

Mercantil

Las personas vinculadas a los administradores tras la Ley 5/2021 de 12 de abril

Análisis de la reforma del artículo 231 LSC en el marco normativo sobre deberes de lealtad de los administradores de sociedades de capital.

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Consejero académico de GA_P

1. Introducción

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) mediante la Ley 5/2021, de 12 de abril tenía como principal finalidad incorporar a nuestro ordenamiento jurídico el régimen de operaciones vinculadas previsto en la Directiva UE 2017/828 de 17 de mayo de fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas. El resultado se encuentra en el Capítulo VII bis («Operaciones vinculadas») integrado por los artículos 529 *vicies* a 529 *tervicies* LSC, que establecen el procedimiento a seguir para aprobar las operaciones o transacciones entre las sociedades cotizadas y las

personas vinculadas «a la sociedad» (administradores, accionistas significativos y resto de personas vinculadas según la normativa contable).

En el apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2021 se explica que razones de coherencia sistemática aconsejaban reformar también el artículo 231 LSC, que dispone el listado de personas vinculadas «a los administradores» en el marco de la regulación sobre los deberes de lealtad frente a la sociedad. La reforma se justifica también en el carácter incompleto del listado, al no incluir

casos claros de vinculación, justo cuando el Tribunal Supremo acababa de reconocer que se trata de un listado cerrado, contra lo que podía considerarse la opinión mayoritaria de la doctrina científica (cfr. STS 1.^ª de 17 de noviembre de 2020, caso Duro Felguera).

La reforma contiene por ello una ampliación del listado de personas vinculadas. En el primer inciso del apartado d) del artículo 231 se atribuye dicha condición a las entidades o sociedades en las que el administrador posea, directa o indirectamente, una participación significativa que le permita influir en la gestión, concepto mucho más amplio que el contenido anteriormente en ese apartado (sociedades controladas o dominadas por el administrador en el sentido del artículo 42.1 Código de Comercio). El segundo inciso del mismo precepto incluye a las sociedades o entidades en las que el administrador ocupe cargos de administración o alta dirección. Por último, en el marco de los conflictos «horizontales» de intereses, se califica expresamente como persona vinculada al socio «representado por el administrador en el órgano de administración» (apartado e) del artículo 231.1).

En las líneas que siguen, más allá de las razones aducidas por el legislador para justificar esta importantísima reforma, analizaremos cómo se integra y de qué modo afecta a la configuración del conjunto normativo sobre deberes de lealtad de los administradores de sociedades de capital que ha sido objeto de una interesante revisión sistemática, al menos desde la doctrina científica.

2. Antecedentes de la reforma

2.1. Situación previa a la Ley 31/2014 de reforma de la LSC.

El concepto de «persona vinculada» en el régimen de deberes de lealtad de los administradores se elaboró en su momento a partir de la idea del conflicto «indirecto» de intereses entendido desde un punto de vista «subjetivo», esto es, derivado de la intervención de un tercero vinculado al administrador en la contratación con la sociedad.

La vinculación se concebía como el resultado de un acuerdo expreso o tácito entre el administrador y el tercero para realizar una operación potencialmente lesiva para la sociedad en beneficio del administrador, del tercero o de ambos o, simplemente, sin necesidad de tal acuerdo, como la posibilidad de que ese tercero pudiera ejercer una influencia relevante en el administrador, anulando la debida autonomía e independencia con la que debería ejercer el cargo. Dicha vinculación tendría sentido ascendente cuando el administrador estuviera jurídicamente obligado o, simplemente, promoviera materialmente los intereses de un tercero titular de un interés en conflicto con el interés de la sociedad (conflicto «por cuenta ajena»). Tendría sentido descendente cuando el interés en conflicto recayera personalmente sobre el administrador y el tercero actuase por cuenta y en interés de aquél.

Como cualquiera puede querer beneficiar o, simplemente, dejarse influir por sus familiares y es obvio que un administrador puede ejercer su influencia sobre una sociedad que controla, en beneficio propio o de la sociedad, el listado del artículo 231 LSC estaba integrado por familiares y sociedades controladas por el administrador.

Lo más destacado, sin embargo, es que ese listado se concibió como un listado abierto integrado por presunciones *iuris et de iure* de conflicto subjetivamente indirecto de intereses y, por esa razón, podría atribuirse la condición de persona vinculada a otros terceros si se apreciaba una vinculación susceptible de mermar la autonomía e independencia del administrador (v.gr. participación con influencia significativa en una sociedad).

2.2. Función del concepto de persona vinculada tras la Ley 31/2014.

La reforma del régimen de los deberes de lealtad de los administradores mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre afectó de modo significativo al esquema conceptual tal como estaba diseñado.

En este sistema no se podía mantener la idea de un conflicto indirecto «en sentido subjetivo» porque la propia Ley reconocía que los conflictos podrían ser directos o indirectos y, en esa doble configuración posible, podrían recaer sobre los administradores o sobre personas vinculadas a éstos (cfr. arts. 228 c) y 229.3 LSC). El conflicto indirecto lo sería «por razones objetivas» y abarcaría situaciones en las que el administrador (o la persona vinculada) resultaran indirectamente (o, si se prefiere, colateralmente), beneficiados o perjudicados por la decisión a adoptar o la transacción a negociar.

En lo que se refiere al contenido y técnica de la regulación, tras la reforma de 2014, los administradores no sólo tendrían prohibido incurrir en situacio-

nes de conflicto de intereses por cuenta propia o ajena (arts. 228.e y 229 LSC), sino que dicha prohibición se extendería a la realización de cualesquiera actos o actividades cuyo beneficiario fuera una persona vinculada al administrador (art. 229.2 LSC).

En ese sistema, el concepto de persona vinculada sirve para identificar aquellas personas físicas o jurídicas que, por pertenecer a la misma esfera de intereses que el administrador, éste puede tener interés en beneficiar en perjuicio de la sociedad que administra, con infracción de los deberes de lealtad que le vinculan con ésta en el marco de la relación orgánica de administración.

La ley trata a los administradores y a sus personas vinculadas como una *unidad de imputación* y por eso se imputan a aquéllos las situaciones de conflicto (directo o indirecto) de intereses que recaigan sobre dichas personas vinculadas, que no están obligadas por deberes de fidelidad a la sociedad en el marco de la relación orgánica de administración. De este modo, se obliga a los administradores a comportarse «como si» el interés contradictorio al de la sociedad recayera sobre su persona.

El resultado es que la realización de una transacción entre la sociedad y una persona vinculada al administrador está prohibida, como lo está la realización de una transacción con el administrador. En estos casos no basta con comunicar y abstenerse en la preparación, deliberación y decisión de las condiciones de esa operación (arts. 227, 228 c) y 230 LSC), sino que es necesario obtener la preceptiva dispensa *ad hoc*

conforme al procedimiento específicamente establecido en el artículo 230 LSC (independencia, transparencia, inocuidad) bajo sanción de nulidad (ineficacia) de la operación.

La aplicación de esta técnica de imputación no se puede hacer de forma indiscriminada sin merma de la seguridad jurídica y por eso el listado del artículo 231 LSC hay que considerarlo un listado cerrado. Expulsada del sistema la idea del conflicto subjetivamente indirecto de intereses, no puede ya considerarse un listado de presunciones *iuris et de iure* de ese tipo de conflictos. Si la autonomía e independencia de un administrador queda mermada por la intervención de terceros no incluidos en el listado, el administrador afectado deberá abstenerse en la formación de la voluntad del órgano decisorio (art. 228 c) LSC), pero no resulta obligatorio activar el procedimiento de dispensa del artículo 230.2 LSC. Esta tesis resultó consagrada por la Sentencia del Tribunal Supremo 1ª de 17 de noviembre de 2020.

3. El nuevo listado de personas vinculadas

La clasificación sistemática de las personas vinculadas en el artículo 231 LSC puede realizarse distinguiendo entre dos categorías de conflictos que pueden darse en la administración de las sociedades de capital: los conflictos verticales de intereses (administrador – sociedad) y los conflictos horizontales (entre socios). Estos últimos se extienden al órgano de administración cuando en el mismo participan administradores que representan los intereses de determinados socios o grupos de socios y que pueden no resultar coincidentes.

3.1. Sociedades o entidades vinculadas al administrador (reforma del artículo 231.1 d) LSC).

En el ámbito de los conflictos verticales de intereses (administrador – sociedad), el nuevo apartado d) del artículo 231.1 LSC califica como personas vinculadas a cualesquiera sociedades o entidades en las que el administrador esté en condiciones de ejercer cierta «influencia significativa» en su condición de socio o partícipe, influencia que ha de entenderse referida a las decisiones de política financiera y de explotación de la entidad como se deduce de la normativa contable que inspira toda esta regulación.

Tal capacidad se presumirá (*iuris tantum*) cuando el administrador posea, de forma directa o indirecta, una participación igual o superior al diez por ciento del capital o de los derechos de voto o cuando, de hecho o de derecho, haya podido obtener un representante de sus intereses como socio o partícipe en el órgano de administración (v.gr. mediante pactos parasociales).

La mera tenencia de una participación en el capital de una sociedad no es suficiente para afirmar que exista influencia significativa en la gestión ni, por tanto, permite calificar a la sociedad participada como persona vinculada. Si el administrador posee una participación o tiene intereses en la sociedad titular de los intereses en conflicto (directo o indirecto) con la sociedad administrada, pero carece de la posibilidad de influir en la política financiera o empresarial (v.gr. tiene el voto sindicado) estará obligado a comunicar su

conflicto personal (la participación o los intereses) y deberá abstenerse de participar en la deliberación y votación de las decisiones relativas a la transacción con esa entidad (arts. 228 c) y 229.3 LSC), pero no será necesario activar el procedimiento de dispensa legalmente previsto para las operaciones con partes vinculadas.

Adicionalmente, se consideran expresamente como personas vinculadas a las sociedades o entidades en las que el administrador desempeñe un puesto en la administración o alta dirección, sea en la propia entidad o en su dominante (art. 231.1 d) inciso segundo). Se trata del denominado «conflicto de deberes», que hace referencia a la imposibilidad legal de defender dos intereses contradictorios al mismo tiempo sin comprometer la independencia y la autonomía con la que se debe desempeñar el cargo. Por esta razón, no habrá conflicto si se trata de ocupar un cargo de administración para la defensa del interés de la sociedad administrada en una participada (el conflicto se dará en la participada donde deberá abstenerse, pero no tendrá deber de abstención en su condición de administrador de la sociedad titular de la participación).

El hecho de ocupar un «puesto clave» en la dirección de una sociedad con intereses contrapuestos en la sociedad administrada no es lo mismo que participar en la alta dirección o administración de una sociedad o entidad. El administrador que ocupa un cargo de dirección en una sociedad en situación de conflicto directo o indirecto de intereses con la sociedad administrada deberá abstenerse en la adopción de decisiones si, en

el caso, esa situación supone un quebranto a su autonomía o independencia, pero la sociedad o entidad en cuya dirección participe no podrá considerarse persona vinculada.

3.2. *Los socios representados por el administrador (nuevo art. 231.1 e) LSC).*

Los conflictos de intereses «horizontales» se producen entre los socios de una sociedad y es desde esta perspectiva donde encuentra su sentido la inclusión en el listado de personas vinculadas al socio (o grupo de socios) *representado* por el administrador en el órgano de administración (nuevo art. 231.1 e) y, antes de la reforma, art. 529 *duodecies* párrafo 2).

En nuestra opinión, la cualificación del administrador como «representante» de un socio (consejero dominical o *nominee director*) no puede hacerse derivar sólo del hecho de que un administrador sea designado mediante un acuerdo de la junta general de socios con una mayoría de votos formada por un socio o grupo de socios, ni la nueva regulación pretende someter al régimen de autorización o dispensa todos los contratos entre el socio mayoritario que logró el nombramiento del administrador y la sociedad, a modo de una regulación de operaciones vinculadas socio mayoritario – sociedad para sociedades cerradas.

La aplicación de esta norma presupone la existencia de un órgano de administración integrado por una pluralidad de miembros en el que la «vinculación» entre un socio o grupo de socios y los (respectivos) titulares del cargo sea consustancial

a la realidad económica subyacente a la sociedad (sociedad integrada en un grupo o con participación pública) o sea el resultado de la aplicación de reglas legales, estatutarias o contractuales en virtud de las cuales todos o algunos socios tengan derecho a designar administradores que representen sus intereses en la gestión de la compañía, en coordinación con los representantes de otros socios o grupos de socios (pactos o reglas de coparticipación en la administración).

La inserción de este supuesto de vinculación en el marco de los conflictos horizontales o conflictos entre socios facilita que los propios socios establezcan una regulación contractual en contrario mediante pactos parasociales o contrato – base de *joint venture* donde dispongan las reglas de actuación que consideren más adecuadas a sus intereses (v.gr. permitir la participación de los consejeros designados por los socios en las decisiones relativas a contratos entre los socios y la sociedad, con los correspondientes mecanismos de desbloqueo).

3.3. Naturaleza económica del listado de personas vinculadas.

Como hemos señalado en apartados anteriores y ha declarado el Tribunal Supremo español, no cabe duda de que el listado de personas vinculadas es *numerus clausus*, pero de ahí no se deduce que deba interpretarse de una forma restrictiva ni que tenga carácter excepcional.

La atribución de la condición de persona vinculada debe realizarse sobre la base de la realidad económica subyacente a

la relación de vinculación que justifica la atribución legal a determinadas personas o entidades de la condición de personas vinculadas, y de modo que la función y finalidad de las normas sobre deberes de lealtad de los administradores quede debidamente garantizada. Así lo exige también la propia normativa contable que ha servido de base a la reelaboración del listado en la última reforma de la Ley (NIC 24: «al considerar cada posible relación entre partes vinculadas, se ha de prestar atención al fondo de la relación, y no solamente a su forma legal»).

No cabe duda de que debe extenderse la condición de persona vinculada al administrador a las sociedades o entidades participadas por alguno de los familiares a que se refiere el apartado 1 del artículo 230 LSC para el administrador persona física (o para el representante persona física de la persona jurídica administradora), dado que el riesgo de lesión para el interés social de esa operación es el mismo que el que se daría si la transacción se realiza personalmente con el familiar en cuestión. A los efectos de la aplicación de estas normas es lo mismo contratar con el familiar que con la sociedad participada por el familiar, salvo que se trate de una participación insignificante. Lo mismo cabe decir, por ejemplo, de la vinculación con otra sociedad en la que el administrador ejerza influencia significativa mediante una posición equivalente a la de socio, aunque no participe formalmente en el capital (v.gr. el administrador es socio cuentapartícipe).

La prohibición de realizar transacciones con la sociedad no se puede obviamente eludir mediante la interposición

de terceros que actúen por cuenta y en interés de aquéllos (la vinculación en sentido «descendente»), pero para preservar esa prohibición no es necesario elaborar ningún listado. Nadie puede realizar mediante un tercero aquello que tiene prohibido realizar personalmente. Ese tipo de supuestos hay que abordarlos mediante técnicas y princi-

pios generales de extensión de la imputación basados en la salvaguarda de la función y finalidad de las normas imperativas sobre deberes de lealtad y ello sin merma alguna de la seguridad jurídica, sino precisamente con la finalidad de impedir que las normas resulten defraudadas.