

## NUEVAS FACULTADES DE LA JUNTA GENERAL. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL

*José Ignacio Suárez Pinilla*

Notario de Armilla

---

RESUMEN: La nueva facultad de la Junta General, esto es, el poder decidir sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», introduce un elemento perturbador de la seguridad jurídica preventiva, pues obliga a distinguir en los negocios jurídicos realizados por el órgano de administración (generalmente adquisición/enajenación de activos), si se trata de activos «esenciales» (competencia de la Junta General) o no (competencia del órgano de administración), sin que el legislador precise de forma tasada qué es un «activo esencial» —solo establece una presunción—, ni aclare de quien es la competencia para decidir sobre el carácter de «esencial» del activo, ni tampoco si la posible falta de acuerdo afecta a terceros.

ABSTRACT: *This paper tries to answer the question posed by article 160 f) of the Business Companies Law, concerning what must be understood by «active essential» of a company, because their acquisition, alienation or contribution to another company is a faculty of the general meeting and not of the company directors.*

PALABRAS CLAVE: sociedades mercantiles; facultades de la junta general; facultades de los administradores,

KEY WORDS: *trading company; powers of the General Meeting of Shareholders; powers of company directors.*

SUMARIO: 1. OPERACIONES QUE COMPRENDE. 2. OPERACIONES ENTRE SOCIEDADES MERCANTILES. 3. PRESUNCIÓN DE ACTIVOS ESENCIALES. 4. EFICACIA FRENTE A TERCEROS. 5. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL. 6. CONCLUSIÓN.

---

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (LSC) para la mejora del gobierno corporativo, ha introducido en el artículo 160 de la LSC, la letra f) con la siguiente redacción:

«Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: [...] f) 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.»

Antes de esta reforma, las facultades atribuidas «por ley» a la junta general no presentaban especial problema para la seguridad jurídica y para el juicio de suficiencia notarial, pues se trataba de actos concretos y objetivos, que no dejaban margen a la interpretación: aprobación de cuentas anuales, nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores de cuentas; ejercicio de la acción social de responsabilidad; modificación de estatutos sociales; aumento y reducción de capital;

limitación o supresión del derecho de suscripción preferente y asunción preferente; la transformación, fusión, escisión o cesión global del activo y pasivo; traslado del domicilio social al extranjero; disolución de la sociedad; aprobación del balance final de liquidación; todos ellos contenidos en el citado artículo 160 LSC. A estas facultades hay que añadir otras dispersas por la citada LSC, como la emisión de obligaciones (art. 406) y la dispensa en situaciones de conflicto de intereses (arts. 190, 227 y ss.).

La nueva facultad de la junta general, esto es, el poder decidir sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», introduce sin embargo un elemento perturbador de la seguridad jurídica preventiva, pues obliga a distinguir en los negocios jurídicos realizados por el órgano de administración (generalmente adquisición/enajenación de activos), si se trata de activos «esenciales» —competencia de la junta general— o no —competencia del órgano de administración—, sin que el legislador precise de forma tasada qué es un «activo esencial» —solo establece, como veremos, una presunción—, ni aclare de quién es la competencia para decidir sobre el carácter «esencial» del activo, ni tampoco si la posible falta de acuerdo afecta a terceros.

#### 1. OPERACIONES QUE COMPRENDE

La primera duda que pudiera plantearnos la simple lectura del citado párrafo, es saber a qué operaciones se refiere, especialmente en los supuestos de adquisición y enajenación de activos.

Una lectura rápida del precepto pudiera darnos a entender que afecta a cualquier operación de adquisición/enajenación de activos esenciales, independientemente de quien sea el transmitente/adquirente (sociedad o no).

Sin embargo entendemos, que ha de tratarse de:

- adquisición de activos esenciales, siempre que el transmitente sea una sociedad,
- enajenación de activos esenciales, siempre que el adquirente sea otra sociedad, y
- aportación de activos esenciales a otra sociedad.

Así resulta de la lectura literal de la norma, tal y como está redactada, y de la finalidad de la reforma: la Exposición de motivos, apartado IV, de la Ley 31/2014, justifica la reforma diciendo:

«[...] 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».

La ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, determina su ámbito objetivo y subjetivo (arts. 1 y 2), considerando modificaciones estructurales a la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social, realizado por sociedades que tengan la consideración de mercantiles, excepto las sociedades cooperativas, que se regirán por su específico régimen legal.

Esto nos hace concluir que el precepto se refiere sólo a operaciones realizadas entre sociedades mercantiles, que excedan del tráfico ordinario de la gestión social y que sean similares a una modificación estructural, bien sea porque implique una alteración del objeto social o una liquidación total o parcial de la sociedad.

## 2. OPERACIONES ENTRE SOCIEDADES MERCANTILES

Tratándose de operaciones societarias entre entidades mercantiles, nos planteamos si han de ser operaciones entre sociedades dependientes u operaciones entre sociedades extrañas entre sí.

La duda surge porque el nuevo artículo 511 bis de la LSC, introducido también por la ley 31/2014, al referirse a las competencias de la junta general en las sociedades cotizadas, añade a las reconocidas en el artículo 160, «la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad», presumiendo igualmente el carácter esencial de las actividades y de los activos operativos cuando el «volumen de la operación supere el veinticinco por ciento del total de activos del balance.»

Al no especificar el artículo 160 f), como lo hace el 511 bis, entendemos que aquél no excluye las operaciones de adquisición, enajenación o aportación de activos esenciales a otra sociedad NO dependiente y que, en consecuencia, requieren la aprobación de la junta general también en estos casos.

## 3. PRESUNCIÓN DE ACTIVOS ESENCIALES

La norma comentada no define los activos esenciales, sólo establece una presunción sobre el carácter esencial del activo atendiendo a su valor económico:

«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».

Se trata de una presunción *iuris tantum*, de modo que puede haber activos que superen el 25% y no sean esenciales, y viceversa, activos de valor inferior al 25% y que sin embargo sean esenciales.

La presunción significa, que:

- Si el activo enajenado o adquirido supera el 25 %, corresponderá al administrador probar, en caso de reclamación, que NO se trata de un activo esencial (p. ej.: sociedad que enajena un inmueble cuyo valor supera el 25% del valor de los activos, pero cuyo objeto social sea precisamente la venta de los inmuebles que forman parte de su activo, tratándose por tanto de una operación del tráfico normal de la sociedad, de competencia del órgano de administración).
- Por el contrario, si el activo enajenado no supera el 25%, pero se considera por los socios o acreedores, que es un activo esencial para la sociedad, deberán ser ellos, al reclamar responsabilidad al órgano de administración, quienes prueben el carácter esencial de dicho activo (p. ej.: sociedad que enajena una patente o una concesión administrativa, cuyo valor no supere el 25% de los activos, pero sin la cual no puede desarrollar el objeto social).

#### 4. EFICACIA FRENTE A TERCEROS

4.1. En primer lugar, debemos referirnos a la extralimitación del órgano de administración a las obligaciones, que en materia de gestión, le puede imponer la junta general.

Dice el artículo 161 de la LSC, también redactado por la ley 31/2014, que:

«Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234.»

Y el artículo 234 LSC, no modificado por la citada ley, al referirse al ámbito del poder de representación de los administradores:

«1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.»

Parece claro que, si el administrador incumple cualquier obligación impuesta por la Junta en asuntos de gestión, el tercero de buena fe estará protegido y sólo podrá accionar la sociedad contra el administrador infractor.

4.2. La nueva facultad «legal» de la junta general plantea el problema de la vinculación de la sociedad frente a terceros de buena fe. Cuando el administrador incumple su obligación de recabar la aprobación de la junta en materias a ella reservada por disposición legal, especialmente en los supuestos de la letra f) del artículo 160, que es donde puede haber terceros, ¿es un acto nulo por infracción de norma imperativa y falta de un elemento esencial de todo contrato: el consentimiento?

Tras haber visto la finalidad de la reforma (consentimiento de las juntas generales en aquellas operaciones societarias similares a las modificaciones estructurales), junto a una interpretación sistemática de la ley, así como la inteligencia de ésta en el sentido más adecuado para que produzcan efectos (arts. 3 y 1284 CC), a nuestro juicio, aun en estos casos, el tercero de buena fe siempre está protegido, porque así lo exige la seguridad del tráfico jurídico, que con toda claridad se plasma en el citado artículo 234 de la LSC:

« [...] aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social».

Y más claro aún en el artículo 236.1 LSC, también alterado por la Ley 31/2014, cuando dice:

«Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.»

Es decir, a quienes se puedan sentir perjudicados por una acción abusiva del administrador (sociedad, socios o acreedores sociales) se les concede la acción frente al citado administrador, pero no frente a terceros de buena fe, y ello aun cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo así parece confirmarlo, pues, aunque la norma del artículo 160 f) de la LSC es reciente, no hace sino reflejar lo que ya venía sosteniendo el propio tribunal. Pongamos un ejemplo:

La sentencia de 17 de abril del 2008<sup>1</sup>:

- Supuesto de hecho: demanda, por una sociedad (cuyo objeto social, entre otros, era el transporte), de la nulidad de una escritura pública otorgada por los consejeros delegados de venta de «las concesiones administrativas de

<sup>1</sup> Sala de lo civil, recurso 689/2001, Roj 1382/2008.

transportes, las tarjetas de transportes y los autobuses», por dejar a la sociedad sin actividad.

- Juzgado Primera Instancia: desestima la demanda porque no existía falta de consentimiento de la sociedad vendedora, pues intervino en la escritura a través de sus dos consejeros-delegados, quienes, de conformidad con las facultades que ostentaban según los estatutos sociales, podían actuar como lo hicieron, todo ello sin perjuicio de la acción de responsabilidad contra los administradores. Se entabla recurso de apelación.
- Audiencia: desestima el recurso y confirma la sentencia de primera instancia con base en que la cesión de las concesiones administrativas, bienes y personal laboral, relativo al transporte de viajeros, se ubica dentro del objeto social, que era: el transporte de viajeros, mercancías y correspondencia por mar y por tierra; la explotación de negocios de hostelería, salas de fiestas, cantinas y cafeterías, etc.; la construcción de edificios, el uso, arrendamiento y venta de viviendas; y cualquier objeto de comercio, industria o servicio que en el futuro pudiera emprender, previo acuerdo de la junta general de accionistas. Por ello la actividad de transporte no es más que una de las comprendidas en el objeto social, y que daba a la sociedad actora la posibilidad de continuarlas dentro de la amplitud con que se estableció. En consecuencia, los consejeros-delegados actuaron representando a la sociedad. Afirma también la Audiencia que, incluso en el supuesto de actuación ajena al objeto social, la sociedad queda obligada frente a terceros que obran de buena fe y sin culpa grave, lo que no se ha observado en este caso. Se interpone recurso de casación.
- Tribunal Supremo: estima el motivo de casación: lo atendible es, por tanto, la suficiencia de los poderes de los consejeros-delegados para llevar a cabo el otorgamiento de la escritura pública que se impugna. Estimamos que excede del tráfico normal de la empresa dejarla sin sus activos, sin autorización de la junta general para este negocio de gestión extraordinario. El que el objeto social fuera más amplio no es argumento que lo justifique, porque la cesión impugnada seccionaba una parte del objeto social estatutario, desde el punto de vista literal, lo que debía de ser autorizado por la junta de accionistas. No tiene sentido que se exija la autorización para la ampliación y no para su mutilación práctica, precisamente en el que de hecho constituía su única actividad.

No obstante, falla la sentencia que la estimación del motivo no da lugar a la casación de la sentencia recurrida, pues el fallo de la Sala debía ser también desestimatorio de la demanda, por la protección de terceros de buena fe y sin culpa grave ante el abuso de poderes de los consejeros-delegados (art. 129.2 LSA —hoy, 234 LSC—, aplicable por una clara razón de analogía). Las sentencias de 27 de septiembre de 2002, 19 de diciembre de 2003 y 14 de junio de 2005 así lo han declarado.

## 5. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL

El artículo 98 de la Ley 24/2001, según redacción dada por la Ley 24/2005, dispone:

«En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera».

Como señalamos al principio, las facultades que tenía atribuidas «por ley» la junta general, antes de la reforma, no presentaban especial problema para la seguridad jurídica y para el juicio de suficiencia notarial, pues se trataba de actos concretos y objetivos y no de gestión patrimonial, que requerían la aportación del certificado del acuerdo de la junta general para el otorgamiento de la escritura pública.

Sin embargo, hemos visto que la nueva facultad introducida por la Ley 31/2014 entraña dificultades interpretativas, especialmente porque abarca actos como los de enajenación/adquisición de activos, que entran dentro del ámbito objetivo del poder de representación del órgano de administración.

El ámbito del poder de representación orgánica de los administradores comprende según el Tribunal Supremo (STS 8 febrero 2007<sup>2</sup>) «los actos de desarrollo y ejecución del objeto social, ya sea de forma directa o indirecta, y los complementarios o auxiliares para ello, además de los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social; y añade la DGRN (RR 11 noviembre 1991; 17 noviembre 1998, 15 octubre 2005): «quedando excluidos exclusivamente los denegatorios o contradictorios con el objeto social. Incluso los artículos 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y 63 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada [hoy, 234 LSC] mantienen la eficacia de la operación, que obliga a la compañía representada, frente a terceros que hubiesen obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos que el acto no está comprendido en el objeto social».

Ante este ámbito del poder del órgano de administración, el juicio de suficiencia notarial, en cualquier operación de adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos, nos plantea el interrogante de si se ha de acreditar el carácter esencial o no del activo; o si, por el contrario, basta con la manifestación del órgano de administración sobre dicho carácter.

En caso de exigirse la acreditación, sólo un acuerdo social de la junta general, adoptado con la mayoría legal, podría acreditar con todas las garantías el carácter esencial o no

<sup>2</sup> Sala de lo civil, recurso 1084/2000.

del activo. También, haciendo uso de la presunción legal, se podría acreditar con el último balance aprobado, que la operación no supera el 25% de los activos que figuren en dicho balance.

Tras lo expuesto en este estudio (finalidad de la reforma, presunción *iuris tantum* del carácter esencial del activo, protección de terceros; seguridad del tráfico mercantil) entendemos, sin embargo, más ajustado a una interpretación sistemática de la norma, que deba ser el propio representante (administrador o apoderado) de la sociedad quien, bajo su responsabilidad, manifieste el carácter esencial o no del activo. En caso de manifestar el carácter esencial del activo, se deberá exigir el acuerdo de la junta para emitir un juicio de suficiencia positivo y, en los demás casos, bastará la manifestación del representante de no ser esencial el activo en cuestión para emitir el juicio de suficiencia.

En cualquier caso, deberá estarse atento al caso concreto y a las circunstancias de cada operación, para actuar en consecuencia. Hay que recordar a estos efectos, el alcance del control de legalidad notarial, que, según la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo del 2008<sup>3</sup> (fundamento 6º), se materializa en las correspondientes «reservas y advertencias legales» así como en la adecuada información de la voluntad de los intervinientes y, salvo que una norma con rango de ley así lo establezca de forma concreta, no puede el notario denegar la autorización del instrumento público, aún en el caso de juicio de legalidad desfavorable, entre otras razones por la trascendencia que la denegación puede tener para los derechos y titularidades jurídicas de carácter patrimonial de los interesados privándoles de la forma documental pública (arts. 1278 y 1279 CC) y la correspondiente garantía y eficacia que de ello deriva (art. 1218 CC) y posibilidades de negociación que tal garantía facilita, así como de la subsiguiente protección registral.

## 6. CONCLUSIÓN

De conformidad el artículo 160 de la LSC, letra f), introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se requiere acuerdo de la junta general de la sociedad mercantil, para formalizar las operaciones en las que se den las siguientes circunstancias:

1. Se trate de una operación societaria, entendiéndose por tal las que se efectúan entre sociedades, sean dependientes o extrañas entre sí.
2. La operación sea de adquisición de un activo a otra sociedad; de enajenación de un activo a otra sociedad o de aportación de un activo a otra sociedad.
3. La operación sea relevante y de efectos similares a las modificaciones estructurales de transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social
4. El activo de la operación sea «esencial» para la sociedad.

<sup>3</sup> Sala de lo contencioso, recurso 63/2007.

5. Será el representante de la sociedad, quien bajo su responsabilidad, deberá manifestar sobre el carácter esencial o no del activo, jugando a su favor o en su contra, en caso de acción de responsabilidad, la presunción legal establecida en el precepto atendiendo al valor del activo, estando en todo caso protegido el tercero de buena fe.

Expresar por último, que estas modificaciones legislativas no suelen tener en cuenta la importancia de la seguridad jurídica preventiva, que precisa de textos claros y con poco margen a la interpretación. En la sentencia del Tribunal Supremo antes referida de 17 de abril de 2008 tenemos un ejemplo claro de las consecuencias de lo mencionado: La escritura que se impugna (venta por el órgano de administración de la concesión administrativa de transportes, tarjetas y autobuses) es de 11 de junio de 1992; la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, denegando la demanda es de 31 de julio de 1998; la sentencia de la Audiencia, confirmando la de primera instancia es de 15 de diciembre de 2000; y la sentencia del Tribunal Supremo, admitiendo el motivo de casación, pero no casando la sentencia, por protección de terceros de buena fe, es de 17 de abril de 2008. Esto es, 16 años después del otorgamiento de la escritura impugnada, tenemos la solución (los autobuses seguramente descansaban ya en el desguace).

Fecha de recepción: 24.02.2015

Fecha de aceptación: 11.03.2015