Dudas e incertidumbres a propósito de la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales en las sociedades de capital

Autor/a

Mª del Carmen Ortiz del Valle

Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho Mercantil. Universidad Miguel Hernández.

REVISTA LEX MERCATORIA.

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2015

Artículo nº 16
Páginas 70-74
revistalexmercatoria.umh.es

RESUMEN: La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, introduce una nueva competencia de la junta general junto a las ya previstas anteriormente. En virtud de esta modificación es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. La finalidad perseguida con la atribución de esta facultad a la junta general es la de reservar a la misma la aprobación de aquellas operaciones que, por su relevancia patrimonial, puedan producir efectos similares a las modificaciones estructurales. No obstante, son diversos los interrogantes que plantea.

PALABRAS CLAVE: Competencias, junta general, adquisición, enajenación, activos esenciales, ámbito de aplicación, presunción, incumplimiento.

La Ley 31/2014, de 3 diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo afecta a una de las cuestiones más relevantes de nuestro ordenamiento societario: la diferenciación de las competencias que corresponden a la junta general y las que corresponden al órgano de administración. A la vista de las novedades introducidas podemos afirmar que la reforma se enmarca dentro de la tendencia creciente del Derecho comparado de aumentar o fomentar la participación de los accionistas en las decisiones de mayor relevancia para la sociedad y de garantizar un control sobre la actuación de los administradores. La propia Exposición de Motivos de la Ley establece que el objetivo principal de las modificaciones relativas a la junta general es reforzar su papel en el seno de la sociedad y fomentar la participación accionarial. Para ello, entre otras medidas, "se amplían las competencias de la junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales".

Al amparo de esta finalidad u objetivo se modifica el art. 160 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) añadiéndose una nueva competencia de la junta general junto a las ya previstas en el mismo con anterioridad. Esta es una de las novedades más importantes, y también de las que mayor controversia están originando, de toda la reforma de la LSC.

Dispone el art. 160 f) que es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre "*la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado*". En la misma reforma, la llevada a cabo por la Ley 31/2014, se añade el art. 511 bis, según el cual en las sociedades cotizadas constituyen materias reservadas a la competencia de la junta general, además de las reconocidas en el artículo 160, entre otras, "*a) La transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas»* y «b) *Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad"*.

Con esta ampliación de las competencias de la Junta se recoge una de las recomendaciones (en concreto la 3ª) previstas en el *Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo de 2013*, si bien esa Recomendación iba dirigida solamente a las sociedades cotizadas. Hay que advertir, no obstante, que *el nuevo Código de Buen Gobierno (aprobado por acuerdo del Consejo de la CNMV de 18 de febrero de 2015*) ya no recoge esta recomendación en la medida en que la misma ha sido incorporada a una norma legal aunque con importantes variaciones entre ambos textos (recomendación y norma de rango legal) como comprobaremos más adelante.

La finalidad perseguida con la atribución de esta función a la junta general no es sino la de reservar a la misma la aprobación de operaciones que, por su relevancia patrimonial, pueden producir efectos similares a los de una modificación estructural. Se trata de evitar que el órgano de administración decida de forma autónoma sobre la adquisición, la enajenación o la aportación de activos esenciales sin ningún tipo de limitación por los efectos que las mismas pueden tener sobre la sociedad y sobre la situación de los propios socios cuyos derechos, políticos y económicos, podrían verse afectados.

No obstante la bondad de la finalidad perseguida con la reforma, lo cierto es que la nueva facultad que se atribuye legalmente a la junta general se ha manifestado como un elemento perturbador de la seguridad jurídica preventiva siendo varios los interrogantes que plantea. Fundamentalmente por la imprecisión

de la redacción legal. Las dudas fundamentales a las que hay que hacer frente, entre otras, son:

1. El ámbito de aplicación de la norma; es decir, qué operaciones quedan comprendidas dentro de la misma.

2. El concepto de activo esencial. La Ley se limita a establecer una presunción de cuándo se considera que estamos ante un activo esencial. Presunción *iuris tantum* que, como tal, admite prueba en contrario. Tampoco aclara la Ley de quién es la competencia para decidir sobre el carácter esencial o no del activo.

3. La modalidad, el alcance y la eficacia del acuerdo de la junta así como las consecuencias de un posible incumplimiento del nuevo régimen legal de competencias de la misma y, en particular, los efectos frente a terceros que se relacionan con la sociedad.

4. Cómo afecta la misma a la actuación de notarios y registradores. Este nuevo régimen de competencias de la junta general tiene incidencia en la actividad ordinaria de notarios respecto al juicio de capacidad que deberán hacer los mimos en este tipo de operaciones e, igualmente, afecta a la actividad de los Registradores.

Algunos de estos interrogantes han sido analizados por la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado* (RDGRN) *de 11 de junio de 2015* (RJ 2015\3722), la primera que aborda la cuestión de la necesidad de un acuerdo de la junta general para la adquisición, enajenación o aportación de activos esenciales introducida por el nuevo art. 160 f) LSC. El caso se plantea con motivo de una escritura de dación en pago en la que unas personas físicas ceden al Banco de Santander una vivienda, una plaza de garaje y un trastero en pago de las cantidades adeudadas en el préstamo hipotecario. A la misma han seguido otras en las que, a pesar de tener supuestos de hecho diversos (como también son diversos los argumentos utilizados por los notarios en sus recursos), el contenido de los fundamentos de derecho es prácticamente el mismo. Sólo una de ellas, la primera, no incluye un párrafo final de "resumen" de los fundamentos de derecho que si recogen literalmente las demás.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas, dispone la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en la Resolución arriba citada que "la finalidad de la disposición del artículo 160 f) , como se desprende de la ubicación sistemática de la misma (en el mismo art. 160, entre los supuestos de modificación estatutaria y las modificaciones estructurales) lleva a incluir en el supuesto normativo los casos de *"filialización*" y ejercicio indirecto del objeto social, las operaciones que conduzcan a la disolución y liquidación de la sociedad y las que de hecho equivalgan a una modificación sustancial del objeto social o sustitución del mismo". No se pronuncia, sin embargo, sobre si se incluyen o no otros casos que, sin tener las consecuencias señaladas, se sometan también a la competencia de la junta general por considerarse que exceden de la administración ordinaria. A nuestro parecer, y dada la finalidad de la norma, no es posible extender su aplicación a cualquier caso que exceda de la administración ordinaria sino sólo a aquellos que tengan efectos bien sobre la estructura de la sociedad bien sobre los derechos políticos y esenciales de los socios.

Las operaciones ordinarias (como es el caso de la dación en pago) incardinadas en el desarrollo del objeto social no constituyen una operación sobre activos esenciales de la sociedad.

Con respecto a qué ha de entenderse por activo esencial, el art. 160 f) se limita a establecer una presunción sobre el carácter esencial del activo en base a un criterio cuanti-

tativo (“*se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado”*). Difiere el contenido de la Ley de lo recogido en la Recomendación 3ª del *Código Unificado de Buen Gobierno* donde se establecía el carácter esencial de la adquisición o enajenación cuando la operación “entrañe una modificación del objeto social”.

En cualquier caso hay que entender, a nuestro juicio, que siendo la opción legal una presunción *iuris tantum* podrá haber activos que superen el límite cuantitativo señalado por la Ley y no sean esenciales; y activos, de valor inferior, que sí tengan tal carácter. Será inevitable siempre, por lo tanto, un juicio de valor sobre el particular: que, por el resto, puede complicar extraordinariamente las cosas.

La referencia al “importe de la operación” también puede plantear algunas dudas; por ejemplo, cuando una misma operación de adquisición o enajenación de activos esenciales se articule jurídicamente mediante negocios jurídicos sucesivos formalmente autónomos y sólo supere el límite cuantitativo establecido por la Ley en el caso de considerarse conjuntamente.

No se pronuncia la DGRN sobre el sentido y la eficacia de la presunción cuantitativa que introduce la Ley en relación al carácter esencial del activo. Sobre esta cuestión se limita a establecer que “dado que el carácter esencial del activo constituye un concepto jurídico indeterminado, deben descartarse interpretaciones de la norma incompatibles no sólo con su «*ratio legis*» sino con la imprescindible agilidad del tráfico jurídico. Así, una interpretación de ese tipo es la que exigiera un pronunciamiento expreso de la junta general en todo caso, por entender que cualquiera que sea el importe de la operación puede que se trate de un activo esencial. Y, por las mismas razones, tampoco puede estimarse exigible esa intervención de la junta en casos en que sea aplicable la presunción legal derivada del importe de dicha operación. De seguirse esas interpretaciones se estaría sustituyendo el órgano de gestión y representación de la sociedad por la junta general, con las implicaciones que ello tendría en el tráfico jurídico”.

Otra de las cuestiones que aborda la Resolución de 11 de junio, en la que se centra gran parte de su contenido, es la relativa a los efectos o las consecuencias que ha de tener la falta de autorización de la junta en aquéllos supuestos en los que, en principio, sería necesaria. Y, más en concreto, si el negocio jurídico concluido sin la autorización de la junta general puede ser anulado por esta causa en cualquier caso o si debe protegerse al tercero de buena fe. Sobre este particular dispone la DGRN que no es de aplicación la inoponibilidad frente a terceros de las limitaciones voluntarias al poder de representación de los administradores prevista en el art. 234.1 LSC, “toda vez que se trata de un supuesto de atribución legal de competencia a la junta general con la correlativa falta de poder de representación de aquéllos. Cuestión distinta es la relativa a la posible analogía que puede existir entre el supuesto normativo del artículo 160.f) y el de los actos realizados por los administradores con extralimitación respecto del objeto social inscrito frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave ex artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital”.

La DGRN, a continuación, cita la Sentencia del Tribunal Supremo *número 285/2008, de 17 de abril de 2008* según la cual los consejeros delegados de una sociedad anónima carecen de poderes suficientes para la venta de todos los activos de la sociedad sin el conocimiento y consentimiento de la junta general. Precisa el TS que “excede del tráfico normal de la empresa dejarla sin sus activos, sin autorización de la Junta General para este negocio de gestión extraordinario». Esto, en primer lugar, “porque la sociedad no se dedicaba más

que a las actividades realizadas a través de esos activos. En segundo lugar, porque la enajenación equivalía a una modificación del objeto social. Y lo fundamental de esta Sentencia es que en el caso concreto no casa la sentencia recurrida por entender que prevalece «la protección de terceros de buena fe y sin culpa grave ante el abuso de exceso de poderes de los Consejeros-Delegados (art. 129.2 LSA [actual 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital], aplicable por una clara razón de analogía)". Y a todo ello, añade, que "no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere". Concluye el Fundamento de Derecho 2º de la Resolución afirmando "que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. artículo 160.f Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate".

Todas estas consideraciones sugieren que, aunque no lo haga de forma expresa en esta primera Resolución, la DGRN admite la aplicación analógica del art. 234.2 LSC al supuesto previsto en el art. 160 f) del mismo texto legal. Y lo hace con todas sus consecuencias. Más explícitas son otras resoluciones posteriores, al referir expresamente que el art. 160 LSC no ha derogado el art. 234.2 del mismo texto legal, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave.

Finalmente, y en directa relación con lo que acabamos de referir, conviene destacar el criterio adoptado por la DGRN en la Resolución de fecha *11 de junio de 2015* respecto de la actuación de notarios y registradores. Es razonables que el Notario, a su juicio, en cumplimiento de su deber de velar por la legalidad de los actos y negocios que autoriza, "despliegue la mayor diligencia al informar a las partes sobre tales extremos y reflejar en el documento autorizado los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del tercero que contrata con la sociedad. Así, cobra sentido, por ejemplo, la exigencia de una certificación del órgano social o manifestación del representante de la sociedad sobre el hecho de que el importe de la operación no haga entrar en juego la presunción legal establecida por la norma (…) o, de superarlo, sobre el carácter no esencial del activo". Matizan las Resoluciones posteriores, no obstante, que no existe ninguna obligación como tal de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, si bien con la manifestación contenida en la escritura sobre el carácter no esencial del activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave. La omisión de esta manifestación expresa no es un defecto que impida la inscripción.

Y algo más. Ahora por lo que se refiere al registrador: porque no le corresponde, estando en lo cierto la DGRN, calificar si un activo es esencial; con la excepción, como parece lógico, de aquellos supuestos en los que el carácter esencial del activo sea manifiesto y notorio o el mismo resulte de los elementos de que dispone al calificar.