

Aplicación práctica del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital: criterio de la DGRN sobre la acreditación de la no esencialidad de los activos

BEATRIZ ORBIS

Abogada de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca

Actualidad Civil, Nº 5, Mayo 2016, Editorial LA LEY

LA LEY 3168/2016

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, ha modificado el régimen de competencias de la junta general de las sociedades de capital para introducir la preceptiva aprobación por la junta general de las operaciones de adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales; así como, en las sociedades cotizadas, de transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad. A fin de preservar la seguridad del tráfico mercantil, notarios y registradores están optando por hacer una aplicación laxa del nuevo artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital, no tanto en cuanto a la interpretación del concepto de «activo esencial» sino acerca de cómo debe acreditarse la autorización por la junta general para dar validez a la operación.

Act 31/2014, of 3 December, amending the Joint Stock Companies Act in order to improve the corporate governance, has modified the regime of competence of the general board of the joint stock companies to introduce the mandatory approval by the general board of the operations of acquisition, alienation or contribution to another company's essential assets, as well as, in listed societies, the transfer to subsidiaries of essential activities developed so far by the company itself. In order to preserve the safety of commercial activity, notaries and registrars are opting to do a lax application of the new Section 160 f) of the Joint Stock Companies Act, not so much in terms of the interpretation of the concept of «essential active», as with regard to how the approval of the general board should be accredited in order to validate the operation.

Ley de Sociedades de Capital, enajenación, adquisición, aportación, activos esenciales, transferencia, entidades dependientes, filialización, notarios, registradores, junta general, órganos de administración, representación, buen gobierno corporativo.

Joint Stock Companies Act, alienation, acquisition, contribution, essential assets, transfer, subsidiaries, subsidiarization, notaries, registrars, general board, the management and the auditors, representation, good corporate governance.

I. OBJETO Y FINALIDAD DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 160 LSC

En el presente estudio se analiza la aplicación práctica del reciente apartado f) del artículo 160 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010) (LSC), incorporado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (LA LEY 18457/2014), por la que se modifica aquélla para la mejora del gobierno corporativo (Ley 31/2014 (LA LEY 18457/2014)). En particular, analizaremos el criterio sentado por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en sucesivas resoluciones dictadas en la segunda mitad el año 2015.

En virtud de la reforma de la LSC, el legislador ha ampliado las competencias de la junta general *«para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales»*. Y, en esta línea, la Ley 31/2014 (LA LEY 18457/2014) ha modificado el artículo 161 LSC para convertirlo en norma general para todas las sociedades de capital y establecer, salvo disposición contraria de los estatutos, la posibilidad de que la junta general imparta instrucciones al órgano de administración o someta a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 234 LSC, no modificado, en relación con el ámbito del poder de representación.

La Ley 31/2014 (LA LEY 18457/2014) añade un nuevo apartado f) al artículo 160 LSC para atribuir a dicho órgano la competencia para deliberar y acordar sobre *«la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales»*. Añade también el artículo 511 bis LSC 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 LSC y, entre otras, *«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 *«las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad»*.

Así, la Ley 31/2014 (LA LEY 18457/2014) amplía las competencias de la junta y le concede la facultad de impartir instrucciones a los administradores en materias, en principio, reservadas al órgano de gestión. En particular, se reserva expresamente a la decisión final de la junta la aprobación de todas aquellas operaciones corporativas o societarias que, por su relevancia para la sociedad en los mercados, se deben entender retenidas, es decir, fuera de la gestión ordinaria de los administradores. Se trata, por tanto, de las operaciones que tengan efectos similares a las modificaciones estructurales, aunque formalmente no sean fusiones, escisiones o transformaciones –esto es, las que se enmarcan en el ámbito del *corporate finance* –.

Esta facultad se contempla para todas las sociedades de capital, si bien se mantiene para todas ellas la previsión de que los estatutos puedan limitarla. Hay que tener en cuenta que la modificación del artículo 160 LSC tiene su origen en las recomendaciones 3ª y 4ª del Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas (CBG), las cuales preveían un refuerzo de las competencias de la junta general, tan sólo en las sociedades cotizadas, relativas a la aprobación de: (i) la transmisión de actividades esenciales de la sociedad a entidades dependientes; (ii) la adquisición o enajenación de activos operativos esenciales; (iii) las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad; y (iv) la aprobación de la política de remuneraciones de los consejeros.

Sin embargo, no consta en Preámbulo de la Ley 31/2014 (LA LEY 18457/2014) previsión alguna acerca de la conveniencia, a juicio del legislador, de extender esta ampliación de competencias a las sociedades no cotizadas.

En cualquier caso, la finalidad de la reforma del régimen de competencias de la junta general es la de involucrar más activamente a este órgano en materias de gestión que tengan efectos estructurales sobre la sociedad. De esta forma, con independencia de que sea el órgano de administración el que, apoyado por la dirección, diseñe la estrategia, se imponen en la actualidad las corrientes de participación accionarial y de comunicación con los inversores que exigen la participación de éstos en las decisiones estructurales de la sociedad.

Con ello se evita que el órgano de administración decida autónomamente la posible adquisición, enajenación y aportación de activos esenciales sin ningún tipo de limitación en cuanto al valor de los mismos, por los significativos efectos que estas operaciones pueden tener sobre la sociedad y,

por extensión, sobre la posición de los socios . En definitiva, el nuevo régimen supone una adaptación a la evolución europea del Derecho de sociedades con el fin de acomodar la regulación de la junta general a las exigencias internacionales, generalmente compartidas, de «reforzar su papel» y «abrir cauces para fomentar la participación accionarial» . De forma breve, haremos referencia a la decisión judicial considerada como precursora de esta corriente internacional, cual es la famosa Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 1982 dictada en el caso «*Holzmüller*», que estableció la posibilidad de hacer partícipe a la junta general, si bien con carácter excepcional, de determinadas decisiones atribuidas al órgano de administración:

«(...) hay decisiones amparadas en la atribución formal del poder de representación y la facultad de administración exclusiva de la dirección, así como por el texto de los estatutos, que afectan, sin embargo, de manera tan profunda a los derechos que se derivan de la condición de socio y a los intereses inherentes a la titularidad de los accionistas sobre el patrimonio de la sociedad, que la dirección no puede suponer razonablemente que pueda adoptarlas bajo su exclusiva responsabilidad, sin que se haga participar a la junta general».

Hace más de treinta años, por tanto, el Tribunal Supremo alemán ya hablaba de decisiones que puede afectar profundamente a los derechos de los socios y otorgaba a éstos el poder de decidir sobre su adopción.

La llamada doctrina «*Holzmüller*», quedó consolidada en virtud de posteriores decisiones dictadas también por el Tribunal Supremo alemán en el año 2004 (en el llamado caso «*Gelatine*») . Por lo que respecta al Derecho nacional, el referente jurisprudencial se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo 285/2008, de 17 de abril (LA LEY 20908/2008) del 2008 (LA LEY 20908/2008), dictada en un supuesto de hecho en que una sociedad, cuyo objeto social era el transporte, demandaba la nulidad de una escritura pública otorgada por los consejeros delegados en la que éstos habían vendido las concesiones administrativas de transportes, las tarjetas de transportes y los autobuses. La cuestión debatida era la suficiencia de las facultades representativas de los consejeros-delegados para llevar a cabo el otorgamiento de dicha venta sin mediar la autorización de la junta general.

En dicha Sentencia, el Tribunal Supremo puso de manifiesto que tal operación excedía del tráfico normal de la empresa, al dejarla sin sus activos, debido a que: (i) la sociedad se dedicaba exclusivamente a las actividades realizadas a través de esos activos; y (ii) la enajenación equivalía a una modificación del objeto social. Por tales razones, el Tribunal Supremo resolvió que la transmisión de todo el activo de la empresa excede del tráfico normal de la empresa y que, en consecuencia, los administradores necesitan la autorización de los socios si la sociedad no tiene otra actividad que la que realiza a través de esos activos o si la enajenación de los activos equivale a una modificación sustancial del objeto. No obstante, el Tribunal Supremo no desestimó el recurso de casación 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.

Así las cosas, encontramos en el artículo 160 f) LSC, como nueva materia reservada a la aprobación de la junta general, la decisión acerca de «*la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales*», indicándose a continuación una presunción acerca del 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*».

Vemos una coincidencia en el criterio las resoluciones alemanas y españolas que han dado lugar a la reforma que comentamos: los casos resueltos en ambos casos se refieren a la venta de activos que podrían considerarse esenciales, pero no se pronuncian sobre la necesidad de someter la compra de activos a decisión de los socios. A pesar de ello, el artículo 160 f) incluye también la adquisición de activos, apartándose de otros Derechos comparados. Así por ejemplo, en el Derecho norteamericano de sociedades se prevé la intervención de la junta en la enajenación de activos esenciales («*asset sales*»), pero no en su compra . Sin embargo, la Ley 31/2014 (LA LEY

18457/2014) ha considerado que una misma operación puede ser esencial tanto para quien transmite como para quien adquiere.

Por otra parte, el hecho de que la aprobación de la junta general se exija obligatoriamente para todo tipo de sociedades de capital –cotizadas o no cotizadas– está generando problemas en la práctica que pueden desembocar en una situación de inseguridad en el tráfico mercantil debido a los problemas operativos generados en la práctica societaria diaria y a la posible frustración de operaciones económicas que no permitan dilación. Además, la nueva regulación implica la necesidad de determinar en cada caso que lo que el objeto de la operación concreta –es decir, lo que entra o sale del patrimonio de la sociedad– constituye un activo esencial.

Por lo tanto, la situación actual exige un análisis para la identificación de aquellos actos u operaciones que, aun entrando dentro del concepto de gestión o administración extraordinaria, deben situarse en el ámbito competencial de la junta por concurrir ciertos elementos de «*especial significación cualitativa y cuantitativa*» (activos o actividades «*esenciales*»). De esta forma, podremos concretar en qué casos los socios pueden intervenir en las decisiones que inciden de manera esencial en la estructura jurídica, organizativa o económica de la empresa constitutiva del objeto social, o en el modo en que venía desarrollándose el mismo.

Veremos también que, con independencia de que la norma se refiera a un concepto jurídico indeterminado («*activos esenciales*») que genera problemas interpretativos, lo primordial para preservar la seguridad del tráfico es determinar las consecuencias que debe tener la omisión de la aprobación de la junta general. Es por ello por lo que las resoluciones de la DGRN se han centrado más en este aspecto para sentar criterio acerca de la validez de la operación y de la procedencia de su inscripción.

II. LA CUALIDAD DEL ACTIVO ESENCIAL. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ACTIVOS ESENCIALES A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 160 F) LSC?

Como hemos visto, corresponde a la junta general la competencia para adoptar decisiones relativas a la adquisición, enajenación o aportación de activos esenciales. De esta forma, el criterio para determinar si procede la aplicación de la norma se encuentra en la esencialidad de los activos objeto de la concreta operación. Y, a tal fin, deberemos hacer una interpretación conjunta de los «*activos esenciales*» del artículo 160 f) LSC y de las «*actividades esenciales*» a que se refiere el artículo 511 bis LSC. A tenor de la norma, tal interpretación puede hacerse desde una doble perspectiva:

- 1.** cuantitativa, conforme a la cual será esencial todo activo que supere determinado importe y, en particular, el 25% del valor de los activos recogidos en el último balance aprobado de la sociedad; y
- 2.** cualitativa, que estaría vinculada a la función que cumple ese activo en relación con la realización del objeto social.

1. Criterio cuantitativo: activos cuyo valor es superior al 25% del último balance aprobado. ¿Debe determinarse el porcentaje sobre el activo o sobre la operación?

Los artículos 160 f) y 511 bis LSC recogen expresamente una presunción *iusuris tantum* en virtud de la cual se presumirá activo o actividad esencial, respectivamente, aquél o aquélla cuyo valor sea superior al 25% de los activos del balance. Sin embargo, se trata de una presunción *iusuris tantum* que admite prueba en contra, a tenor del artículo 385.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) (LEC). Por lo tanto, la presunción nunca operará *iusuris et de iure* ni puede entenderse que, superado el umbral fijado en la norma, en cualquier ocasión deba exigirse el pronunciamiento de la junta.

La presunción establecida en la norma no resulta demasiado esclarecedora a la hora de saber a qué balance se está haciendo referencia, ya que no tiene por qué coincidir el último balance aprobado con el último depositado. Aunque existen dudas interpretativas al respecto del balance, de acuerdo con algunos autores el balance a que se refiere la norma –«*último balance aprobado*»– será el balance individual de la sociedad, no el balance consolidado de grupo. Ello, porque debido a la imprecisión de la norma no queda otro remedio que aplicar un criterio de prudencia que permita preservar un núcleo esencial de competencias a la junta general de una sociedad de capital individualmente considerada .

En cuanto a la valoración de las actividades esenciales del artículo 511 bis LSC, lo que será objeto de valoración será la transferencia de negocios («*actividades*») a sociedades dependientes. En este sentido, el límite del 25% se aplicará en función del valor de la operación de transferencia a la sociedad filial. El balance de referencia será el mismo –el último balance individual aprobado– y los administradores deberán valorar si la reviste carácter esencial, si bien informando a la junta general en todo caso –es decir, tanto si concluyen que concurre el carácter esencial de los activos, como si no–.

Por otra parte, un sector de la doctrina entiende que el 25% referido en los artículos 160 f) y 511 bis LSC debe cuantificarse sobre la operación en su conjunto, y no sobre el activo objeto de adquisición, enajenación o aportación , a pesar del silencio de la norma en este punto. Y no sólo eso, sino que la norma tampoco recoge el criterio con el que deberá aplicarse la presunción del 25% del balance a los negocios celebrados en distintos momentos temporales que, examinados en su conjunto, respondan a la misma finalidad o produzcan el mismo resultado . A este respecto, por ejemplo, el Derecho británico –Listing Rules 10.2 Classifying transactions– prevé la «agregación» de aquellas operaciones realizadas en los últimos 12 meses siempre: (i) se establezcan con la misma parte o personas vinculadas; (ii) se refieran a activos de la misma sociedad; y (iii) releven la finalidad de explotar una actividad que antes no era esencial .

En cualquier caso, no se olvide que el porcentaje del 25% juega como una simple presunción, de forma que cabe la posibilidad de que se dé esencialidad en un activo que no alcance dicho límite cuantitativo y, a la inversa, que un activo cuyo valor exceda del límite cuantitativo no tenga la consideración de esencial. Parece, por tanto, que tal presunción podría ser destruida por los administradores cuando, aun rebasándose el porcentaje aludido, probaran la condición no esencial de los activos; igualmente podrían los socios invocar el carácter esencial de una operación aun cuando no se rebasara el límite legal, demostrando que la operación resulta esencial para la estrategia corporativa y, por tanto, para el destino de las inversiones sociales comprometidas .

2. Criterio cualitativo: activos cuya adquisición, enajenación o aportación supone una alteración de la composición patrimonial, económica o financiera de la sociedad

Por lo que respecta a la perspectiva cualitativa, y, según la doctrina, el carácter esencial de los activos se debe predicar de los casos en los que la operación comporta una alteración de la composición patrimonial, económica o financiera de la sociedad, que conduce a que ésta ya no sea reconocible como la que tenía con anterioridad. La concreción de tal situación en el caso sería una cuestión de hecho, que exigiría una valoración casuística en función de criterios diversos .

A mayor abundamiento, la regla especial para sociedades cotizadas prevista en el artículo 511 bis LSC recoge, además del criterio cuantitativo que comparte con el artículo 160 f) LSC –el del 25% del balance–, un criterio de orden cualitativo cuando menciona las «*operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad*» . Este segundo criterio, junto con la referencia a la «*transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales*» sirve para identificar el fundamento y objetivos de la nueva competencia de la junta y contribuye a determinar el ámbito de la norma general aplicable a todas las sociedades de capital, de manera que, sobre la base de los apartados a) y b) del artículo 511 bis LSC, se han considerado operaciones sobre activos esenciales aquéllas que producen efectos similares a las modificaciones estructurales, aunque formalmente no sean fusiones, escisiones o transformaciones .

En cualquier caso, habría sido deseable que la redacción actual de la LSC hubiera recogido el criterio cualitativo establecido con mayor concreción en el CBG, según el cual deberán sujetarse a la autorización de la junta general: (i) las operaciones que entrañen una modificación estructural de la sociedad (siendo un ejemplo de ello las operaciones de «filialización»); (ii) la adquisición o enajenación de activos esenciales que entrañen una modificación efectiva del objeto social; y (iii) las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad.

En cualquier caso, para el correcto entendimiento del artículo 511 bis LSC, los autores coinciden en la necesidad de hacer una interpretación conjunta de los artículos 160 f) y 511 bis LSC junto con otros preceptos como son el artículo 161 LSC –intervención de la junta en asuntos de gestión– y el artículo 234 LSC –ámbito del poder de representación de los administradores–.

Por otra parte, ¿qué activos son aquéllos cuya adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad puede conllevar una alteración de la composición patrimonial, económica o financiera de la sociedad? El criterio general es que los supuestos de transmisión de activos del artículo 160 f) LSC han de entenderse con la amplitud que deriva de la literalidad de la norma, es decir, cualquiera que sea la naturaleza de los activos, abarcando todo tipo de bienes o derechos disponibles para la sociedad.

Sin embargo, la DGRN no se pronuncia sobre la cuestión relativa a si el dinero puede ostentar la condición de activo esencial a los efectos del artículo 160 f) LSC. Nos referimos a la resolución de la DGRN 9119/2015, de 10 de julio de 2015, por la que se analizó el carácter esencial de la operación de constitución de una sociedad limitada con aportación dineraria de otra, en la que la razón alegada por el registrador para suspender la inscripción de la escritura fue la falta de acreditación de que la operación no afectaba a activos esenciales de la sociedad aportadora. Pues bien, el Notario recurrente defendió la inaplicabilidad al dinero del concepto de activo esencial porque:

1. el artículo 1375 del Código Civil (LA LEY 1/1889) (CC) proclama el principio general de codisposición de los bienes gananciales y, de otro lado, el artículo 1384 CC (LA LEY 1/1889), la validez de los actos de disposición de dinero realizados por cualquiera de los cónyuges; y
2. el dinero es, por esencia, circulante y en ningún caso puede estar incluido en normas que protejan los activos que para una sociedad puedan ser esenciales; es decir, es un mero instrumento para el trueque de mercaderías, necesario para que ese trueque no tenga que ser directo.

La DGRN, si bien estima el recurso, no se pronuncia sobre lo expuesto por el Notario acerca de la no esencialidad del dinero. Sin embargo, la doctrina es proclive a admitir como activos esenciales todo tipo de bienes y derechos disponibles, incluidos valores, activos líquidos y dinero, acciones, participaciones, inmuebles, créditos o cualquier otra clase de elementos del activo del balance en tanto cualquiera de ellos son susceptibles de transmisión vía aportación.

III. ¿TODAS LAS OPERACIONES SOBRE ACTIVOS ESENCIALES REQUIEREN AUTORIZACIÓN DE LA JUNTA GENERAL? CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS NEGOCIOS REALIZADOS A TÍTULO LIMITADO, OPERACIONES SIN CAUSA ONEROSA Y LAS NO REALIZADAS ENTRE SOCIEDADES

Hemos hecho referencia al criterio recogido en el CBG para determinar las operaciones cuya aprobación correspondería a la junta general; se trata, en particular, de: (i) operaciones que supongan una modificación estructural –entre ellas, aportaciones a entidades dependientes o «filialización»–; (ii) operaciones que supongan una modificación efectiva del objeto social; y (iii) operaciones que tengan un efecto equivalente al de la liquidación de la sociedad.

Por lo tanto, deben considerarse operaciones sujetas a la aprobación de la junta general aquéllas realizadas sobre activos sin los cuales la sociedad no puede seguir realizando la actividad que

constituye su objeto social –lo que supone una modificación de facto del objeto social–, que conducen a su disolución o que suponen una modificación estructural de la sociedad. En cualquiera de dichos negocios, por su trascendencia corporativa, debería exigirse el acuerdo de la junta. En otro caso, permanecen las reglas ordinarias que atribuyen a los administradores el poder para administrar la sociedad y la empresa y disponer sobre los activos de ésta, entrando también en juego la llamada doctrina de la *business judgment rule* establecida por el artículo 226 LSC .

La línea seguida por la Ley 31/2014 (LA LEY 18457/2014) en este punto tiene su antecedente, entre otros sistemas, en el norteamericano. Así, la Model Business Corporation Act –elaborada por la American Bar Association e implantada en 24 Estados– (MBCA) establece la necesaria autorización de la junta de accionistas en aquellas transacciones que hubieren de dejar a la sociedad sin una actividad operativa significativa ; conforme al artículo § 12.02.(a) de la MBCA, se presume que la sociedad retiene una significativa actividad operativa cuando retiene por lo menos el 25% de sus activos o de los beneficios, considerando el resultado consolidado. Y, en el Derecho de sociedades de Delaware, la junta deberá autorizar todas aquellas operaciones que supongan una enajenación de todos o prácticamente todos los activos de la sociedad .

Sobre qué se entiende por «operaciones», debe tenerse en cuenta que el término resulta de la traducción del término inglés «*transactions*», entendiéndose la doctrina mayoritaria que se trata de cualquier tipo de decisión social sin perjuicio de la referencia expresa de la norma a los actos de adquisición, enajenación o aportación . Asimismo, el criterio de *business judgment rule* del artículo 226 LSC parece exigir que la decisión reúna una doble caracterización «estratégica y de negocio» y, además, esté sujeta a la «discrecionalidad empresarial», en el sentido de que esté dotada de la aleatoriedad, contingencia e incertidumbre que supone respecto de su resultado la opción entre distintas alternativas, con el consiguiente riesgo y dificultad de pronóstico en el momento de su adopción sobre los efectos o resultados que finalmente se deriven de la misma.

No obstante lo anterior, debemos referirnos a las dudas que surgen en relación con operaciones que, si bien se realizan sobre activos esenciales, presentan las siguientes características: (i) negocios que supongan una disposición a título limitado; (ii) operaciones realizadas sin causa onerosa (a título gratuito); (iii) operaciones sobre activos esenciales entre filiales de un mismo grupo que no sean dependientes entre sí; y (iv) operaciones realizadas por una sociedad de capital con una entidad de otro tipo (por ejemplo, administración pública o persona física).

1. Negocios que suponen una disposición a título limitado

Según la doctrina mayoritaria, la competencia de la junta se establece en relación con todo negocio que suponga un acto de disposición sobre activos sociales, sin que la referencia a la adquisición, enajenación o aportación pueda entenderse limitada a los actos de disposición que se realicen a título pleno.

Por lo tanto, entrarán dentro del ámbito del artículo 160 f) LSC los negocios en los que la disposición de los activos se realice: (i) a título limitado (véase un usufructo, leasing o arrendamiento que recaiga sobre activos esenciales); o (ii) con fines de garantía (hipoteca o transmisión del dominio en garantía de un crédito, como sucede con un leasing) .

2. Operaciones realizadas a título gratuito

Por el contrario, existe discusión en torno a la necesidad de que las operaciones realizadas a título gratuito deban someterse a la aprobación de la junta general. Así, diversos autores consideran que, por ser los negocios con causa onerosa las operaciones más típicas y frecuentes, la realización de negocios de naturaleza gratuita no tendría que estar reservada a la competencia de la junta general . Y, en sentido contrario, parte de la doctrina entiende que debe admitirse tanto la transmisión a título oneroso como a título gratuito en la medida que esto último sea compatible con el fin o interés social .

Por otro lado, autores defienden la inaplicación de la norma del artículo 160 f) LSC para operaciones carentes de contenido económico, como puede ser el acuerdo de alianza estratégica o comercial con otra empresa o cualquier proyecto de negocio que no implique una transferencia inmediata de activos .

3. Operaciones entre filiales de un mismo grupo que no sean dependientes entre sí

En cuanto a las operaciones entre filiales no dependientes, cabría la posibilidad de admitir una interpretación del artículo 511 bis LSC –«*transferencia a otras entidades dependientes de actividades esenciales aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas*»– que entendiera que artículo 160 f) LSC no se aplica a la aportación a entidades totalmente dependientes, o, lo que es lo mismo, que para la aportación a entidades totalmente dependientes no hace falta la autorización de la junta general en las sociedades que no son cotizadas. Esto es, que la junta no tendría competencia para decidir sobre las operaciones de «filialización».

Sin embargo, tal interpretación privaría a la junta general de la sociedad matriz de gestionar y decidir sobre aspectos cruciales al trasladar éstos al órgano de administración de la filial. Creemos, junto a parte de la doctrina , que esta situación es fruto de una mera descoordinación del legislador y que la interpretación más razonable es atribuir a la junta general la competencia sobre las operaciones de «filialización» –esto es, la aportación de activos esenciales a entidades dependientes-.

Entendemos, también, que las operaciones sobre activos esenciales entre filiales de un mismo grupo que no sean dependientes entre sí, no requerirán el acuerdo de la junta de la sociedad matriz salvo que la operación suponga un cambio sustancial en la estructura del grupo globalmente considerado.

4. Operaciones realizadas por una sociedad de capital con una entidad de otro tipo

Hacemos aquí referencia a otra cuestión resuelta por la DGRN tras haber sido planteada en uno de los recursos recientemente resueltos por dicho organismo . Se trata de dilucidar si el artículo 160 f) LSC resulta de aplicación tan sólo a las operaciones en las que todas las partes intervinientes sean sociedades de capital o, por el contrario, la autorización de la junta también procede cuando la contraparte en la operación no sea una sociedad de capital.

Es de destacar que la mayoría de los supuestos de hecho resueltos recientemente por la DGRN constituyen operaciones realizadas por sociedades de capital cuya contraparte son, principalmente, principalmente, personas físicas. Se trata, en particular, de los casos resueltos por las resoluciones de la DGRN 9007/2015, de 26 de junio de 2015; 9091/2015, de 8 de julio de 2015; 10453/2015, de 27 de julio de 2015; y 12625/2015, de 23 de octubre de 2015. En todas ellas, la operación considerada es una compraventa de una o diversas fincas (viviendas o plazas de garaje) por parte de sociedades limitadas o anónimas a favor de personas físicas.

Es cierto que la redacción del artículo 160 f) puede dar lugar a confusión ya que, al referirse literalmente a la adquisición, enajenación o aportación «a otra sociedad», no queda claro si la norma se limita a supuestos en los que ambas partes son sociedades o si el inciso «a otra sociedad» se refiere sólo al supuesto de aportación.

Como consecuencia de la redacción del citado precepto, el Notario recurrente en el expediente resuelto por la resolución de la DGRN 10453/2015, de 27 de julio de 2015, expuso que una interpretación gramatical, lógica y sistemática, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la reforma, obliga a concluir que debe tratarse de operaciones entre sociedades. Así: (i) la propia redacción del precepto, que gramaticalmente significa adquisición a otra sociedad enajenación a otra sociedad aportación a otra sociedad; (ii) la redacción de la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014 (LA LEY 18457/2014), que ha de servir de guía del intérprete tal y como han resuelto el Tribunal Supremo y la propia DGRN, cuyo tenor literal dice 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», esto es, que se ha de tratar de operaciones societarias, que sean relevantes y, además, que sean similares a la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo.

Al respecto y en sentido contrario al expuesto, la DGRN ha resuelto la procedencia de la aplicación del artículo 160 f) LSC y, por ende, la exigencia de aprobación de la operación por parte de la junta, sea cual sea la condiciones de las personas intervinientes en la operación. De esta forma, se sostiene que la esencialidad de los activos no depende de que la persona que enajene a favor de la sociedad, o adquiera de la sociedad, sea también una sociedad de capital :

«Queda, por tanto, clara cuál es la finalidad de esta reforma, la competencia exclusiva de la Junta General a la hora de aprobar y autorizar cualquiera de estas tres operaciones la adquisición, la enajenación y la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Aunque el mencionado artículo 72 dispone dos excepciones (bienes dentro del tráfico o giro de la empresa o adquiridos en subasta pública) no son aplicables a este caso puesto que el carácter esencial o no del activo no dependerá de esas circunstancias, ni tampoco es posible distinguir a quien se realiza la adquisición o enajenación sin poder extender la referencia a aportación a otra sociedad a esos dos supuestos, puesto que de nuevo el carácter de esencial o no del activo no dependerá de quien proceda (persona física o jurídica) o a quien se transmita».

Es por ello por lo que la DGRN tampoco negó el carácter de operación sobre activos esenciales a la tratada en su resolución 9006/2015, de 26 de junio de 2015, siendo ésta una compraventa de finca rústica suscrita entre el Ayuntamiento de Gea de Albarracín, como parte vendedora, y una sociedad limitada, como compradora .

IV. CRITERIO DE LA DGRN SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE AUTORIZACIÓN POR LA JUNTA GENERAL: ACREDITACIÓN DE LA NO ESENCIALIDAD DE LOS ACTIVOS Y EFICACIA DEL ARTÍCULO 160 F) LSC FRENTE A TERCEROS

Hemos señalado anteriormente que, salvo desconocimiento por nuestra parte sobre la existencia de otras resoluciones, la DGRN ha tratado a lo largo del año 2015 sobre la aplicación práctica de la competencia otorgada a la junta general de las sociedades de capital por la nueva redacción de los artículos 160, 161 y 511 bis LSC. En concreto, la DGRN se ha pronunciado, hasta la fecha de esta publicación, en sus resoluciones 9006/2015, de 26 de junio de 2015; 9007/2015, de 26 de junio de 2015; 9091/2015, de 8 de julio de 2015; 9119/2015, de 10 de julio de 2015; 10453/2015, de 27 de julio de 2015; 12625/2015, de 23 de octubre de 2015; y 14307/2015, de 14 de diciembre de 2015. La situaciones resueltas en los correspondientes expedientes son diversas, toda vez que trata de operaciones de compraventa suscritas entre sociedad de capital y personas físicas –en su mayoría–, entre una sociedad y corporación municipal o, en uno de los casos tratados, entre dos sociedades de capital. Asimismo, se resuelve también la operación consistente en la constitución de una sociedad limitada mediante la aportación dineraria de otra.

En todas las situaciones objeto de recurso ante la DGRN, el registrador encargado de la inscripción del acto conviene suspender tal inscripción ante la falta de acreditación por parte del representante de la sociedad de capital, de que los activos objeto de la operación en cuestión no ostentan la condición de activos esenciales y de que, por lo tanto, no resulta necesaria la autorización de la junta general a los efectos del artículo 160 f) LSC. Y ello, sin perjuicio de que, en dos de los casos, la escritura pública cuya inscripción quedó suspendida recogía una mención expresa acerca del carácter no esencial de los activos .

Sin embargo, con independencia de que los supuestos tratados por la DGRN son diversos entre sí, los criterios acerca de cómo notario y registrador deberán proceder para una aplicación correcta del artículo 160 f) LSC son los mismos en las siete resoluciones tratadas. Por lo tanto, quedan

fuera de debate las consideraciones acerca de: (i) si el acto de disposición se realiza a título pleno o limitado; (ii) la condición de los sujetos intervinientes en la operación (sean todas sociedades de capital, o no); (ii) la valoración y/o naturaleza de los activos objeto de transmisión –incluso si se trata meramente de dinero–.

Así, en las siete resoluciones analizadas se reproduce una fundamentación jurídica idéntica cuya conclusión es, literalmente, la siguiente:

«(...) el artículo 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010) 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 todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (caso, por ejemplo, de un activo afecto al objeto social que sea notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (caso de que del propio título o de los asientos resulte la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal)».

De la conclusión alcanzada por la DGRN, de forma homogénea, en los distintos asuntos tratados, pueden extraerse las siguientes consideraciones:

- 1.** La finalidad del artículo 160 f) LSC es que su aplicación sea preceptiva, además de en los supuestos de adquisición, enajenación o aportación, en 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.
- 2.** Lo relevante para determinar la forma de actuar de notario y registrador en aras de la seguridad jurídica y del tráfico mercantil no es tanto la interpretación de las características de los denominados «activos esenciales», sino las consecuencias que ha de tener la omisión de la aprobación de la junta general.
- 3.** La introducción del artículo 160 f) LSC por la Ley 31/2014 (LA LEY 18457/2014) no deroga el artículo 234.2 LSC, por lo que, con independencia de que se haya cumplido el requisito de la autorización por la junta general, si procediera, la sociedad quedará obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave.
- 4.** El carácter esencial o no esencial de los activos de que se trate escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios –y sin perjuicio del juego de la presunción *iuris tantum* del 25% del activo del último balance aprobado–. Por ello, tanto el notario como el registrador deberán desplegar sus mayores esfuerzos para controlar y asegurar el cumplimiento del artículo 160 f) LSC. Ello, al amparo, de los artículos 17 bis.a) y 24 de la Ley del Notariado (LA LEY 2/1862), por lo que respecta al notario, y de los artículos 18 (LA LEY 3/1946), 33 (LA LEY 3/1946), 34 (LA LEY 3/1946) y 38 de la ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) y del artículo 1259 CC (LA LEY 1/1889), en cuanto al registrador.
- 5.** Ahora bien, habida cuenta de que en nuestro sistema registral no se exige la afirmación por los otorgantes sobre la inexistencia de un vicio invalidante, notario y registrador sólo podrán controlar que la regla competencial del artículo 160 f) LSC ha sido respetada cuando, de

acuerdo a sus medios, puedan apreciar el carácter esencial de los activos objeto del negocio documentado.

Así las cosas, la DGRN estima los recursos planteados en todos los supuestos analizados y, en consecuencia, ampara la inscripción de las operaciones realizadas sobre activos no esenciales, no sujetas a la aprobación de la junta general de la sociedad en el sentido del artículo 160 f) LSC: Sin embargo, la DGRN alude a la conveniencia de aportar, en la formalización del negocio, una certificación del órgano de administración competente o una manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, puesto que su exigencia por parte del notario supondrá el cumplimiento, por parte de éste, de su deber de velar por la adecuación del negocio a la legalidad. Y, en todo caso, sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos.

- (1) Vid. Preámbulo (IV) de la Ley 31/2014 (LA LEY 18457/2014).
- (2) Vid. artículo 161 LSC: «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».
- (3) Vid. artículo 234 LSC: «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».
- (4) Vid. apartados a) y b) del artículo 511 bis LSC.
- (5) Ibáñez Jiménez, J., «La cuarta reforma del buen gobierno corporativo español: antecedentes y consecuencia para el régimen de la junta general», en VV.AA. (Dir. Ibáñez Jiménez, J.), *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades. Examen del Informe de la Comisión de Expertos y del Proyecto de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*, Aranzadi, 2015, Cizur Menor, págs. 21 y ss.
- (6) Tal y como se indica en su Preámbulo, la Ley 31/2014 (LA LEY 18457/2014) es la culminación de los trabajos realizados a partir del año 1997 para estudiar el funcionamiento de las sociedades cotizadas y elaborar propuestas de criterios, recomendaciones y normas que mejorasen los estándares de gobierno corporativo. Así, en los años 1997, 2003 y 2006 se crearon sucesivos grupos de expertos de carácter técnico que dieron lugar, en 1998, al llamado Informe Olivencia, resultado de los trabajos de la Comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades y que sirvió de base para la elaboración del primer Código de buen gobierno de nuestro país; en 2003. Más tarde, la Comisión especial para la transparencia y seguridad de los mercados financieros y sociedades cotizadas elaboró el conocido Informe Aldama, modificando el código anterior y añadiendo nuevas recomendaciones. Finalmente, en 2006 se creó un Grupo de Trabajo Especial para armonizar y actualizar, en línea con las tendencias europeas, el contenido del Código de buen gobierno, dando lugar al CBG hasta ahora vigente.
- (7) Jiménez Sánchez, G.J. e Ibáñez Jiménez, J., «Las competencias de la junta general», en VV.AA. (Dir. Ibáñez Jiménez, J.), *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades. Examen del Informe de la Comisión de Expertos y del Proyecto de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*, Aranzadi, 2015, Cizur Menor, págs. 45 y ss.
- (8) García de Enterría Lorenzo-Velázquez, J., *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010) en materia de gobierno corporativo*, Aranzadi, 2015, Cizur Menor, págs. 21 y 22.
- (9) Ibáñez Jiménez, J., *ibidem*.
- (10)

De Lousanoff, Oleg, «Supreme Court Clarifies Holz Müller Ruling», *Newsletter Corporate Finance-MA*, International Law Office (ILO), 18 de agosto de 2004 (<http://www.internationallawoffice.com>).

- (11) Fernández del Pozo, L., «Aproximación a la categoría de "operaciones sobre activos esenciales", cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta [arts. 160 f) y 511 bis LSC], *La Ley Mercantil*, núm. 11, Sección Sociedades, *La Ley*, febrero 2015 (LA LEY 1585/2015).
- (12) Pérez Moriones, Aránzazu, «Aproximación al proyecto de ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo: las novedades en materia de junta general y derechos de los accionistas», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2014, Aranzadi, octubre 2014.
- (13) Alonso Ureba, A., «El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CBG de 2015», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 45, Aranzadi, julio-diciembre 2015.
- (14) En este artículo se tratarán, en particular, las resoluciones de la DGRN 9006/2015, de 26 de junio de 2015; 9007/2015, de 26 de junio de 2015; 9091/2015, de 8 de julio de 2015; 9119/2015, de 10 de julio de 2015; 10453/2015, de 27 de julio de 2015; 12625/2015, de 23 de octubre de 2015; y 14307/2015, de 14 de diciembre de 2015.
- (15) Vid. artículo 385.3 LEC (LA LEY 58/2000): «Las presunciones establecida por la ley admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba».
- (16) Mateu de Ros Cerezo, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010) y del Código de Buen Gobierno*, Aranzadi, 1ª ed., julio 2015.
- (17) Mateu de Ros Cerezo, R., *íbidem*.
- (18) Guerrero Lebrón, M.J., «La competencia de la junta general en las operaciones relativas a activos esenciales (artículo 160.f) Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 298, Aranzadi, octubre-noviembre 2015.
- (19) Fernández del Pozo, L., *íbidem*.
- (20) Jiménez Sánchez, G.J. e Ibáñez Jiménez, J., *íbidem*.
- (21) Recalde Castells, A., «Artículo 160. Competencia de la junta», en VV.AA. (coord. Juste Mencía, J.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014 (LA LEY 18457/2014))*, Civitas, 1ª ed. Mayo 2015, Cizur Menor.
- (22) Vid. artículo 511 bis b) LSC.
- (23) Jiménez Sánchez, G.J. e Ibáñez Jiménez, J., *íbidem*.
- (24) Alonso Ureba, A., *íbidem*.
- (25) Vid. artículo 226.1 LSC: «En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado».
- (26) Vid. § 12.02.(a) MBCA (Shareholder approval of certain dispositions): «A sale, lease, exchange, or other disposition of assets, other than a disposition described in section 12.01, requires approval of the corporation's shareholders if the disposition would

leave the corporation without a significant continuing business activity. If a corporation retains a business activity that represented at least 25% of total assets at the end of the most recently completed fiscal year, and 25% of either income from continuing operations before taxes or revenues from continuing operations for that fiscal year, in each case of the corporation and its subsidiaries on a consolidated basis, the corporation will conclusively be deemed to have retained a significant continuing business activity».

- (27) Vid. § 271 (a) Delaware General Corporation Law (Sale, lease or exchange of assets; consideration; procedure): «Every corporation may at any meeting of its board of directors or governing body sell, lease or exchange all or substantially all of its property and assets, including its goodwill and its corporate franchises, upon such terms and conditions and for such consideration, which may consist in whole or in part of money or other property, including shares of stock in, and/or other securities of, any other corporation or corporations, as its board of directors or governing body deems expedient and for the best interests of the corporation, when and as authorized by a resolution adopted by the holders of a majority of the outstanding stock of the corporation entitled to vote thereon or, if the corporation is a nonstock corporation, by a majority of the members having the right to vote for the election of the members of the governing body and any other members entitled to vote thereon under the certificate of incorporation or the bylaws of such corporation, at a meeting duly called upon at least 20 days' notice. The notice of the meeting shall state that such a resolution will be considered».
- (28) Guerrero Lebrón, M.J., *íbidem*.
- (29) Recalde Castells, A., *íbidem*.
- (30) Recalde Castells, A., *íbidem*. y, en el mismo sentido, Guerrero Lebrón, M.J., *íbidem*.
- (31) Alonso Ureba, A., *íbidem*.
- (32) Mateu de Ros Cerezo, R., *íbidem*.
- (33) Álvarez Royo, S. y Sánchez, J., «La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160.f) Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010)», *Diario La Ley*, núm. 3426/2015, La Ley, 25 de mayo de 2015, pág. 5.
- (34) Vid. RDGRN 9007/2015, de 26 de junio de 2015.
- (35) Vid. RDGRN 9007/2015, de 26 de junio de 2015.
- (36) Vid. RDGRN 9006/2015, de 26 de junio de 2015: «(...) en nuestro caso concreto, se trata de una adquisición a un Ayuntamiento, no a una sociedad, y además de una finca rústica de escaso valor, que no puede entenderse nunca como una operación que exceda del tráfico ordinario asimilándola a una modificación estructural. El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, el representante de la sociedad compradora debe manifestar expresamente que el bien objeto de la compraventa no es un activo esencial de la misma, pues, en caso de serlo, no tiene competencia para otorgar la escritura por corresponder a la junta general, conforme al artículo 160.f) LSC».
- (37) En este sentido, en el supuesto resuelto por la RDGRN 9091/2015, de 8 de julio de 2015, se indicaba en la escritura pública que «Habiendo yo el Notario advertido a la legítima representación de esta entidad de lo dispuesto en el artículo 160 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010), ésta hace constar que ninguno de los bienes objeto de la presente escritura tiene la condición de activo esencial de la sociedad; y que, en cualquier caso, el importe de la presente no excede del veinticinco por ciento del valor de los activos que figuran en el último balance aprobado por la entidad». Y, en el caso de la RDGRN 14307/2015, de 14 de diciembre de 2015, «que el bien objeto de la presente escritura no tiene la condición de activo esencial de la sociedad; y que, en cualquier caso, el importe de la presente no excede del veinticinco por ciento del valor de los activos que figuran en el último balance aprobado por la entidad».