

El nuevo régimen de las operaciones vinculadas en las sociedades cotizadas y de las operaciones intragrupo

La modificación de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) reforzará el papel de la Comisión de Auditoría y permitirá procedimientos ágiles de aprobación de operaciones en determinados supuestos.

Abril 2021

Ponte en contacto con PwC Tax & Legal:

Rafael Manchado Montero de Espinosa
Director en el Área Mercantil, especialista en Corporate Governance y Compliance en PwC Tax & Legal
rafael.manchado.montero@pwc.com

Estíbaliz Pérez Arzoz
Directora en el Área Mercantil de PwC Tax & Legal
estibaliz.perez.arzoz@pwc.com

Beatriz Rodríguez Suárez
Abogada en el Área Mercantil de PwC Tax & Legal
beatriz.rodriguez.suarez@pwc.com

Como comentábamos en este post en el que analizábamos, con carácter general, las modificaciones mercantiles introducidas por la denominada Ley para el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (la “Ley”), a continuación pasamos a detallar el nuevo régimen mercantil de las operaciones vinculadas para sociedades cotizadas y de las operaciones intragrupo para todas las sociedades de capital.

Régimen aplicable a las sociedades no cotizadas

a) Definición de persona vinculada

En primer lugar, se amplía el concepto de persona vinculada al administrador persona física del régimen general del artículo 231 LSC, para aproximar su definición al concepto de parte vinculada en las sociedades cotizadas e incluir un supuesto bastante habitual en la práctica como es el del conflicto indirecto o por cuenta ajena, incluyendo así a:

- i. las sociedades en las que el administrador tenga, de forma directa o indirecta, una participación que le confiera una influencia significativa (más de un 10% del capital o de los derechos de voto o participación que confiere la presencia en el órgano de

- administración), o desempeñe en ellas o en su sociedad dominante un puesto en el órgano de administración o en la alta dirección; y
- ii. los socios a los que el administrador represente en el órgano de administración.

b) Regulación expresa de la aprobación de las operaciones intragrupo

Se introduce un nuevo artículo 231 bis en la LSC para regular la aprobación de las operaciones intragrupo.

En primer lugar se debe tener en cuenta que la Ley limita la aplicación de este régimen a aquellas operaciones realizadas por una sociedad con su sociedad dominante u otra sociedad de su grupo sujetas a conflicto de interés. Es decir, por propia lógica y desde la perspectiva de la sociedad filial, se entiende que este régimen no resultaría de aplicación a las operaciones con la matriz titular del 100% del capital, con una filial íntegramente participada o con una sociedad “hermana” en la que la estructura de propiedad de ambas sea común y por el 100% del capital social, todo ello, en la medida en que no existe conflicto de interés por falta de intereses contrapuestos.



Se podrá delegar la aprobación de determinadas operaciones vinculadas ordinarias siempre y cuando se haya establecido un procedimiento interno para la evaluación periódica del cumplimiento de los requisitos que permiten dicha delegación.”

Asimismo, en el proceso de aprobación parlamentaria, se ha incluido una amplia excepción al régimen de aplicación (al igual que se ha hecho en el régimen de cotizadas) por la cual únicamente resultará de aplicación este régimen a las operaciones con una sociedad dependiente sujeta a conflicto de interés 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. O, dicho en palabras más sencillas, cuando en la sociedad dependiente sea accionista significativo una parte vinculada de la sociedad que está obligada a aprobar la operación. Todo ello sin perjuicio de que el régimen de aprobación también le resulte de aplicación a la sociedad dependiente por tratarse de operaciones celebradas con la sociedad dominante.

Dichas operaciones intragrupo sujetas a conflicto de interés se requiere que sean aprobadas por la junta general (i) cuando por su propia naturaleza, lo exija la ley o (ii) cuando el valor de la operación o el importe total del conjunto de operaciones previstas en un acuerdo o contrato marco sea igual o superior al 10% del activo total de la sociedad. El resto de operaciones serán aprobadas por el órgano de administración.

Se elimina el deber de abstención de los consejeros de la matriz en la filial, si bien la protección de la filial y del resto de sus accionistas se realiza a través de la **inversión de la carga de la prueba** en sede judicial.

Excepcionalmente, y esta es una de las novedades prácticas más relevantes de este nuevo régimen al recoger la posibilidad de simplificar el régimen de aprobación para determinados tipos de operaciones prevista en la Directiva (UE) 2017/828 para sociedades cotizadas, **el órgano de administración podrá delegar la aprobación de operaciones intragrupo sujetas a conflicto de interés** en órganos delegados o en miembros de la alta dirección siempre y cuando 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. Para poder llevar a cabo dicha delegación se exige que, con carácter previo, el órgano de administración implante un **procedimiento interno para la evaluación periódica del cumplimiento de los requisitos que permiten la delegación.**

Régimen aplicable a las sociedades cotizadas

a) Definición de operación vinculada.

Se introduce un nuevo Capítulo VII bis en la LSC con el fin de introducir una regulación completa y sistemática de las operaciones vinculadas.

Se determina que serán operaciones vinculadas, a los efectos de este nuevo régimen, aquellas operaciones realizadas por la sociedad, o sus sociedades dependientes:

- i. con consejeros;
- ii. con accionistas titulares de un 10% o más de los derechos de voto (actualmente sólo los accionistas significativos), o que estén representados en el Consejo de Administración;
- iii. con cualquier otra persona que se considere parte vinculada conforme a la NIC 24.

Y, expresamente, se determina que no se consideran operaciones vinculadas a estos efectos:

- i. las realizadas por la sociedad con sociedades dependientes íntegramente participadas, al no existir un conflicto de interés;
- ii. las relativas a la aprobación de los contratos de consejeros ejecutivos y altos directivos;
- iii. las celebradas por entidades de crédito basándose en medidas destinadas a la salvaguardia de su estabilidad,
- iv. **las que realice una sociedad con sus sociedades dependientes o participadas, siempre que ninguna otra parte vinculada a la sociedad tenga intereses en dichas entidades dependientes o participadas.**



Conclusiones

El nuevo régimen obligará tanto a los grupos de sociedades no cotizadas con operaciones intragrupo como a las sociedades cotizadas, en primer lugar, a analizar detenidamente la tipología de operaciones vinculadas que resultan de su operativa habitual, así como a identificar aquellas operaciones vinculadas extraordinarias y, en segundo lugar y como resultado del anterior análisis, a valorar la conveniencia de establecer protocolos de aprobación de operaciones vinculadas que permitan formalizar internamente y adaptar a sus necesidades las posibilidades que ahora ofrece el nuevo marco legal.

Adicionalmente, en las sociedades cotizadas, la Comisión de Auditoría, en aplicación de dichos procedimientos, tendrá que emitir informes -de naturaleza jurídica, comercial y económica- que permitan determinar si una operación vinculada es justa y razonable desde el punto de vista de la sociedad y de los accionistas que no sean partes vinculadas, todo ello dando cuenta de los presupuestos en que se basa la evaluación y de los métodos utilizados.

Esta última es la excepción que, al igual que en el régimen general del artículo 231 bis LSC, se ha introducido por vía de enmienda en el proceso de aprobación parlamentaria, al objeto de limitar la aplicación del nuevo régimen de operaciones vinculadas únicamente a aquellas operaciones en las que realmente pueda existir un conflicto de interés que potencialmente pudiera conducir a la extracción de valor desde la sociedad hacía una de sus partes vinculadas en detrimento del interés de la propia sociedad y, en particular del resto de socios distintos de la parte vinculada.

b) Régimen de aprobación

Las operaciones vinculadas, determinadas conforme a la definición anterior, se requiere que sean aprobadas por la junta general (i) cuando, por su propia naturaleza, lo exija la ley (no lo dice la Ley, pero se sobreentiende) o (ii) cuando el valor de la operación sea igual o superior al 10% del activo total de la sociedad. El resto de operaciones serán aprobadas por el órgano de administración.

Para los supuestos de aprobación en junta, el accionista vinculado no podrá votar salvo que la propuesta de acuerdo haya sido aprobada sin el voto en contra de la mayoría de los consejeros independientes. Asimismo, cuando la aprobación de la operación se realice por el consejo de administración, resultará de aplicación el régimen general de abstención salvo para los consejeros dominicales del accionista vinculado que podrán participar en la aprobación aplicándose el régimen de inversión de la carga de la prueba previsto en el artículo 190.3 LSC.

En todo caso, con carácter previo a la aprobación por junta o por consejo, se deberá contar con **informe de la Comisión de Auditoría** evaluando si la operación es justa y razonable desde el punto de vista de la sociedad y, en su caso, del resto de accionistas que no sean

parte vinculada, haciendo referencia expresa a los presupuestos en los que se basa su análisis, así como a los métodos que se han utilizado.

No obstante, todo lo anterior, se prevé la posibilidad de que el Consejo delegue la aprobación de las siguientes operaciones:

- Operaciones intragrupo en el ámbito de la *gestión ordinaria y en condiciones de mercado*.
- Operaciones que se celebren en virtud de (i) contratos cuyas *condiciones estandarizadas* se apliquen en masa, (ii) se realicen a precios o tarifas establecidos por quien suministre el bien o el servicio, y (iii) cuya cuantía no supere el 0,5% del importe neto de la cifra de negocios de la sociedad.

En estos casos no será necesario informe de la Comisión de Auditoría pero sí deberá implantarse un **procedimiento interno de información y control periódico**, en el que tendrá un papel fundamental la Comisión de Auditoría, con el fin de comprobar la equidad y transparencia de las operaciones y el cumplimiento de los criterios legales aplicables.

Por lo tanto, **la Comisión de Auditoría, tendrá que:**

- i. asistir al Consejo de Administración en la definición, aprobación e implantación de un proceso de información y aprobación de las operaciones vinculadas; y
- ii. analizar y realizar, respecto de aquellas operaciones que se tengan que aprobar por el Consejo de Administración o por la Junta General, un informe -de naturaleza jurídica, comercial y económica- que permita determinar si una operación vinculada es justa y razonable desde el punto de vista de la sociedad y de los accionistas que no sean partes vinculadas, todo ello dando cuenta de los presupuestos en que se basa la evaluación y de los métodos utilizados.



Las operaciones vinculadas más significativas han de ser publicadas en la página web de la sociedad y comunicadas a la CNMV para su difusión pública.”

c) Régimen de publicación

El nuevo régimen exige que las operaciones vinculadas se difundan al mercado, como muy tarde en el momento en que se celebren, mediante su comunicación a la CNMV y la inclusión de un anuncio en la página web de la sociedad, siempre que alcancen o superen los siguientes umbrales: el 5% del total de las partidas del activo de la sociedad o el 2,5% del importe anual de la cifra de negocios.

El anuncio debe acompañarse del informe de la Comisión de Auditoría y contener la siguiente información:

- Naturaleza de la operación y de la relación con la parte vinculada.

- Identidad de la parte vinculada.
- Fecha de la operación y el valor o importe de la contraprestación.
- Otra información que, en su caso, sea necesaria para que pueda valorarse si la operación es justa y razonable desde el punto de vista de la sociedad y de los accionistas que no sean partes vinculadas.

Entrada en vigor

La ley entrará en vigor a los 20 días desde su publicación en el BOE. Sin embargo, las disposiciones relativas al régimen de operaciones vinculadas aplicable a las sociedades cotizadas no serán de aplicación hasta transcurridos dos meses de la entrada en vigor de la Ley.