

Operaciones con activos esenciales: estado de la cuestión

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

La atribución de competencia expresa a la junta general para decidir sobre la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de *activos esenciales* (artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante "LSC") ha generado algunos problemas de interpretación que afectan a cuestiones de gran importancia práctica.

No hay conformidad sobre el significado que ha de darse en este contexto al concepto *activo esencial*, ni sobre si el término *enajenación* comprende sólo la transmisión actual del activo o también la que potencialmente pueda derivarse de la constitución de una garantía real sobre un activo esencial. No se ha definido cuál es el procedimiento, quórums y/o mayorías necesarias para la válida adopción del acuerdo de la junta general, en aquellos casos en que tal acuerdo resulte necesario, ni si su falta impide la válida vinculación de la sociedad frente a terceros.

En el plano de los remedios, será preciso definir si los socios pueden impugnar las transacciones que se hayan realizado con infracción de esta norma de competencia y, en su caso, los plazos y requisitos de legitimación que habría que aplicar a esas acciones (*actio pro societate*). Tampoco se ha tratado con detalle el problema de la responsabilidad de los administradores por realizar este tipo de operaciones sin acuerdo de los socios.

2. Concepto de activos esenciales y requisitos del acuerdo

La mayoría de los autores que se han ocupado de la interpretación del (nuevo) artículo 160 f) LSC coinciden en afirmar que son *activos esenciales* aquellos cuya enajenación, adquisición o aportación a otra sociedad determinaría una modificación efectiva del objeto social, como decía expresamente la Recomendación 3 del Código Unificado de Buen Gobierno de 19 de mayo de 2006.

En consecuencia, la transmisión de activos que resulte inocua para el desarrollo del objeto social quedaría fuera del ámbito de aplicación de la norma, con independencia de su valor en términos cuantitativos. Por la misma razón, no sería necesario el acuerdo de la junta general para la transmisión de activos no *operativos*, transacciones de *sale and lease back* (permiten al transmitente seguir utilizando el bien), venta de instalaciones que tenga por objeto la mera *externalización* de la actividad (se continúa realizando por un tercero sin modificación del objeto social) y otras operaciones similares.

Esta interpretación de la norma condiciona el análisis de lo que ha de entenderse como *enajenación* o *adquisición* de un activo esencial a estos efectos.

La constitución de garantías reales sobre activos esenciales puede conllevar la enajenación forzosa en pago de la deuda y provocar de

este modo una modificación sobrevenida de la actividad desarrollada por la sociedad. La pignoración de participaciones de una filial con cesión al acreedor de los derechos de voto puede determinar la pérdida del control sobre las mismas y por tanto sobre el negocio subyacente, lo que su vez ha de afectar al desarrollo del objeto social de forma indirecta. Desde luego, si se considera que el legislador ha pretendido regular con este precepto todo el temario de las competencias implícitas de la junta general, el número de supuestos de hecho susceptibles de ser incluidos en la misma es inabarcable.

Otros autores sostienen que la finalidad de la norma no habría sido regular todo el temario de competencias implícitas de la junta general, para lo que habría sido precisa una cláusula general, sino mejorar las reglas de gobierno corporativo mediante la atribución a los socios de la competencia para decidir sobre cuestiones extraordinarias en materia de gestión. Este tipo de decisiones pueden serlo por razones cualitativas (se modifica la actividad efectivamente desarrollada por la sociedad o se comienza a realizar de modo indirecto) o cuantitativas (se superan determinados umbrales). Desde este punto de vista, la disposición, adquisición o aportación a otra sociedad de activos cuyo valor supere el veinticinco por ciento de todos los que integran el último balance aprobado es presumiblemente un acto de gestión extraordinario, salvo que en el caso concreto no lo sea (v.gr. la mera venta o compra de existencias o inmuebles en una sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria).

En apoyo de esta tesis se puede afirmar, precisamente, que en la redacción final del precepto legal se eliminaron todos los rastros de la idea subyacente a la Recomendación del Código Unificado, pues ni se requiere que la adquisición o enajenación entrañe una *modificación efectiva del objeto social* ni se hace referencia a que tales activos deban estar *operativos* (término que reaparece sólo en el apartado 2 del artículo 511 bis LSC). Desde luego, cuando no se superen tales umbrales ni la operación determine una modificación actual de la actividad efectivamente desarrollada por la sociedad no será necesario recabar el

consentimiento de los socios, sin perjuicio de los deberes de convocatoria de la junta general a que se refiere la doctrina de competencias implícitas si concurren sus presupuestos (v.gr. la matriz debe autorizar la subfilialización).

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha preferido no pronunciarse sobre esta cuestión más allá de lo necesario para dejar constancia de que ambas interpretaciones entran dentro del posible tenor literal de la Ley. En este sentido, la resolución de 11 de junio de 2015 decía que la ubicación sistemática del precepto (entre los supuestos de modificación estatutaria y los de modificaciones estructurales) permitiría 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. Sin embargo, se añadía que, dada la amplitud de los términos literales empleados en su redacción, surge la “duda razonable” sobre si se incluyen o no otros casos que, sin tener las consecuencias de los ya señalados, se someten también a la competencia de la junta general por considerarse que exceden de la administración ordinaria de la sociedad.

Sea cual sea la posición que se adopte, parece claro que las razones por las que se atribuya a un activo la condición de activo esencial (cuantitativas o cualitativas) afectarán al procedimiento y mayorías necesarios para la adopción del acuerdo de la junta general.

La adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales por su importancia cuantitativa se realizaría mediante el procedimiento, quórum y mayorías ordinarios. Las operaciones que impliquen una modificación de hecho del objeto social deberán aprobarse por el procedimiento, quórum y mayorías requeridos para cualquier modificación estatutaria e incluso para una modificación estructural si es encuadrable en una de las “modificaciones estructurales atípicas” (v.gr. la sociedad aportante con renuncia a sucesión universal – si es que esto es posible- queda convertida en una *holding* pura).

3. El ámbito del poder de representación

La cuestión de si la falta de acuerdo de la junta general impide la vinculación válida de la sociedad frente a terceros se ha trasladado a la interpretación del artículo 234 LSC sobre el ámbito del poder de representación de los administradores de sociedades de capital.

Hay autores que sostienen que la capacidad representativa de los administradores se ciñe al ámbito de sus funciones y competencias, de modo que la atribución a la junta general de la competencia para decidir sobre las operaciones con activos esenciales determinaría la falta de poder de representación de los administradores para obligar a la sociedad frente a terceros.

Esta tesis viene apoyada en el tenor de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que se corresponde con la derogada Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968 y distingue entre el ámbito del poder legal de representación de los administradores y los supuestos de extralimitación del objeto social:

Artículo 10:

1. La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, *a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos*".

No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba.

2. Las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, *resultantes de los estatutos o de una decisión de los órganos competentes*, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado".

La competencia establecida en el artículo 160 f) LSC no sería encuadrable en las denominadas limitaciones "voluntarias" a que se refiere el artículo 10.2 de la Directiva (como la derivada de normas estatutarias o de acuerdos de autorización o de instrucciones del artículo 161 LSC), sino en las limitaciones "legales" del artículo 10.1, que tendrían carácter imperativo como normas sobre atribución de funciones y competencias a los distintos órganos sociales. La sociedad no quedaría obligada frente a terceros porque la disposición de activos esenciales excedería los poderes de gestión atribuidos a los administradores.

En esta línea se situaba *obiter dicta* la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado antes citada de 11 de junio de 2015 cuando afirma que el poder legal de representación de los administradores quedaría circunscrito al ámbito de sus funciones y competencias ("se trata de un supuesto de atribución legal de competencia a la junta general con la correlativa falta de poder de representación de aquéllos"), si bien defendía la aplicación "por analogía" de la norma establecida para proteger a los terceros de buena fe y sin culpa grave por actos ajenos al objeto social (artículo 234.2 LSC).

Conforme a una segunda opinión, el poder de gestión y el poder de representación aparecen disociados en la regulación española sobre sociedades de capital. El poder de representación atribuido por la ley a los administradores (artículo 233 LSC) tiene como único límite el objeto social (artículo 234.1 LSC) y para los actos que lo excedan (como las operaciones sobre activos esenciales que provocan una modificación de hecho del objeto) sería necesario aplicar directamente (no por analogía) el apartado 2 del artículo 234 LSC.

De este modo, las disposiciones o adquisiciones de activos esenciales sin acuerdo de la junta general serían inatacables para los terceros, siempre que ni conozcan ni debieran haber conocido empleando una diligencia mínima que la enajenación o adquisición de ese activo o activos determinaría una alteración del objeto social de alguna de las intervinientes en la operación. No hace falta señalar que, si

se considerara preciso el acuerdo de la junta general en operaciones con activos esenciales por razones cuantitativas, el acto quedaría automáticamente protegido por estar incluido en el objeto social.

Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 2015 y otras posteriores apoyan claramente esta tesis:

Resumidamente, el artículo 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital *no ha derogado el artículo 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. No existe ninguna obligación 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 de tal activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave. No obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción.

En esta compleja y delicada materia subyace un conflicto entre el interés de los terceros que se relacionan con los titulares del poder legal de representación (a no tener que averiguar si el activo es o no es esencial) y el interés de los socios (en particular, de los externos al grupo de control) a que las operaciones con activos esenciales sean autorizadas por la junta general con todas las consecuencias (información, posibilidad de impugnación, etc.).

No cabe duda de que, en lo que se refiere a las competencias implícitas de la junta general debe primar la protección de terceros, pero la decisión del legislador ha sido establecer una competencia expresa cuantificada incluso mediante criterios objetivos (valor según balance). Tal decisión quedaría seriamente comprometida si se hace prevalecer el interés de los terceros incluso si se trata sólo de terceros de buena fe y sin culpa grave. Todo ello sin perjuicio de la protección de aquellos que hayan realizado una disposición patrimonial onerosa a

favor de la sociedad confiando válidamente en la apariencia del carácter no esencial del activo por algún acto imputable a la sociedad (v.gr. por la manifestación explícita del representante, sea orgánico o voluntario, de la sociedad).

Con todo, parece claro que han de extremarse las cautelas a la hora de identificar si el activo que se adquiere o se transmite es esencial en términos cualitativos o cuantitativos porque la protección (de origen legal o basada en el principio general de protección de la apariencia jurídica) se dispensa a terceros que hayan actuado de buena fe y sin culpa grave, lo que parece incompatible con la realización de una *due diligence* por un equipo de especialistas en operaciones de cierta envergadura.

4. Algunas cuestiones pendientes

Como ha quedado apuntado en la Introducción, la aplicación en la práctica de esta nueva competencia de la junta general de socios suscita todavía algunas cuestiones que requieren un análisis más en profundidad y, como mucho, pueden quedar apuntadas.

La más importante a nuestro juicio consiste en determinar si los socios pueden, en beneficio de la sociedad (*actio pro societate*), impugnar las operaciones con activos esenciales en las que falte el acuerdo de la junta general o evitar su realización mediante acciones de cesación con solicitud de medidas cautelares y si debe aplicarse a esa acción el plazo de impugnación de los acuerdos sociales. Los precedentes jurisprudenciales se refieren a contratos con causa ilícita en el contexto de transacciones vinculadas que ahora quedarían comprendidas en el ámbito de aplicación de las acciones derivadas de la infracción de deberes de lealtad previstas en el artículo 232 LSC (cfr. SSTs 1ª de 8 de abril de 2013 y 23 de septiembre de 2014).

También se reactivará la polémica sobre si los socios tienen derecho de separación en caso de que la transmisión implique una modificación de hecho sustancial del objeto social previsto en los estatutos o hay que intentar provocar un acuerdo expreso de la junta general en este sentido (artículo 346.1 a) LSC) para luego

intentar separarse por abuso si no se adopta (cfr. el rodeo argumentativo de la SAP Barcelona de 27 de julio de 2015 en un caso de inversiones claramente ajenas al objeto representativas de un 21% de la facturación).

En cuanto a la responsabilidad de los administradores es posible que el socio promueva una acción individual por daño directo (artículo 241 LSC) si se ve privado de la posibilidad de separarse de la sociedad por no respetar el procedimiento que lo habría permitido, mediante el pago del valor razonable de sus participaciones que deberán ser objeto de amortización. Este podría ser un remedio válido ante operaciones de enajenación o adquisición de activos esenciales que no hayan contado con el acuerdo de la

junta general con la consiguiente modificación *sustancial* del objeto.

La responsabilidad por daño al patrimonio social debería asociarse al incremento del riesgo empresarial derivado de la adquisición o enajenación del activo esencial y concretarse en las pérdidas imputables a la operación. Desde luego, la decisión de si un activo debe considerarse esencial y, por tanto, si debe recabarse el consentimiento de los socios es inherente a la aplicación de las normas sobre gobierno corporativo y no está protegida por el llamado margen de discrecionalidad empresarial, pensado para la valoración sobre la conveniencia de la operación desde el punto de vista del desarrollo del negocio.