

Revista de Derecho de Sociedades

2022

Núm. 64 (Enero-Abril 2022)

Estudios

5. El caso del administrador común en operaciones vinculadas. Votar o no votar. Esa es la cuestión (AURORA CAMPINS VARGAS)

5 El caso del administrador común en operaciones vinculadas. Votar o no votar. Esa es la cuestión^{*)}

AURORA CAMPINS VARGAS

Profesora Titular de Derecho mercantil Acreditada. Universidad Autónoma de Madrid

ISSN 1134-7686

Revista de Derecho de Sociedades 64

Enero - Abril 2022

Sumario:

- I. Introducción. Planteamiento del problema
- II. Coincidencia de un administrador en dos sociedades. Incidencia en el régimen de conflicto de intereses y operaciones vinculadas
 1. Primeras interpretaciones doctrinales en sociedades cotizadas
 2. Toma de postura: operaciones vinculadas como “especie” dentro del “género” de las situaciones de conflicto de intereses
- III. El administrador común de dos sociedades. Votar o no votar. Esa es la cuestión
 1. Planteamiento del problema
 2. Grupos de casos
 - 2.1. Equivalencia de intereses del administrador en ambas sociedades
 - 2.2. Asimetría de intereses del administrador en ambas sociedades
 - 2.3. El administrador común en operaciones intragrupo. Especial referencia a su participación y voto en la sociedad dominante (art. 231 bis 4 LSC)
- IV. A modo de conclusión
- V. Bibliografía

RESUMEN:

ABSTRACT:

El trabajo se ocupa de las operaciones realizadas por sociedades que comparten un administrador común. En sociedades cotizadas, el mero hecho de compartir un consejero común no determina que la operación y las dos sociedades deban considerarse partes vinculadas entre sí. En consecuencia, no resultará de aplicación ninguna de las normas del Capítulo VII bis. Lo anterior no obsta para que al consejero común de la sociedad cotizada le resulte aplicable el deber de abstención dispuesto en el régimen general [arg “ex” arts. 228 c) y 231.1 d) LSC_]. La falta de un pronunciamiento del legislador sobre cuándo ha de abstenerse en las dos sociedades o solo en una obliga a formular distintos grupos de casos.

PALABRAS CLAVE: Operaciones vinculadas - Conflicto de intereses - Deber de lealtad

This paper focuses on transactions carried out by companies that have the same director. In listed companies, the mere fact of sharing a common director does not determine that the transaction qualifies as a related party transaction. Consequently, none of the rules of Chapter VII bis shall apply. The foregoing does not prevent the common director of the listed company from being subject to the duty of abstention provided for in the general regime [arts. 228 c) and 231.1 d) LSC_]. The lawmaker’s failure to rule on when these directors are obliged to abstain from voting in either or both companies makes it necessary to distinguish between different groups of cases.

KEYWORDS: Related-party transactions - Conflict of interests - Proprietary directors - Duty of loyalty

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una de las cuestiones más importantes de la Directiva 2017/828 y de la Ley 5/2021 que la incorpora al Derecho español es la regulación de operaciones vinculadas¹⁾. Con carácter general, son operaciones vinculadas las realizadas por una sociedad con sujetos que tienen capacidad de influir en las decisiones de la propia sociedad (básicamente, sus socios y administradores).

El problema de estas operaciones es la situación de conflicto de interés en la que se encuentra el sujeto que tiene influencia sobre la formación de voluntad de la sociedad y el consiguiente *riesgo de que aproveche su posición para desviar los beneficios sociales en beneficio propio o en beneficio de una persona vinculada a él en el caso de que sea esa otra persona quien contrate con la sociedad*.

La mayoría de las novedades de la Ley en materia de operaciones vinculadas se han introducido en el régimen de las sociedades cotizadas. El legislador ha derogado el artículo 529 ter 1 h) LSC en el que hasta ahora se regulaban estas operaciones y ha introducido en el Título XIV un nuevo Capítulo VII bis referido íntegramente al régimen de operaciones vinculadas en sociedades cotizadas. El Capítulo contiene cuatro artículos en el que se establece una definición de operaciones vinculadas (art. 529 vicies LSC), una obligación de anunciar públicamente las operaciones vinculadas que superen determinados umbrales mínimos (art. 529 unvicies LSC), un régimen de aprobación de operaciones vinculadas (arts. 529 duovicies LSC) y unas reglas de cálculo sobre este tipo de operaciones (art. 529 tervicies LSC).

Con ocasión de esta regulación especial se han introducido también dos novedades de interés en el régimen general de sociedades de capital. Por una parte, se amplía la lista de personas vinculadas a los administradores para incluir, entre ellas, a las entidades en las que el administrador de una sociedad también desempeña en ellas un puesto en el órgano de administración [art. 231.1 d) LSC] y, por otro, se introduce un nuevo precepto para regular el régimen de operaciones vinculadas intragrupo (art. 231 bis LSC).

El problema fundamental que plantea esta doble regulación es determinar cómo deben

interpretarse las reglas previstas en uno y otro régimen. En particular, obliga a decidir si el régimen especial previsto para sociedades cotizadas *desplaza* el régimen general de las sociedades de capital salvo las remisiones expresas; *si se debe integrar* con el régimen general y si es posible aplicar al régimen general de las operaciones vinculadas de sociedades de capital algunas de las disposiciones contenidas en el régimen especial de sociedades cotizadas²⁾.

El objeto de estas páginas es analizar este problema general referido a un caso particular: el de dos sociedades que comparten un administrador común. Dos son las cuestiones que queremos plantear. La primera es *si la coincidencia de un administrador en dos sociedades determina que las dos entidades deban considerarse partes vinculadas entre sí y, en su caso, como incide lo anterior en la aplicación del régimen de operaciones vinculadas* (v. *infra* II). La segunda es si la existencia de un administrador común *obliga a dicho administrador a abstenerse de votar y participar en la decisión del órgano de administración en ambas sociedades o si hay supuestos en los que se puede permitir que vote en una de ellas o incluso en las dos* (v. *infra* III).

La respuesta a la primera cuestión tiene interés, sobre todo, en las sociedades cotizadas, no tanto en el resto de sociedades de capital. Ello es así porque en el régimen especial previsto en el Capítulo VII bis la calificación de una operación como vinculada tiene efectos directos, además de en los sujetos afectados por el conflicto (en nuestro caso, en el administrador común), en la propia sociedad cotizada, que, amén de la aprobación de la operación por los órganos competentes (art. 529 duovicies 1, 2 y 4 LSC), viene obligada a elaborar un informe de evaluación de la operación por la comisión de auditoría que asegure que el precio de la operación es justo y equitativo (art. 529 duovicies 3 LSC) y a anunciar públicamente las operaciones que superen determinados umbrales cuantitativos (art. 529 unvicies LSC).

En el régimen general, sin embargo, la calificación de una operación como vinculada no conlleva para la sociedad de capital las obligaciones de evaluación y transparencia que informan el régimen especial de sociedades cotizadas. Sin perjuicio de los deberes de información contable-financiera (art. 260, Séptima c) LSC y norma 15.^a 2 e) del Plan General de Contabilidad), *el legislador solo se ha ocupado de esta clase de operaciones desde el punto de vista de los sujetos afectados, en especial de los administradores conflictuados*, ahora también en las operaciones intragrupo con la introducción del nuevo art. 231 bis LSC. En consecuencia, a los efectos que ahora nos ocupan, *en las sociedades de capital no cotizadas, (a salvo de las normas de obligación contable), la calificación como vinculadas de dos sociedades que comparten un administrador no implica la aplicación de un régimen distinto que el de conflicto de intereses del administrador y el régimen de dispensa*. De ahí que la respuesta a la cuestión que ahora nos planteamos tenga un interés escaso en el régimen general de las sociedades de capital y, sin embargo, adquiera mayor relevancia práctica en el ámbito de las sociedades cotizadas que son sobre las que centraremos nuestra atención.

II. COINCIDENCIA DE UN ADMINISTRADOR EN DOS SOCIEDADES. INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES Y OPERACIONES VINCULADAS

1. PRIMERAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES EN SOCIEDADES COTIZADAS

En general, determinar si una operación entre dos sociedades debe calificarse como vinculada no es tarea fácil³⁾. En especial, no lo es en el caso de que, al menos una de ellas sea una sociedad cotizada y comparta administrador con otra sociedad (cotizada o no) con la que realice una operación. En estos casos, la cuestión pasa por determinar la relación de los nuevos arts. 231.1 d) LSC (que, como hemos advertido, se ha modificado por la Ley 5/2021 para ampliar la lista de personas vinculadas al administrador) y 529 vicies LSC (que define

las partes vinculadas a la sociedad cotizada por remisión a las Normas Internacionales de Contabilidad, a los efectos de activar la aplicación del régimen especial del Capítulo VII bis).

Antes de la reforma, el art. 231.1 d) LSC únicamente consideraba vinculadas a la persona de un administrador aquellas sociedades sobre las que el administrador o persona interpuesta, ejercía una situación de control en el sentido del art. 42 Cco⁴⁾. La Ley 5/2021 ha modificado la redacción de este apartado y ha ampliado considerablemente los supuestos incluyendo tres nuevos casos de vinculación en los que el legislador parece entender que el administrador ejerce una “influencia significativa” o “ascendencia relevante” sobre otra entidad⁵⁾: (i) el primero es el de las entidades en las que el administrador tenga una participación significativa; (ii) el segundo es el de las entidades en que el administrador de la sociedad desempeñe un puesto de administración; (iii) el tercero es el de las entidades en que el administrador sea alto directivo. En los dos últimos, además, se extiende a todas las sociedades filiales la condición de persona vinculada si el administrador ejerce tales cargos (administrador o directivo) en la sociedad dominante de aquellas⁶⁾.

De los tres supuestos, el que ahora nos interesa es el segundo de los mencionados. Conforme a la nueva redacción dada al precepto se afirma que *“tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores (...) las sociedades o entidades en las cuales el administrador desempeña en ellas o en su sociedad dominante un puesto en el órgano de administración (...)”*.

Sobre la relación de este apartado del art. 231.1 LSC y el art. 529 vicies LSC ya se han pronunciado las primeras voces al respecto⁷⁾. El foco de atención se ha puesto en si el artículo 231.1 d) LSC debe integrar o no el ámbito subjetivo de la definición legal de operación vinculada del artículo 529 vicies LSC para sociedades cotizadas. El problema se plantea porque el artículo 529 vicies LSC no hace mención alguna a la lista de personas vinculadas al administrador del artículo 231 LSC (ni en consecuencia, al supuesto del administrador común de dos sociedades) y porque la definición de partes vinculadas contenida en el precepto se hace (por exigencia de la Directiva) por remisión a las Normas Internacionales de Contabilidad. Dicha definición contable se encuentra, en la actualidad, en la NIC 24 que se ocupa de las informaciones a revelar sobre “partes vinculadas”. En ella se afirma que solo se consideran vinculadas las entidades sobre las que el administrador tiene una posición de control o control conjunto [NIC 24, Norma 9 b) vi)] y se señala expresamente que *“no se consideran partes vinculadas dos entidades por el mero hecho de tener en común un miembro del consejo de administración u otra persona clave de la dirección o de que una persona clave de la dirección de una de las entidades tenga influencia significativa sobre la otra”* [NIC 24, Norma 11 a)].

Se habla así de abierta contradicción entre la norma general y la norma especial que, en opinión de la doctrina, debería resolverse en favor de la integración del artículo 231.1 d) LSC, como norma de aplicación general, en la delimitación subjetiva de las operaciones vinculadas en las sociedades cotizadas del artículo 529 vicies LSC⁸⁾. Esta interpretación extensiva se justifica porque la Directiva traspuesta no permite a los Estados eliminar de la definición de partes vinculadas las consideradas como tales en la NIC 24 pero sí ampliar la base subjetiva de las partes vinculadas a una sociedad cotizada. Y porque esa ha sido precisamente la voluntad manifestada por el legislador español en la Exposición de Motivos cuando declara haber *“optado por mantener el régimen general aplicable al conjunto de las sociedades de capital (inclusive las sociedades cotizadas), y que se articula en torno al conflicto de interés y el régimen de dispensa”*.

Con todo, un sector de la doctrina, además de poner en cuestión la técnica de remisión del art. 529 vicies LSC, se muestra crítico con el hecho mismo de la ampliación y plantea la conveniencia, *rectius* la inconveniencia práctica, de que nuestras sociedades cotizadas se

vean sujetas al régimen especial de operaciones vinculadas en supuestos (como el del administrador común) en que otras sociedades de otros países sometidas a la NIC 24 no lo están⁹⁾.

Otro sector de la doctrina, consciente del exceso al que puede llevar la interpretación cumulativa de ambos regímenes, da un paso más allá y propone la aplicación de “una especialidad moderada” conforme a la cual la integración del art. 231.1.d) LSC en el perímetro de vinculación de una sociedad cotizada solo autorizaría a aplicar las normas sustantivas de la parte especial que no excedan de la parte general (la regla de la prohibición de voto del administrador conflictuado y el régimen de dispensa) pero no el resto de reglas que informan específicamente el régimen de las operaciones vinculadas de las sociedades cotizadas (las reglas de transparencia y las de aprobación o evaluación específicas de las sociedades cotizadas)¹⁰⁾.

2. TOMA DE POSTURA: OPERACIONES VINCULADAS COMO “ESPECIE” DENTRO DEL “GÉNERO” DE LAS SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERESES

Aunque la doctrina hace descansar la interpretación cumulativa de los arts. 231.1 d) y 529 vicios LSC en la voluntad del legislador, lo cierto es que la redacción de la Exposición de Motivos permite una interpretación y su contraria. Nótese que inmediatamente después de afirmar que se ha optado por mantener el régimen general, señala que, *“l(L)as modificaciones introducidas versan sobre las especialidades que deben tenerse en cuenta en las operaciones vinculadas de las sociedades cotizadas, con la finalidad de garantizar que se ajustan a lo dispuesto por la Directiva (...). A estos efectos se introduce en el Título XIV, dedicado a las sociedades anónimas cotizadas, un nuevo Capítulo VII bis enteramente dedicado al régimen de operaciones vinculadas”*.

Y, tras explicar que la definición de operación vinculada en cotizadas se corresponde con la establecida en las NIC, se afirma que hay que adaptar el régimen general a estas normas de contabilidad (de ahí la ampliación de la lista del art. 231.1 LSC), pero no al revés (que el régimen especial deba modificarse por lo previsto en la parte general). Y, en fin, que el propio legislador reconoce expresamente *“que las previsiones en materia de sociedades cotizadas no tienen por qué coincidir al pie de la letra con las establecidas en la parte general, entre otros motivos porque esta define las ‘personas vinculadas a los administradores’ y la Directiva se ocupa de las ‘partes vinculadas a la sociedad cotizada’ y por referencia a una normativa contable, como son las normas internacionales de contabilidad, solo aplicables a estas”*.

En nuestra opinión, esta es precisamente la premisa de la que hay que partir en el análisis de la cuestión: el distinto ámbito de aplicación del art. 231.1 d) LSC (referido a personas vinculadas a los administradores)¹¹⁾ y el art. 529 vicios LSC (que define partes vinculadas a la sociedad cotizada). Partiendo de lo anterior, consideramos que el régimen especial de sociedades cotizadas debe integrarse con el régimen general de las sociedades de capital, además de cuando haya una remisión expresa, cuando el especial de sociedades cotizadas resulte incompleto. Pero lo cierto es que en el caso concreto que nos ocupa ni hay remisión legal ni hay tal incomplitud. Al contrario, hay un pronunciamiento en la NIC 24 que excluye expresamente de la definición de partes vinculadas a dos sociedades por el mero hecho de tener en común miembro del órgano de administración (lo mismo que el supuesto en el que una persona clave de la dirección de una de las entidades tenga influencia significativa sobre la otra). La redacción de la Norma 11 (a) de la NIC 24, ya lo hemos advertido, es muy clara al respecto.

Con carácter general, es cuestionable que normas contables que tienen como finalidad regular la obligación de información de la contabilidad de las sociedades (estamos pensando

en el Plan General de Contabilidad, aplicable a todas las sociedades de capital, o la Orden EHA/3050/2004, de 15 de septiembre, sobre la información de las operaciones vinculadas que deben suministrar las sociedades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales) puedan determinar sustantivamente qué operaciones sociales deban quedar sujetas (o no) al régimen societario de operaciones vinculadas que corresponda en cada caso¹²⁾.

Pero en el caso de la NIC 24, sin embargo, la cuestión es distinta toda vez que *esta regla internacional de contabilidad se ha integrado legalmente en la definición societaria de operaciones vinculadas* en sociedades cotizadas en el propio art. 529 vicies LSC. Ello justifica que, mercantilmente, las operaciones que se definan como vinculadas en la NIC 24 queden sujetas al régimen previsto en la Capítulo VII bis. Y que, por la misma razón, *la no consideración de partes vinculadas* de dos entidades que compartan un consejero común por el solo hecho de compartirlo (ni tampoco la de una entidad en la que el consejero de una cotizada ejerza una influencia significativa) prevista en la NIC 24 suponga la *inaplicación a estos supuestos de las reglas especiales* previstas en el Capítulo VII bis. Naturalmente nos referimos a las reglas de transparencia del art. 529 unvicies de la operación¹³⁾ pero también a las reglas de aprobación de la operación previstas en el art. 529 duovicies LSC, entre las que se incluyen, además de las normas de evaluación externa de la operación (art. 529 duovicies 3), la reglas de participación y voto del consejero conflictuado (art. 529 duovicies 2).

Ello también puede explicarse afirmando que las operaciones vinculadas en sociedades cotizadas no son sino una *especie* dentro del *género* de las situaciones de conflicto de interés y operaciones vinculadas que requieren para la aplicación de su régimen especial los presupuestos de hecho contenidos en la definición legal de operación vinculada del art. 529 vicies LSC. Y evidentemente, lo dispuesto en el Capítulo VII bis no resultará de aplicación en los supuestos en los que directa o indirectamente el supuesto de hecho en cuestión se encuentre excluido de su ámbito de aplicación.

Lo anterior, sin embargo, no debe ser obstáculo alguno para que la evidente situación de conflicto de interés personal que representa para un administrador desempeñar ese puesto en dos sociedades (sean o no cotizadas) active necesariamente para él la aplicación de los deberes de lealtad derivados de las situaciones de conflicto previstas en el régimen general (arts. 228, 229 y 231 LSC), incluidas las previstas para el administrador conflictuado en las operaciones intragrupo (arts. 231 bis LSC), así como, en su caso, las normas relativas a la dispensa de la operación por la sociedad en los términos del art. 230 LSC cuyo régimen sustantivo resulta aplicable a la generalidad de las sociedades de capital, incluidas las sociedades cotizadas.

Nótese que, desde un punto de vista material, el resultado de la interpretación que proponemos es sustancialmente idéntico al propugnado por la doctrina que aboga por la aplicación de una “especialidad moderada” a la sociedad cotizada toda vez que en las reglas conflictuales previstas para los consejeros afectados por el conflicto *no existe diferencia entre en el régimen especial y el régimen general*. De hecho, el art. 529 duovicies 2. LSC establece para el consejero común afectado el deber de abstenerse “de participar en la deliberación y votación del acuerdo correspondiente de conformidad con el artículo 228 c)” e inmediatamente a continuación establece una excepción a esta regla en las operaciones intragrupo en los mismos términos que prevé el art. 231 bis.2 LSC¹⁴⁾.

En este sentido podría decirse que, conforme a la interpretación que propugnamos, si bien se expulsan por la puerta (además de las reglas de transparencia y evaluación externa) la aplicación de las reglas de participación y voto del consejero afectado previstas en el régimen especial, después estas mismas se reintroducen por la ventana a través de la aplicación de las normas de conflicto de intereses del administrador común conflictuado (ex art. 231.1 d) y 228

c) y 231 bis.2 LSC). Con todo, nos parece que esta interpretación conjunta del régimen general y el especial tiene mejor encaje en el texto legal que aquella otra que, en contra de lo dispuesto en la definición legal de operación vinculada del art. 529 vicios LSC, afirma en primer término la vinculación de las dos sociedades que comparten un consejero común a los efectos de lo dispuesto en el Capítulo VII bis para a continuación, propugnar la inaplicación de algunos de sus artículos y/o apartados de alguno de sus preceptos (en particular, los referidos al régimen de transparencia así como los relativos a la aprobación o evaluación externa que excedan de las contenidas en la parte general).

III. EL ADMINISTRADOR COMÚN DE DOS SOCIEDADES. VOTAR O NO VOTAR. ESA ES LA CUESTIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Lo anterior nos conduce directamente al meollo de la cuestión. Como venimos advirtiendo, que las sociedades que compartan un consejero deban (o no), considerarse partes vinculadas a los (solos) efectos de la aplicación del Capítulo VII bis LSC, no impide reconocer que *para el administrador de dos sociedades (cotizadas o no), las operaciones que se realicen entre ambas le sitúan claramente ante una situación de conflicto de intereses.*

En este sentido coincidimos con quienes señalan que más allá de que la ampliación de los supuestos del art. 231.1 d) LSC no viniera exigida por las reglas de transparencia de las sociedades cotizadas “era necesaria para afinar la lista de personas vinculadas a imperativos elementales del deber de lealtad¹⁵⁾”. Esa es, en efecto, la clave desde la que debe analizarse los tres nuevos supuestos de vinculación introducidos por la Ley 5/2021 en el apartado d) del art. 231.1.d) LSC, cuya inclusión, en términos generales, consideramos acertada¹⁶⁾.

Nótese que el legislador determina la vinculación de una entidad a la persona del “administrador” de una sociedad por el hecho de ocupar en otra sociedad (o en su dominante) “un puesto en el órgano de administración” sin hacer distinción alguna. Esto es, sin diferenciar, cualquiera que sea, en una u otra sociedad, la estructura del órgano de administración (administrador único, solidarios, administradores mancomunados o consejo de administración), la función o el puesto que el administrador ocupe en el órgano de administración (en el caso de un consejo, que trate de consejeros ejecutivos o no ejecutivos). Y ello se contempla, además, con independencia de que el administrador común tenga o no una participación en el capital de una de las sociedades. Con ello *el legislador parece presuponer que la mera condición de miembro del órgano de administrador en dos sociedades compromete el interés del administrador en la aprobación de la operación y pone en riesgo su deber de lealtad.* Y nótese también que el legislador no ha especificado en cuál de las dos sociedades el administrador común debe abstenerse; si debe hacerlo en las dos, si podría votar en una de ellas o incluso en las dos. Corresponde pues, al intérprete esta tarea de determinación¹⁷⁾.

La falta de un pronunciamiento legal puede llevar a pensar que la *regla general* derivada del deber de lealtad debería ser la *prohibición de voto del administrador común en ambas sociedades por incurrir en una situación de conflicto de intereses.* Esta es, en efecto, la conclusión que *a priori* podría extraerse del tenor literal del art. 231.1.d) LSC) y del art. 228 c) LSC. Sin duda, sería la solución “más segura” a los efectos de evitar la eventual impugnación de los acuerdos de los órganos de administración de ambas sociedades e incluso una posible declaración de nulidad de los mismos si el voto del administrador común hubiera sido decisivo para su adopción [ex art. 204.3 d) LSC]¹⁸⁾.

Desde el punto de vista de la dimensión normativa del derecho, no pensamos, sin embargo, que esa sea la interpretación más adecuada de la norma¹⁹⁾. Primero, porque no puede

descartarse que sea precisamente la existencia de un administrador común lo que, en ocasiones, permita compartir esfuerzos o “generar sinergias provechosas” para dos sociedades interesadas en realizar una determinada transacción o embarcarse en un proyecto común²⁰⁾. No parece difícil justificar que cuando ello sea así, la norma de la abstención del administrador en ambas sociedades probablemente solo sirva para encarecer los costes de la transacción, cuando no acabe impidiendo, una operación beneficiosa para las sociedades implicadas.

Pero, sobre todo, si la *ratio* que justifica la abstención es evitar que el administrador de una sociedad pueda anteponer en ella los intereses de otra sociedad (o los intereses personales que él pueda tener en otra entidad) en la que también desempeña el puesto de administrador, parece que la prohibición debería desactivarse cuando el deber de lealtad no está en peligro. Por ello, antes de afirmar la prohibición de votar en las dos sociedades, debería atenderse al grado de vinculación que el administrador tenga en cada una de ellas y al interés que pueda tener en el resultado de la operación. Lo anterior exige tener en cuenta el cargo o la función que desempeñe en el órgano de administración de ambas sociedades, la eventual participación accionarial que posea en una y otra, el valor económico de cada una de las dos sociedades, así como otros posibles intereses (familiares, profesionales, comerciales, etc.). Atendido el peso de los factores en juego y en función de que su concurrencia ponga en riesgo el adecuado cumplimiento de su deber de lealtad en una de las sociedades o en las dos, la prohibición de voto debería ser la regla aplicable en la primera o en ambas. Por la misma razón no parece que tenga sentido aplicar la regla de la abstención en las dos sociedades si, atendidas las circunstancias del caso, puede determinarse que la situación de conflicto está excluida *ab initio* en una de ellas o se adopta una solución que la hace desaparecer. Se hace preciso, en fin, identificar y determinar en qué lado de la transacción se plantea la eventual situación de colisión de intereses para el administrador común de la operación.

A pocos meses de la entrada en vigor de la Ley 5/2021 no puede pretenderse agotar todo el casuismo posible. El tiempo y la jurisprudencia se encargarán de ayudar en la tarea de elaboración de los distintos grupos de casos. Lo que sí tiene sentido en estos momentos es tratar de sentar las bases que ayuden a la mejor interpretación del precepto e identificar, al menos, los supuestos más significativos. Adelantamos ya que, en el caso del administrador común, la interpretación que consideramos más adecuada se puede concretar en las siguientes dos reglas. Cuando no existan razones objetivas para obligar al administrador a que se abstenga en una sociedad antes que en otra, y la situación no permita asegurar que ninguna de ellas escapa al riesgo de que el administrador vaya a anteponer el interés de la otra sociedad en la que desempeña el mismo puesto parece que la regla más adecuada es la prohibición de voto del administrador común en ambas sociedades. Sin embargo, en los supuestos que razonablemente se pueda determinar que los intereses del administrador común están alineados más con una sociedad que con la otra y en la primera no exista riesgo (o al menos este resulte remoto) de que el administrador se desvíe de la “senda de la leal administración²¹⁾”, debería poder votar en la primera y abstenerse en la segunda. La clave de la cuestión residirá en última instancia en comprobar la simetría o asimetría de los intereses del administrador en ambas sociedades lo que lleva a un análisis individualizado de cada caso.

2. GRUPOS DE CASOS

2.1. Equivalencia de intereses del administrador en ambas sociedades

Si prescindimos de otros posibles factores en juego y atendemos solo al cargo que ocupa el administrador común como único criterio de diferenciación de intereses, un supuesto de este tipo sería, por ejemplo, el caso de un consejero independiente de dos sociedades cotizadas. Ya hemos dicho que esta coincidencia no determina por sí sola la consideración de las dos

sociedades como partes vinculadas entre sí, a los efectos de lo dispuesto en el Capítulo VII bis. Y también que lo anterior no es obstáculo para reconocer la evidente situación de conflicto de intereses que el desempeño de ese cargo en dos sociedades representa para el consejero independiente común a ambas sociedades.

Pues bien, a nuestro juicio, en este caso *la regla de la abstención del consejero independiente común en las dos sociedades nos parece la más adecuada*. Y ello porque, si partimos de que la posición del administrador común es estructuralmente idéntica en ambas sociedades y no hay razones objetivas para obligar al administrador a que se abstenga en una antes que en la otra, ninguna de las dos sociedades escapa al riesgo de que el consejero independiente vaya a sentirse inclinado a favorecer a la otra sociedad en la que desempeña el mismo puesto. La equivalencia de intereses del administrador en ambas sociedades hace que en ninguna de ellas puede esperarse que cumpla fielmente con su deber de maximizar el interés de la sociedad de la que es consejero²².

Es cierto que, normalmente un consejero independiente tiene una menor capacidad de influir en las políticas financieras y de explotación de que la que, en la práctica, tiene un consejero ejecutivo quien normalmente asume una mayor “influencia significativa” en la gestión de la sociedad. Con todo, no debe olvidarse que, con independencia del papel o influencia que cada consejero tenga en el órgano de administración, la aprobación de las operaciones vinculadas es una facultad indelegable del consejo (arts. 249 bis y 529 ter LSC) y el voto de cualquiera de sus miembros puede resultar decisivo para la adopción del acuerdo en un sentido u otro. Por ello, en los casos de incertidumbre sobre la prevalencia de intereses del consejero común la regla debería ser su abstención en ambas sociedades²³.

Por aplicación del deber de lealtad, el consejero independiente común de dos sociedades cotizadas estará *obligado a comunicar* al consejo de administración el hecho de que también desempeña un puesto en el consejo de administración de la otra sociedad (o su dominante) con la que se va a realizar una operación (*ex art. 229.3 LSC*) y, en el caso de tratarse de una transacción cuya autorización (dispensa) corresponda otorgarla al consejo de administración (*ex art. 230.2 LSC*) tendrá la *obligación de abstenerse en la deliberación y votación* de la aprobación de la operación en cuestión [*ex art. 228 c) LSC*] toda vez que se trata de una operación con una entidad vinculada a su persona (*arg. ex art. 231.1 d) LSC*).

Prima facie, lo propio debería afirmarse respecto de un consejero dominical que participe como tal en dos sociedades, si bien estos casos requerirán normalmente de un análisis más pormenorizado en el que deban tenerse en cuenta otros factores tales como que haya sido designado por el mismo o distinto socio y, sobre todo, el peso que la dominicalidad o la representatividad del consejero tenga a un lado y al otro de la transacción. Estamos pensando en el consejero dominical que en una sociedad ha sido designado por un socio mayoritario y en la otra ha sido designado por un minoritario por el sistema de representación proporcional (art. 243 LSC).

Y siguiendo con el cargo que desempeñen en el órgano de administración como único criterio de medición (y haciendo abstracción de otros posibles factores) en el caso de dos sociedades que compartan a un mismo ejecutivo también debería predicarse la abstención a los dos lados de la transacción. En el supuesto concreto que ambas sociedades estuvieran interesadas en la celebración de una operación, lo apropiado sería que, antes de empezar las negociaciones, el consejero delegado comunicara al consejo de ambas sociedades su doble condición de consejero ejecutivo y ambas entidades (a través de sus respectivos órganos de administración) decidieran la organización del liderazgo de tal negociación. Podrían darse distintos escenarios, tales como que ambas autorizasen al consejero ejecutivo común a estar en ambos lados de la transacción o que ambas decidieran que en ningún caso la negociación la liderase el consejero ejecutivo común y que se nombrara a otro miembro de cada uno de los

órganos de administración (o en su caso, a algún directivo de las sociedades) para que liderasen la operación. En el caso de que se planteara la conveniencia de que el peso de la negociación recayera en el consejero ejecutivo (común) de ambas sociedades, naturalmente este debería abstenerse de participar en la correspondiente deliberación y votación del órgano de administración. En ese caso, la autorización (dispensa) correspondería otorgarla al resto de los miembros del órgano de cada una de las sociedades en los términos previstos en el artículo 230.2 LSC.

Si ambas sociedades autorizasen que el peso de la negociación se llevara por el consejero ejecutivo común, llegado el momento de aprobar definitivamente la operación parece razonable pensar que el consejero ejecutivo (que previamente ha sido dispensado para la negociación) podría votar en los órganos de administración de ambas sociedades. Evidentemente nos referimos a la eventual participación o abstención del *administrador* común en el órgano de administración en el bien entendido que la aprobación de la operación vinculada entre ambas sociedades corresponda a este órgano. Si el valor de la operación fuese superior al diez por ciento de los activos sociales, su aprobación corresponderá a la junta general (art. 230.2 LSC). La autorización también corresponderá a la junta general en el supuesto de un administrador único de dos sociedades (RDGRN de 31-V-2012). En este caso nos encontraríamos ante un caso de autocontratación (en el que la misma persona estaría representando a dos patrimonios separados) lo que requeriría para su validez la autorización (dispensa) por la junta general salvo naturalmente que por la concreta configuración del negocio entre las dos sociedades (piénsese, por ejemplo, en la aceptación de una donación) quedase excluida la colisión de intereses que pusiera en riesgo la imparcialidad del administrador único²⁴.

2.2. Asimetría de intereses del administrador en ambas sociedades

Estamos pensando, por ejemplo, en el caso en que en una sociedad sea consejero ejecutivo mientras que en la otra sea un mero vocal del consejo. En estos supuestos es razonable pensar, como nos indica la doctrina, que el mayor interés del administrador esté donde ocupe la función de consejero ejecutivo. Aunque tampoco pueden descartarse ejemplos en los que podría suceder lo contrario: piénsese en el supuesto del consejero ejecutivo de una pequeña sociedad (próximo a jubilarse o con problemas con los socios en su sociedad) que ocupe un puesto de mero consejero en una gran sociedad de capital en la que, además, es socio y tiene intereses añadidos de otro tipo²⁵.

A estos efectos, lo importante es determinar si la existencia de una asimetría de intereses en ambas sociedades debe conllevar que el administrador común se abstenga en una o en las dos. Atendiendo a la *ratio* de la abstención (si atendiéramos solo a las funciones que desempeña), lo lógico, como certeramente se ha señalado, es que se abstenga en aquella en la que tenga menos intereses (típicamente en que sea mero consejero) porque ahí puede sentirse inclinado a favorecer a la sociedad en la que reside su mayor interés (aquella en que es consejero ejecutivo).

Lo que nos planteamos ahora es si también debe hacerlo en esta otra. En la medida que tiene intereses personales en la negociación por su condición de administrador común, *podría objetarse que es probable que tampoco en este caso vaya a cumplir fielmente con su deber de maximizar el interés de la sociedad de la que es consejero ejecutivo*. Y ello porque, especialmente en sociedades cerradas, el solo hecho de ser miembro del órgano de administración ya supone tener una influencia significativa en la sociedad en la que se ocupa el cargo. Puede que no exista una reciprocidad de intereses como en los ejemplos indicados de equivalencia de intereses indicados más arriba, pero es fácil imaginar, especialmente si su cargo de consejero en la otra sociedad es retribuido, que, intuitivamente, en su posición como doble administrador tenderá a desarrollar dos lealtades, lo que justificaría la prohibición de

voto en ambas sociedades (asemejándose este supuesto al que justifica la prohibición de retribuciones externas del administrador)²⁶.

No obstante lo anterior, entendemos que también hay buenos argumentos para defender la no abstención del consejero en la sociedad en la que ocupa el puesto de consejero ejecutivo, supuesto que se abstenga en la que es mero consejero. Y ello porque si no fuera administrador de ambas sociedades, no tendría conflicto alguno y lógicamente podría (debería) votar en el órgano de administración de la que es consejero ejecutivo. Pues bien, *obligarle a abstenerse de participar en la deliberación y votación de la primera sociedad (en la que es mero consejero) puede considerarse una forma de hacer desaparecer la premisa básica que justifica la aplicación del art. 231.1.d) LSC y con ello, eliminar la regla de prohibición de voto en ambas sociedades*. En efecto, la razón de la prohibición de voto de un administrador común es que no puede participar en la deliberación y voto en los dos lados de la transacción. Si se le prohíbe hacerlo en una de ellas y, en consecuencia, evitar que influya negativamente en la sociedad en la que más peligrosa resulta su participación, desaparece la *ratio* para prohibirle votar en la otra, precisamente en la que menos dudas hay que defenderá el interés social.

No podemos negar que, aunque no participe en la deliberación y votación de la primera entidad, el hecho de ser administrador de la otra sociedad le hace conocedor de una información que, eventualmente podría utilizar en perjuicio de la que es ejecutivo si se le permite votar en esta otra. Con todo, entendemos que prohibirle votar en la sociedad en la que es consejero ejecutivo puede causar más perjuicio que beneficio al interés social de esta sociedad. Nos explicamos. Si partiéramos de la premisa de que debe abstenerse en las dos sociedades, ello podría dar lugar a una “mayorización” de la minoría en situaciones de conflicto intrasocietario en la sociedad en la que es consejero ejecutivo, que acabaría dificultando o incluso impidiendo la celebración de una operación beneficiosa para el interés de su sociedad. Sin embargo, al permitirle votar cuando comunique la situación de conflicto a la sociedad (su condición de administrador común) y anunciar que se abstendrá en la que es mero consejero, estará informando al resto de los administradores de esa sociedad que deben revisar con mucho cuidado los términos -y la oportunidad- de la operación, porque en ella está participando el consejero que ahora anuncia su abstención en la otra. Es decir, el anuncio del consejero común obligará al resto de los consejeros de la sociedad en la que es ejecutivo a un estándar de diligencia mayor en defensa del interés social²⁷.

2.3. El administrador común en operaciones intragrupo. Especial referencia a su participación y voto en la sociedad dominante (art. 231 bis 4 LSC)

Como ya es sabido por todos, el legislador ha introducido en el nuevo art. 231 bis LSC un régimen para las operaciones vinculadas intragrupo sujetas a conflicto de interés. Las normas previstas en el mencionado precepto solo se refieren al órgano de administración de la sociedad (matriz o filial) afectada por el conflicto. Sin duda, la norma más sobresaliente del precepto es la eliminación del deber general de abstención de los administradores permitiendo votar la aprobación de la operación intragrupo a los administradores de la matriz en la junta de la filial (art. 231 bis 2 LSC).

La regla que en este momento nos interesa es la relativa a la participación y voto de los administradores en la sociedad dominante prevista en el art. 231 bis 4 LSC que, como se recordará, prevé que “(...) *no se considerarán operaciones realizadas con una sociedad del grupo sujeta a conflicto de interés aquellas realizadas con sus 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*”. A los efectos que ahora importan, se trata de concretar la aplicación de esta regla a los supuestos en que los administradores de la sociedad dominante son

también administradores de sus filiales.

De las operaciones intragrupo nos hemos ocupado en otro trabajo²⁸). Allí afirmamos que *la prohibición de voto al administrador común que ha sido designado por la matriz en la filial no resulta aplicable en ninguna de las dos sociedades*. No se aplica al administrador en el órgano de administración de la filial porque así lo dispone expresamente el art. 231 bis 2 LSC (y se vuelve a recordar en el art. 231 bis 4 *in fine*²⁹). Y tampoco resulta aplicable al administrador común en el consejo la sociedad dominante porque así se deduce implícitamente de lo dispuesto en el art. 231 bis 4 LSC que advierte que, con carácter general, *no existe conflicto* en el órgano de administración de la sociedad dominante “*salvo*” en el caso de que alguno de sus administradores fuese “*accionista significativo*” en la filial. Allí señalamos que la redacción de este apartado 231 bis 4 LSC (que *únicamente* contempla este concreto supuesto de conflicto del administrador de la dominante) podía interpretarse como una “*excepción*” implícita a lo previsto en el art. 231 d) LSC que, como hemos indicado más arriba, ha incorporado tres nuevos supuestos de vinculación del administrador. (Recuérdese: (i) entidades en las que el administrador tiene una participación significativa; (ii) entidades en que el administrador de la sociedad desempeña un puesto de administración y (iii) entidades en que el administrador es alto directivo).

Apuntábamos que la falta de mención a los otros dos supuestos de conflicto del art. 231 d) LSC (que el administrador de la dominante sea también un administrador o un alto directivo de la filial) podía llevar a considerar el precepto como una “*regla especial*” dirigida a favorecer las operaciones intragrupo, atendiendo precisamente a los supuestos frecuentes en la práctica en que los administradores de la dominante dirigen también las filiales y cuyo nombramiento no obedece a otros intereses que los propios de la sociedad dominante. En este sentido (lo mismo que el legislador ha excepcionado la regla de la abstención de los consejeros en la filial en el art. 231 bis 2 LSC), permitir el voto de los administradores comunes en el órgano de administración de la dominante facilitaría la aprobación de este tipo de operaciones logrando con ello el propósito marcado por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley de “*facilitar la economía y la planificación estratégica de los grupos de la que las operaciones internas constituyen un elemento indispensable*”.

Una reflexión más pausada sobre el régimen de los administradores comunes nos ha hecho reconsiderar esta opinión³⁰). La interpretación del art. 231 bis 4 LSC como una regla de grupos (que permite votar al administrador en el órgano de administración de la dominante) solo se puede seguir calificando como regla especial si considerásemos que la “*regla general*” aplicable al administrador común de dos sociedades (ex art. 231 d) LSC) es su deber de abstención en ambas sociedades. (En nuestro caso, esta regla general solo resultaría aplicable al administrador en la dominante porque, no parece necesario insistir más, el legislador ha excepcionado la abstención en la filial). Ya hemos advertido que, a falta de un pronunciamiento por el legislador, si bien se trata de una posible interpretación (que acaso, aporte mayor seguridad jurídica), desde un punto de vista sistemático, no consideramos que resulte la respuesta adecuada para todos los supuestos en los que exista un administrador común.

Si se admite que en operaciones realizadas por dos sociedades que comparten un administrador este no tiene que abstenerse donde sus intereses estén más alineados con los de la sociedad, se convendrá que, en operaciones matriz-filial, dado que el conflicto se produce típicamente en la filial, si ese administrador lo es también de la dominante en ella no estará conflictuado y, en consecuencia, debería poder votar. En este sentido la regla general de *no conflict* del art. 231 bis 4 LSC no sería ya una regla “*constitutiva*” de los grupos de sociedades sino una norma “*declarativa*”, esto es, una concreción legal del principio general que informa la interpretación del art. 231.1 d) LSC en el sentido indicado.

Por lo demás, la interpretación que ahora propugnamos del art. 231 bis 4 LSC es consistente con la formación histórica de la norma. Nótese que tanto el Anteproyecto de Ley como el informe de la Comisión General de Codificación no incluían en el texto del proyectado 231 bis LSC, ni tampoco en su homólogo previsto para cotizadas (art. 529 vices 3 LSC), una norma de este tipo³¹. Ello era así porque, en el caso de las operaciones intragrupo la preocupación del legislador se ha centrado es “salvar” la situación de conflicto por cuenta ajena que se produce para los administradores de la filial nombrados por la matriz en el órgano de administración de la filial (art. 231 bis 2 LSC). De forma implícita, la ausencia de un pronunciamiento del legislador suponía reconocer que en el órgano de administración de la dominante no se producía conflicto sobre el que intervenir “de forma especial” en las operaciones intragrupo que lo alejara de la aplicación de las reglas de conflicto de intereses de administradores de la parte general. En este sentido la enmienda por la que se introdujo el apartado 4 del 231 bis (lo mismo que la prevista en el 529 vices 3 LSC) se habría aceptado por entender que se trataba de una norma declarativa³².

Lo anterior no obsta para afirmar que la redacción de este apartado cuarto, además de técnicamente defectuosa³³, resulta incompleta. Y ello porque como ya se ha visto, el “único” caso que se contempla como representativo de una posible situación de conflicto en el órgano de administración de la dominante es que alguno de sus miembros sea un “accionista significativo” de la filial. Probablemente con ello el legislador ha pretendido tipificar el supuesto más evidente de conflicto personal del administrador con la sociedad. Sin embargo, ello no debe ser un impedimento para que, a la luz del régimen general de conflicto de los administradores sociales, si se constata la concurrencia de otros intereses “significativos” del administrador, cualquiera que sea su naturaleza (económicos, personales, comerciales, etc.) que representen un peligro para el interés social de la dominante deba activarse para él la prohibición de voto en su órgano de administración. En este sentido hay que reconocer que la redacción del homólogo del art. 231 bis 4 LSC en sede de cotizadas (el art. 529 vices 3 LSC), amén de una redacción más clara y sencilla, en tanto utiliza la expresión genérica “intereses” resulta más correspondiente con la aplicación de las normas del régimen general de conflicto de interés. Con ello no estamos afirmando que la interpretación del art. 231 bis 4 LSC prevista en la parte general, deba realizarse a la luz de lo dispuesto para las sociedades cotizadas en su régimen especial. Estamos afirmando que, en relación con la norma referida a la sociedad dominante, la redacción del art. 529 vices 3 LSC prevista en el régimen especial de cotizadas encuentra mejor encaje legal con el régimen general de conflicto de intereses de administradores siendo este el que debe servir de criterio de interpretación a la hora de aplicar las reglas de las operaciones intragrupo tanto de las sociedades de capital, en general, como de las cotizadas en particular.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

A los efectos de aplicación del régimen especial de operaciones vinculadas previsto en el Capítulo VII bis, la existencia de un consejero común en dos entidades que realizan una operación no determina por el solo hecho de compartirlo que las dos sociedades deban considerarse partes vinculadas entre sí. La exclusión expresa del supuesto del administrador común en la definición de parte vinculada de la NIC 24 integrada en la definición societaria de operación vinculada del art. 529 vices LSC deja poco margen de duda.

En consecuencia, a la sociedad cotizada que comparta un consejero común con otra sociedad con la que realice una operación no le resultará de aplicación el régimen especial previsto para las operaciones vinculadas en sociedades cotizadas. Ni la regla de abstención del consejero afectado (el consejero común) prevista en el art. 529 duovices 2 LSC, ni las reglas de transparencia (art. 529 univices LSC) ni de evaluación externa de la operación (art. 529 duovices 2 LSC) que informan su régimen especial.

No obstante lo anterior, lo que no puede ponerse en cuestión es que para el administrador común de dos sociedades (cotizadas o no) las operaciones que se realicen entre ambas entidades le sitúan claramente ante una situación de conflicto de intereses que activa para él la aplicación de las reglas del deber de lealtad previstas en la parte general.

La falta de un pronunciamiento por parte del legislador sobre si el administrador común ha de abstenerse en las dos sociedades o solo en una de ellas obliga al intérprete a llevar a cabo esta tarea de determinación.

En nuestra opinión, la regla general debe ser la prohibición de voto del administrador común en ambas sociedades cuando no existan razones objetivas para obligar al administrador a que se abstenga en una antes que en otra, y la situación no permita asegurar que ninguna de las dos sociedades escape al riesgo de que el administrador vaya a anteponer el interés de la otra sociedad en la que desempeña el mismo puesto y tiene intereses similares. Cuando el administrador común tenga un interés preminente en una de las dos sociedades pero no en la otra, debería poder votar en la primera y abstenerse en la otra.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, J., “El otro privilegio del grupo: las operaciones intragrupo y el futuro art. 231 bis LSC” (entrada de 27 de octubre de 2020), disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/search?q=el+otro+privilegio+del+grupo>.

ALFARO, J., “Las modificaciones del art. 231 bis LSC en relación con el art. 529 vices LSC”, Blog *Derecho Mercantil*, entrada de marzo de 2021, disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2021/03/las-modificaciones-del-art-231-bis-lsc.html>.

CAVANAS, R., “Representación de la sociedad, autocontrato y obligaciones derivadas del deber de lealtad” (a propósito del cambio de opinión de la Dirección General de los Registros y el Notariado), *Diario La Ley*, n.º 8935, de 7 de marzo de 2017 (versión electrónica).

GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”; “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores” y “Artículo 231 bis. Operaciones intragrupo”, en SANCHO GARGALLO y GARCÍA-CRUCES (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital 5 Tomos*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 3195-3208 y pp. 3209-3217 respectivamente.

FERNÁNDEZ DEL POZO, F., “Las operaciones (vinculadas) intragrupo. Un examen del nuevo artículo 231 bis LSC”, *RDBB*, 163, 2021, julio-septiembre (versión electrónica).

LATORRE CHINER, N., *El control de las operaciones vinculadas en la sociedad cotizada*, Madrid, 2020, Marcial Pons.

LATORRE CHINER, N. (2021a). Las partes vinculadas de la sociedad cotizada: ¿art. 231 LSC o NIC 24? Blog *Almacén de Derecho*, entrada de 15-V-2021.

LATORRE CHINER, N. (2021b). Las operaciones vinculadas de la sociedad cotizada en la reforma de la Ley de Sociedades de Capital (Ley 5/2021, de 12 de abril), *RdS* 62 (2021), pp. 49 y ss.

LEÓN SANZ, F., “Las operaciones con partes vinculadas en la Directiva 2017/828”, *RDM*, 312 (2019), (versión electrónica).

MEGÍAS LÓPEZ, J. “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)”, *LA LEY*

Mercantil, 82, julio-agosto 2021 (versión electrónica).

PAZ-ARES, C., y JORDANO, M., “El perímetro de vinculación”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56 (2021), pp. 71-114.

PAZ-ARES, “La anomalía de la retribución externa de los administradores”, *indret* 1/2014.

PAZ-ARES, “La anatomía del deber de lealtad”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 39 (2015), pp. 43-65.

PORTELLANO, P. *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

FOOTNOTES

•

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto del Ministerio de Ciencia, Innovación y universidades, “GOBIERNO CORPORATIVO: EL PAPEL DE LOS SOCIOS II” (Ref.: PGC2018-097984-B-I00), dirigido por Antonio B. Perdices Huetos, Catedrático de Derecho mercantil de la UAM y Blanca Bago, profesora de Derecho Mercantil de la UAM. Agradezco los comentarios y observaciones de Aurora Martínez, Catedrática de Derecho Mercantil de la UAM y Jesús Alfaro, Catedrático de Derecho Mercantil. UAM. La responsabilidad por los errores de este trabajo es solo mía.

1

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, (BOE 13 de abril, 2021). La Ley 5/2021 incorpora a nuestro ordenamiento la 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 que pretende reforzar la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas europeas y aumentar la transparencia entre las compañías y sus inversores.

2

Ya se han publicado los primeros trabajos que interpretan el nuevo régimen legal de operaciones vinculadas: ALFARO, J., “El otro privilegio del grupo: las operaciones intragrupo y el futuro art. 231 bis LSC” (entrada de 27 de octubre de 2020), disponible en <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/search?q=el+otro+privilegio+del+grupo> y “Las modificaciones del art. 231 bis LSC en relación con el art. 529 vices LSC”, Blog *Derecho Mercantil*, entrada de marzo de 2021), disponible en <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2021/03/las-modificaciones-del-art-231-bis-lsc.html>;

GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores” y “Artículo 231 bis. Operaciones intragrupo”, en SANCHO GARGALLO y GARCÍA-CRUCES (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital 5 Tomos*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 3195-3208 y pp. 3209-3217 respectivamente; FERNÁNDEZ DEL POZO, F., “Las operaciones (vinculadas) intragrupo. Un examen del nuevo artículo 231bis LSC”, *RDBB*, 163, 2021, julio-septiembre (versión electrónica); LATORRE, N., “Las operaciones vinculadas de la sociedad cotizada en la reforma de la Ley de Sociedades de Capital”, *RdS* 62/2021, pp. 129 y ss.; MEGÍAS LÓPEZ, J. “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231bis LSC)”, *LA LEY Mercantil*, 82, julio-agosto 2021 (versión electrónica); PAZ-ARES, C. y JORDANO, M., “El perímetro de vinculación”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56 (2021), pp. 71 y ss. CAMPINS, A., “El nuevo régimen de operaciones vinculadas intragrupo en sociedades de capital no cotizadas. Derecho especial de grupos *ma non troppo*”, *RDM*, 322 (2021) (versión electrónica).

3

El trabajo más completo al respecto es el de PAZ-ARES/JORDANO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 56 (2021), pp. 71 y ss. En particular, sobre las operaciones intragrupo, FERNÁNDEZ DEL POZO, *RDBB* (2021).

4

En este sentido el precepto señalaba que, “*A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores: d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio*”. Conforme a lo allí dispuesto, la vinculación del derogado 231.1 d) LSC incluía los siguientes supuestos: aquellos en los que el administrador dispusiera (por sí mismo o a través de acuerdos con terceros) de la mayoría de los derechos de voto en la otra sociedad, así como aquellos otros en los que dispusiera de la facultad de poder nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de esa otra sociedad o directamente hubiese designado con sus votos a la mayoría de ellos.

5

Así lo afirman respectivamente MEGÍAS, *LA LEY Mercantil*, 2021 [versión electrónica, II, 3 a), pp. 7 y 8]; GARCÍA, “Artículo 231”, *Comentario*, 2021, p. 3201.

6

Esta última medida parece justificarse como una disposición antifraude con el objetivo de evitar que el administrador evite la aplicación del régimen legal. GARCÍA, “Artículo 231”, *Comentario*, 2021, p. 3202.

7

LATORRE, *RdS* (2021) (versión electrónica, II,2). Con anterioridad a la promulgación de la Ley, cuando estaba en fase de Anteproyecto, la misma autora, en *El control de las operaciones vinculadas en la sociedad cotizada*, Madrid, 2020, Marcial Pons, pp. 111-113; MEGÍAS, *LA LEY Mercantil*, 2021 (versión electrónica, II, 3 a), pp. 7 y 8); PAZ-ARES/JORDANO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2021), pp. 92 y ss.

8

Esta es la opinión de LATORRE, *RdS* (2021) (versión electrónica, II,2) aunque también hace notar que la técnica de remisión del art. 529 vices LSC puede llevar a la interpretación contraria.

9

LATORRE, *RdS* (2021) (versión electrónica, II,2): “Y ello porque la extensión de las personas consideradas vinculadas puede derivar en un exceso de control procedimental, en una contratación más lenta y en el riesgo de que terminen por desaprovecharse operaciones potencialmente beneficiosas para la sociedad”.

10

PAZ-ARES/JORDANO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2021), apartado 5.3, p. 96.

11

Nótese que el precepto no regula la determinación de quiénes son las partes vinculadas o relacionadas con una sociedad de capital, ni tampoco las consecuencias legales que tiene para una sociedad de capital realizar una operación con una parte vinculada a ella. Es lógico que así sea así porque, como venimos insistiendo, la norma regula las “personas vinculadas a los administradores”. Cuestión distinta es que del precepto pueda deducirse que la operación realizada por una sociedad con una entidad vinculada al administrador convierte a la operación y a las dos sociedades en vinculadas. Así, MEGÍAS, *LA LEY Mercantil*, 2021 (versión electrónica, II, 3 a), pp. 7 y 8). Con matices, solo cuando la vinculación es significativa, PAZ-ARES/JORDANO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2021), pp. 93-95. Con todo, como ya hemos afirmado, en el régimen general, esta eventual calificación no tiene efectos prácticos relevantes en tanto no implica en ningún caso obligaciones adicionales para la sociedad de capital más allá de las relativas a la información financiera-contable. Como ya se ha advertido, su calificación o no como vinculadas no varía un ápice el régimen general de conflicto de intereses del administrador y el régimen de dispensa.

12

En general, sobre las diferencias existentes entre las normas de distinta naturaleza que regulan las operaciones vinculadas en sociedades cotizadas, sus finalidades, los problemas de solapamiento y cuestiones de legitimidad del sistema de fuentes, *vid.* por todos LEÓN SANZ, F., “Las operaciones con partes vinculadas en la Directiva 2017/828”, *RDM*, 312 (2019), (versión electrónica, II,1).

En el mismo sentido indicado en el texto, PAZ-ARES/JORDANO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2021), p. 78, ponen de manifiesto que “el concepto contable y el concepto societario de persona vinculada no son coextensivos”.

Por lo que respecta a la Orden EHA/3050/2004, la CNMV considera que debe entenderse derogada. Así lo manifiesta en el documento de preguntas y respuestas sobre el régimen de comunicación de operaciones vinculadas que ha publicado el 15 de noviembre de 2021 disponible en: http://cnmv.es/docportal/Legislacion/FAQ/Operaciones_vinculadas.pdf. Como bien ha puntualizado la doctrina, la derogación no puede atribuirse a la Ley 5/2021, en tanto una norma societaria no puede derogar una norma contable, sino a las sucesivas reformas de las propias NICs que han modificado el concepto de partes vinculadas.

A los efectos que ahora interesan, la diferencia del concepto entre la Orden de 2004 y la redacción actualmente vigente de la NIC 24 es que, mientras que en la norma contable doméstica se consideraban partes vinculadas dos entidades que tuvieran un consejero común, cuando este ejerciera una influencia significativa en las políticas financieras y operativas de ambas (disposición que, en su momento era conforme con la definición contenida en la NIC 24 entonces vigente), en la redacción actual, como se ha indicado en el texto, se ha eliminado de su redacción el hecho de que el administrador de la cotizada ejerza una influencia significativa sobre la otra entidad o sociedad con la que opere la sociedad cotizada para ser considerada parte vinculada.

13

Esta es también la postura que ha adoptado la CNMV en relación al régimen de publicidad del art. 529 unvicies, en el documento de preguntas y respuestas sobre el régimen de comunicación de operaciones vinculadas que ha publicado el 15 de noviembre de 2021 disponible en: http://cnmv.es/docportal/Legislacion/FAQ/Operaciones_vinculadas.pdf.

14

La misma coincidencia sustancial con el régimen general ha de afirmarse respecto de las reglas de distribución competencial para la aprobación de la operación (*cf.* 529 duovicies 1 y art. 230.2 LSC) y la posibilidad de delegación (*cf.* art. 529 duovicies 4 y arts. 229 a) y 231bis 3 LSC).

15

PAZ-ARES/JORDANO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2021), apartado 5.3, p. 96.

16

En el mismo sentido se han manifestado después de la entrada en vigor de la Ley MEGÍAS, *LA LEY Mercantil* (2021) (versión electrónica, IV, p. 17).

17

Esa parece haber sido la intención del legislador al elaborar el catálogo de obligaciones derivadas del deber de lealtad: “El objetivo es proporcionar a jueces y aplicadores del derecho un cierto margen de holgura para que puedan ubicar la tecnología siempre renovada de la extracción de beneficios privados”: PAZ-ARES, “La anatomía del deber de lealtad”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 39 (2015), pp. 43-65, 55.

18

Esta fue, de hecho, nuestra primera intuición al estudiar la reforma de vinculadas y la premisa de que la implícitamente partíamos en nuestra explicación del art. 231 bis 4 LSC. CAMPINS, *RDM 322* (2021). El estudio del supuesto del administrador común en este trabajo no ha llevado a reconsiderar esta opinión (v. *infra* 2.3).

19

Resulta convincente la posición de PAZ-ARES/JORDANO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (2021), pp. 94 y 95.

20

GARCÍA, “Artículo 230”, *Comentario*, 2021, p. 3174. Con anterioridad, PAZ-ARES, “La anatomía”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, (2015), p. 57.

21

GARCÍA, “Artículo 231”, *Comentario*, 2021, p. 3173.

22

Por ejemplo, en caso de que las dos sociedades celebren una operación de compraventa, el consejero común estaría incumpliendo su deber de lealtad respecto de la sociedad comprador si la adquisición del bien no estuviera justificada en aras del mejor cumplimiento de su objeto social (por mucho que se hubiera celebrado a precio de mercado) y, con su voto, únicamente buscara satisfacer el interés en la venta por parte de la sociedad vendedora en la que desempeña el mismo puesto.

23

Esta prohibición de votar a los dos lados de la transacción debería de dejar de aplicarse si el consejero independiente tuviera encomendada cualquier tipo de función específica en relación con las políticas financieras y operativas de la sociedad al margen de su actuación colegiada en el consejo de administración o si participase decisivamente en cualquier comisión con facultades delegadas que tuviera competencias sobre las políticas financieras y operativas de la entidad.

RDGRN 31-V-2012 (BOE 29.6.12): era un supuesto en el que “*una misma persona (don J. J. R. F.), en calidad de administrador único interviene en representación tanto de la sociedad acreditada como de la hipotecante, constituyendo, en garantía del crédito, hipoteca sobre una finca cuya propiedad exclusiva corresponde a una sola de las sociedades que, además, no resulta favorecida por el crédito abierto*”. La Resolución reitera su postura de que “*el administrador único, como representante orgánico de la sociedad sólo puede auto-contratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por la Junta General*”. Recientemente la RDGSJFP de 6-V-2021 (BOE 24.5.201) en el otorgamiento de la escritura de compraventa de dos sociedades representadas por la misma persona (como liquidador solidario de la primera y administrador único de la segunda) confirmó la denegación de la inscripción por no haber obtenido la dispensa de las dos sociedades (solo de una de ellas). En la doctrina más reciente se ha ocupado del tema CAVANAS, R., Representación de la sociedad, autocontrato y obligaciones derivadas del deber de lealtad (a propósito del cambio de opinión de la Dirección General de los Registros y el Notariado), *Diario La Ley*, n.º 8935, de 7 de marzo de 2017 (versión electrónica). El autor se ocupa de señalar que, en el ámbito societario debe diferenciarse la situación de autocontrato (cuando el representante contrata consigo mismo) de las meras situaciones de conflicto de interés que activan un deber de lealtad por la mera pertenencia al órgano de administración aunque no se haga uso de las facultades representativas en el caso concreto. A este respecto considera que “no hay autocontrato cuando interviene otro de los posibles representantes (salvo que se trate de un apoderad ad hoc, Resolución de 28/06/2013), ya sea en sustitución del administrador afectado (otro solidario), o por hacerlo conjuntamente con este (otro mancomunado), o en la mera ejecución de un acuerdo previo del órgano de administración”.

La existencia de otras posibles circunstancias o factores que alteren la influencia del administrador o el peso de sus intereses en la otra sociedad es lo que nos lleva a considerar que la decisión sobre permitir el voto o no del administrador común no puede hacerse depender solo de las funciones que desempeñe el administrador en las dos sociedades.

Así lo ponía también de manifiesto PAZ-ARES, “La anomalía de la retribución externa de los administradores”, *indret* 1/2014, pp. 7 y 8.

Sobre el requisito de la transparencia v. GARCÍA, “Artículo 230”, *Comentario*, 2021, p. 3183.

CAMPINS, *RDM*, 322 (2021) (versión electrónica).

Art. 231 bis 4 LSC *in fine*: “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”.

La lectura de PAZ-ARES/JORDANO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (2021), pp. 94 y 95, así como la de la versión ampliada de este trabajo, cuyos autores han tenido la amabilidad de poner a mi disposición antes de su publicación en este mismo número *RdS* 64 (2022), han propiciado esta matización a mi postura inicial.

Comisión General de Codificación (2019), “Informe de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley de Sociedades de Capital y otras normas financieras para adaptarlas a la Directiva (UE) 2017/828”, Ministerio de Justicia, Madrid, 16 de julio de 2019.

La modificación de ambos preceptos se debe a las enmiendas número 63 y 81 del Grupo Parlamentario Popular y número 36 del Grupo Parlamentario Vox y (v. BOCG 28-3, 18-XII-2020), de contenido similar.

Sobre los aspectos de su defectuoso tenor literal, v. CAMPINS, *RDM*, 322 (2021) (versión electrónica).