

LAS OPERACIONES INTRAGRUPO EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

BORRADOR

Carlota Rodríguez Martín de Eugenio

Indice

[incluir una vez este redactado del todo]

Listado de abreviaturas y definiciones.

Abreviatura	Significado
CCom	Código de Comercio
LSC	Ley de Sociedades de Capital
Ley 5/2021	Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.
NIC	Normas Internacionales de Contabilidad
NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera

1. Introducción

- a. Presentación del tema**
- b. Justificación del interés y oportunidad del estudio**
- c. Objetivos y preguntas de investigación**
- d. Metodología aplicada**

2. El marco normativo de las operaciones intragrupo

a. Contexto histórico y evolución normativa de las operaciones intragrupo

Los grupos de sociedades constituyen una práctica recurrente en la organización empresarial, pese a que la legislación societaria siempre ha carecido de una regulación específica para los grupos de sociedades. En numerosas ocasiones, los tribunales han reconocido las carencias de la legislación vigente en materia de grupos de sociedades. Un ejemplo claro se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo 324/2012, de 21 de mayo, donde se afirma “Nuestro ordenamiento no regula los grupos de sociedades de forma completa”. Este pronunciamiento al igual que muchos otros, ponen de manifiesto la necesidad de un marco jurídico más integral y detallado, que sea capaz de atender a las necesidades de las relaciones intragrupo y el impacto de estas en el interés social.

Inicialmente, la legislación societaria puso su foco principalmente en la regulación de las sociedades individuales, dejando en un segundo plano la compleja realidad de los grupos empresariales. Poza Rodríguez (2021) señala que esta falta de atención provocaba importantes ineficiencias en la interpretación de las normas, especialmente en lo relativo a la gestión de los conflictos de interés, ya sea entre la sociedad y sus administradores, o entre las diferentes entidades que conforman un grupo de sociedades.¹

Ahora bien, parece que la regulación de los grupos de sociedades ha evolucionado respondiendo a las particularidades de este tipo de estructuras empresariales, caracterizadas por una dirección unitaria y la conexión entre las sociedades integrantes. La Ley 5/2021, de 12 de abril, marcó un hito al introducir un marco normativo específico para las operaciones intragrupo en la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

Como estudiaremos a continuación, la Ley 5/2021 introduce un marco jurídico novedoso como consecuencia de la transposición de la Directiva (UE) 2017/828, destinada a fomentar la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. No obstante, el legislador nacional amplió el ámbito de aplicación a las sociedades no cotizadas, por cuanto en el plano nacional estas predominan como filiales (García-Sánchez, 2021).²

¹ Poza Rodríguez, N. (2021). *Las operaciones vinculadas intragrupo. A propósito del nuevo artículo 231 bis de la LSC*. *Revista CEFLegal*, (251), 5-32.

² García-Sánchez, P. (2021). *El nuevo régimen de las operaciones intragrupo en la Ley 5/2021: Análisis jurídico y económico*. *Revista Española de Derecho Mercantil*, (XXX), 1-25.

Antes de continuar explicando en profundidad las operaciones intragrupo y la regulación introducida por la Ley 5/2021, es fundamental explicar la estructura del régimen aplicable a las operaciones intragrupo y cómo se articula dentro de la LSC.

El régimen general en materia de operaciones vinculadas se articula en torno al principio básico el deber de abstención de los administradores que se encuentran en un conflicto de interés, regulado en los artículos 228 a 231 de la LSC. Este deber de abstención, en pocas palabras, implica que no pueden participar en la aprobación de las operaciones vinculadas en las que estos puedan tener un interés directo o indirecto.

La Ley 5/2021 regula una excepción al deber general de abstención específicamente para las operaciones intragrupo, introduciendo en la LSC el artículo 231 bis. Como veremos a continuación esta disposición reconoce las particularidades de los grupos empresariales, en los que es habitual que los administradores de la filial sean designados por la matriz. Gracias a la introducción de este nuevo artículo, los administradores vinculados a la matriz podrán participar en la aprobación de las operaciones intragrupo siempre que se garantice lo dispuesto en el artículo, fomentando una mayor operatividad del grupo.

No obstante, la regulación de las operaciones intragrupo en la LSC distingue entre un régimen general aplicable a todas las sociedades de capital, incluidas las cotizadas y un régimen especial aplicable únicamente a las sociedades cotizadas.

Esta distinción normativa refleja el intento del legislador de equilibrar la operatividad de los grupos empresariales con la necesidad de prevenir abusos y proteger los intereses sociales. Antes de avanzar en el análisis del régimen de operaciones intragrupo introducido por la Ley 5/2021, creo necesario comprender antes el concepto de grupo de sociedades.

b. Concepto de grupo de sociedades

Durante años, el concepto de grupo de sociedades ha sido objeto de debate tanto en el ámbito jurisprudencial como doctrinal. La normativa societaria lejos de proporcionar una regulación exhaustiva ha relegado un papel residual a esta figura, limitándose a referencias puntuales y dispersas en el entramado jurídico.

Concretamente, los grupos de sociedades se han regulado en diversos preceptos legales que delimitan la noción de grupo atendiendo a criterios específicos. Algunos de estos preceptos legales son: el Código de Comercio, la LSC, La Ley de la Defensa de la Competencia, la derogada Ley de Sociedades anónimas (LSA), la Disposición adicional primera de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea; o el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, la Ley del Impuesto sobre Sociedades. (Faus, s. f.)³

Para definir el concepto de grupo de sociedades, es fundamental destacar el artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), que remite expresamente al artículo 42 del Código de Comercio (CCom) para su definición. Este último establece que un grupo de sociedades se configura cuando una sociedad, denominada dominante, ejerce o tiene la capacidad de ejercer, de manera directa o indirecta, el control sobre una o varias sociedades, denominadas dependientes. Con esta alusión al control directo o indirecto de una sociedad sobre otras, se amplía el concepto de grupo más allá de los supuestos de control orgánico; (Faus, s. f.)⁴. Sin embargo, se restringe el concepto de grupo de sociedades a la existencia de una relación de control entre dos o más sociedades. Este control, puede manifestarse a través de distintas situaciones, como la posesión de la mayoría de los derechos de voto, la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, la disposición de derechos de voto mediante acuerdos con terceros, o el hecho de haber designado con sus votos a la mayoría de los administradores en períodos específicos. (Código de Comercio, 1885).⁵

Otras disposiciones legales delimitan el concepto de grupo desde el criterio de la dirección unitaria efectiva. Ilustración de esto es, el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, el artículo 78.1 de la Ley de Cooperativas y el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores. Definen el concepto en función de dos factores: el control o posibilidad de influencia dominante la unidad de decisión (Febles Pozo, 2016).⁶

Por tanto, el primer problema que nos encontramos respecto al Derecho de grupos es referente a la propia conceptualización de este, muestra de ello es, sin duda alguna, la diversidad de

³ Faus, M. (s. f.). *Grupos de sociedades*. vLex. Recuperado de <https://app.vlex.com/vid/grupos-sociedades-78122127>

⁴ Faus, M. (s. f.). *Grupos de sociedades*. vLex. Recuperado de <https://app.vlex.com/vid/grupos-sociedades-78122127>.

⁵ Código de Comercio. (1885). *Código de Comercio aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885*. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>.

⁶ Febles Pozo, N. (2016). *Grupos de sociedades. Un análisis pendiente acerca de la regulación sistemática en la legislación española*. **Revista de Estudios de Derecho Social y Empresarial**, 12(2), 215-229. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5853782.pdf>.

corrientes doctrinales al respecto. Doctrinalmente, se ha debatido cuál debería ser el concepto general de grupo de sociedades aplicable en los supuestos en que la ley alude a esta figura o en los que la interpretación de las normas exige tenerla en cuenta.

En lo que respecta a nuestro análisis, adoptaremos la definición doctrinal del grupo de sociedades, por considerarla más adecuada para abordar los problemas societarios que este plantea. Desde esta perspectiva, lo verdaderamente característico de un grupo de sociedades no es simplemente la capacidad de control que la sociedad dominante pueda ejercer sobre el resto de las sociedades dependientes, sino la existencia de una verdadera dirección económica unitaria que coordine y alinee las decisiones de las distintas entidades que conforman el grupo a un mismo objetivo económico. Esta dirección unificada le confiere cierta identidad al grupo, aunque este carezca de personalidad jurídica, y permitiendo que los integrantes actúen bajo una lógica conjunta, sin perjuicio de su autonomía jurídica. En este mismo sentido, Cándido Paz-Ares señala que el grupo de sociedades ocupa el nivel más avanzado en la escala de vinculaciones empresariales, caracterizándose por un alto grado de unificación de la política empresarial de las empresas que lo integran. Por tanto, definimos un grupo de sociedades como la organización de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección (Paz-Ares, 1999).

c. Problemática del grupo de sociedades.

Para comprender realmente la naturaleza jurídica de los grupos de sociedades, no basta con definirlos en términos de control o dirección unitaria, características que se reflejan en la celebración de operaciones internas entre las sociedades integrantes. Más bien es necesario analizar los desafíos que plantea su estrategia empresarial conjunta porque, aunque las transacciones a nivel grupo busquen favorecer el interés del grupo e impliquen una gestión más eficiente y coordinada, existe el riesgo de que puedan perjudicar el interés individual de alguna de las sociedades participantes y el riesgo de que dichas operaciones internas sean consideradas operaciones vinculadas.

El problema por excelencia dentro de un grupo de sociedades es la colisión entre el interés particular de cada una de las sociedades y el interés del grupo como conjunto. Esto es porque en el marco de los grupos de sociedades, el interés social de una empresa no se analiza exclusivamente desde una perspectiva individual, sino que se redefine considerando el marco organizativo y estratégico global del grupo al que pertenece (Poza Rodríguez, 2021)⁷.

El interés social y el interés grupal comparten un objetivo común y fundamental: aumentar al máximo los beneficios y la rentabilidad de las inversiones de los socios. Sin embargo, la diferencia entre ambos reside en el alcance y las consecuencias de ese objetivo. Mientras que el interés social, según la doctrina tradicional, persigue incrementar al máximo el beneficio de la sociedad individual, con el fin último de acentuar la rentabilidad de las inversiones realizadas por los socios (Alfaro Águilar-Real, 1995)⁸, el interés grupal persigue aumentar el beneficio global del conjunto de sociedades que integran el grupo. No obstante, el afán de aumentar el beneficio global del grupo puede dar lugar a que se lleven a cabo decisiones que perjudiquen a

⁷ Poza Rodríguez, N. (2021). *Las operaciones vinculadas intragrupo. A propósito del nuevo artículo 231 bis de la LSC*. *Revista CEFLegal*, (251), 5-32.

⁸ Alfaro Águila-Real, J. (1995). *Interés social y derecho de suscripción preferente*. Civitas.

una o varias de las sociedades dependientes, teniendo estas que sacrificar su propio interés social para favorecer satisfacer la estrategia del grupo. De modo que podemos concluir que el interés social supone la protección del patrimonio social y el mantenimiento de la estabilidad de la sociedad y a diferencia de este, el interés grupal aspira a maximizar la eficiencia y rentabilidad del grupo incluso cuando suponga un menoscabo para alguna de los miembros del grupo.

Diversos enfoques han sido propuestos por la doctrina y la jurisprudencia para abordar la tensión entre el interés social de cada sociedad y el interés del grupo en su conjunto. **Poza (2021)** sostiene que estos conflictos podrían resolverse priorizando el interés del grupo, siempre y cuando se compense adecuadamente los posibles perjuicios o impactos negativos que puedan causarse al interés social de la sociedad implicada. No obstante, esta perspectiva se enfrenta a la ausencia de un marco jurídico que legitime la preferencia del interés del grupo, y a su vez proteja a los socios externos y minoritarios. (Poza Rodríguez, 2021)⁹.

¿DESARROLLAR LA TEORÍA DE LAS VENTAJAS COMPENSATORIAS?

Desde una perspectiva doctrinal, De Arriba Fernández (2005, p. 225) aclara que el interés del grupo no debe entenderse como un interés "suprasocial" que trascienda o sustituya el interés de cada sociedad integrante, dado que, en ningún momento, el grupo tiene personalidad jurídica propia e independiente. De este modo, aunque la dirección unitaria del grupo especifique una estrategia común, cada sociedad integrante mantiene y mantendrá su propia personalidad jurídica, su interés social y estrategia corporativa. Por lo cual, a mi juicio creo necesario la existencia de mecanismos que eviten abusos.¹⁰

En la misma línea, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de diciembre de 2015, ha respaldado esta postura al afirmar que la integración de una sociedad en un grupo, pese a que sea en concepto de filial o dominada, no implica la pérdida de su identidad ni de su autonomía e identidad jurídica. Según el Tribunal, incluso cuando una sociedad ocupa la posición de filial dentro del grupo, sigue conservando su propia personalidad jurídica, sus objetivos individuales y su interés social específico. Aunque este interés puede verse matizado y coordinado con el interés del grupo, no debe diluirse hasta el punto de desaparecer ni justificar decisiones que resulten perjudiciales para la sociedad bajo el argumento de favorecer al grupo en su conjunto (Tribunal Supremo, 2015).

Por su parte, los administradores en numerosas ocasiones se encuentran envueltos en una situación difícil en la que deben de elegir entre el interés grupal o el societario. El ejercicio de la dirección centralizada lleva consigo la realización de transacciones internas entre las

⁹ Poza Rodríguez, N. (2021). *Las operaciones vinculadas intragrupo. A propósito del nuevo artículo 231 bis de la LSC*. *Revista CEFLegal*, (251), 5-32.

¹⁰ De Arriba Fernández, M. L. (2005). *El interés del grupo en el derecho societario*. Editorial Jurídica.

sociedades que conforman el grupo, muchas de las cuales pueden dar lugar a conflictos de interés entre el administrador y las propias sociedades afectadas.

Previa a la Ley 5/2021, la principal herramienta para controlar los conflictos de intereses en las operaciones intragrupo eran los mecanismos previstos en los artículos 190 y 228 y siguientes de la LSC. La legitimidad de las operaciones intragrupo se evaluaba principalmente bajo el régimen del deber de lealtad del administrador. Este exige al administrador obrar en el mejor interés de la sociedad y por tanto que se abstenga de participar en las decisiones que conlleven un conflicto de intereses, sin embargo, no se regula dicho deber con respecto a los grupos de sociedades. De tal suerte que estos preceptos diseñados específicamente para las sociedades individuales resultaban insuficientes para abordar las particularidades de los grupos empresariales, ya que no solo generaban una laguna jurídica, sino que, además podían dificultar la coordinación y dirección de la sociedad matriz.

Como consecuencia, se planteaban dudas sobre si el administrador dominical, nombrado por la sociedad matriz, debía abstenerse, debido a las complicaciones para considerar a la sociedad dominante como parte vinculada en los términos del artículo 231 de la LSC. Lo que generó debates acerca de si dicho artículo debía interpretarse de manera estricta o analógica. (Poza Rodríguez, 2021, p 17-25)¹¹.

¿INCLUIR LA IDEA DE CONTRATO DE GRUPO JERÁRQUICO?)

d. Transposición de la Directiva 2017/828.

A causa de la problemática expuesta, el legislador trata de solucionar en mayor o menor medida la situación con la introducción de numerosas modificaciones en la Ley 5/2021. En concreto, esta ley es el instrumento por el cual el legislador transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (EU) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 (en adelante, “Directiva 2017/828”) por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas; modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras.¹²

La Directiva 2017/828 regula cuestiones de gran relevancia, muestra de ello es el largo periodo de negociación entre las distintas instituciones europeas. A grandes rasgos, el objetivo primordial de la Directiva 2017/828, reflejado en su título y en la Exposición de Motivos de la

¹¹ Poza Rodríguez, N. (2021). *Las operaciones vinculadas intragrupo. A propósito del nuevo artículo 231 bis de la LSC*. *Revista CEFLegal*, (251), 5-32.

¹² Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. **Boletín Oficial del Estado (BOE)**, núm. 88, 13 de abril de 2021, p. 40928. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2021/04/13/pdfs/BOE-A-2021-5773.pdf>.

Ley 5/2021, es fomentar que los accionistas participen más a largo plazo en las sociedades cotizadas que invierten. En este sentido las estrategias de inversión a corto plazo, también denominado capitalismo trimestral, tienen consecuencias negativas, en primer lugar, para la sostenibilidad de la empresa, al centrarse en exceso en los resultados financieros trimestrales con el único fin de revalorizar las acciones y generar y distribuir beneficios financieros. En segundo lugar, los objetivos no financieros, así como los intereses de otros grupos de interés, como pueden ser trabajadores o acreedores, que conforman la estrategia corporativa de una sociedad pasan a un segundo plano. Y finalmente, la viabilidad en la sociedad y a nivel medioambiental de una empresa está muy relacionada con la sostenibilidad económica a largo plazo.¹³

El artículo 9 quarter de la Directiva 2017/828 establece un marco normativo que regula la transparencia y aprobación de las operaciones con partes vinculadas, articulado en torno a varios aspectos fundamentales. A continuación, detallaré los aspectos clave de este marco normativo que nos permitirá comprender la regulación establecida por la Ley 5/2021 que transpone esta directiva al ordenamiento jurídico español, en particular establece que tipos de operaciones vinculadas pueden considerarse significativas, regula el procedimiento para su aprobación y refuerza las exigencias de transparencia e información.

En primer lugar, en el apartado primero se establece que los Estados miembros deben definir las operaciones importantes, atendiendo a dos criterios, la influencia informativa y el riesgo inherente de la operación. Nos referimos a la influencia informativa a la capacidad de la operación para influir en las decisiones económicas de los accionistas, y el riesgo inherente al peligro que la operación pueda implicar a los accionistas minoritarios o a la sociedad. Para ello, la Directiva propone a los Estados miembros el uso de indicadores cuantitativos, como el impacto en activos, ingresos o capitalización, y cualitativos, como la naturaleza de la operación o la posición de la parte vinculada

Los apartados segundo y tercero fijan los requisitos para la publicidad de las operaciones significativas. Los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que las sociedades anuncien públicamente las operaciones importantes en el momento de su realización. Además, se exige, que el anuncio incluya: naturaleza de la relación con la parte vinculada, el nombre de la parte vinculada, la fecha, el valor y los detalles necesarios para evaluar la operación. Asimismo, se recoge la posibilidad de que los Estados miembros exijan el acompañamiento del anuncio público mencionado con un informe que evalúe si la operación es justa o razonable.

En tercer lugar, el procedimiento de aprobación puede llevarse a cabo ante la Juntas General de Accionistas o el órgano de administración o supervisión, bajo procedimientos que eviten abusos y protejan los intereses de la sociedad y de aquellos accionistas no vinculados, en su mayoría minoritarios. Con carácter general los accionistas o administradores vinculados no podrán participar en las votaciones. No obstante, se permite la participación de los accionistas en la votación, siempre que la normativa nacional establezca salvaguardias adecuadas tanto

¹³ Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. **Boletín Oficial del Estado (BOE)**, núm. 88, 13 de abril de 2021, pp. 40929-40930. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2021/04/13/pdfs/BOE-A-2021-5773.pdf>.

antes como después del proceso de aprobación, garantizando la protección de los intereses de la sociedad y de los accionistas no vinculados.

Los apartados anteriores, relacionados con la publicidad y la aprobación de las operaciones vinculadas, no se aplicarán, o podrán quedar excluidos, en las siguientes operaciones que presenten las características indicadas. En las operaciones ordinarias celebradas en el curso ordinario de la actividad empresarial y concluidas en condiciones normales de mercado no se aplicarán, siempre y cuando se implemente un procedimiento interno para evaluar periódicamente su cumplimiento. Igualmente, los Estados miembros podrán no aplicar o permitir a las sociedades que no apliquen los requisitos en las siguientes operaciones: (i) las transacciones celebradas entre la sociedad y las filiales de propiedad íntegra estarán exentas, siempre que ninguna otra parte vinculada a la sociedad tenga intereses en la filial o que la normativa nacional garantice una protección adecuada de los intereses de la sociedad, la filial y sus accionistas no vinculados en el marco de dichas operaciones; (ii) operaciones que exigen la aprobación de la Junta General, siempre y cuando la normativa nacional garantice una protección adecuada de los intereses de la sociedad, la filial y sus accionistas no vinculados en el marco de dichas operaciones; (iii) las operaciones relativas a la remuneración de los administradores; (iv) las operaciones realizadas por entidades de crédito destinadas a garantizar su estabilidad y llevadas a cabo por la autoridad competente de la supervisión prudencial en el sentido del Derecho de la Unión Europea; y (v) las operaciones que se ofrezcan en las mismas condiciones a todos los accionistas.

La normativa europea sobre operaciones con partes vinculadas, tal como señala **Francisco José León Sanz** en el capítulo "*La reforma del Derecho Europeo de sociedades cotizadas*", se articula en torno a tres principios fundamentales. En primer lugar, el principio de **transparencia**, que impone la publicidad de las operaciones para garantizar el acceso a información relevante. En segundo lugar, el principio de **ponderación**, que busca asegurar que las operaciones sean justas y razonables, protegiendo los intereses tanto de la sociedad como de los accionistas no vinculados. Finalmente, el principio de **imparcialidad**, que establece medidas para evitar que una parte vinculada influya indebidamente en la aprobación de la operación (*León Sanz, (2019)*).¹⁴

e. Análisis de la Ley 5/2021 y las modificaciones en la LSC

Como ya hemos enunciado anteriormente, el régimen de las operaciones vinculadas fue reformado por la Ley 5/2021. Aunque la Ley de Sociedades de Capital ya regulaba esta materia, aunque de manera muy breve, el legislador aprovechó la obligación de incorporar al ordenamiento jurídico las novedades derivadas de la Directiva 2017/828 para dotar de mayor claridad, transparencia y sistematización al régimen jurídico.

La Ley 5/2021, según lo señalado en su Exposición de Motivos, introduce diversas novedades diseñadas para equilibrar la protección de los intereses sociales con la eficiencia en la gestión corporativa. A continuación, se enuncian dichas novedades, extraídas directamente de la mencionada exposición.

¹⁴ León Sanz, F. J. (2019). *Las operaciones con partes vinculadas en la Directiva 2017/828*. **Revista de Derecho Mercantil**, (312). Recuperado de <https://proview.thomsonreuters.com/>.

La primera de ellas es la adaptación de la definición “operación vinculada” a las Normas Internacionales de Información Financiera (en adelante, “NIIF”).

La segunda novedad, consecuencia directa del contenido material de la NIIF 24, es la reforma del artículo 231.1, en concreto el apartado d), con el fin de ampliar el perímetro de la definición de personas vinculadas.

La tercera novedad, es la introducción de un nuevo precepto, concretamente el artículo 231 bis bajo la denominación de “Operaciones intragrupo”, en ejercicio de la habilitación prevista en la Directiva 2017/828. Este artículo establece que las reglas generales sobre operaciones vinculadas no se aplican a las operaciones intragrupo, ya que, por su naturaleza, no están sujetas a conflicto de interés.

La cuarta novedad consiste en la modificación del régimen de publicidad y aprobación de las operaciones, manteniendo elementos clave de continuidad con la regulación previamente establecida por la LSC, a la vez que introduce nuevas excepciones.

La última novedad, está dirigida exclusivamente a las sociedades cotizadas y tiene como fin la protección de los accionistas minoritarios. Se establecen condiciones específicas que deben cumplirse para permitir que los socios en conflicto de interés puedan ejercer su derecho al voto.

La reforma de la LSC, en respuesta a la Directiva 2017/828 sobre derechos de los accionistas, reconoce la importancia de contar con un marco robusto para regular operaciones que, aunque formen parte de la estrategia corporativa, están sujetas a conflictos de interés por su propia naturaleza. En este trabajo, analizaremos detalladamente las operaciones intragrupo, explicando previamente las operaciones vinculadas y posteriormente evaluando el impacto de la introducción del artículo 231 bis.

3. Definición y Naturaleza de las Operaciones vinculadas

a. Definición legal y delimitación normativa en la Ley de Sociedades de Capital.

La LSC define las operaciones vinculadas vienen definidas en numerosas ocasiones en la LSC. En el derecho societario, el tratamiento de las operaciones con partes vinculadas versa, primordialmente, desde una perspectiva de los conflictos de interés. La delimitación del campo de aplicación, la determinación de lo que se considera operaciones vinculadas, el procedimiento de aprobación, los deberes de los administradores, el ejercicio del derecho de voto por los socios y la adopción de acuerdos por la Junta General dependen del tipo de conflicto y las circunstancias del caso concreto. (León Sanz, (2019).¹⁵

El marco general aplicable a las sociedades de capital, incluidas las sociedades cotizadas, viene definido en el artículo 231 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), titulado “*Personas vinculadas a los administradores*”, establece lo siguiente: [incluir el artículo]. El régimen general prohíbe las transacciones entre la sociedad y los administradores, y las transacciones entre la sociedad y las personas vinculadas a los

¹⁵ León Sanz, F. J. (2019). *Las operaciones con partes vinculadas en la Directiva 2017/828*. **Revista de Derecho Mercantil**, (312). Recuperado de <https://proview.thomsonreuters.com/>.

administradores, recogidas en el listado cerrado del artículo 231 de la LSC, cuando estas se encuentran en una situación de conflicto directo o indirecto de intereses con la sociedad.

Por el contrario, la LSC regula un marco especial regulado en el Título XIV, Capítulo VII Bis, aplicable exclusivamente a las sociedades anónimas cotizadas. La definición de operaciones vinculadas se encuentra en el artículo 529 vicies de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), titulado “*Definición de operaciones vinculadas*,” el cual establece lo siguiente: [incluir el artículo]. Este régimen, a diferencia del anterior, no es susceptible de aplicación extensiva al concepto de operaciones vinculadas. (Marín de la Bárcena, 2021). Además, se implementan medidas específicas destinadas a prevenir que los administradores o los socios de control extraigan beneficios indebidos de la sociedad. Asimismo, se establecen medidas concretas para evitar que los administradores o los socios de control extraigan y se apropien de beneficios indebidos de la sociedad en perjuicio de esta. (León Sanz, (2019).¹⁶

b. Definición contable según la Norma Internacional de Contabilidad N.º 24 del Reglamento CE 1126/2008.

Tanto la Directiva 2017/828 como la Ley 5/2021, se remiten a las Normas Internacionales de Contabilidad (en adelante, “NIC”), adoptadas de conformidad con el Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante, “**Reglamento (CE) 1606/2002**”). En particular, para definir subjetivamente que se entiende por parte vinculada, el legislador comunitario se remite a la NIC n.º 24.

La NIC n.º 24, define a una parte vinculada de la siguiente manera:

“Una parte vinculada es una persona o una entidad que están vinculadas a la entidad que prepara sus estados financieros (denominada en esta Norma «entidad que informa»).

- a. Una persona o un familiar cercano de dicha persona estarán vinculados a una entidad si: (i) ejercen el control o control conjunto sobre la entidad; (ii) ejercen una influencia significativa sobre la entidad, o (iii) son miembros del personal clave de la dirección de la entidad o de su dominante.
- b. Una entidad estará vinculada a una entidad que informa si se cumple cualquiera de las condiciones siguientes: (i) ambas son miembros del mismo grupo; (ii) una entidad es una asociada o un negocio conjunto de la otra entidad; (iii) ambas entidades son negocios conjuntos de la misma tercera parte; (iv) una entidad es un negocio conjunto de una tercera entidad y la otra entidad es una asociada de esa tercera entidad; (v) la entidad es un plan de retribuciones posempleo en beneficio de los empleados de la entidad que informa o de una entidad vinculada a la entidad que informa; si la propia entidad que informa es un plan de este tipo, los empleadores que lo patrocinen también estarán vinculados a ella; (vi) alguna de las personas del supuesto de la letra (a) ejerce el control o el control conjunto de la entidad; (vii) alguna de las personas del supuesto

¹⁶ León Sanz, F. J. (2019). *Las operaciones con partes vinculadas en la Directiva 2017/828*. **Revista de Derecho Mercantil**, (312). Recuperado de <https://proview.thomsonreuters.com/>.

de la letra (a), inciso (i), ejerce una influencia significativa sobre la entidad o es miembro del personal clave de la dirección de la entidad (o de su dominante); (viii) la entidad, o cualquier miembro de un grupo al que pertenezca, presta servicios de personal clave de la dirección a la entidad que informa o a la dominante de esta.”

c. Interacción entre la regulación societaria y la normativa contable.

En virtud de las definiciones de parte vinculada que ofrecen tanto la LSC como la NIC 24, surge la necesidad de analizar y determinar si ambas regulaciones son aplicables indistintamente y de manera uniforme a todas las sociedades de capital o si de lo contrario, existe una diferencia entre el régimen general, aplicables a sociedades de capital y el régimen especial, aplicable a sociedades cotizadas.

Es evidente, que los listados contemplados en los artículos 231 LSC y 529 vicies LSC no son equivalentes. El régimen general delimita de forma más restrictiva, las personas que se consideran vinculadas a los administradores desde un punto de vista del deber de lealtad. Mientras que el régimen especial aplicable a las sociedades cotizadas opta por un perímetro más amplio, al incluir la definición de parte vinculada recogida en la NIC 24. De tal manera que las sociedades cotizadas cuentan con un listado de partes vinculadas más amplio, al incorporar no solo a consejeros y accionistas con una participación relevante, sino también a las personas vinculadas según los criterios internacionales, como el personal clave de la dirección y los familiares cercanos

Según lo dispuesta por la Comisión Nacional de Mercado de Valores (en adelante, “CNMV”) en sus Preguntas y respuestas sobre el régimen de comunicación de operaciones vinculadas reguladas en el Capítulo VII bis del Título XIV de la Ley de Sociedades de Capital, en el contexto específico de las sociedades cotizadas, prevalece la definición del artículo 529 vicies, que se alinea con la NIC 24 dado su carácter de norma o regulación especial; sin que se considere aplicable, a estos efectos, la definición contenida en el artículo 231 de la LSC.¹⁷

d. Distinción de los distintos tipos de operaciones (competencia)

¹⁷ Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). (s. f.). *Preguntas y respuestas sobre el régimen de comunicación de operaciones vinculadas reguladas en el Capítulo VII bis del Título XIV de la Ley de Sociedades de Capital*. Recuperado de https://cnmv.es/docportal/Legislacion/FAQ/Operaciones_vinculadas.pdf

2. Delimitación del Perímetro de Vinculación

- a. Identificación de las partes vinculadas originarias**
- b. Identificación de las partes vinculadas derivadas**
 - i. Vinculación descendente
 - ii. Vinculación ascendente
 - iii. Vinculación lateral
- c. Exclusión de las partes vinculadas pasivas: fundamentos y criterios**

3. Régimen General de dispensa o autorización

- a. Deber de abstención**
- b. Procedimiento general de autorización de operaciones vinculadas**
 - i. Competencias de la junta general
 - ii. Competencia del órgano de administración
 - iii. Reglas de delegación y procedimientos internos
 - iv. Garantías de transparencia y protección del interés social (principio de transparencia, deber de lealtad, inversión de la carga de la prueba en casos de impugnación)
- c. Requisitos esenciales: condiciones de mercado y ausencia de daño patrimonial**
- d. Consecuencias en caso de incumplimiento**
 - i. Nulidad
 - ii. Régimen de responsabilidad

4. Operaciones Intragrupo

La Ley 5/2021 introduce en la LSC un nuevo régimen especial de aprobación de las operaciones sujetas a conflictos de interés entre las entidades pertenecientes a un grupo de sociedades. A continuación, explicaremos las peculiaridades de las operaciones intragrupo, regulados en el artículo 231.bis de la LSC (*Real Decreto Legislativo 1/2010, art. 231 bis*)

La competencia para aprobar las operaciones que celebra la sociedad con su sociedad dominante o con otras sociedades del grupo sujeta a conflicto de intereses podrá corresponderla

tanto a la Junta General, al Órgano de Administración o incluso por órganos delegados o en miembros de alta dirección.

Según lo establecido en el primer apartado, corresponderá la aprobación de estas operaciones a la Junta general en dos situaciones: (i) cuando la transacción por su naturaleza, este legalmente reservada a la competencia de este órgano (art. 160 LSC); y (ii) en todo caso cuando el valor de la operación o el importe del conjunto de operaciones previstas en un acuerdo o contrato marco sea superior al 10% del activo social de la sociedad.

La aprobación del resto de operaciones corresponderá al órgano de administración, según recoge el segundo apartado. Con carácter general, los administradores se encuentran sujetos al régimen de los deberes de lealtad en caso de conflicto de intereses, regulado en los artículos 228.c) y 230 LSC. No obstante, la nueva regulación introduce una novedad donde se regula una dispensa del deber de lealtad de los administradores de la matriz en la filial, con el fin de mejorar la eficiencia económica y optimizar la planificación estratégica de los grupos, donde las operaciones internas constituyen componente esencial para alcanzar sus objetivos corporativos.

Por ende, la aprobación de las operaciones entre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflictos de interés podrá hacerse con la participación de los administradores que estén vinculados y represente a la sociedad dominante. Antes de la entrada a en vigor de la Ley 5/2021 las decisiones solían recaer en los socios externos, por cuanto ofrecían la independencia exigida para dispensar una transacción vinculada exigida en el artículo 230.2 de la LSC. No obstante, la nueva regulación, impide que, por la aplicación de las reglas generales, las decisiones aprobadas en Consejo de Administración queden en manos de los socios externos, sino que los administradores designados por la sociedad dominante, al fin de gestionar la sociedad dependiente, puedan participar en la aprobación de las operaciones vinculadas. (*Marín de la Bárcena, 2021*)¹⁸.

A cambio de esta dispensa, se protege al acreedor y al socio minorista introduciendo la siguiente previsión en el artículo 231.2 bis LSC: “si la decisión o voto de tales administradores resultara decisivo para la aprobación, corresponderá a la sociedad y, en su caso, a los administradores afectados por el conflicto de interés, probar que el acuerdo es conforme con el interés social en caso de que sea impugnado y que emplearon la diligencia y lealtad debidas en caso de que se exija su responsabilidad.”

El órgano de administración podrá delegar la aprobación de operaciones a los órganos delegados o a miembros de alta dirección, siempre y cuando se trate de operaciones: (i) celebradas en el curso ordinario de la actividad empresarial, entre las que se incluirán las que resultan de la ejecución de un acuerdo o contrato marco, o (ii) concluidas en condiciones de mercado. No obstante, la ley regula un procedimiento interno que debe ser implementado por

¹⁸ **Marín de la Bárcena, F.** (2021). La dispensa de operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril. *Gómez-Acebo & Pombo*.

el órgano de administración con el fin de evaluar periódicamente el cumplimiento de los requisitos mencionados anteriormente.

Sin embargo, las operaciones realizadas con las sociedades dependientes no se consideran operaciones realizadas con una sociedad del grupo sujeta a conflicto de interés. Salvo cuando en la sociedad dependiente, fuese accionista una persona con la que la sociedad no podría realizar la operación sin aplicar el régimen de operaciones con partes vinculadas. Sin embargo, la sociedad dependiente si se encuentra sujeta a lo previsto en los apartados primero, segundo y tercero del artículo 231.bis de la LSC.

- a. **Exención del deber de abstención**
- b. **Justificación del régimen diferenciado**

- i. Necesidades operativas de los grupos de sociedades.
 - ii. Conflictos de interés típicos en operaciones intragrupo.
- c. Operaciones ascendentes ("aguas arriba"):**
- d. Operaciones descendentes ("aguas abajo"):**
- e. Excepciones y Mecanismos de control**
 - i. Inversión de la carga de la prueba
 - ii. Doctrina de las Ventajas compensatorias (criterio de evaluación)
 - iii. Publicidad y transparencia

5. Impacto Práctico del Nuevo Régimen

- a. Interacción entre los intereses del grupo y el interés social.**
- b. Regulación específica para filiales en situación concursal.**
- c. Mecanismos de protección para socios minoritarios y acreedores.**
- d. Principales resoluciones judiciales en España sobre operaciones intragrupo**

6. Análisis comparativo

- a. Diferencias entre el régimen general y el especial en sociedades cotizadas.**
- b. Analogías y divergencias con otras normativas internacionales**

7. Conclusiones

- a. Principales fortalezas del régimen actual**
- b. Retos y oportunidades de mejora en la aplicación del régimen actual**
- c. Propuestas para la práctica societaria**

8. Anexos

9. Referencias

- Alfaro Águila-Real, J. (1995). *Interés social y derecho de suscripción preferente*. Civitas.
- Comisión Europea. (2008). *Reglamento (CE) n.º 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 320/1, 29.11.2008.
- Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). (s. f.). *Preguntas y respuestas sobre el régimen de comunicación de operaciones vinculadas reguladas en el Capítulo VII bis del Título XIV de la Ley de Sociedades de Capital*. Recuperado de https://cnmv.es/docportal/Legislacion/FAQ/Operaciones_vinculadas.pdf.
- De Arriba Fernández, M. L. (2005). *El interés del grupo en el derecho societario*. Editorial Jurídica.
- Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas. Diario Oficial de la Unión Europea, L 132, 20 de mayo de 2017, pp. 1-25.
- Faus, M. (s. f.). *Grupos de sociedades*. vLex. Recuperado de <https://app.vlex.com/vid/grupos-sociedades-78122127>.
- Febles Pozo, N. (2016). *Grupos de sociedades. Un análisis pendiente acerca de la regulación sistemática en la legislación española*. Revista de Estudios de Derecho Social y Empresarial, 12(2), 215-229. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5853782.pdf>.
- García-Sánchez, P. (2021). *El nuevo régimen de las operaciones intragrupo en la Ley 5/2021: Análisis jurídico y económico*. Revista Española de Derecho Mercantil, (XXX), 1-25.
- Hernando Cebriá, L. (2022). *Conflictos de intereses en las sociedades de capital: Socios y administradores* (1ª ed.). Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales.
- León Sanz, F. J. (2019). *Las operaciones con partes vinculadas en la Directiva 2017/828*. Revista de Derecho Mercantil, (312). Recuperado de <https://proview.thomsonreuters.com/>.
- Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 88, 13 de abril de 2021. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2021/04/13/pdfs/BOE-A-2021-5773.pdf>.
- Marín de la Bárcena, F. (2021). *La dispensa de operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril*. Gómez-Acebo & Pombo.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 161, 3 de julio de 2010. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>.

Rodríguez Artigas, F., & Esteban Velasco, G. (Coords.). (2017). *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital* (Vol. I y II, 1ª ed.). Editorial Aranzadi.