

La Ley de Reforma de la LSC

Nuevas competencias expresas de la Junta General de las Sociedades de Capital

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

I. Planteamiento

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital contempla la ampliación del listado de competencias expresas de la junta general para incluir algunas de las decisiones tradicionalmente encuadradas en el ámbito de las denominadas competencias implícitas o no escritas de la junta en materia de gestión. Se trata de decisiones que, aún encuadrables funcionalmente en el ámbito de la actividad gestora, afectan de modo sensible a la posición jurídico – económica de los socios y por eso requieren que estos manifiesten su consentimiento.

En todas las sociedades de capital la junta deberá decidir sobre la *adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales*, norma que se acompaña de una presunción sobre 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* (letra *f* del nuevo artículo 161).

En el ámbito de las sociedades cotizadas se ha optado por seguir al pie de la letra la Recomendación 3 del Informe del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (de 19 de mayo de 2006). Según el texto proyectado, el listado del artículo 161 se complementa para este tipo de sociedades en el sentido de incluir las operaciones que supongan la *transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno*

dominio de aquellas o cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad (apartado 1 letras *a* y *b* del nuevo artículo 511 *bis*).

En las líneas que siguen analizaremos la eficacia que ha de tener esta reforma desde una doble perspectiva. En la relación administradores – socios plantea cuestiones relativas a la impugnación y responsabilidad de los administradores que incumplan el deber de recabar el consentimiento de los socios. En las relaciones externas afecta a la válida vinculación de la sociedad frente a terceros. Como se verá, la interpretación y aplicación de estas normas no puede ser unívoca, sino que ha de matizarse en función de los intereses en juego en uno y otro caso.

La cuestión de las competencias de la junta en materia de remuneración de los administradores (letra *c* del artículo 511 *bis* y artículo 217.2 LSC) queda remitida al trabajo en el que daremos cuenta de este importantísimo aspecto de la nueva regulación.

II. La distribución de funciones y competencias entre órganos (eficacia interna).

2.1. Las competencias expresas e implícitas de la junta general.

La nueva enunciación de las competencias expresas de la junta general (adición de la letra *f*) en el 160 y creación del 511 *bis*) no altera su caracterización como listado mínimo y abierto que sólo enuncia las facultades más emblemáticas de la junta general. El listado de

competencias expresas será ahora más completo, pero los preceptos no varían en cuanto a su naturaleza ni función dentro del sistema. Esta no consiste en delimitar de forma tasada las competencias de la junta general, sino ofrecer sólo un marco de referencia general de la competencia del órgano de los socios.

El último inciso del artículo 160 LSC todavía reconoce que es competencia de la junta general resolver *cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos* y el artículo 161 LSC extiende ahora a todas las sociedades de capital la facultad de impartir instrucciones o someter a su autorización determinados asuntos de gestión.

Los administradores continúan obligados a convocar la junta general para que resuelva sobre asuntos que, funcionalmente encuadrables en lo que podría denominarse la actividad de gestión de la empresa, puedan considerarse extraordinarios e incidir en los derechos o intereses de los socios por razones cualitativas (v.gr. modificaciones estructurales no tipificadas, modificación de hecho del objeto por el abandono de una actividad, cesión del control mediante la ampliación de capital en una filial, etc.) o cuantitativas (v.gr. gravamen masivo de activos esenciales).

Sin necesidad de acudir a una analogía imposible, los administradores de una sociedad cerrada deberán todavía recabar el acuerdo de la junta general para realizar operaciones que tengan una eficacia equivalente a la liquidación o que supongan de cualquiera manera una mediatización de la posición de socios, aunque no exista aportación de activos esenciales a una filial ni se hayan hecho constar esas competencias en el artículo 160, sino sólo en el nuevo artículo 511 bis. Otra cosa es la eficacia frente a terceros como veremos en el apartado siguiente.

La infracción de los deberes de los administradores sobre convocatoria de la junta general en caso de adopción de decisiones sobre materias reservadas a la competencia de la junta general se resuelve mediante la aplicación de las normas generales sobre responsabilidad (cfr. SAP Pontevedra de 24 de enero

de 2008 sobre un acto con eficacia liquidatoria que motivó una acción individual de responsabilidad). Desde este punto de vista puede afirmarse, con carácter muy general, que la realización de estas operaciones sin el consentimiento de los socios puede suponer un incremento indebido del riesgo empresarial, de modo que el daño indemnizable pueda identificarse con la pérdida sufrida por la sociedad. En caso de competencia expresa la antijuridicidad de la conducta de los administradores podrá basarse en la infracción de esa norma legal.

En lo que se refiere a la tutela real o impugnatoria es preciso distinguir, pues la solución varía en función de si las competencias de la junta están expresamente reconocidas o no. No será necesario impugnar un contrato que exceda el ámbito de las competencias expresas porque, como veremos seguidamente, es ineficaz sin el concurso del órgano de los socios. Esto no ocurre en el ámbito de las competencias implícitas, donde será preciso reaccionar a tiempo y obtener medidas cautelares para evitar que surja un tercero de buena fe cuya posición resulte inatacable. La viabilidad de este tipo de acciones todavía plantea algunas cuestiones de interés como la aplicabilidad de los plazos para impugnar las decisiones del consejo de administración o la necesidad de reunir determinados porcentajes de participación en el capital social para ejercer acciones de esta naturaleza.

2.2. Contenido de la regulación

El contenido de la regulación no plantea a nuestro juicio grandes problemas de interpretación.

Los administradores de todas las sociedades de capital deberán obtener la aprobación de los socios para la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de *activos esenciales*, lo que se presume por su importancia económica en términos cuantitativos (nuevo artículo 161 letra f LSC). Se trata de una presunción, luego también habrá que recabar el acuerdo cuando un activo pueda considerarse esencial por otras razones (v.gr. por la rentabilidad que genera).

En cuanto a las sociedades cotizadas se requiere acuerdo de la junta general para decidir sobre la *transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas* (apartado 1 a del artículo 511 bis).

La norma comprende todas las operaciones que consistan en llevar una parte esencial del negocio de la matriz a una filial o a subfiliales en un grupo con estructura vertical. Estas operaciones requieren acuerdo de la junta general de la matriz porque afectan a la posición de control de los socios respecto de la gestión de los activos realizada por los administradores, que se mediatiza y se convierte en indirecto o doblemente indirecto (v.gr. el traslado de la actividad desarrollada por la filial a una subfilial implica que ya no será controlada por los administradores de la matriz, sino que habrá un intermediario que es el administrador de la subfilial).

En este caso el carácter esencial se define también mediante una presunción que se basa en la importancia cuantitativa del volumen de la operación en relación con los activos contabilizados: *"Se presumirá 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"* (apartado 2 del artículo 511 bis). No obstante, la eficacia de la presunción es idéntica a la del artículo que desarrolla: una operación puede ser esencial aunque no reúna tal importancia cuantitativa si lo resulta por otro motivo (v.gr. supone una modificación de hecho del objeto).

En lo demás, cabe señalar algún error material (el texto proyectado hace referencia todavía a los *activos operativos*, que procede del Informe de Expertos) y alguna omisión (debería haberse aclarado que el balance debe haber sido aprobado por los socios) que seguramente se corrijan en el trámite parlamentario.

La junta general de las sociedades cotizadas deberá pronunciarse también sobre las *operaciones que tengan una eficacia equivalente al de la liquidación de la*

sociedad. Este tipo de actos pueden considerarse contrarios al desarrollo del objeto social y por tanto no incluidos en el ámbito de representación legal de los administradores definido en el artículo 234 LSC. Esto nos lleva a la consideración de las relaciones externas.

3. Relaciones externas: el acuerdo de la junta como requisito para la eficacia del contrato.

3.1. Delimitación del ámbito del poder de representación de los administradores.

La atribución expresa de competencia a la junta general para la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales afecta al ámbito del poder legal de representación de la sociedad, a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos de instrucción o autorización ("sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234 LSC" dice el último inciso del artículo 161 LSC)

Efectivamente, la infracción por los administradores del deber de someter a la junta general una determinada decisión en materia de gestión porque afecta a la posición jurídico - económica de los socios (competencias implícitas o no escritas) o porque así lo ha requerido u ordenado la junta (acuerdos de autorización o instrucción) podrá activar remedios a favor de los socios (responsabilidad, impugnación), pero la posición de los terceros de buena fe resultará inatacable. Por el contrario, la atribución de competencia expresa a la junta general sobre una materia afecta a la válida vinculación de la sociedad frente a terceros porque no quedará cubierta por el poder legal de representación de los administradores (artículo 234 LSC).

La doctrina se divide sobre las consecuencias de la falta de acuerdo cuando este viene legalmente exigido entre los que se pronuncian a favor de la nulidad por infracción de norma imperativa y los que afirman que se trata de un supuesto de mera ineficacia. Desde este punto de vista, el acuerdo no tiene porqué ser anterior al contrato de adquisición o enajenación (autorización), sino que puede ser posterior (convalidación o ratificación) y

el contrato quedará suspendido en cuanto a sus efectos en tanto no recaiga el acuerdo válidamente adoptado por la junta general.

La interpretación de las presunciones legales sobre el carácter esencial de un activo o de una operación debe realizarse teniendo en cuenta la necesaria protección de terceros en lo que se refiere al ámbito del poder de representación de los administradores. En el apartado anterior

hemos señalado que el carácter esencial de un activo (o de una actividad) no depende sólo de su valor contable, sino que puede resultar esencial por razones cualitativas (v.gr. por la rentabilidad a corto que genera). Sin embargo, en lo que se refiere a la eficacia del contrato, debe garantizarse la protección de aquellos terceros que (de buena fe) hayan participado en operaciones cuyos valores según los balances aprobados por la sociedad no superen los límites legales.