
DEPARTAMENTO MERCANTIL

AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE PARTE VINCULADA Y REGULACIÓN DE OPERACIONES INTRAGRUPUO

¿Cuándo necesito autorización para una operación vinculada?

INTRODUCCIÓN:

Mediante la Ley 5/2021 del 12 de abril que modifica la Ley de Sociedades de Capital ("LSC") por la cual se procede a trasponer la Directiva 2017/828 en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, introduce también cambios que afectan a las sociedades no cotizadas.

Nos centraremos en aquello que es aplicable a las sociedades no cotizadas, por cuanto se introducen modificaciones en el régimen general de las transacciones de los administradores con partes vinculadas e intragrupo en situación de conflicto de intereses.

Y es que una de las mejoras que pretende aportar dicha directiva y su trasposición al ordenamiento español es aumentar la transparencia en la realización de operaciones entre la sociedad y sus partes vinculadas.

Más allá de una regulación especial introducida en las operaciones vinculadas de sociedades cotizadas -que no es objeto de la presente-, se ha optado por mantener el régimen general aplicable al conjunto de las sociedades de capital (tanto cotizadas como las no cotizadas), y que se articula en torno al conflicto de interés y el régimen de dispensa. Son las modificaciones introducidas en este régimen general, que afecta por tanto a las no cotizadas, las que serán objeto de la presente circular.

CONCLUSIÓN: Desde un punto de vista práctico, debe:

- **Prestarse especial atención en las operaciones intragrupo, así como aquellas que involucren a personas vinculadas con el órgano de administración de la sociedad, cuyo concepto se ha visto ampliado con la modificación.**
- **Verificar qué operaciones requieren autorización y cómo obtenerla.**
- **Ponderar, en defensa del interés social y de los socios, el cumplimiento de este régimen y las eventuales medidas o acciones, que su incumplimiento permita ejecutar.**

CIRCULAR MERCANTIL

1. EL DEBER DE DILIGENCIA DEL ADMINISTRADOR Y EL CONFLICTO DE INTERESES GENERADO CON PERSONAS VINCULADAS AL MISMO

Se ha querido reforzar el deber de diligencia del administrador, indicando expresamente que implica la anteposición del interés de la sociedad al suyo propio. Así, ahora la ley dice literalmente que el administrador deberá desempeñar su cargo y cumplir los deberes que le imponen la ley y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta:

- la naturaleza del cargo
- las funciones atribuidas a cada administrador; y
- subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa.

En el cumplimiento de su deber de lealtad a la sociedad, los administradores han de abstenerse en la adopción de acuerdos en los que, él o una persona vinculada a él, tengan un conflicto de interés con la sociedad. Igualmente, la LSC les prohíbe la realización de determinadas actuaciones que suponen un conflicto de intereses (determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero). Esta prohibición puede excepcionarse mediante expresa dispensa otorgada por la sociedad al administrador o a la persona vinculada.

En el marco de este régimen general establecido por la LSC para las situaciones de conflicto del administrador o persona a él vinculada con la sociedad, ahora se han procedido diversas modificaciones:

- la modificación del concepto de persona vinculada, ampliándose; y
- una regulación expresa del conflicto de interés en operaciones intra grupo.

2. MODIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONA VINCULADA

Hasta ahora, entre las personas consideradas como vinculadas al administrador, la LSC contemplaba a las sociedades controladas -directa o indirectamente- por dicho administrador. Concretamente, se da dicho control cuando el administrador (art. 42.1 del Cco):

- posea la mayoría de los derechos de voto;
- tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración;
- pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; o
- haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

Este sistema puede dejar fuera a las sociedades o entidades en que el administrador tiene una participación relevante o desempeña un puesto clave. Con la finalidad de poder extender el concepto de persona vinculada a dicho ámbito, se ha procedido a la modificación legal oportuna. Así, el antedicho concepto de "control en la sociedad", en el caso de administradores personas físicas, se ha sustituido por que el administrador tenga "influencia significativa" en la misma (que el administrador tenga una participación significativa o desempeña un puesto clave). Se presume que hay influencia significativa cuando:

- el administrador tiene una participación igual o superior al 10% del capital social o de los derechos de voto; o
- tiene una participación en atención a la cual se ha podido obtener, de hecho o de derecho, una representación en el órgano de administración de la sociedad.

Así, serán personas vinculantes al administrador, aquellas sociedades en las cuales el administrador:

- posea directa o indirectamente una participación que le otorgue una influencia significativa; o
- desempeñe en ellas, o en su sociedad dominante, un cargo en el órgano de administración o en la alta dirección.

Por último, pasan a ser personas vinculadas al administrador a aquellos socios que son representados por dicho administrador en el órgano de administración. Es decir, los socios que han procurado su nombramiento para que los represente en el órgano de administración. Estos son, en no pocas ocasiones, fuente de conflicto de intereses, cuando el interés del administrador en representación de dichos socios entra en conflicto con el interés social.

3. REGULACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS EN OPERACIONES INTRAGRUPPO

Hasta el momento se contemplaba un régimen general de dispensa para las situaciones de conflicto de intereses, sin que hubiere una regulación específica para las operaciones intragrupo con conflicto de interés.

En este régimen general, la dispensa de la prohibición de los administradores o personas vinculadas, en relación a actuaciones o transacciones que entrarán en conflicto de intereses con la sociedad, es una facultad que recae en:

- La junta general cuando:
 - se trate de dispensar la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros; o
 - afecte a una transacción, cuyo valor sea superior al 10% de los activos sociales; y

CIRCULAR MERCANTIL

- en las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización, cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.
- **Órgano de Administración:** en los demás casos, siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

Ahora, la LSC regula de modo específico un régimen de dispensa en operaciones intragrupo (operaciones –sujetas a conflicto de interés- que celebra la sociedad con su dominante y/u otras sociedades del grupo):

3.1 ¿Quién otorga la autorización?

- **La Junta:**
 - cuando el negocio o transacción, por su propia naturaleza, esté legalmente reservada a la competencia de la junta; y
 - en todo caso, cuando el importe o valor de la operación o el importe total del conjunto de operaciones previstas en un acuerdo o contrato marco sea superior al 10% del activo total de la sociedad.
- **Órgano de Administración:** en los demás casos.
 - Se introduce un matiz, distinto al régimen general: se permite que el acuerdo de autorización se adopte con participación de los administradores que estén vinculados y representen a la sociedad dominante. Ahora bien, si dicho acuerdo es impugnado y el voto de los administradores vinculados resultó decisivo para adoptar la autorización, corresponderá a la sociedad y, en su caso, a los administradores afectados por el conflicto de interés, probar que el acuerdo atiende al interés social y que emplearon la diligencia y lealtad debidas.

3.2 Delegación a órganos delegados o a directivos:

- Se pueden delegar la aprobación de operaciones con conflicto de interés entre la sociedad y su dominante u otra empresa del grupo siempre que:
 - se trate de operaciones 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, y concluidas en condiciones de mercado; y
 - el órgano de administración implante un procedimiento interno para la evaluación periódica del cumplimiento de los mencionados requisitos.

3.3 No se considerará operación intragrupo sujeta a conflicto de interés:

- Las realizadas con sociedades dependientes
 - Salvo cuando en la sociedad dependiente fuese accionista significativo una persona con la que la sociedad no podría realizar la operación directamente sin aplicar el régimen de operaciones con partes vinculadas. No obstante, para la sociedad dependiente que esté sujeta a esta Ley, por tratarse de operaciones celebradas con la sociedad dominante, será de aplicación lo previsto en los apartados anteriores.

Este documento es un resumen comentado de novedades legislativas publicadas preparado por nuestros profesionales. No constituye una opinión profesional y, por tanto, declinamos cualquier responsabilidad sobre decisiones que puedan adoptarse basadas exclusivamente en su contenido, siendo, en todo caso, necesario complementarlo con asesoramiento específico referido a cada caso.

Autor de la circular:

DEPARTAMENTO MERCANTIL
www.brosa.es

La información que le remitimos a través de nuestras circulares y las sucesivas que se envíen por correo electrónico u otras formas de comunicación telemática tiene siempre interés empresarial, sin que suponga ninguna comunicación comercial, publicidad ni ofrecimiento de servicios profesionales por parte de BROSA.

En cumplimiento de la normativa vigente sobre protección de datos, le informamos que hemos incorporado sus datos en nuestros ficheros (dotados de las necesarias medidas de seguridad) exclusivamente para la remisión de informaciones profesionales que creemos pueden ser de su interés. Si no desea recibir más información o bien quiere ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de sus datos, puede hacerlo en la siguiente dirección:

BROSA Abogados y Economistas, S.L.P. CIF: B60145752
Barcelona Tel 93 2404151 info@brosa.es

*Calle Aribau, 191, 4º, 1ª (+34) 93 240 41 51 Fax (+34) 93 414 07 29 -08021 Barcelona-
Calle O'Donnell 30, 3º A Tel. (+34) 91 593 42 44 Fax (+34) 91 593 04 55 -28009 Madrid-
Gran Vía, 42 Pral. Iz. Tel. 94 435 53 806 Fax 94 435 53 81 48008 Bilbao-
Firma asociada en Portugal: José Franco Caiado & Asociados, Rua Da Emenda 69 -1200-169 Lisboa-*