

Derecho transitorio del artículo 231 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital (operaciones intragrupo)

Ante la ausencia de regulación transitoria específica para el artículo 231 *bis* caben dos opciones: o bien recurrir analógicamente a la solución transitoria para el nuevo artículo 529 *novodecies* y, por tanto, aplicar el artículo 231 *bis* a todo supuesto de hecho vivo o devengado a los dos meses de la entrada en vigor de la Ley 5/2021, o bien prescindir de la analogía y recurrir simplemente al derecho transitorio común aplicable a situaciones jurídicas del tipo de las relaciones duraderas derivadas de un contrato de sociedad.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. El supuesto a examen

Introducido el supuesto por la Ley 5/2021, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la nueva norma del artículo 231 *bis* establece en su apartado 1 lo que sigue:

1. La aprobación de las operaciones que celebre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a

conflicto de inter[eses] corresponderá a la junta general cuando el negocio o transacción en que consista, por su propia naturaleza, esté legalmente reservada a la competencia de este órgano y, en todo caso, cuando el importe o valor de la operación o el importe total del conjunto de operaciones previstas en un acuerdo o contrato marco sea superior al 10 % del activo total de la sociedad.

Sólo me ocupo de lo relativo al Derecho transitorio. Parto de un supuesto de operaciones de la sociedad con su sociedad dominante, un préstamo de aquélla a ésta celebrado antes de la entrada en vigor del nuevo artículo 231 bis sin atenerse a la regla competencial de esta norma, y la existencia de socios de la sociedad dominada que son externos a la dominante y su grupo. El contrato se renueva después de la entrada en vigor, con la modificación de algunos extremos relativos al tipo de interés que ha de pagar la sociedad dominante.

Toda novación bajo ley nueva está sujeta a la aplicación del artículo 231 bis LSC

Un juzgado de lo mercantil desestima la pretensión del actor de que se debería haber aplicado el artículo 231 bis de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), con esta argumentación:

Ni el contrato de crédito, ni sus modificaciones, ni los avales firmados necesitaban la dispensa de la junta general, por lo que no concurre la causa de nulidad esgrimida en la demanda. El contrato de crédito es del 2015, su modificación de enero del 2021. Y los avales se conceden en noviembre del 2016 y julio 2020. En estas fechas no estaba en vigor el artículo 231 bis, que regula la aprobación de las operaciones intra-grupo, introducido por la reforma de la L. 5/2021, de 12 de abril, que

exige la autorización de la junta general en determinados casos. La regulación aplicable era el artículo 162 de la Ley de Sociedades de Capital, que, en su apartado segundo relevaba al órgano de administración de la sociedad de la necesidad de recabar el acuerdo de la junta general para «conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera» en favor de «otra sociedad perteneciente al mismo grupo», como ocurre en

este caso. Por tanto, no concurre la ilicitud en la que se funda la petición de nulidad que se reclama en la demanda. La novación tiene un alcance limitado. Se trata, «una modifica-

ción parcial» de los contratos anteriores, concreta y exclusivamente «en lo relativo al interés fijo», que pasa del 0,50 anual a favor de XXX a ser el euríbor más el 1 % anual, revisado semestralmente. Esta novación o modificación del tipo de interés al alza desde luego no pone en riesgo el patrimonio social ni necesitaba la dispensa del artículo 231 bis 1 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. El régimen transitorio de la Ley 5/2021, de 12 abril

Esta ley modificó ampliamente el régimen de sociedades contenido en la Ley de Sociedades de Capital. Sin embargo, su previsión de Derecho transitorio es limitada, y en ningún caso se refiere el artículo 231 bis.

La primera disposición de la disposición transitoria primera concierne a la nueva política de remuneraciones contenida en el artículo 529 *novodecies* de la Ley de Sociedades de Capital. Las modificaciones introducidas por esta ley en dicho precepto entrarán en vigor transcurridos seis meses desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Las sociedades deberán someter a aprobación la política de remuneraciones adaptada a dichas modificaciones en la primera junta general que se celebre con posterioridad a esa fecha.

La segunda referencia tiene por objeto el régimen del informe anual de remuneraciones del artículo 541. Las modificaciones introducidas por esta ley en el artículo 541 entrarán

cas. La exigencia de que los consejeros de sociedades cotizadas sean personas físicas —prevista en la modificación que realiza la presente ley en el artículo 529 *bis*— sólo será aplicable a los nombramientos, incluidas renovaciones, que se produzcan a partir del mes siguiente a su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Sintetizando, las diversas normas transitorias operan por medio de un instrumento conocido ya en el Derecho transitorio de las leyes de sociedades (y otras: morosidad, Ley 11/2013, disp. trans. tercera; cadena alimentaria, Ley 16/2021, disp. trans.) cual es el establecimiento de un periodo temporal de *vacatio* de la nueva norma (por ej., disp. trans. Ley 31/2014, de 3 diciembre), en el

entendido de que, a partir de su entrada en vigor, la norma nueva *regulará todos los efectos jurídicos que se devenguen bajo la nueva ley, aunque procedan de título o negocios celebrados bajo la antigua*. Observemos que la *vacatio* tiene por objeto la entrada en vigor de la

norma como tal, y no el deber de renovar la regulación estatutaria, como, por ejemplo, se hizo en la disposición transitoria segunda de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL). Tras la *vacatio*, se aplica la norma nueva.

Ante la ausencia de regulación específica para el artículo 231 *bis*, caben dos opciones: o bien recurrir analógicamente a la solución transitoria para el nuevo artículo 529 *novodecies* y, por tanto, aplicar el artículo 231 *bis* a todo supuesto de hecho vivo o devengado a los dos meses de la entrada en vigor

No faltan razones, ya aducidas, que justificarían una más intensa retroactividad de tipo medio del artículo 231 bis LSC

en vigor para los informes anuales de remuneraciones de los consejeros correspondientes a los ejercicios cerrados a partir del 1 de diciembre del 2020.

La tercera se ocupa del régimen de las operaciones vinculadas (y su aprobación por junta) del nuevo capítulo VII *bis* (especialmente, el artículo 529 *novodecies*). No resultarán de aplicación hasta transcurridos dos meses de la entrada en vigor de esta ley.

La última se refiere al nuevo régimen de los consejeros que fueran personas jurídi-

de la Ley 5/2021, o bien prescindir de la analogía y recurrir simplemente al derecho transitorio común aplicable a situaciones jurídicas del tipo de las relaciones duraderas derivadas de un contrato de sociedad.

La primera opción es tentadora. Comporta que, a la finalización de la *vacatio*, el artículo 231 bis se aplica. Pero todavía quedaría en duda si se aplicaría *a todos los efectos jurídicos del contrato devengados después de esta fecha, aunque preestablecidos en el contrato de la ley vieja* (v. gr., disposiciones del crédito, pago de intereses, novaciones), o sólo para los efectos que se constituyeran ex novo después de la *vacatio*.

Si se rechaza esta opción —y hay razones para hacerlo—, tendríamos que resolver conforme al Derecho común de la transitoriedad de las leyes.

Pasamos a continuación a la determinación de este Derecho transitorio común aplicable a las sociedades mercantiles.

3. El supuesto de hecho de la contingencia transitoria del artículo 231 bis de la Ley de Sociedades de Capital

El supuesto de hecho que aislamos es el de una normativa nueva (el art. 231 bis LSC) que 1) consiste en la emergencia normativa de una regla imperativa de protección de intereses legítimos (en nuestro caso, de los socios de minoría) que se consideraban desatendidos en algún punto con la regulación anterior (creencia justificada o no, no importa); 2) no es una norma que tenga por contenido la regulación nueva de un extremo que tuviera que ser objeto de plasmación estatutaria, y 3) no es una

norma relativa al contrato de crédito (u otro) celebrado por la sociedad y cuyo régimen transitorio estuviera en juego.

4. Los límites constitucionales de una aplicación retroactiva

Existe mucha doctrina del Tribunal Constitucional relativa al alcance y límites del principio de no retroactividad del artículo 9.3 de la Constitución española. A los efectos que nos importan, destacamos estos tres.

La interdicción de la retroactividad como salvaguardia constitucional sólo afecta, como literalmente se expresa el precepto, a las «normas sancionadoras y restrictivas de derechos». El artículo 231 bis de la Ley de Sociedades de Capital no puede pertenecer a ninguna de esta clase.

La retroactividad máxima conduciría a la aplicación de la ley nueva a efectos jurídicos consumados bajo la ley anterior. Esta retroactividad está prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución como contraria al principio de seguridad jurídica (SSTC 43/1982 y 35/1987).

El Tribunal Constitucional ha precisado en una larga jurisprudencia relativa al alcance de la prohibición del mencionado artículo 9.3 que sólo la «máxima» es una auténtica retroactividad prohibida por la Constitución (cuando la norma nueva es limitativa de derechos o sancionadora), y que las otras formas de «retroactividad» (las «impropias») no son tales, sino espacios de ponderación y de interpretación, porque en teoría ambas leyes tienen pretensión de regular el supuesto de hecho no enteramente consumado y ninguna ley necesita ser «retroactiva» para ser aplicada a relaciones

jurídicas vivas después de su entrada en vigor. «Si una norma de retroactividad impropia vulnera o no la Constitución es un interrogante que sólo puede responderse después de haber analizado las circunstancias específicas que concurren en el caso, especialmente la previsibilidad de la medida adoptada, las razones que han llevado a adoptarla y el alcance de la misma»¹.

Por tanto, y regresando al artículo 231 bis de la Ley de Sociedades de Capital, como la eventual retroactividad que se predicaría no sería nunca la máxima y como la norma nueva no es norma restrictiva de derechos en términos absolutos, porque los derechos que limita a la mayoría los revierte en la minoría, no existe ninguna restricción constitucional a la realización de una interpretación parcialmente retroactiva.

5. El artículo 2.3 del Código Civil no es relevante al objeto presente

Las normas no serán retroactivas, salvo que dispongan lo contrario, reza el artículo 2.3 del Código Civil. Pero es ya largamente sabido que esta norma *carece de la competencia de determinar el alcance de otras leyes*, que no son inferiores en rango al Código Civil y son posteriores en el tiempo. En efecto, el artículo 231 bis de la Ley de Sociedades de Capital puede ser o no retroactivo según la interpretación que proceda aquí y ahora de dicha norma, no según se hayan cumplido los protocolos de «expresividad» a que se refiere el artículo 2 del Código Civil.

Por lo demás, este artículo 2 es inconsecuente a nuestros efectos. ¿Qué significa *retroactiva*? ¿Retroactividad máxima, media, mínima?

La aplicación del artículo 231 bis de la Ley de Sociedades de Capital a nuestro supuesto no sería retroactiva, en el entender y concepto del Tribunal Constitucional. En realidad, es imposible encontrar un ejemplo de retroactividad auténtica (máxima) en la legislación de Derecho privado, pues, incluso cuando la norma nueva declara su efecto retroactivo sobre la validez de cláusulas celebradas bajo el Derecho antiguo (por ejemplo, disp. trans. Ley 3/2004, antimorosidad), la norma no anula por ello cláusulas que ya han sido aplicadas y consumadas enteramente bajo la norma vieja.

Por tanto, el artículo 2.3 es inconducente a nuestro caso.

6. Anatomía de la «retroactividad» en el contrato de crédito Interbox-GDA

Antes de proponer una solución jurídica al asunto suscitado, consideremos a nuestros exclusivos efectos la anatomía del singular contrato de financiación en favor de la sociedad dominante:

1. El contrato no está sujeto a caducidad, se prorroga a voluntad de la sociedad acreditada, directamente o por medio de sus administradores *insiders*. Es un contrato que, dejado a su curso —y continuamente renovado a voluntad

¹ Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 182/1997, 199/1990, 197/1992, 112/2016 y 51/2018.

de quien es el único interesado—, no se extinguiría nunca, y todo ello por una decisión puramente potestativa de la parte interesada. En consecuencia, la norma nueva no se aplicaría nunca, con frustración de las expectativas legítimas de la minoría. Esto no puede aceptarse, sobre todo cuando la aplicación uniforme del artículo 231 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital tiene una importancia sistémica. En consecuencia, no podríamos aplicar aquí supletoriamente una regla transitoria algo frecuente en la sucesión de las regulaciones contractuales, en virtud de la cual el nuevo Derecho no entraría en aplicación hasta que el antiguo contrato se hubiera extinguido².

2. Estamos ante una relación jurídica duradera, con efectos jurídicos (financiación nueva, devengo de intereses) que se producen bajo la vigencia de la ley nueva. La «renovación» (no novatoria, porque no hay techo de crédito) del crédito (esto es, las futuras disposiciones nuevas) y el devengo de la deuda de reembolso más la producción de intereses son efectos jurídicos que se producen bajo la ley nueva. De acuerdo con la lógica *tempus regit actum*, estos efectos deberían estar sometidos a la ley nueva. Simplemente, porque se trata de una norma de intervención y porque sólo se estaría pidiendo una retroactividad de «grado

mínimo», que es menos intensa que la «media», a la que normalmente se acogen las *normas de intervención* cuando se encuentran ante contratos duraderos que son susceptibles de producir efectos bajo la nueva normativa (característico, el Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, disp. final cuarta).

3. El artículo 231 *bis* forma parte del régimen relativo al «deber de lealtad» de los administradores, régimen que introduce en la Ley de Sociedades de Capital la Ley 31/2014, de 3 diciembre, en la cual no se preveía ningún régimen transitorio particular respecto de los nuevos artículos 227 a 232 de la Ley de Sociedades de Capital. Y no hay otra conclusión razonable a esta laguna que la de aceptar que el legislador del 2014 pretendía en estos casos la aplicación de la regla *tempus regit actum*, es decir, que la ley se aplicara a todas las contingencias relativas al deber de lealtad que se produjeran después de su entrada en vigor, *aunque se tratara de contingencias nacidas en el seno de contratos celebrados antes de la nueva ley por el administrador consigo mismo o con un sujeto vinculado*.
4. La lógica *tempus regit actum* ha de entenderse de la siguiente manera, conforme a los parámetros que extraemos con eficacia pro futuro de las viejas disposiciones transitorias primera,

² Vide sendas disposiciones transitorias primeras de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, de la Ley 49/2003, de la Ley 15/2010, de la Ley 4/2013 y del Real Decreto Ley 7/2019; la disposición transitoria tercera del Real Decreto Ley 32/2021 y la disposición transitoria séptima de la Ley de Arrendamientos Urbanos introducida por la Ley 12/2023.

segunda y cuarta del Código Civil (año 1889):

- a) Un derecho nacido conforme a la antigua norma es válido, aunque no lo fuera conforme a la nueva, y, si sus efectos se agotan antes de la entrada en vigor de la ley nueva, tales efectos son inamovibles. Pero «si un derecho apareciera declarado por primera vez» en la ley nueva, tendrá efecto «desde luego», a menos que afecte a un «derecho adquirido de igual origen». Esta elusiva fórmula permite al intérprete dudar entre una retroactividad mínima o media.
 - b) Los actos y contratos válidos conforme a la vieja ley conservarán todos sus efectos bajo la ley nueva, «pero cualquier modificación de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse [después de la ley nueva] sino conforme a ella» (disp. trans. segunda *in fine* CC). En nuestro caso, como poco, el artículo 231 bis sería aplicable después de la novación del contrato.
 - c) Los derechos nacidos al amparo de situaciones jurídicas duraderas subsistirán con la extensión de la ley antigua, «pero sujetándose en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos» a la ley nueva (disp. trans. cuarta CC). Creemos que esta regla no concierne la aplicación del artículo 231 bis de la Ley de Sociedades de Capital.
5. La novación posterior a la fecha de entrada en vigor del artículo 231 bis es, total o parcialmente, una renovación de la voluntad contractual. El contrato novatorio se celebra bajo la ley nueva, pero se renueva en este tiempo el total de la relación contractual no novada. No tiene importancia si el *montante diferencial de la novación de intereses* alcanza o no la magnitud considerada por el precepto, sino si el entero contrato pasa a someterse a la nueva ley desde el momento en que se generan derechos nuevos, como una nueva disposición de crédito, un nuevo interés, una novación, etc.
 6. El *modelo natural* de transitoriedad para los contratos de crédito de duración sucesiva es el que figura recogido en la disposición transitoria quinta de la Ley 24/1984, sobre Modificación del Tipo de Interés Legal del Dinero, a saber, una retroactividad *media*, de forma que la ley «resulte de aplicación a las obligaciones nacidas de hechos producidos o relaciones constituidas después de su entrada en vigor y a todas aquellas en las que el derecho a exigir el interés nazca o se devengue con posterioridad a su vigencia».
 7. La aplicación retroactiva no afectaría a la seguridad jurídica, porque el artículo 231 bis de la Ley de Sociedades de Capital sólo tendría efectos de futuro. Las relaciones crediticias ancladas (no necesariamente consumadas) al amparo de la antigua regulación no son afectadas retroactivamente por la nueva norma. La retroactividad mínima es un cuestionable postulado que

deriva de los principios relativos al deber de lealtad.

8. No se afectaría a la seguridad jurídica porque las partes habrían de contar con el artículo 231 *bis* cuando *tomaran alguna decisión respecto de la continuidad del crédito* bajo la ley nueva. Y entonces ya serían plenamente conocedoras de las condiciones exigibles.
9. No puede estar cubierto por el principio de seguridad jurídica que una parte contractual pueda a su voluntad renovar el crédito cuando quiera y sin límite de cuantía.
10. La cuestión finalmente se reduce a una indagación sobre la racionalidad de una decisión aplicativa de normas. ¿Por qué ha de seguir dando la sociedad (la minoría) crédito nuevo a la sociedad dominante en tales condiciones, que estarían prohibidas (salvo autorización de la junta) si la concesión de crédito tuviera un contrato subyacente posterior a la entrada en vigor del artículo 231 *bis*? Tanto más cuanto que la *ratio legis* del artículo 231 *bis* es evitar precisamente que esto ocurra, y no hay barreras constitucionales que impidieran la realización de esta *ratio*.

7. En particular, el carácter extintivo o modificativo de la novación no es una regla de Derecho transitorio

Ya hemos expuesto que la aplicación en el tiempo del artículo 231 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital no depende ni se localiza sólo en el acto novatorio. Sólo hemos encontrado un ejemplo paralelo en el deve-

nir de las leyes últimas españolas que podrían asimilarse al caso presente. Se trata de la disposición transitoria segunda de la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario, apartados 1 y 2. La norma nueva no modifica la regulación contractual subyacente, sino que crea un régimen de intervención extraordinaria en el contrato (el conocido como *protocolo de transparencia*, arts. 14 y 15). Según la regla transitoria, cualquier novación del contrato de crédito preexistente obliga a incorporar al contrato el protocolo de transparencia. Cualquier novación, porque también la subrogación pasiva —a la que se refiere la norma en términos expresos— es de esta clase.

La distinción entre novaciones modificativas y extintivas, y su significación en el seno del derecho transitorio ha sido reconstruida por la Sentencia del Tribunal Supremo 190/2021, de 31 de marzo. Se trataba de una novación casi total de un contrato de arrendamiento, lo que cuestionaba la subsistencia o no del régimen arrendaticio privilegiado en favor del inquilino. En contra de la Audiencia de Barcelona, el Tribunal Supremo entendió que carecía de importancia el volumen de la modificación contractual si las partes estaban de acuerdo en dar a la novación un efecto modificativo, como lo hicieron. La sentencia está bien resuelta, porque en último extremo la cuestión del Derecho aplicable no producía heteroeficacia en sujetos ajenos al contrato, por lo que el pacto equivaldría a una especie de determinación convencional del Derecho transitorio en un pacto que no produce externalidades.

Pero éste no es el caso del artículo 231 *bis*. El Derecho transitorio aplicable no sólo importa a la sociedad dominante y a la socia

administradora de la sociedad dominada, sino a los socios externos de la sociedad dominada. El interés social de las sociedades con esta estructura de capital es *el interés de la minoría*, que a efectos del presente caso puede ser considerada tercera respecto del pacto, porque recibe el impacto nocivo de sus externalidades nocivas, pero no el positivo de las ventajas apropiadas. Por lo demás, es cuestión obvia. Sólo existe deber de lealtad en las operaciones sociales intragrupo cuando los socios externos no han podido influir en la conducta. Si no existieran socios externos, no habría espacio para un inespecífico deber de lealtad entre sociedades totalmente participadas.

Por esta razón, el Derecho transitorio no puede ser determinado convencionalmente sin participación del socio externo afectado y carece de relevancia que los *insiders* hayan querido o no dar a su novación un efecto extintivo.

8. Conclusión

- § 1. Toda novación bajo ley nueva está sujeta a la aplicación del artículo 231 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital.
- § 2. Toda novación del contrato bajo ley nueva requiere que todo el contrato se autorice en los términos del mencionado artículo 231 *bis*, aunque la novación fuera parcial o no extintiva.
- § 3. Todo derecho-obligación predeterminado antes de la ley nueva (*v. gr.*,

devengo de cuotas de amortización, de intereses) está fuera del alcance transitorio del artículo 231 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital, aunque se devengue *en los viejos términos* bajo la ley nueva; es decir, *no aplicaríamos el modelo natural* de transitoriedad *media* que es propio de los contratos de crédito de duración sucesiva, recogido en la disposición transitoria quinta de la Ley 24/1984.

- § 4. Toda renovación o prórroga del contrato (de tracto duradero) hecha bajo la ley nueva comporta que todo el contrato previo quedará sujeto a la autorización del artículo 231 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital.
- § 5. Cualquier estatus negocial nuevo o renovado que resulte del ejercicio de un derecho potestativo de acreedor o de deudor bajo la ley nueva revierte todo el contrato al artículo 231 *bis*, como si enteramente se perfeccionara bajo la ley nueva.
- § 6. Nuestra propuesta es prudentemente de mínimos. Porque no faltan razones, ya aducidas, que justificarían una más intensa retroactividad de tipo medio, de forma que todo flujo monetario que se produjera de cualquier manera bajo la ley nueva por el contrato antiguo requeriría que la fuente de este flujo pasara por el protocolo del artículo 231 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital.