirige por un socio contra otro para exigirle el cumplimiento de sus obligaciones sociales y el respeto de los intereses de los demás socios en tanto tales, o sea, los intereses delimitados por el contrato de sociedad²⁴¹.

²³⁹ Para el caso de los administradores de una sociedad cotizada, se sancionó oportunamente la llamada ley de Transparencia (Ley 26/2003) que adopta este método cuando los administradores tengan que votar en la junta en virtud la representación de accionistas obtenida por solicitud pública (hoy art. 514 de la LSC).

²⁴⁰ VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil*, ob. cit., págs. 288 y 289.

²⁴¹ Ver ejemplo que cita de la doctrina alemana sobre la «*actio pro socio*» realizada en los grupos de sociedades en que la sociedad dominante como tal no forma parte del órgano de administración de la sociedad dominada. VICENT CHULIÁ, «Problemas candentes de la sociedad anónima», ob. cit., pág. 11.911.

Asimismo, en cuanto a la vinculación entre el deber de fidelidad y la opresión sufrida por la minoría por parte del grupo de control de una sociedad cerrada, se ha dicho que el deber de fidelidad postula que los accionistas poseedores de dicho control societario tienen un compromiso con la misma sociedad y con los accionistas minoritarios de evitar sobrepasarse en sus derechos²⁴². Por lo tanto, cuando los accionistas minoritarios afirman que son víctimas de la opresión de la mayoría, el análisis se centra en determinar si la mayoría ha incumplido con aquel deber. Cualquier utilización del poder de la mayoría que tienen sobre la sociedad tiene que estar orientado en beneficiar a todos los accionistas proporcionalmente y a la sociedad en su negocio²⁴³. Nos resulta que esta última interpretación es un poco limitada, pues, creemos el deber de fidelidad, como ya hemos citado, se da tanto para la mayoría como para la minoría, con la doble faceta frente a la sociedad en su conjunto y frente al resto de consocios.

También se ha sostenido que la utilización de principios indeterminados no es excesiva para reglar la relación entre la minoría y la mayoría, dado el inmenso poder que tiene esta segunda sobre la primera en las sociedades cerradas. En tal sentido, es común que en este tipo de sociedades los socios dependan económicamente de la sociedad, ya sea porque trabajan desde toda la vida en la misma o porque perciben algún dividendo como beneficio. Por lo tanto, las minorías

²⁴² Los deberes fiduciarios se encuentran en manos del grupo de control societario ya sea en una sociedad abierta o cerrada: «fiduciary duties are imposed on a shareholder who, individually or as a member of a small group, owns a majority of the shares or, for other reasons, has dominion or control of the corporation»; y su contenido va estar dado por categorías abstractas que incluyen a la lealtad, buena fe y el deber de un trato justo. ART, Robert C., «Shareholder Rights and Remedies in Close Corporations: Oppression, Fiduciary Duties, and Reasonable Expectations», *Journal of Corporation Law*, 2002-2003, págs. 379 y ss., ver en: <www.heinonline.org>.

²⁴³ Se sostiene que la opresión por parte de la mayoría a la minoría va a estar dada por la violación a los deberes fiduciarios y a las expectativas razonables de la minoría. ART, «Shareholder Rights and Remedies in Close Corporations: Oppression, Fiduciary Duties, and Reasonable Expectations», ob. cit., págs. 374 y ss.

se encuentran en un grado de gran vulnerabilidad por parte de la mayoría que puede utilizar desafortunadamente el principio de mayoría para imponer y quebrar las expectativas de la minoría, las cuales pueden ser materia de prueba en un Tribunal. Así también, el Tribunal puede utilizar la figura del deber de fidelidad para analizar cuáles eran las expectativas y si la mayoría ha transgredido los derechos de la minoría procurando buscar un equilibrio entre los dos grupo societarios²⁴⁴.

Desde otro punto de vista, el deber de fidelidad es también visto como mecanismo para evitar los abusos por parte de la minoría²⁴⁵. En este sentido se ha indicado oportunamente que la gran proliferación de derechos de minoría, sobre todo represivos o de defensa y especialmente los que constituyen medios de autotutela, su mala implementación puede ocasionar graves perjuicios a la misma sociedad²⁴⁶. Dada la ausencia de una regulación que en muchos casos ignora estas circunstancias de abuso de la minoría, y teniendo en cuenta el carácter imperativo de las normas de buscan su tutela y el posible abuso de éstas, es factible recurrir al principio en análisis. En efecto, el deber de fidelidad, totalmente aplicable en las

²⁴⁴ A su vez, se señala que el deber de fidelidad va en dos direcciones, una en manos de la mayoría y otra en manos de la minoría. La primera va a estar dada en evitar que la mayoría utilice su poder en su propio beneficio (conflicto de intereses) y la minoría, por su lado, tiene el deber de fidelidad hacia la sociedad, por ejemplo, no utilizar información confidencial obtenida en su calidad de socio para perjudicar a la sociedad. GRANDFIELD, «Reasonable Expectations of Minority Shareholders in Closely Held Corporations: The Morality of Small Businesses», ob. cit., págs. 399 y 400.

²⁴⁵ Se afirma que a semejanza de los que sucede en el abuso de mayoría, el abuso de minoría se produce allí donde el comportamiento de los minoritarios es contrario al interés social y está inspirado correlativamente por la consecución de un interés particular. Este ataque al interés social es el resultado de una infracción del genérico deber de fidelidad del socio hacia la sociedad y hacia el resto de socios, aplicable también a las sociedades de capital, y cuya trascendencia y finalidad última reside tanto en su capacidad para articular el ejercicio de los derechos y obligaciones que integran la condición de socio como para suplir y complementar las previsiones legales y contractuales. RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», ob. cit., pág. 89.

²⁴⁶ Tal como se advirtió en el subcapítulo 2.2.2.

sociedades de capital, vinculando al ejercicio no sólo a la mayoría sino también a la minoría societaria, ha de tener una aplicación cierta en el caso de los derechos cualificados de minoría²⁴⁷. Justamente, los titulares de tales prerrogativas no pueden dejar de comportarse lealmente con la sociedad, y deben evitar daños a ésta y promover sus fines en el momento del ejercicio. Es cierto, sin embargo, que el deber de fidelidad es mucho más exigible a quien detenta una mayor cantidad de poder (dada la capacidad de poder anteponer sus intereses personales frente al interés social), pero en el caso de la minoría cualificada, no es menor el peligro que puede producir a la sociedad con el abuso de los medios de tutela. Insistimos en que el principio que obliga a los socios un deber de fidelidad tanto con sus pares como con la sociedad, sirve como principio rector del debido comportamiento de los mismos, sin ninguna necesidad de una positivización en una norma jurídica, todo lo contrario, de la mano de la jurisprudencia, este principio general puede ir aplicándose para dar solución a situaciones de injusticia y de abusos²⁴⁸.

3.4 Abuso del derecho

A los efectos cerrar el análisis sobre los principios que operan complementando a las normas en su papel de evitar los conflictos entre mayoría y minoría y, caso de que sucedan, imprimirles una solución, resulta fundamental el recabar en el análisis del instituto del abuso del derecho.

²⁴⁷ JUSTE cita a SCHMIDT, K. (*Gesellschaftsrecht*, Berlín, 1991), quien recoge la opinión de que el deber de fidelidad no es únicamente un instrumento de tutela de la minoría: tanto los derechos individuales, como los cualificados, y las minorías de bloqueo ha de ser ejercidos sin abuso. JUSTE MENCÍA, *Los «derechos de minoría» en la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 144.

²⁴⁸ JUSTE MENCÍA, *Los «derechos de minoría» en la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 144 y ss.

A pesar de la falta de reconocimiento expresa por parte de la normativa societaria, es un principio implícito en todo el Derecho Privado, como señalamos anteriormente, ejercitar, ejecutar e interpretar los derechos y obligaciones de buena fe. En el ámbito societario, el contrato social, por sus particularidades, fundado sobre la base de la búsqueda de un fin común, guía el funcionamiento de la sociedad y para alcanzar aquella finalidad se requiere una actuación y cumplimiento de las obligaciones por parte de sus miembros con honradez, fidelidad y corrección. Por lo que recabamos oportunamente, estos principios operan como un límite material a la actuación del socio hacia el interés social en casos de conflictos de intereses. Sin embargo, como complemento a todo esto, que no es poco, la Ley determina otro aspecto de significativa importancia: (i) que los derechos nunca pueden ejercerse abusivamente, en otras palabras, la Ley no admite el ejercicio antisocial de los derechos; y (ii) se puede generar un daño por el (ab) uso de un derecho cuando se ejerce con un sentido distinto al del espíritu de la norma.

En efecto, conforme surge del CC, en su art. 7.2, por lo tanto aplicable para todo el ordenamiento jurídico, la Ley no admite el ejercicio abusivo del derecho²⁴⁹. Este principio juega un papel destacado «permitiendo cerrar así y dar cobertura al círculo de los eventuales abusos»²⁵⁰, ya no como sanción a un acto contrario a una norma, sino al del ejercicio de los derechos según sus límites y el

²⁴⁹ Art. 7.2 del CC: «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

²⁵⁰ RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», ob. cit., pág. 95; quien también cita a SOLÁ CAÑIZARES, («La Protection des Minorités Dans les Sociétés anonymes», *RIDC*, 1953, págs. 416 y 421) quien sostiene que «las teorías del abuso del derecho y del desvío de poder ofrecen la ventaja de ser a la vez más precisas y más amplias en el campo de la protección de accionista y la concepción institucional ofrece el marco adecuado para aplicarlas».

principio de la buena fe²⁵¹. Con este recurso jurídico se puede sancionar no sólo la intencionalidad de dañar a la sociedad, sino también el desvío de fines o funciones en el ejercicio de los derechos sociales. La intención del legislador ha sido evitar el ejercicio inmoral o antisocial de los derechos. En tales términos, se ha expresado que el abuso de derecho, tal como está configurado en la Ley, «sanciona el ejercicio de un derecho, objetiva y externamente legal, cuando éste traspasa los límites impuestos por la equidad y la buena fe»²⁵².

Señalamos en reiteradas oportunidades la posibilidad de cualquier accionista de impugnar los acuerdos sociales que resulten contrarios a la Ley, a los estatutos y al interés social (art. 204 de la LSC, antiguo 115 LSA). Ahora bien, ¿es posible aplicar el principio del abuso del derecho para justificar una impugnación a un acuerdo social? La jurisprudencia ha respondido en reiteradas oportunidades afirmativamente²⁵³, aceptando la impugnación por incurrir el acuerdo o el ejercicio del voto (o sea, la sociedad o los socios mayoritarios, respectivamente) en abuso del derecho²⁵⁴.

²⁵¹ STS del 30 de enero de 2001, RJ 2001\514.

²⁵² Además, se sanciona tanto el aspecto objetivo como el subjetivo. De ahí que se haga referencia a la intencionalidad del autor (v. gr. afectar a la sociedad, afectar a la minoría, etc.) y al objeto, las circunstancias de su ejercicio sobrepasando manifiestamente los límites normales del destino del derecho subjetivo. RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», ob. cit., pág. 95.

²⁵³ La doctrina jurisprudencial relativa al abuso del derecho inicia su evolución a partir de la STS de 14 de febrero de 1944, RJ 1944\293.

²⁵⁴ En tal sentido, se ha establecido que: «la lesión de los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios accionistas puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso de derecho (subjetiva, de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria, y objetiva, de anormalidad en el ejercicio del mismo)», en STS de 10 febrero 1992, RJ 1992\1204. Asimismo, la citada STS de 26 de mayo de 2005, RJ 2005/5761, en cuanto juzga como abusiva la manera de actuar de la mayoría y declara nula la decisión social. También la STS de 10 de febrero de 1992, RJ 1992/1204, indica que «la lesión de los intereses de

Por su parte, es también doctrina del TS que para configurar un abuso de derecho deben concurrir los siguientes elementos esenciales: (a) uso de un derecho objetivo o externamente legal; (b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y (c) la inmoralidad o la antisocialidad de este daño, manifestada en forma subjetiva, cuando el derecho se actúa con intención de perjudicar o sin un fin serio y legítimo, o bajo forma objetiva, cuando el daño proviene de causa de anormalidad en el ejercicio del derecho²⁵⁵. Igualmente, se ha resuelto que el abuso de mayoría es una especie del abuso de derecho proscrito en el art. 7 del CC²⁵⁶. En este último sentido, se ha afirmado que la mayoría, como se sabe, tiene el derecho de tomar cualquier decisión en el marco de la junta general, siempre que se respeten la ley y los estatutos. Pero la misma ley en el citado art. 7 del CC incluye la prohibición del abuso de derecho y, de este modo, impone a aquella mayoría un deber de ejercicio leal del poder que le otorga su posición en la sociedad²⁵⁷.

Asimismo, el TS ha sostenido que se puede concretar la doctrina del abuso de derecho afirmando, que «los derechos subjetivos tienen unos límites de orden moral, teleológico y social, y cuando se obra en aparente ejercicio de un

la sociedad, en beneficio de uno o varios accionistas, puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del *abuso de derechos*».

²⁵⁵ STS de 18 noviembre de 2003, RJ 2003\8078, la cual cita las SSTS de 3 de noviembre de 1992, RJ 1992/9190; 5 de marzo de 1996, RJ 1996/1997; 15 de marzo de 1996, RJ 1996/2367; y 4 de julio de 1997, RJ 1997/5842.

²⁵⁶ En este caso, se hizo lugar a la impugnación de un acuerdo social que fijaba las retribuciones de dos a los consejeros por encima de lo que percibían otros consejeros. Sostuvo el Tribunal, que con la intención de los socios mayoritarios de obtener un mayor beneficio por sus participaciones que la socia minoritaria, se la perjudicó utilizando abusivamente los socios mayoritarios su derecho a fijar retribuciones para los administradores. SAP de Albacete de 30 julio de 1998 AC 1998\6705.

²⁵⁷ PASTOR MUÑOZ, «La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades...», ob. cit., pág. 7.

derecho, traspasando en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad o la buena fe, con daño para terceros, se incurre en responsabilidad; en estricto sentido, quien usa de su derecho no puede cometer abuso alguno, abusa quien ejecuta un derecho que realmente la ley no le ha concedido. La doctrina científica critica el margen de inseguridad, que el indispensable arbitrio judicial puede producir al fijar los límites del derecho subjetivo de acuerdo con su fin, pero conviene puntualizar, que el examen subjetivo de la conducta del agente en función del móvil y del fin, está limitado objetivamente por la función social que corresponde al derecho ejercitado, y tiene como ámbito propio el de no poder invocarse, cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado por un precepto legal, o dicho de otro modo, el abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcanzan una protección jurídica»²⁵⁸. Sin perjuicio de ello, el TS ha recomendado una aplicación restrictiva de esta figura y que ha de quedar claramente acreditado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado²⁵⁹.

Por su parte, la doctrina mercantilista, a diferencia de la jurisprudencia, en un principio, ha sido más reticente en reconocer la aptitud del principio de abuso de derecho como medio para juzgar sobre la anulación de un acuerdo. La razón de ello radicaba en la incompatibilidad que se encontraba en trasplantar conceptos del Derecho público a la sociedad anónima como organización jurídico-privada²⁶⁰. Sin

²⁵⁸ STS de 25 septiembre de 1996, RJ 1996\6641.

²⁵⁹ SSTs de 11 de mayo de 1991, RJ 1991, 3658; 5 de abril de 1993, RJ 1993, 2788; 2 de diciembre de 1994, RJ 1994, 9395; y 19 de octubre de 1996, RJ 1996, 7164.

²⁶⁰ Contra aquellas críticas POLO advierte que el conflicto de mayoría y minoría nace en un órgano social, la teoría de orgánica de la sociedad también ha sido importada del Derecho público. Además señala que el hecho de que los acuerdos sociales para que constituyan decisiones sociales

embargo, hoy en día la doctrina es casi uniforme al sostener, aunque de carácter excepcional, la aplicabilidad a la impugnación de los acuerdos sociales por abuso del poder mayoritario y su complementariedad con la sanción de la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios socios o terceros. Entonces la ley, jurisprudencia y doctrina coinciden en definir el abuso de derecho desde: (i) la legalidad objetiva del derecho, facultad o poder ejercitado; (ii) la ilegitimidad subjetiva del móvil o fin perseguido (causar un daño a otro); y (iii) el daño a un interés (la lesión a un derecho lo torna contrario a la ley). De esta manera, el daño no se desprende de la intención, sino del exceso en el ejercicio de un derecho donde se sobrepasa manifiestamente los límites normales de su ejercicio. En aquellos casos, la teoría del abuso de derecho es aplicable a la impugnación de esos acuerdos sociales que si bien fueron adoptados por la junta general en uso de sus facultades de decisión, su fin último no es otro que el de causar un perjuicio a los socios minoritarios, por lo tanto se debe intervenir a los efectos de evitar una lesión de un interés legítimo que únicamente es posible proteger a través de la anulación del acuerdo²⁶¹.

Desde otro punto de vista, el principio del abuso de derecho también puede resolver situaciones de un ejercicio abusivo de los medios de tutela por parte de la minoría. En este sentido, igualmente se puede dar el caso que un ejercicio no contrario a la ley esconda una intención o tenga un objetivo lesivo para el interés

deban respetar un procedimiento colegiado mayoritario, no es óbice para que la mayoría pueda – aunque no deba– abusar de su poder ejercitándolo abusivamente y al margen del fin social. El control judicial no recae sólo en el control de legalidad, sino un control en la oportunidad objetiva de las decisiones sociales y en la oportunidad subjetiva (sobre su legitimidad desde el punto de vista del fin extrasocial perseguido por un acuerdo objetivamente no contrario a la ley ni a los estatutos, pero adoptado con la intención de causar un perjuicio a la minoría). POLO SÁNCHEZ, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima», ob. cit., págs. 2280 y 2281.

²⁶¹ POLO SÁNCHEZ, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima», ob. cit., pág. 2281.

social. Así pues, la implementación del principio en análisis puede ayudar a resistir un derecho de minoría ejercitado de manera abusiva, cuyos límites normales han sido sobrepasados manifiestamente. Corresponderá a los tribunales juzgar aquellos comportamientos en casos de derechos de heterotutela y, en caso de autotutela estricta, la administración de la sociedad puede evitar el daño que pueda ser producido por la minoría cuando considere sobradamente burlados los límites del ejercicio del derecho. Esta última, si bien es arriesgada, puede justificarse en supuestos de grave lesión a los intereses sociales, sino se estaría vaciando de contenido a las prerrogativas concedidas por el legislador a los accionistas²⁶². Por lo tanto, cuando la minoría ejerce sus derecho de forma obstructiva, sin otro interés que el de entorpecer la marcha social (o presionar para negociar la venta de su participación a un precio por encima del de mercado), es evidente que se están excediendo los límites normales del ejercicio de los derechos. Esta normalidad va a estar entendida por la utilidad objetiva del derecho ejercitado. Entonces, la anormalidad o extralimitación en el ejercicio de los derechos comprende ya no la intención de perjudicar a la administración o a la misma sociedad, o la obtener un provecho o beneficio ilegítimo, sino que basta con la incongruencia o la ausencia de utilidad objetiva del derecho ejercitado²⁶³.

²⁶² JUSTE MENCÍA, *Los «derechos de minoría» en la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 147 y 148.

²⁶³ Tal es el caso del problemático derecho de información, habrá que estudiar la utilidad objetiva que proporciona el normal ejercicio. POLO SÁNCHEZ, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima», ob. cit., págs. 2288 y 2289. Sobre esta materia, JUSTE sostiene que ante el reclamo abusivo de información por parte de la minoría, los administradores pueden denegar los datos. Porque más allá del perjuicio que pueda generar a la sociedad la concesión de información sensible a los intereses sociales, hay que tener en cuenta los límites generales del ejercicio del derecho. En este sentido, tiene plena vigencia la figura del abuso de derecho. JUSTE MENCÍA, *Los «derechos de minoría» en la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 379 y 380.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos desarrollado distintos aspectos de la relación entre la mayoría y la minoría societaria. En virtud de todo lo expuesto, podemos a esta altura señalar las siguientes conclusiones:

En primer lugar, en cuanto a la evolución de la mayoría y minoría, conforme se infiere del primer capítulo, podemos sostener que la mayoría y la minoría societaria nacen a partir de la instauración del sistema mayoritario de formación de la decisión social. Con anterioridad, la sociedad era gobernada bajo el paradigma contractual de la unanimidad. Por el cual, lograr el consentimiento de todos los socios imposibilitaba la adopción de cualquier acuerdo social haciendo que la misma sociedad se encontrara condenada al fracaso. Así pues, se resolvió esta problemática cuestión a través una solución práctica, si el sistema de la unanimidad hacía imposible la formación de la voluntad social, se lo modificó por el sistema mayoritario para hacer posible el normal desenvolvimiento de la sociedad. Sin embargo, este cambio radical va a traer aparejado el sacrificio por parte de los accionistas de la autonomía de su voluntad. Este aspecto no es menor puesto que se trata de obligar contractualmente a individuos aun en contra de su propia voluntad. Pero, en definitiva, con el principio mayoritario se evita que la sociedad sacrifique su interés por el interés del socio individual.

En cuanto a las definiciones de los conceptos mayoría y minoría, podemos indicar que la «mayoría» no se trata de un accionista o grupo de ellos que surgen por el resultado de una junta determinada, tampoco se trata de quien posea mayor capital social. Sino que la mayoría va a estar constituida por un grupo de poder organizado y consolidado que gobierna y controla a la sociedad. No

necesariamente este grupo mayoritario va a ser propietario de la mayor parte del capital social (más aún en sociedades abiertas), el cual se encuentra en manos de numerosos accionistas dispersos y desinteresados en la gestión de la sociedad. Por el contrario, la «minoría» serán todos los accionistas que no formen parte de aquel grupo de poder estable que controla y gobierna a la sociedad y, en consecuencia, subordinado a las decisiones que adopte la mayoría.

A su vez, hemos hecho referencia a la manera en que opera el principio mayoritario en la formación de la voluntad social. De este modo, hemos reparado en el estudio del sufragio en ámbito del órgano colegial de la junta general de accionistas. Asimismo, analizamos los tipos de mayorías que se pueden emplear, como ser la mayoría absoluta, la mayoría simple o relativa y la cualificada. Sobre este punto podemos concluir que, al no definirse la normativa societaria por un sistema, los accionistas pueden establecer en sus estatutos cualquiera de los mismos, pero en caso de silencio conviene aplicar la mayoría absoluta frente a la relativa, pues, la primera otorga una mayor legitimidad a la decisión social y opera de una manera más conveniente con los accionistas presentes que se abstienen de votar. Otro aspecto a resaltar es que la mayoría siempre se trata de capital y no de personas, el principio mayoritario se asienta en el principio real y no en el viril.

Asimismo, desarrollamos el carácter homogeneizante del principio de mayoría. Esta particularidad permite unificar las distintas voluntades –mayoría y minoría- existentes en el seno de la sociedad en el acuerdo social. Pero esta vinculación se da a través de la imposición de la voluntad de la mayoría por los medios antes referidos. De ahí de la necesidad de contar con una tutela que permita que los minoritarios no claudiquen de sus derechos y restrinjan a la mayoría de abusar de su poder en su propio beneficio.

En efecto, la mayoría no se presenta de forma omnipotente, la cual encontrará los límites a su poder en cuanto sus decisiones tendrán que estar orientadas en la búsqueda del interés social y en el respeto de los derechos individuales del accionista. En tal sentido, la mayoría debe representar el interés de la sociedad, cuando se aparta de este interés estaría abusando de su potestad y pasaría a representar el interés particular o de un tercero. Así pues, la Ley creará un sistema de impugnación judicial para que, ante una situación en donde la mayoría desvíe su poder en beneficio propio o de un tercero afectando el interés social, se permita a todos los accionistas de buscar anular aquella actuación abusiva de la mayoría.

A partir de dichos postulados, el instituto del interés social cobra una notoria relevancia en la relación entre mayoría y minoría. Sin embargo, como hiciéramos hincapié, el contenido del interés social no se presenta de manera uniforme y pacífica en la doctrina. Sino todo lo contrario, develar el significado del será objeto de estudio de dos teorías tradicionales, la contractualista y la institucionalista. Fundamentalmente, la polémica radica en interpretar a quiénes involucra el interés social, si únicamente se refiere al interés común de los socios, tal como sostiene la visión contractualista, o, en cambio, existen otros intereses implicados como son los intereses de los trabajadores, de los consumidores o de la economía nacional, tal como defiende la visión institucionalista. Particularmente, basándonos en una tesis de raigambre contractualista, hemos dado nuestra propia visión, la cual entendemos que es de gran utilidad a los efectos de analizar la relación entre la mayoría y la minoría social en un contexto de conflicto.

En efecto, tal como están planteadas las cosas, donde la voluntad social recae en el capital social, es forzado creer que puedan existir otros intereses además del de los accionistas. Eso no quiere decir que estén autorizados a tener un ejercicio desmedido y restrictivo frente a ellos. Tanto los trabajadores como los consumidores

merecen el respeto de sus derechos y el Derecho va a tutelarlos a través de las normas laborales y de defensa del consumidor, respectivamente.

Retomando el tema del interés social, su papel principal es de ser una cláusula de integración del contrato de sociedad. De esta manera, tendrá una gran importancia a través de su función formal, como directiva de conducta sobreentendida que debe ser respetada por todos los accionistas; y de su función material, condenando las decisiones de la mayoría que hagan prevalecer su interés particular ante el interés común que fijaron los socios al conformar la sociedad. Por lo tanto, todas las decisiones que tome la sociedad con base en el principio mayoritario, deberá respetar el fin común que todos los socios fijaron al fundar la sociedad. Así pues, a través del interés social se permite subsanar las lagunas que irremediamente el contrato social tendrá.

Tal como hicieramos mención oportunamente, la normativa societaria va a reconocer ciertos derechos a favor de los accionistas por el mero hecho de ser socios. Son los denominados derechos individuales del socio. Pueden llegar a limitarse, siempre que no se trate de una situación abusiva, en tal caso debe justificarse por el beneficio al interés social. Asimismo, la Ley ha concedido ciertos beneficios al accionista –o grupo de ellos- que representen una cantidad considerable de capital social, son lo denominados derechos de minoría cualificada. La razón entre la distinción entre unos y otros no es más que ponderar más derechos en quienes tienen mayor cantidad de capital social. La Ley ha preferido realizar una tutela más profunda en quienes posean más incidencia en la vida social y no en el accionista aislado. De esta manera, la normativa societaria pretende evitar que un accionista aislado tenga la capacidad de poder influir desmesuradamente en la vida social sin ninguna proporción con su participación social. La mayoría es así protegida de la posible arbitrariedad de un socio aislado.

Con relación a los conflictos entre mayoría y minoría, podemos sostener que uno de los conflictos más comunes en la sociedad anónima va a estar representado por las diferencias en cuanto al manejo de la sociedad. Así, un grupo minoritario, que, por supuesto no llega a conformar la cantidad de votos necesarios para imponer su voluntad en la junta, tendrá unas diferencias de criterios vinculados con la dirección de la sociedad ejercida por la mayoría. En este supuesto, ambos sectores actúan de conformidad con el interés de la sociedad, pero contienden sobre los medios para llevar a cabo lo mejor para la sociedad. La minoría entonces no le quedará otro remedio que fiscalizar a la mayoría con todos los instrumentos que la Ley le otorga hasta que pueda constituirse como mayoría.

Sin embargo, existen otros supuestos de conflictos entre mayoría y minoría que se caracterizarán en cuanto un sector actúa a espaldas del interés social. Se presentan de dos modos distintos, por un lado, a través del abuso de poder de la mayoría sobre la minoría y, por el otro, el ejercicio abusivo de los instrumentos de tutela por parte de la minoría contra la mayoría y la propia sociedad. Ambos casos son derivaciones de un apartamiento del interés social, en tales supuestos se ponderan intereses egoístas por sobre el interés general. En este sentido, los dos tipos de conflictos tienen en común que son desvíos de poder, utilizaciones abusivas, en beneficio propio, de instrumentos otorgados por el ordenamiento societario, en un caso, el poder de mayoría y la capacidad de conformar la voluntad social, y, en otro caso, los instrumentos de tutela y las prerrogativas concedidas a la minoría.

Gran parte del problema entre uno y otro conflicto lo encontramos en el hecho de que la normativa societaria pondera del mismo modo a una sociedad cerrada y a una sociedad abierta, en cuanto al ejercicio de los derechos de minoría cualificada. En caso de una sociedad cotizada, los instrumentos de tutela van a ser

totalmente decorativos porque será imposible contar con las cuotas de capital exigidos. En cambio, en las sociedades cerradas estos porcentajes serán muy exiguos pudiendo la minoría tener un fácil acceso a los mismos. Además, la Ley le concede a la minoría prerrogativas muy influyentes en la vida de la sociedad y se puede causar muchos problemas con su mal empleo, dado que en muchos casos no tiene porqué justificar su ejercicio, dando lugar a potenciales situaciones de abuso muy perjudiciales para la sociedad.

Del mismo modo en que el interés social actúa como patrón de conducta para todos los accionistas, se pueden utilizar los principios generales del Derecho contractual para complementar tal concepto y evitar con ellos ciertos conflictos y, en caso que éstos aparezcan, resolverlos. Vemos entonces que los principios de legalidad, buena fe, fidelidad y el impedir el abuso del derecho, valen como modelos de comportamiento para los accionistas. Estos principios, a pesar de tener sus peculiaridades, para los accionistas son manifestaciones de un mismo ideario de comportamiento honrado, fiel y correcto respecto al contrato social.

Como primer supuesto de los principios generales del Derecho contractual, el de legalidad va a determinar que el principio de mayoría no se desenvuelve de manera soberana, sino que debe adecuar su poder de decisión a la ley, a los estatutos y al interés social. Podemos sostener entonces que para conformar la voluntad social corresponderá cumplir con todos los requisitos procedimentales –legales y convencionales– y el contenido de la decisión social debe estar encauzado con el interés social.

En cuanto al principio de buena fe, concluimos que es un principio fundamental en toda relación jurídica. El Derecho no admite un comportamiento contrario a la buena fe. Sin embargo, esto no sólo es un principio ético, sino que es

una norma jurídica completa, plenamente aplicable y determina una obligación a los accionistas como norma de conducta tanto en la fundación de la sociedad, como, luego, en el ejercicio de los derechos sociales. Esta conducta acorde al principio de buena fe está dada por la rectitud y el respeto a la confianza dada por sus pares. Y, al ser un concepto abstracto, permite aplicárselo en cualquier circunstancia.

En relación con el deber de fidelidad, podemos resaltar que ya sea una derivación del principio de buena fe en el ámbito societario o fruto de la necesidad de un comportamiento a fin con el interés social, constituye una limitación a la autonomía de la voluntad. Se presenta en muchas ocasiones como un deber de no hacer: no dañar los intereses (económicos, por ejemplo) de la sociedad, ni los derechos de los accionistas. El accionista le debe fidelidad a sus pares y a la sociedad, es un deber de todos –aun la minoría–, pero es cierto que a mayor poder más debe ser la exigencia del deber de fidelidad. A través de este principio se legitima el sistema de mayoría y permite solucionar situaciones de intereses de conflicto, la mayoría por un deber de fidelidad no puede privilegiar su interés extrasocial frente a los intereses sociales de la minoría.

Por último, nos referimos al abuso del derecho. Sobre esta cuestión podemos decir que el instituto del abuso de derecho prohíbe el ejercicio antisocial de un derecho otorgado por el ordenamiento societario o por los estatutos sociales. Pues, con el ejercicio abusivo se puede generar un daño a la sociedad. No se sanciona un acto prohibido, sino que determina que el ejercicio de un derecho concedido encuentre sus límites, en los de la buena fe. De esta manera, con la figura del abuso del derecho se sanciona el desvío de fines de los derechos otorgados a los accionistas, sean mayoría o minoría, sean abusos de mayoría o abusos de los instrumentos de tutela por parte de la minoría.

Por lo expuesto, podemos sostener que en cualquier circunstancia que no se condiga con el principio de legalidad – en su manifestación formal y material-, con el principio de buena fe, con el deber de fidelidad –frente a la sociedad y a los demás socios- y que signifique un abuso de derecho, será ilegítima y no puede ser tolerada. Por lo tanto, el juez puede valorar la conducta de los accionistas y, en caso de contradicción con los principios referidos, puede declarar nulo el acuerdo en crisis o bien rechazar cualquier pretensión impugnativa que se realice con mala fe.

En definitiva, concluimos el presente trabajo con la idea de que la Ley le entrega el poder a la mayoría para que ésta pueda conformar la voluntad social. De ahí, la importancia que adquiere el *interés social* como pauta de conducta en cuanto la mayoría debe respetarlo al completar las omisiones de lo pactado en el contrato social. Pero ese poder debe también respetar el principio de legalidad, tendrá que desenvolverse con buena fe, con fidelidad a la sociedad y a los consocios, y sin caer en abusos. Todo esto determina que la mayoría no puede utilizar aquel poder en beneficiar su interés extrasocial en detrimento del interés social. Al mismo tiempo, la Ley para equilibrar un poco la relación de poder dentro de la sociedad, concede ciertas prerrogativas a la minoría. La cual también debe ejercer sus derechos de conformidad con la buena fe, con fidelidad a la sociedad y a sus consocios y evitando caer en situaciones de abuso. De esta forma, el interés social y los principios generales del Derecho contractual se manifiestan como modelos de conductas fundamentales para contribuir a una convivencia armoniosa entre mayoría y minoría; y dar solución a los eternos conflictos entre estos grupos societarios en la sociedad anónima.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, «El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital», *RdS*, núm. 9, 1997, págs. 89 – 141.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Interés social y derecho de suscripción preferente, Una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995.
- ALGARRA PRATS, Esther, «Impugnación de acuerdos sociales. Conducta contraria a la buena fe. Comentario a la STS de 5 de junio de 1999», *CCdJC*, núm. 51, 1999, págs. 1221-1230.
- ALONSO ESPINOSA, Francisco J. (Dir.), *Curso fundamental de derecho mercantil*, V. II Derecho de Sociedades, Quaderna Ed., Murcia, 2004.
- ANDRINO HERNÁNDEZ, Manuel, «Especificación formal de los acuerdos en la sociedad anónima», *AAMN*, T. XXX, V. II, 1991.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, Colección Austral, Madrid, 1980.
- ARROYO, Ignacio, «Reflexiones en torno al interés social», en AA. VV., *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, V. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1845 - 1858.
- ART, Robert C., «Shareholder Rights and Remedies in Close Corporations: Oppression, Fiduciary Duties, and Reasonable Expectations», *Journal of Corporation Law*, 2002-2003, págs. 372 – 418, ver en: <www.heinonline.org>.
- BÉRGAMO, Alejandro, *Sociedades anónimas. Las acciones*, T. II, Madrid, 1970.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil*, Contratos, T. II, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1974.

- BROWNLEE, Hunter J., «The shareholders' agreement: a contractual alternative to oppression as a ground for dissolution», *Stetson Law Review*, V. XXIV, págs. 268 – 307, ver en: <www.justice.law.stetson.edu>.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Accionistas en minoría e interés social», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 745/2008 (Tribuna), Aranzadi, Pamplona, 2008.
- COHEN DE ROIMISER, Mónica G., *El interés social en la sociedad anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge M., «Interés social y deber de lealtad de los socios», *RdS*, núm. 19, 2002, págs. 39 – 56.
- DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *Los derechos mínimos del socio*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., *Tutela de la minoría, impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 LSA)*, Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones, Valladolid, 1957.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., «Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría», *RdS*, 1993.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*, Madrid, 1982.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación», *RdS*, núm. 2, 1994, págs. 133-145.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Junta general de la Sociedad Anónima», en *EJB*, Civitas, Madrid, 1995.

- FRIEDMAN, Milton, *Capitalism and freedom*, University of Chicago Press, Chicago, 2002.
- GARRIGUES, Joaquín, «Sindicato de accionistas», *RDM*, 1955.
- GARRIGUES, Joaquín, «La protección de las minorías en el derecho español», *RDM*, 1959, págs. 249 - 268.
- GARRIGUES, Joaquín, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971.
- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, T. I, Madrid, 1976.
- GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades anónimas*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952.
- GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades*, T. I, Madrid, 1976.
- GONDRA, José María, «La estructura jurídica de la empresa. (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)», *RDM*, núm. 228, 1998, págs. 493 – 592.
- GRACIÁN, Baltasar, *El arte de la prudencia. Oráculo manual*, Temas de Hoy, Madrid, 1998.
- GRANDFIELD, Cynthia S., «Reasonable Expectations of Minority Shareholders in Closely Held Corporations: The Morality of Small Businesses», *DePaul Business Law Journal*, 2001-2002, ver en: <www.heinonline.org>.
- GUISADO MORENO, Ángela, «Comentario a la STS de 26 de mayo de 2005», *CCdJC*, núm. 71, 2006, págs. 833-847.
- HOPT, Klaus J., «Derechos y obligaciones de la dirección en relación con la “composición del accionariado”», *RDM*, núm. 209, 1993.

- JHONSON, Simon – LA PORTA, Rafael – LOPEZ DE SILANES, Florencio – SHLEIFER, Adrei, «Tunneling», *AER Papers and Proceedings*, Mayo, 2000, ver en: <www.economics.harvard.edu>.
- JUSTE MENCÍA, Javier - IGARTÚA ARREGUI, Fernando, «Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», *RdS*, núm. 24, 2005, págs. 75 - 89.
- JUSTE MENCÍA, Javier, *Los «derechos de minoría» en la sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- LLEBOT MAJO, José Oriol, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1996.
- MARTÍ LACALLE, Rocío, *El ejercicio de los derechos de minoría en la sociedad anónima cotizada*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *La representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1992.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge, «De la Junta General», en ARROYO, Ignacio - EMBID, José Miguel (Coord.), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, V. II, Tecnos, Madrid, 2001.
- MUÑOZ MARTÍN, Noemí, *Disolución y derecho a la cuota de liquidación*, Lex Nova, Valladolid, 1991.
- PALÁ BERDEJO, Francisco, «El cómputo de la mayoría en la junta general de accionistas», *RDM*, 1965.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, «La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP)», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2008.

- PAZ-ARES, Cándido, *Comentario del Código Civil*, T. II, Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.
- PAZ-ARES, Cándido, *¿Dividendos a cambio de votos?*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- PAZ-ARES, Cándido, «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad», en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, T. I, Civitas, Madrid, 2006, págs. 469 – 501.
- PAZ-ARES, Cándido, «La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad», en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, T. I, Civitas, Madrid, 2006, págs. 503 – 529.
- POLO SÁNCHEZ, Eduardo, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. II Sociedades Mercantiles, Civitas, Madrid, 1996.
- RIBAS FERRER, Vicenç, *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, 2004, ver en <www.tesisenxarxa.net>.
- RUBIO VICENTE, Pedro J., «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», *RdS*, núm. 21, 2003, págs. 81 – 108.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos, *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1990.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María, «La buena fe en las relaciones societarias y la *affectio societatis* (SAP Ciudad Real de 11 de diciembre de 1992)», *RdS*, núm. 2, 1994.

- SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal, *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Civitas, Madrid, 1973.
- SÁNCHEZ LINDE, Mario, «El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima», *RdS*, núm. 33, 2009, págs. 7 - 566.
- SÁNCHEZ LINDE, Mario, «La posible atribución de voto de calidad o voto dirimente al presidente de la junta de accionistas de la sociedad anónima», en *Jornada Internacional: "Reflexiones sobre la junta general"*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 20 de abril de 2009, ver en <www.proyectojuntageneral.org>.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián, «El abuso de posición de dominio: imposición de acuerdos abusivos y acuerdos lesivos (arts. 291 y 292 del CP)», en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (Dir. y Coord.), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, V. 3, 2001, págs. 3227-3236.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital (Artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo)*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, *La facultad de exclusión de socios en la teoría general de sociedades*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», *RDM*, núm. 246, 2002.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «De los presupuestos del concurso», en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan – GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, (Directores), *Comentarios a la legislación concursal*, V. I, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- THOMPSON, Robert B., «The shareholder's cause of action for oppression», *The Business Lawyer*, V. 48, 1993, págs. 699 – 745, ver en: <www.heinonline.org>.

- TOBIO RIVAS, Ana María, *Limitaciones de los derechos de asistencia y voto del accionista (art. 105 LSA)*, Civitas, Madrid, 1995.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, *Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: legislación concordada, jurisprudencia y bibliografía*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, V. 1º, Ed. Bosch, Barcelona, 1991.
- VICENT CHULIÁ, Francisco, «Problemas candentes de la sociedad anónima», *RGD*, núm. 591, 1993, págs. 11.910-11.942.
- VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al derecho mercantil*, 20ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

INFORMES

- ALDAMA Y MIÑÓN, Enrique (Dir.), Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, 8 de enero de 2003.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel (Pres.), Informe realizado por la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los consejos de Administración de las sociedades, Madrid, 26 de febrero de 1998.