

LAS COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y EL ARTÍCULO 60 F) DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Carlos Díaz Marquina

José Joaquín Díaz Marquina

Díaz Marquina Abogados

EXTRACTO

En el presente comentario se analizan cuatro resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que interpretan la letra f) del artículo 160 de la LSC tras la importante reforma de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo. Conforme a la postura mantenida por los registradores, es necesario acreditar el carácter no esencial de los activos que se transmiten mientras que para los notarios no es necesario. La Dirección General de los Registros y del Notariado se decanta por aconsejar manifestar en las escrituras que el activo no es esencial. Con ello se mejora la posición de la contraparte que será considerada adquirente de buena fe.

Palabras claves: sociedades de capital, competencias societarias, activos esenciales, compraventa de inmuebles y terceros de buena fe.

Fecha de entrada: 30-09-2015 / *Fecha de aceptación:* 15-10-2015

Las sociedades de capital, como personas jurídicas, precisan de órganos que tomen decisiones y las ejecuten para la consecución de sus fines. Nuestro sistema mercantil establece dos órganos necesarios, la junta general y el órgano de administración.

La junta es el órgano soberano al que corresponde decidir sobre los aspectos de mayor trascendencia para la sociedad. El órgano de administración, como órgano más dinámico, será el encargado de tomar las decisiones que afecten al día a día de la entidad. Esta organización básica puede completarse con otros órganos, que si bien no son obligatorios sí pueden ser útiles para la buena gestión de la sociedad. Tal es el caso del consejo de vigilancia, el comité de auditoría o el de remuneraciones, por indicar algunos de los más habituales, que pueden adquirir las denominaciones y competencias que la propia entidad les quiera asignar, según las necesidades del negocio.

Las relaciones entre la junta y el órgano de administración pueden ser fluidas y cordiales. Para el caso de que no fuera así, nuestro sistema mercantil ha establecido unas normas (esencialmente en la Ley de Sociedades de Capital –en adelante, LSC–) que pueden ser completadas por la vía de los estatutos, que conforman la ley de que se dotan las sociedades para su funcionamiento.

La LSC ha optado por establecer unas competencias indelegables a favor de la junta, quedando asignadas, por defecto, el resto de las competencias en favor del órgano de administración. Las competencias de la junta general están reflejadas en el artículo 160 de la LSC. En la reforma de 2014, de la que hablaremos a continuación, se incluye una nueva letra f) cuya interpretación será objeto de la controversia.

La competencia del órgano de administración se fija, con carácter general, en el artículo 209 de la LSC abarcando «la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta Ley». La reforma de 2014 no incluyó cambios en este precepto.

El presente comentario hace referencia a la interpretación del apartado f) del artículo 160 de la LSC formulada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en sus resoluciones de 26 de junio de 2015 (tres de ellas) y 8 de julio 2015, publicadas en el BOE en los días 11 y 12 de agosto de 2015 frente a las calificaciones negativas de los registradores de la propiedad de Albarracín, La Coruña número 5, Soria número 1 y Alicante número 3.

Los supuestos que dan lugar a las controversias no son idénticos, aunque en todos ellos los registradores alegan el artículo referido y la ausencia de certificación que acredite que los bienes que se transmiten no tienen el carácter de activos esenciales y caso de tener esta consideración se aporte el justificante del acuerdo de la junta.

En el supuesto de Albarracín (NCR006981), un ayuntamiento vende a una sociedad limitada una finca rústica. En el de La Coruña (NCR006982), una sociedad limitada vende a dos personas físicas una finca y una participación indivisa de otras dos fincas. En el de Soria (NCR006959), una sociedad limitada vende a una sociedad anónima una finca rústica. Y en el de Alicante (NCR006997), una sociedad anónima vende a dos personas físicas dos fincas. En definitiva, una sociedad de capital enajena o adquiere un bien inmueble, lo que permite aplicar el artículo 160 f) de la LSC. Aunque este planteamiento es discutido por algunos de los notarios recurrentes, que consideran que solamente debería ser aplicable en el caso de transacciones entre sociedades.

Consideramos que la aplicación por los registradores a estos supuestos es correcta, sin que la decisión de la DGRN desarrolle mayores consideraciones.

El apartado f) del artículo 160 de la LSC es producto de la modificación establecida por la Ley 31/2014, se 3 diciembre, para la mejora del gobierno corporativo. La reforma determina una nueva competencia legal de la junta de las sociedades de capital en relación con lo que califica de activos esenciales:

«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 25 % del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado».

El importe de las operaciones es también diverso: 1.585,14 euros (Albarracín), 6.112,29 euros (La Coruña), 750.000 euros (Soria) y 168.800 euros (Alicante). Parece que en los dos primeros se hubiera podido obviar ese carácter esencial por el escaso importe de las transacciones, frente a los otros dos, pero el tema no se desarrolla en las resoluciones. Quizá una consulta de los registradores de la propiedad al Registro Mercantil hubiera sido suficiente para calificar como no esenciales esos activos al no superar el porcentaje legal. Y así se pronuncia la Dirección General:

«Este Centro Directivo ha admitido la posibilidad de que el registrador de la Propiedad, en el ejercicio de sus funciones, pueda consultar de oficio el Registro Mercantil (Resolución de 16 de febrero de 2012), así como que pueda proveerse de la prueba a su alcance si puede acceder a ella con facilidad (Resolución de 28 de febrero de 2012), siendo compatible el principio de rogación que exige que se inscriba lo que se pide con la posibilidad de consulta al Registro Mercantil por parte del registrador de la Propiedad para acreditar el cargo y la representación del administrador de una sociedad, atendiendo a los principios de facilidad probatoria, proporcionalidad, eficacia, legalidad y tutela del interés público, siempre que los datos se puedan obtener con facilidad (Resoluciones de 11 de junio, 5, 24 y 30 de octubre y 6 de noviembre de 2012 y 24 de junio de 2013)».

Parece deducirse de todo ello que la consulta y la conclusión a la que llegara el registrador deberían ser casi un automatismo, sin que exija excesivos esfuerzos interpretativos de esos asientos del Registro Mercantil, lo cual no es función del registrador de la propiedad.

Otro aspecto que no es suficientemente analizado en las resoluciones es el objeto social de las entidades y el carácter o no de operaciones del tráfico normal que pudieran tener tales transacciones, que sí es alegado por los notarios recurrentes. En el caso de Albarracín, la sociedad se dedica, entre otras actividades, a la compraventa de fincas rústicas y urbanas, mientras que en el de Alicante se trata de una constructora, constando que las fincas se formaron mediante declaración de obra nueva y división horizontal y constaban como primera transmisión por ser sometidas a IVA y no a ITP. En estos dos casos las transacciones corresponden a su tráfico ordinario. Si cada vez que una sociedad de capital realizara una adquisición o enajenación en el marco de su tráfico ordinario y tuviera que aportar acuerdo de la junta en cada ocasión, se podría producir un colapso en el tráfico mercantil y afectaría a su agilidad y eficacia.

La LSC, como ya se ha avanzado, distribuye las competencias societarias entre el órgano de administración y la junta general. La prevención que se incluye en la reforma de 2014 procede de la posibilidad de que determinadas operaciones, por su relevancia, sean asimiladas a modificaciones estructurales, que quedan dentro del ámbito competencial de la junta. Si a través de operaciones aparentemente correspondientes al tráfico ordinario se consiguen resultados estructurales, es lógico que aquellas operaciones queden sujetas a los mismos requisitos que estas y la decisión será tomada en el marco del órgano soberano, la junta, y no en el de gestión, el órgano de administración. El órgano de administración dejaría de ser competente.

Un aspecto esencial para la decisión se encuentra en las consecuencias que pudiera tener esa operativa respecto del tercero de buena fe que ha actuado sin culpa grave. Si los efectos del artículo 160 f) de la LSC son meramente internos entre sociedad y órgano de administración, la transacción sería válida, la posición del tercero de buena fe inatacable y la sociedad tan solo podría instar una acción de responsabilidad contra los administradores que han invadido una competencia que, por ley, se asigna a la junta.

Para la DGRN la apreciación del carácter esencial de los activos escapa al control del notario y del registrador. Tampoco puede desplazarse esta carga en el tercero: «no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refieren». También descarta interpretaciones de la norma que sean incompatibles con la *ratio legis* y con la imprescindible agilidad del tráfico jurídico y que implicarían un necesario pronunciamiento expreso de la junta.

Para su decisión, empieza recordando cuáles son las funciones de los dos funcionarios que intervienen en el control de la operación. Así, el control de creación del notario obliga a este a informar a las partes de la existencia del precepto comentado y a reflejarlo en la escritura para apreciar la regularidad del negocio y la buena fe del adquirente. Es lo que realiza uno de los fedatarios, en concreto, en el caso de Alicante, donde se manifiesta al otorgar la escritura que no se trata de activos esenciales y que no exceden del 25 % de sus activos. Por otra parte, en la calificación sustitutoria del caso de Albarracín, este segundo registrador confirma que bastará con la manifestación de que no es activo esencial para no tener que exigir acuerdo de la junta y subsanar el defecto.

En cuanto al registrador, «solo cuando según los medios que pueda tener en cuenta al calificar el título presentado pueda apreciar el carácter esencial de los activos objeto del negocio documentado podrá controlar que la regla competencial haya sido respetada, sin que pueda exigir al representante de la sociedad manifestación alguna sobre tal extremo, pues en ninguna norma se impone dicha manifestación». Cuando el legislador ha querido que la manifestación sea expresa lo ha determinado en el propio precepto, como es el caso de la necesidad de manifestación sobre el carácter de vivienda habitual o si la finca que se transmite está libre de arrendatarios.

En definitiva, la DGRN estima los cuatro recursos planteados y entiende que no es necesaria manifestación alguna para la inscripción. No obstante, sí que aconseja manifestar si el activo tiene carácter esencial o no, ya que con ello mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave.