

Nuevo artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital, ¿a qué nos enfrentamos realmente?

Alejandro DíEZ-BARTUREN LLOMBART

Abogado - Ontier

Diario La Ley, Nº 8579, Sección Tribuna, 9 de Julio de 2015, Ref. D-277, Editorial LA LEY

LA LEY 4616/2015

Una de las principales y más controvertidas novedades introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (en adelante Ley 31/2014), aunque escapa a lo que puede entenderse estrictamente como materia propia del gobierno corporativo de las sociedades de capital, es el confuso art. 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), que incluye como competencia de la Junta General la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, presumiendo que lo son cuando el importe de la operación supere el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.

La nueva facultad de la Junta General introducida por el art. 160 f) de la LSC origina un elemento perturbador a la seguridad jurídica preventiva, al no definir con exactitud qué se entiende como «activo esencial», limitándose a establecer una serie de presunciones y no aclarando de quien es la competencia para decidir sobre el carácter de «esencial» del activo (deduciendo de la norma que corresponderá al órgano de administración bajo su responsabilidad). En este mismo sentido se ha pronunciado entre otros, el Notario Don José Ignacio Suárez Pinilla en su artículo «Nuevas Facultades de la Junta General. Juicio de Suficiencia Notarial», el cual centra la atención igualmente en la incidencia que tiene el nuevo art. 160 f) de la LSC en la actividad ordinaria de los Notarios y el alcance respecto al juicio de capacidad que deberán hacer los mismos en este tipo de operaciones como citaré más adelante.

¿Qué trata de evitar o regular el nuevo art. 160 f) de la LSC?

Lo que viene a recoger el nuevo art. 160 f) de la LSC, si bien no con toda la claridad que requeriría una materia de tal incidencia en el tráfico jurídico y económico en las sociedades de capital, es lo que ya venía sosteniendo nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 17 de Abril de 2008 (Sala de lo civil, recurso 689/2001) respecto al exceso en sus funciones del órgano de administración al realizar operaciones que, si bien no se encuadran estrictamente en lo que puede considerarse como una modificación estructural, escapaban a lo circunscrito por el objeto social y el tráfico habitual de la sociedad en cuestión, llegando en ocasiones a la liquidación de facto de la sociedad. Cabe recordar lo citado por el art. 234 de la LSC «La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos».

En este sentido, la exposición de motivos de la Ley 31/2014 establece en su apartado IV que, «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».

Por tanto, teniendo en cuenta lo citado en la exposición de motivos de la Ley 31/2014, el art. 160 f) de la LSC, parece ser que no es más que un simple intento por parte del legislador de clarificar cuestiones de competencia prácticamente superadas por la jurisprudencia, pero introduciendo en su redacción elementos confusos que hacen plantearnos numerosas dudas interpretativas que inciden directamente en la seguridad jurídica del tráfico económico y obliga a realizar una profunda investigación y comprobación continua en todas las operaciones en las que una sociedad pueda adquirir o desprenderse de un activo de cierta importancia, incluso cuando el valor de dicho activo sea inferior al 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado, puesto que esto no es más que una presunción y no una regla fija, con el objetivo de cerciorarse de la naturaleza del activo en cuestión. Por el contrario, con independencia de que se encuadre el negocio correspondiente dentro del objeto social o no, si ello supone una enajenación, adquisición o aportación de un activo que supere dicho 25%, obliga a los administradores a solicitar la aquiescencia de la Junta General o bajo su responsabilidad ejecutar el mismo. Téngase en cuenta sociedades industriales cuya actividad ordinaria a menudo suponen la enajenación, adquisición o aportación, o como veremos más adelante la entrega en garantía de activos superiores al 25% de su activo (por ejemplo, fabricantes de aviones, ferrocarriles...), o por el contrario sociedades en cuyo balance figuran los activos a valor de adquisición si haberlos actualizado, lo que supone que siendo activos que en realidad suponen más de un 25% de los activos reales de la sociedad tienen un valor bastante menor en balance.

¿Qué se debe entender por adquisición, enajenación y aportación a otra sociedad de activos esenciales?

Uno de los elementos esenciales que debemos tratar a la hora de enfrentarnos al art. 160 f) de la LSC es la amplitud de los términos «adquisición, enajenación y aportación a otra sociedad» de activos esenciales y hasta donde alcanzan estos términos.

En este sentido, coincidiendo plenamente con lo apuntado por el Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid Don Jesús Alfaró Aguila-Real en su artículo de fecha 13 de febrero de 2015, el precepto 160 f) de la LSC se centra, más que en el negocio jurídico por medio del cual se produce, en el efecto que provoca la adquisición o enajenación del activo, es decir, se trata de evitar que el órgano de administración adopte decisiones que fueran análogas a una modificación estructural y, en esa medida, supusieran privar a los socios de la competencia para aprobarlas si se hubiesen realizado a través de una modificación estructural.

Esto implica una ampliación de los negocios jurídicos que pueden converger en decisiones análogas a una modificación estructural y que el propio art. 160 f) de la LSC obvia, tales como la pignoración de activos considerados esenciales que puedan originar en última instancia en una hipotética

ejecución de la garantía en un desprendimiento o adquisición por parte de la sociedad de estos activos esenciales, con la gran incidencia que ello conlleva en la práctica en operaciones de refinanciación. Esto supone, como analizaré a continuación, un problema de suficiencia del ámbito de actuación de los administradores en operaciones de cierto calado pero tremendamente comunes que afecta, tanto a los acreedores que deben prestar una mayor atención a la incidencia que tiene la operación concreta sobre los activos de la sociedad y la consideración de los mismos como esenciales, como a los Notarios que deben realizar un juicio de capacidad a medida en cada sociedad dependiendo de la operación concreta, su objeto social y su nivel de activos.

¿Qué se entiende como «activo esencial»?

Haciendo una interpretación integradora del art. 160 f) de la LSC con la exposición de motivos de la Ley 31/2014, parece ser que la intención del legislador es definir «activos esenciales» como aquellos sin los cuales la sociedad no puede desarrollar la actividad que constituye su objeto social. Por tanto, asumiendo esta definición, para determinar si se han enajenado o adquirido activos esenciales hay que comparar el objeto social realmente desarrollado por la sociedad antes y después del negocio.

En este sentido, la norma establece que el régimen de autorización por parte de la Junta General aplica a todo activo esencial, estableciendo una presunción *iuris tantum* respecto a ciertos presupuestos expuestos en el propio art. 160 f) de la LSC:

Ante la ausencia de referencia alguna en la norma concreta que afecta al art. 160 f) de la LSC, y aplicando el art. 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo indica que la intención del legislador es que corresponda probar que no se trata de un activo esencial a los administradores cuando el activo enajenado o adquirido supere el 25 % del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. En este punto, parece ser que el referenciarse al último balance aprobado no es más que una herramienta que el legislador facilita al tercero para realizar esta labor de comprobación de si se trata de un activo esencial o no. En este sentido, como es bien sabido no todas las sociedades hacen correctamente sus deberes, por lo que me pregunto qué pasa con las sociedades que tienen cuentas anuales con sus respectivos balances aprobados pero no inscritos, o que no han aprobado cuentas anuales desde hace años, ¿qué balance debería entonces tomar como referencia el tercero para que como veremos más adelante tenga la consideración de tercero de buena fe, o qué balance deben tener en cuenta los administradores a efectos de solicitar o no la aquiescencia de la Junta General? De nuevo la norma parece haberse quedado a medias, dejando en el camino numerosas dudas interpretativas en situaciones que no son de laboratorio como para dejarlas sin el más mínimo sustento legal.

No obstante, independientemente del valor del activo que tenga en el balance, dependiendo del objeto social de la sociedad y el negocio a realizar, otros activos pueden tratarse igualmente de un «activo esencial» a los efectos del art. 160 f) de la LSC requiriendo el correspondiente acuerdo de la Junta General. A este respecto, la carga de la prueba en estos casos correspondería al acreedor, socio o tercero que alegue que un activo que tiene un valor inferior o igual al 25% del valor de los activos que figuren en el último balance debería tener la consideración de «activo esencial». No

obstante, esta incertidumbre obligará a los administradores a actuar con un exceso de celo, al igual que los adquirente, transmitentes o acreedores pignoratícios a la hora de realizar negocios sobre activos de una sociedad.

En definitiva, el legislador se ha quedado a medias con la vaga redacción del art. 160 f) de la LSC, rompiendo la clara línea que existía entre actos de administración y gestión que correspondía al órgano de administración y el resto de actos que por mandato legal correspondían a la Junta General.

Consecuencias de la falta de autorización, papel esencial de los Notarios.

El legislador no ha previsto en el art. 160 f) de la LSC ninguna consecuencia concreta ante la falta de autorización de la Junta General respecto a la adquisición, enajenación y/o aportación a otra sociedad de activos esenciales, así como la repercusión de la falta de dicha autorización respecto a terceros adquirentes o enajenantes. En este sentido, teniendo en cuenta que la infracción del art. 160 f) de la LSC supondría una extralimitación de las funciones de los administradores, podemos analizar ante una probable aplicación por analogía por parte de nuestros tribunales qué dice la LSC en otros supuestos muy parecidos de extralimitación de funciones por parte de los administradores.

A este respecto, el art. 234 de la LSC que hace referencia a las facultades representativas de los administradores, establece las consecuencias de su extralimitación y a la inoponibilidad de limitaciones al funcionamiento típico del órgano frente a terceros de buena fe, aunque las limitaciones estén inscritas:

«Artículo 234. Ámbito del poder de representación.

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, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social».

Por tanto, si aplicáramos las consecuencias de la infracción del art. 234 de la LSC al 160 f) de la LSC, si el tercero adquirente es considerado de buena fe y sin culpa grave, estará protegido por el propio art. 234 de la LSC, y por el contrario, si el adquirente, transmitente o en su caso acreedor pignoratício no es considerado como tercero de buena fe, estaríamos ante un supuesto de vicio en el consentimiento cuya consecuencia fundamental es la nulidad del acto que trae causa y por tanto del negocio jurídico correspondiente.

En conclusión, y siempre a expensas de la interpretación que nuestra jurisprudencia haga finalmente del art. 160 f) de la LSC, si aplicamos el art. 160 f) de la LSC en el mismo sentido que se ha interpretado la extralimitación de los administradores en sus funciones en lo que respecta al objeto social de la sociedad en cuestión, el órgano de administración podrá vincular a la sociedad con el tercero adquirente si el ámbito de actuación puede enmarcarse dentro del objeto social de la misma. No obstante, si actuara extralimitándose del límite marcado por el objeto social y el curso ordinario del negocio de la sociedad en cuestión, la sociedad sólo quedaría vinculada si el tercero actuó de buena fe y sin culpa grave, no pudiendo apreciar que se trataba de una actuación fuera del objeto social.

No obstante, el legislador al igual que hizo con el art. 234 de la LSC, en el propio art. 160 f) se debería haber establecido con claridad la consecuencia de su incumplimiento en aras de una mayor seguridad jurídica en la actividad diaria de las sociedades de capital.

¿Posible responsabilidad de los administradores frente a los socios, terceros adquirentes y entidades financieras?

El tercero perjudicado en el caso de que vea frustrada la adquisición o enajenación del activo esencial (o el activo otorgado en garantía), o en su caso el socio que vea cercenada su facultad de adoptar decisiones sobre activos esenciales de la sociedad, podrán ejercer, contra los administradores, la llamada «acción individual» de responsabilidad regulada en el art. 241 de la LSC.

No obstante, y máxime con la ampliación de la legitimación activa introducida por la nueva redacción dada por la Ley 31/2014 al art. 239 de la LSC fundamentalmente para los socios minoritarios, no se debería descartar una posible «acción social» de responsabilidad regulada en el art. 238 de la LSC en el caso de que se pretenda el resarcimiento de los daños directos que la sociedad haya sufrido como consecuencia de la actuación de los administradores al adquirir, enajenar o aportar un activo esencial.

En este sentido, llegados a este punto, la consecuencia final del incumplimiento del art. 160 f) de la LSC, hay que preguntarse la virtualidad práctica y real del art. 160 f) de la LSC en lo que respecta a la posible responsabilidad de los administradores. Es decir, debemos ser conscientes de la dificultad práctica para que se den todos los elementos que originan la responsabilidad social o individual de los administradores, destacando entre ellos la enorme dificultad que nos encontramos en la mayoría de los casos para cuantificar y fijar el daño a la sociedad, al socio o el tercero.

La identificación de este daño en el caso del tercero que ve frustrada la adquisición o enajenación del bien en cuestión parece clara, pero el daño a la sociedad o al socio que enajena o adquiere un bien parece ser bastante más compleja. Pongamos el ejemplo de una sociedad cuyo único activo es un inmueble que arrienda a un tercero y el órgano de administración lo enajena sin la aquiescencia de la Junta General. En el caso de que ésta operación se haya realizado a valor del mercado, con independencia de que la sociedad deje de recibir una renta, al haber obtenido un buen precio por la

trasmisión que puede incluso que aumente la rentabilidad del socio o la situación financiera de la sociedad respecto a cuando lo tenía arrendado, se dificulta enormemente la cuantificación del daño, ya que en ocasiones puede haber resultado un negocio fructífero y beneficioso para la propia sociedad o los socios.

Problemática práctica.

Dada las numerosas interpretaciones e imprecisiones introducidas en la nueva redacción del art. 160 f) de la LSC, las principales consecuencias que ya algunos hemos empezado a detectar en la actividad ordinaria de las sociedades son las siguientes, con independencia de otras que puedan surgir con la aplicación real de este artículo:

— Un exceso de celo por parte de todos los actores intervinientes en una operación de adquisición, enajenación o aportación de activos de una sociedad, y en especial las entidades financieras implicadas en dichas operaciones. Esto obliga a estos actores a realizar una *due diligence* o estudio profundo del activo correspondiente a los efectos del art. 160 f) de la LSC o solicitar de antemano acta de Junta General consintiendo la operación o negocio concreto.

En este sentido, el nuevo art. 160 f) de la LSC tendrá una especial incidencia en operaciones de financiación o refinanciación en el caso de pignoración de activos, en cuyo caso, principalmente las entidades financieras en su condición de acreedores pignoratícios, y con el fin de evitar un posible problema de ejecución de sus garantías en el futuro (como consecuencia de que dichos activos otorgados en garantía en su momento al tiempo de ejecución puedan ser considerado como activo esencial), todo parece indicar que como práctica generalizada solicitarán que todos los acuerdos suscritos por el órgano de administración en el marco de una operación de financiación o refinanciación sean previamente refrendados por la Junta General. Todo ello puede entorpecer enormemente los procesos de financiación y refinanciación que, en ocasiones, deben ser adoptados a la mayor celeridad posible, no pudiéndose permitir en muchas ocasiones el retraso que supone la aquiescencia previa de la Junta General. Pongamos como ejemplo el tiempo que lleva convocar Junta General en una sociedad cotizada o simplemente una sociedad anónima que requiere la publicación de anuncio de convocatoria, o en su caso comunicación individual, como mínimo con un mes de antelación a su celebración (art. 176 de la LSC).

— Control por parte de los Notarios. El Notario debe realizar un juicio de capacidad del poder del órgano de administración en cualquier operación de adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos que requieran escritura pública. En este sentido, todavía es prematuro para ver el proceder de los Notarios, es decir, si se ha de acreditar el carácter esencial o no del activo, o por el contrario basta con la manifestación del órgano de administración sobre dicho carácter expresamente establecida en el correspondiente documento notarial.

— Finalmente, cabe analizar cómo actuará el Registro de la Propiedad, el Registro de Bienes Muebles y el Registro Mercantil ante la inscripción de escrituras en las que conste adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos que puedan ser considerados como esenciales. Asimismo, surge

la duda de si los propios registros citados independientemente del activo que se trate exigirán una declaración negativa al respecto.

En resumen, el nuevo art. 160 f) de la LSC trata de regular lo que ya venía estableciendo la jurisprudencia pero introduciendo ciertos elementos confusos que ocasiona que en tanto en cuanto no haya pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, se tienda a solicitar acuerdo de Junta General para la adquisición, enajenación o aportación de activos de una sociedad que puedan ser considerados mínimamente como activos esenciales.

