

Mercantil

# La dispensa de operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril

Se analizan el concepto de transacciones vinculadas, los elementos generales del régimen de dispensa o autorización y el nuevo régimen de dispensa o autorización de transacciones vinculadas intragrupo (art. 231 *bis* LSC).

## FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid  
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

### 1. Introducción

La doctrina española está dividida entre quienes niegan y quienes afirman la legitimidad de la consecución del interés del grupo en sacrificio en las sociedades dependientes mediante la aplicación de la doctrina de las «ventajas compensatorias», vagamente reconocida en nuestro derecho por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 11 de diciembre del 2015. En su momento defendimos que, en el estado actual de las cosas, la solución más segura para los operadores era aprobar reglamentos de grupo para canalizar debidamente la contratación dentro del grupo,

un instrumento de gobierno corporativo que hoy nos parece imprescindible.

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) mediante la Ley 5/2021 no ha pretendido por ello ofrecer una regulación completa sobre las transacciones intragrupo que comprenda un control material o de fondo, sino que, en el marco del sistema normativo sobre deberes de lealtad de los administradores (como un *bis* del artículo 231 LSC) se limita a establecer, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, un régimen de autorización o dispensa de

dichas operaciones específicamente diseñado para proteger la posición de los socios externos de sociedades (dominantes o dependientes) integradas en grupos (horizontales o verticales). Si no hay socios externos, no hay conflicto de intereses y, por tanto, no hay necesidad de dispensa alguna (art. 529 *vicies.2a* LSC).

De conformidad con la nueva regulación legal, los administradores designados por la sociedad dominante en sus sociedades dependientes, a pesar de estar vinculados con la sociedad matriz (art. 230.1e LSC), podrán participar en la aprobación de las operaciones vinculadas («sujetas a conflicto de intereses») cuya aprobación sea competencia del órgano de administración de dichas sociedades dependientes. De este modo se impide que, por aplicación de las reglas generales, esas decisiones queden en manos de los representantes de los socios externos en el órgano de administración porque sólo ellos ofrecerían la independencia que requiere la ley para dispensar una transacción vinculada (art. 230.2 LSC). A cambio, si su decisión o voto resultó decisivo para aprobar la operación, se disponen reglas de inversión de la carga de la prueba en los litigios que (potencialmente) pudieran promover los socios externos indirectamente perjudicados por este tipo de comportamientos, sean de impugnación de acuerdos o de responsabilidad de administradores, de modo que su posición queda significativamente reforzada.

Con carácter previo al análisis del nuevo régimen legal, cuya interpretación en algunos puntos no nos ha resultado evidente, hemos considerado conveniente dedicar un par de epígrafes a recordar el concepto de transacciones u operaciones vinculadas y las bases del procedimiento general de dispensa de

estas operaciones, pues creemos que servirá para apreciar mejor las especialidades del régimen específico de dispensa de operaciones intragrupo.

## 2. Concepto de transacción u operación vinculada

La Ley de Sociedades de Capital sólo ofrece un concepto de operaciones vinculadas en la regulación sobre cotizadas, resultado de la transposición de la Directiva (UE) 2017/828, de 17 de mayo, de fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, que busca sus propios fines y no es susceptible de aplicación extensiva (art. 529 *vicies* LSC).

En la parte general, la referencia a las transacciones u operaciones vinculadas hay que deducirla del régimen de deberes de lealtad a los administradores en caso de conflicto (directo o indirecto) de intereses, donde la prohibición de realizar transacciones con la sociedad (art. 229.1a LSC) se extiende a la realización de transacciones cuyos beneficiarios sean personas vinculadas a los administradores (230.2 LSC). En consecuencia, son transacciones vinculadas las realizadas entre la sociedad y sus administradores o entre la sociedad y las personas vinculadas a los administradores (enumeradas en el listado «cerrado» del artículo 231 de la Ley de Sociedades de Capital), cuando el administrador o la persona vinculada se encuentren en situación de conflicto directo o indirecto de intereses con la sociedad. El alcance que deba darse al concepto de conflicto «indirecto» de intereses (discutido en nuestra doctrina) es fundamental en toda esta regulación, así como la aplicación en clave económica y conforme

a su finalidad de la norma que describe las relaciones de vinculación.

A lo anterior se puede añadir que se trata de operaciones realizadas en el ámbito de la gestión de la empresa y no de operaciones corporativas. Esto se deduce del mismo precepto que las prohíbe y deja al margen las «operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia» (art. 229.1a LSC). También se deduce del papel central que ocupa el órgano de administración en el procedimiento de dispensa o autorización de estas transacciones: sólo cuando exista un riesgo elevado de lesión patrimonial (valor superior al 10 % de los activos sociales) intervendrá la junta general. Por último, la inocuidad de la operación se analiza por referencia al «patrimonio social» y se requiere que las operaciones se aprueben «en condiciones de mercado».

Las operaciones societarias o las transferencias patrimoniales realizadas en el marco de modificaciones estatutarias o estructurales que comprendan la intervención de la junta general —donde la atribución patrimonial se produce precisamente como efecto de ese acuerdo de los socios— no son transacciones vinculadas. Es posible que en la negociación de la parte transaccional de este tipo de operaciones (*v. gr.*, de la prima a pagar en un aumento de capital por compensación de créditos o mediante aportaciones dinerarias) surjan deberes de abstención a cargo de los administradores que se encuentren incurso en situación de conflicto (directo o indirecto) de intereses. Sin embargo, esos deberes no existen en la parte procedimental de la operación, ya que de otro modo no sería posible llevarlas a cabo (*v. gr.*, redacción de informes, convocatorias de junta, etc.).

La operación vinculada por excelencia sería la aprobación de la retribución de los administradores con funciones ejecutivas, pero también queda fuera de este ámbito porque encuentra sus controles en la regulación de la propia corporación (arts. 217, 249.3 LSC).

### 3. Procedimiento general de dispensa o autorización

El procedimiento general de autorización de las transacciones vinculadas está integrado por normas sobre atribución de competencia entre los diferentes órganos de la sociedad y normas que tratan de garantizar la inocuidad para el patrimonio social, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del propio procedimiento de dispensa.

En lo que se refiere a las normas de atribución de competencia, la intervención de la junta general sólo se requiere, bien por la especial naturaleza de la decisión a adoptar (retribución externa, prohibición de competencia, asistencia financiera a socios —no intragrupo—), bien por la cuantía extraordinaria de la operación (10 % de los activos sociales).

En estos casos se activan dos tipos de reglas de protección de las minorías frente a las decisiones de la mayoría. La prohibición de votar se aplicará sólo a las transacciones entre la sociedad y el administrador-socio (art. 190.1e LSC y STS, Sala Primera, de 2 de febrero del 2017) y no a las transacciones entre la sociedad y personas vinculadas a los administradores, salvo que la persona vinculada sea un socio y la operación consista en facilitarle asistencia financiera (art. 190.1d LSC). La impugnación de los acuerdos de dispensa o

autorización adoptados con el apoyo mayoritario de los socios en situación de conflicto de intereses (v. gr., los socios representados por el administrador en el órgano) se resolverá mediante la inversión de la carga de la prueba sobre lesión del interés social en los términos del artículo 190.3 de la Ley de Sociedades de Capital.

En el resto de los casos, dado que se trata de operaciones efectuadas en el marco de la gestión de la empresa, el órgano competente es el propio órgano encargado de esa gestión, siempre que se pueda garantizar la independencia de los administradores que la concedan. Si tal independencia no queda garantizada, habrá que acudir a la junta general para que autorice la operación.

La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230 es una competencia no delegable del consejo de administración (art. 249 bis.c LSC), lo que implica que se deberán decidir conjuntamente en cualquier otra forma de organización pluralista del órgano de administración (administradores solidarios, conjuntos).

Las transacciones que se realicen sin respetar el procedimiento de dispensa serán nulas por infracción de ley, lo que determinará su ineficacia, salvo que sean ratificadas por la junta general de la sociedad, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad societaria de los administradores y, en su caso, de las partes vinculadas, según las reglas generales de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 del Código Civil).

#### 4. Especialidades de la autorización o dispensa de operaciones intragrupo

##### 4.1. La dispensa en la sociedad dependiente

El riesgo de extracción de beneficios privados en los grupos se dará normalmente a costa de las sociedades dependientes y en beneficio del interés de la sociedad dominante u otras sociedades del grupo (operaciones «aguas arriba»). Por esta razón, los controles para la protección de socios externos se establecen en la organización corporativa de la sociedad dependiente donde la misma presencia de los administradores designados por la sociedad dominante implica la existencia de ese riesgo (apdos. 1 al 3 del art. 231 bis y 231.1e LSC).

Los administradores de la sociedad dominante en su condición de tales no tienen conflicto en sus decisiones sobre las sociedades dependientes (o participadas), ya que, en relación con esas decisiones, están gestionando el patrimonio de su representada. El inciso primero del apartado 4 del artículo 231 bis de la Ley de Sociedades de Capital dispone por ello que no se consideran sujetas a conflicto de intereses las operaciones realizadas entre la sociedad y sus sociedades dependientes (o simplemente «participadas», como establece el artículo 529 vicies.3 LSC), porque el conflicto lo tienen esos administradores en su condición de representantes de la matriz en el órgano de administración de las sociedades dependientes.

Como veremos, una de las principales novedades de este régimen especial de dispensa de operaciones intragrupo es eximir a los representantes de la matriz de sus deberes de abstención en la sociedad dependiente.

#### 4.1.1. Operaciones competencia de la junta general

La intervención de la junta general de la sociedad dependiente será necesaria para aquellas operaciones realizadas con su dominante u otras sociedades del grupo (normalmente, hermanas) que tengan carácter extraordinario, sea por razones cualitativas (como ocurre con las decisiones en materia de gestión que sean competencia «natural» de la junta general —no lo es la asistencia financiera intragrupo, como se deduce del artículo 162 de la Ley de Sociedades de Capital—), sea por razones cuantitativas, al superar el importe o valor de la operación (o del total del conjunto de las operaciones previstas en un acuerdo o contrato marco) el umbral del 10 % del activo total de la sociedad (apdo. 1 del art. 231 bis LSC).

Lo normal será que la competencia de la junta general sea determinada por la cuantía de la operación que habrá de calcularse conforme al balance individual (no al consolidado), dado que se trata de proteger a los socios externos de la sociedad en cuestión (contra la regla prevista para las sociedades cotizadas en el artículo 529 *tervicies.2* de la Ley de

Sociedades de Capital). Además, deberían aplicarse las fórmulas de agregación previstas para las sociedades cotizadas en aras de evitar un fraude a la norma (*arg. ex art. 529 tervecies.1 LSC*).

En el caso de que el acuerdo de dispensa se adopte en la junta general, la sociedad dominante con la que se realiza la operación podrá votar en el acuerdo de aprobación-autorización, ya que la prohibición de voto en los acuerdos de dispensa se aplica sólo al socio que al mismo tiempo sea administrador y no al socio afectado en su condición de persona vinculada al administrador, salvo en los acuerdos de asistencia financiera no reconducibles a la política de financiación interna del grupo que queda fuera de la competencia de la junta general (art. 190.1d LSC en conexión con el art. 162 LSC).

#### 4.1.2. Operaciones competencia del órgano de administración

La dispensa de las operaciones intragrupo ordinarias corresponde al órgano de administración que, como regla general, deberá adoptar la decisión en pleno o mediante decisión consensuada si se trata de administradores solidarios o conjuntos.

Los administradores que estén vinculados y representen a la dominante podrán participar en la adopción de decisiones (estructura organizativa simple) o votar en los acuerdos (consejo

de administración) dirigidos a la aprobación de la transacción. A cambio de esta derogación de una regla de protección de carácter preventivo (la prohibición de voto del artículo 228c de la Ley de Sociedades de Capital), se establece una regla de protección que opera *a posteriori*. Se trata de la inversión de la carga de la prueba de lesión del interés social en caso de impugnación o de la antijuridicidad de su comportamiento en caso de acciones de responsabilidad por daños al patrimonio social si el voto de estos administradores resultó decisivo para la aprobación de la operación o de la decisión (apdo. 2 del art. 231 bis LSC).

A diferencia de lo que ocurre con carácter general para los acuerdos de dispensa, la aprobación o dispensa de las operaciones intragrupo celebradas en el curso ordinario de la actividad empresarial y concluidas en condiciones de mercado podrán ser objeto de delegación en consejeros con funciones ejecutivas o en la alta dirección de la sociedad, que deberán decidir las bajo su responsabilidad y sin la cobertura del margen de discrecionalidad empresarial (art. 226.2 LSC). En este caso se deberá implantar un procedimiento interno para la evaluación periódica de si las operaciones pueden considerarse ordinarias y su conclusión se ha realizado en condiciones de mercado (apdo. 3 del art. 231 bis LSC).

#### 4.2. La dispensa en la sociedad dominante (operaciones «aguas abajo»)

Como hemos señalado en el apartado anterior, el régimen de dispensa de operaciones intragrupo está diseñado para proteger los intereses de los socios externos de sociedades integradas en grupos ante los riesgos de extracción de beneficios privados en beneficio de la sociedad dominante y en perjuicio de la dependiente.

No obstante, es posible que el sentido de dicha ilícita extracción de beneficios se invierta y sea la sociedad dependiente la que trate de beneficiarse a costa de la dominante (operaciones «aguas abajo»). El legislador ha considerado que existirá un riesgo alto de que así suceda cuando en la sociedad dependiente (beneficiaria) sea «accionista significativo una persona con la que la sociedad no podría realizar la operación directamente sin aplicar el régimen de operaciones con partes vinculadas». En este caso, en aras de la protección de los socios externos de la sociedad dominante, la operación se tendrá que aprobar también por el órgano de la sociedad matriz que resulte competente según la naturaleza o cuantía de la operación (apdo. 4 del art. 231 bis LSC).

Es una regla lógica y que resulta sensata, aunque plantea algunos problemas de aplicación. El concepto de «accionista significativo» y el «régimen de operaciones con partes vinculadas» sólo están normativamente reconocidos en el ámbito de las sociedades cotizadas, por lo que se podría pensar que esta norma sólo se aplica por referencia a las dependientes cotizadas en protección de los socios externos de dominantes no cotizadas (para las dominantes cotizadas ya

rige el artículo 529 vicies.3 de la Ley de Sociedades de Capital, en términos más amplios).

En nuestra opinión, si se pretende tener un sistema completo en el ámbito de las sociedades cerradas, no debería imponerse esa solución. Habrá que adaptar las referencias a sociedades cerradas y entender

que la operación deberá ser dispensada (también) en la sociedad dominante (con socios externos) cuando cualquiera de las personas relacionadas en el artículo 529 vicies.1 de la Ley de Sociedades de Capital posea una participación en la dependiente que no sea insignificante (el 3 % o más).