

**REVISTA SEMESTRAL DE  
DIREITO EMPRESARIAL**

**Nº 16**

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho  
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro  
**janeiro / junho de 2015**



Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

**Editores:** Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

**Conselho Editorial:** Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

**Conselho Executivo:** Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

**Pareceristas Deste Número:** Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ) e Sergio Negri (UFJF).

**PATROCINADORES:**



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

---

Revista semestral de direito empresarial. — nº 16 (janeiro/junho 2015)  
. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ  
Campinho Advogados  
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

---

\* Publicada no segundo semestre de 2016.

# **LA COMPETENCIA DE GESTIÓN DE LA JUNTA GENERAL DE SOCIEDADES DE CAPITAL EN ESPAÑA: RELACIONES INTERNAS Y EXTERNAS<sup>1</sup>**

## **MANAGEMENT POWER OF SHAREHOLDERS' MEETING IN SPANISH COMPANIES: INTERNAL AND EXTERNAL IMPLICATIONS**

*Javier Megías López*

*Resumen:* La neta separación funcional entre los órganos necesarios de las sociedades de capital ha sufrido un reciente cambio orientado a permitir a la junta general una mayor implicación en las decisiones que históricamente han pertenecido al órgano de administración. El presente trabajo explora las consecuencias que en materia de representación y de responsabilidad implica la nueva regulación sobre distribución de competencias entre órganos.

*Palabras clave:* Junta general. Órgano de administración. Competencias. Gestión. Activos esenciales.

*Abstract:* Functional separation between corporate directors and shareholders has undergone recent changes to allow shareholders meeting more involvement in matters that have historically belonged to directors. This work analyzes the implications of the new

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 18.07.2016 e aceito em 07.11.2016.

norms distributing powers in representation of the corporations and liability of directors.

*Keywords:* Shareholders meeting. Directors. Powers. Management. Essential assets.

*Sumario:* 1. Planteamiento: la distribución orgánica de competencias y conflictos entre los órganos. 2. Competencia de la junta general en materia de gestión: relevancia sobre el poder de representación y la responsabilidad de los administradores. 2.1. La atribución voluntaria de competencia: previsión estatutaria, sumisión por los administradores, e impartición de instrucciones por la junta. 2.2. La nueva atribución legal de competencia para la adquisición o disposición de activos esenciales.

## **1. Planteamiento: la distribución orgánica de competencias y conflictos entre los órganos.**

Como es sabido, la junta general de las sociedades de capital delibera y decide sobre los asuntos propios de su competencia, entendiéndose con dicha afirmación que la competencia del órgano de socios se limita a los asuntos que dispone la Ley y en su caso (como veremos) los que puedan prescribir los estatutos, al contrario de la competencia abierta, genérica y no delimitada que tiene el órgano de administración sobre la gestión y la representación de la sociedad<sup>2</sup>. La

---

2 Así se desprende incluso del tenor 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 (en adelante LSC): nótese la diferencia entre lo previsto por el art. 159, en relación con el art. 160, sobre la competencia de la junta general y el tenor del art. 209 de la misma Ley sobre la competencia del órgano de administración. *Vid.* al respecto a ESTEBAN VELASCO, G. [comentario al] Artículo 160. Competencia de la Junta. *In:* ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.) *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1201-1203; también SÁNCHEZ CALERO, F. *La junta general en las sociedades de capital*. Navarra: Thomson-Civitas, 2007, p. 52 y ss.; y BOQUERA MATARREDONDA, J.; LATORRE CHINER, N. Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada. *In:* EMBID IRUJO, J. M. (coord.). *Las competencias*

doctrina ha clasificado la competencia natural de la junta general en dos grandes grupos de materias: la potestad sobre asuntos de importancia estructural para la sociedad y el control general sobre la gestión social. A ello se añade un tercer grupo que alude a la competencia de la junta general en materia de gestión, como intrusión a la competencia natural del órgano de administración<sup>3</sup>. Esta atribución de competencias viene justificada por el carácter de la junta general de órgano supremo de la persona jurídica: no sólo decide sobre las cuestiones de mayor importancia, de relevancia incluso vital para la sociedad, sino que ejerce un papel de control sobre el desempeño del otro órgano necesario, llegando incluso a poder ejercer la labor de éste en situaciones concretas<sup>4</sup>. Desde un punto de vista estructural, esa supremacía de la junta general sobre el órgano de administración es más significativa en las sociedades cerradas que en las grandes sociedades abiertas; en éstas, el debilitamiento paulatino de esa supremacía es innegable, e inevitable, no correspondiendo el modelo legal con la realidad societaria<sup>5</sup>. Por el contrario, en las sociedades cerradas

---

*de los órganos sociales en las sociedades de capital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 32 y ss. Para el contexto italiano, lo expresa en términos claros BUSI, C. A. *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*. Pádua: CEDAM, 2008, p. 74: “la competencia de la junta sería, por ello, una competencia especial, mientras en sentido contrario el órgano de administración tendría una competencia general sobre todas las materias que no fuesen expresamente atribuidas a la competencia de la junta y que no recaigan en las específicas atribuciones del colegio sindical”. Es singular en el panorama comparado la previsión del Derecho portugués atribuyendo una competencia subsidiaria a la junta general para aquellas cuestiones no atribuidas por Ley o por estatutos a otros órganos, art. 373.2 del *Código das Sociedades Comerciais*.

3 ALONSO LEDESMA, C. El papel de la Junta General en el gobierno corporativo de las sociedades de capital. In: ESTEBAN VELASCO, G. (coord.). *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 637 y ss.; Id. Artículo 160. Competencia de la Junta. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.) *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, p. 1204 y ss.

4 Véanse las interesantes reflexiones sobre la supremacía de la junta general de GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1952, p. 274-276.

5 En contraste con la nota anterior, nótese cómo se refirió a ello precisamente GIRÓN TENA,

los socios son más activos en el impulso directo de la actividad empresarial, pues su mayor capacidad de influencia en las decisiones sociales incentiva su participación al respecto, teniendo en cuenta que las consecuencias para ellos de dichas decisiones suelen ser más relevantes<sup>6</sup>. Desde un punto de vista tipológico, esa supremacía se ha llevado históricamente a la norma reguladora de los modelos de sociedades de capital, dotando a la junta de un papel mayor en la sociedad de responsabilidad limitada que en la sociedad anónima, singularmente por la facultad concedida a la junta de sociedades limitadas de impartir instrucciones sobre asuntos de gestión a los administradores, sin reconocimiento expreso de dicha prerrogativa a la junta de las

---

J. Las reformas varias, pendientes y andantes de la Sociedad Anónima en España. *La Ley*, n. 1, en breve en la p. 928, 1989. Entre otros muchos autores, *vid.* también ALONSO LEDESMA, *op. cit.*, p. 621-622; SÁNCHEZ CALERO, F. El declinar de la junta y el buen gobierno corporativo. *RDBB*, n. 104, p. 9 y ss., 2006; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. Administradores y Junta General: nuevas y viejas reflexiones sobre distribución y control del poder en las sociedades cotizadas. *RDBB*, n. 104, p. 88 y ss., 2006; o más recientemente SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; TAPIA HERMIDA, A. Primacía de los accionistas e ineficiencia de la junta (La reforma de la LSC y los derechos de los accionistas). *E Prints Complutense*, n. 49, *passim*, mar. 2012. Esa decadencia de la junta en su papel jerárquico superior ha dado lugar a teorías que defienden la primacía del órgano de administración y proponen una postergación todavía mayor del papel de la junta general, por todos BAINBRIDGE, S. Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance. *UCLA School of Law Research Paper*, n. 02-06, *passim*, 2002; Id. *The New Corporate Governance in Theory and Practice*. Nueva York: Oxford University Press, 2008, *passim*.

6 En este sentido, y sin ánimo de exhaustividad sobre los caracteres de las sociedades cerradas, debe indicarse ahora que los socios en estas sociedades suelen obtener de ellas un rendimiento que integra buena parte de sus recursos económicos, habitualmente percibiendo retribución como miembros del órgano de administración, o por otro tipo de prestación de servicios a la empresa trabajador o “externo”, y desde luego con la eventual concreción de su derecho a participar en las ganancias a través del dividendo. Sobre la caracterización de las sociedades cerradas, desde un punto de vista tipológico, *vid.* por todos VIERA GONZÁLEZ, J. A. *Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, *passim*, especialmente ahora p. 44 y ss., y en breve p. 39-40. En la doctrina comparada, CLARK, R. *Corporate Law* Boston: Little, Brown and Company, 1986, p. 761 y ss.; WELLS, H. The Rise of the Close Corporation and the Making of Corporation Law. *Berkeley Bus. L. J.*, n. 5, *passim*, 2008; CRIVELLI VISCONTI, P. G. *Società a responsabilità limitata a struttura chiusa e intransferibilità delle quote*. Turín: Giappichelli, 2011, p. 1 y ss.; IMMENGA, U. *Die personalistische Kapitalgesellschaft*. Wiesbaden: Athenäum, 1970, *passim*; FRIEDEWALD, R. *Die personalistische Aktiengesellschaft*. Colonia: Heymann, 1991, *passim*.



sociedades anónimas<sup>7</sup>. Naturalmente, la intervención de la junta en asuntos de gestión genera un problema de conflicto interorgánico de competencias que debe resolver el Derecho, ya sea en términos de Derecho positivo, ya a través de la correcta interpretación teleológica de la norma.

La reciente Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo<sup>8</sup>, ha alterado parcialmente el esquema de competencias orgánicas en las sociedades de capital concediendo mayor protagonismo en asuntos de gestión a la junta general, sin distinción tipológica anónimas-limitadas ni estructural abiertas-cerradas. La ocupación por la junta de la esfera de competencias propia del órgano de administración que dispone la nueva norma se arbitra de dos modos. En primer lugar, se atribuye al órgano de socios la competencia exclusiva para decidir sobre la disposición o adquisición de activos esenciales, decisión que consecuentemente desaparece de la facultad y competencia del órgano de administración<sup>9</sup>; además, con alcance similar pero exclusivamente para sociedades cotizadas, amplía igualmente la competencia de la junta para decidir sobre la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales de la sociedad<sup>10</sup>. En

---

7 Así lo disponía el art. 44.2 de la derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sin previsión equivalente en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Como es natural, la refundición operada por la LSC mantuvo la diferencia en el art. 161. *Vid.* las reflexiones, tras la aprobación de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, de BISBAL MÉNDEZ, J. La junta general de sociedad de la sociedad de responsabilidad limitada. *In:* PAZ-ARES, C. (coord.). *Tratando de la sociedad limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1997, p. 678-681; y en la misma obra colectiva ESTEBAN VELASCO, G. La administración de la sociedad de responsabilidad limitada. *Ibidem.* p. 709-714.

8 BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014.

9 Véase la nueva redacción del art. 160.f) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC, que establece la competencia de la junta para “La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado”.

10 Con la reforma se introduce en la LSC un nuevo art. 511 bis, que en sede de cotizadas añade

segundo término, se elimina la diferencia histórica entre sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas en relación a la iniciativa de la junta general sobre asuntos de gestión, con el reconocimiento para todas las sociedades de capital de la facultad de la junta de intervenir al respecto, que en definitiva compone una competencia concurrente entre ambos órganos<sup>11</sup>.

A continuación analizamos la competencia de la junta general en materia de gestión a la luz del nuevo planteamiento, en particular cómo afecta en su caso a las relaciones internas presididas por la responsabilidad frente a la sociedad por daños de los administradores, y a las relaciones externas, destacadamente a la representación de la sociedad frente a terceros, todo en relación a conductas realizadas en el contexto de la competencia de la junta, exclusiva o concurrente.

## **2. Competencia de la junta general en materia de gestión: relevancia sobre el poder de representación y la responsabilidad de los administradores.**

### **2.1. La atribución o asunción voluntaria de competencia: previsión estatutaria, sumisión por los administradores, e impartición de instrucciones por la junta.**

Existen tres posibilidades distintas para que la junta general de sociedades de capital ejerza su facultad decisoria sobre asuntos de

---

a las competencias generales de la junta previstas en el art. 160 “la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas” art. 511.1.a), precisando que “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” art. 511.2.

11 Art. 161 LSC, que en su nueva redacción sobre “Intervención de la junta general en asuntos de gestión” señala que “Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234”.

gestión, materia como sabemos en principio reservada al órgano de administración. En primer lugar, una previsión estatutaria exigiendo la intervención de la junta general para decidir sobre determinados asuntos de gestión. En segundo lugar, el sometimiento por iniciativa de los administradores al órgano de socios de alguna materia competencia de aquéllos, en términos de consulta. En tercer lugar, la iniciativa de la propia junta general reclamando competencia en específicas materias de gestión, sin previa disposición estatutaria habilitante y salvo que los estatutos nieguen esa posibilidad, requiriendo al órgano administrativo la observancia de las concretas instrucciones impartidas por la Junta, o bien el sometimiento de determinadas decisiones a la autorización de la Junta con carácter previo a su ejecución<sup>12</sup>.

Como decimos, la nueva redacción de la LSC no discrimina el tipo societario a la hora de facultar al órgano de socios para que imparta instrucciones a los administradores, eliminando la anterior dis-

---

12 Ya era admitida la competencia de la junta general en asuntos de gestión bajo la vigencia de la Ley de sociedades anónimas de 1951, en ausencia de disposición en contrario, por GIRÓN TENA. *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1952, p. 284; GARRIGUES, J.; URÍA, R. *Comentario a la ley de sociedades anónimas*. Madrid: Samarán, 1953, Tomo I, p. 501-503; y ESTEBAN VELASCO, G. *El poder de decisión en las sociedades anónimas: derecho europeo y reforma del derecho español*. Madrid: 1982, p. 504-507, que añadía la posibilidad de que la junta general impartiera instrucciones al órgano de administración, p. 505. Más reciente, SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital*. 2. ed. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007, p. 47-48; ALONSO LEDESMA, C. El papel de la Junta General en el gobierno corporativo de las sociedades de capital. *In*: ESTEBAN VELASCO, G. (coord.). *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 638-639; ESTEBAN VELASCO, G. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. *In*: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.) *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1210-1213; BOQUERA MATARREDONDA, J.; LATORRE CHINER, N. Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada. *In*: EMBID IRUJO, J. M. (coord.). *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 76; RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. *In*: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. *Sociedades no cotizadas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 54 y ss.

paridad de regímenes que existía en la Ley. Si entendemos que la facultad de la junta general de impartir instrucciones al órgano de administración es una manifestación de la posición jerárquica superior del órgano de socios<sup>13</sup>, resulta difícil justificar la histórica disparidad de régimen legal entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada si se mantiene ese modelo de jerarquía en la anónima. Esa especialidad tipológica proviene de la caracterización de la sociedad limitada como un híbrido entre las sociedades de capital y las sociedades de personas, remarcando ese carácter personalista y su pretensión de forma de organización para las sociedades cerradas<sup>14</sup>. Es, por cierto, habitual en los ordenamientos comparados de nuestro entorno e influencia conceder a la junta general mayores posibilidades de intervención en materia de gestión en sociedades de responsabilidad limitada que en sociedades anónimas, en la consideración de que el modelo tipológico caracteriza a aquélla como forma para sociedades cerradas y a ésta como forma para sociedades abiertas<sup>15</sup>.

---

13 ESTEBAN VELASCO, G. La administración de la sociedad de responsabilidad limitada. In: PAZ-ARES, C. (coord.). *Tratando de la sociedad limitada*. Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1997, p. 711-712; GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 41.

14 ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 221, 2002; GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 164.

15 Así, en Derecho italiano de sociedades anónimas se declara la competencia exclusiva de los administradores sobre la gestión art. 2380-bis.1 del *Codice Civile*, y la junta sólo puede intervenir si los estatutos requieren su autorización sobre determinadas operaciones art. 2364.1.5) del *Codice Civile*, aunque no se niega por la doctrina el sometimiento por los administradores de materias de gestión a la junta incluso después de que la reforma de 2003 eliminase la disposición que expresamente aludía a tal posibilidad, DE NICOLA, A. Articolo 2380-bis. Amministrazione della società. In: GHEZZI, F. (coord.). *Amministratori. Artt. 2380-2396 c.c.* Milán: Egea, 2005, p. 95; BUSI, C. A. *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*. Pádua: CEDAM, 2008, p. 88 y ss.; en cambio, la regulación sobre la *società a responsabilità limitata* señala que los socios deciden sobre las materias reservadas a su competencia por los estatutos, o sometidas a su aprobación por los administradores o por socios que representen al menos un tercio del capital, sin reserva expresa de las materias de gestión a favor de los administradores art. 2379.1 del *Codice Civile*, disponiendo

El legislador español actual, confirmando la tendencia de los últimos años hacia la aproximación de tipos, entiende superada la cuestión tipológica que enfrenta el régimen de la sociedad anónima con el de la sociedad limitada, en la comprensión de que ambas formas de organización permiten acoger una estructura de la propiedad concentrada con restricciones a la transmisión de la condición de socio no sólo reguladas por Ley o estatutos, sino por limitaciones de mercado, y destacada implicación de los socios en la vida societaria por un interés mayor en los resultados de la empresa, sin que existan razones de peso para impedirlo<sup>16</sup>. Ese interés de los socios en participar en la vida societaria no se manifiesta únicamente en los asuntos propios de la competencia natural de la junta, sino en la pretensión de ejercer un control más incisivo sobre la actividad de gestión del órgano de administración a través de la injerencia (puntual) en asuntos competen-

---

una distribución de competencias absolutamente opuesta a la prevista para sociedad anónima. *Ibidem*, p. 232; CIVERRA, E. *L'assemblea dei soci nelle società di capital*. Milán: Giuffrè, 2011, p. 44-50. Por su parte, en Derecho alemán de sociedades anónimas “la junta general sólo podrá decidir sobre asuntos de gestión cuando la Dirección así lo requiera” art. 119.2 de la *Aktiengesetz* de 1965 (en adelante *AktG*); mientras que para sociedades limitadas se apunta que los administradores deben someterse a las disposiciones estatutarias y a las instrucciones de los socios art. 37.1 de la *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (en adelante *GmbHG*), con amplia flexibilidad para que los estatutos regulen las competencias de los socios incluso en materia de gestión art. 45.1 de la *GmbHG*; aluden al contraste, BINGE, C.; THÖLKE, U. Stellung der Hauptversammlung im Organisationsgefüge. *In*: SCHÜPPEN, M.; SCHAUB, B. (coords.). *Aktienrecht*. München: Beck, 2010, p. 774; *vid.* también SPINDLER, G. comentario al § 119. Rechte der Hauptversammlung. *In*: SCHMIDT, K.; LUTTER, M. (coords.). *Aktiengesetz. Kommentar*. I. Colonia: Dr. Otto Schmidt, 2010, p. 1585 y ss. En Portugal igualmente se afirma que la junta general de las sociedades anónimas únicamente podrá intervenir en asuntos de gestión tras sumisión de la materia por los administradores art. 373.3 del *Código das Sociedades Comerciais*; mientras que en referencia a sociedades de responsabilidad limitada se prevé la obligación de los administradores de gestionar la sociedad con respeto de las decisiones de los socios art. 259 del *Código de Sociedades Comerciais*, pudiendo los estatutos recoger asuntos competencia de los socios art. 246.1 del *Código de Sociedades Comerciais*; *vid.* ENGRÁCIA ANTUNES, J. La junta general de accionistas en la Ley portuguesa de Sociedades. Visión general y algunos problemas. *In*: AA.VV. *La Junta General de las sociedades de capital. Cuestiones actuales*. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2009, p. 115, nota 12.

16 ALFARO ÁGUILA-REAL, J. Los problemas contractuales en las sociedades cerradas. *InDret*, n. 4, p. 6-7, 2005.

cia de éste<sup>17</sup>. Adicionalmente, el legislador encuentra justificación a esta nueva regulación en la pretendida revitalización del papel de la junta general en las grandes sociedades bursátiles, como medida para incrementar la importancia del socio precisamente en las estructuras societarias en las que la junta ha perdido en mayor medida su posición de jerarquía<sup>18</sup>. Aunque, ciertamente, no parece aportar demasiado en lo referido a la participación del accionista disperso y desinteresado de este tipo de sociedades, sino más bien se trata de una medida que favorece el ejercicio de poder por los accionistas de control (mayoritario o minoritario), en el característico modelo de concentración de la propiedad del capital en el mercado de valores español<sup>19</sup>.

Por cualquiera de las tres vías aludidas previsión estatutaria, sumisión por los administradores, asunción por la junta la voluntad

---

17 Aludía ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 229, 2002, a la posibilidad de la junta general de una sociedad anónima cerrada de impartir instrucciones vinculantes a los administradores, por identidad de razón con la estructura esencialmente cerrada para la que se pensó el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada.

18 Véase al respecto la opinión del Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas presentado el 14 de octubre de 2013 por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por el Acuerdo de Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, que constituye la antesala de la reforma de la LSC que comentamos, apuntando que “esta limitación no está justificada, máxime en un momento en el que se trata de reforzar la función de la junta y abrir cauces para fomentar el activismo accionarial. En este sentido, conviene recordar que la facultad de instruir del colectivo de los accionistas está llamado a cumplir un papel incluso en las sociedades cotizadas, en las que puede servir de instrumento para combatir algunos problemas de agencia entre accionistas y ejecutivos”. Sobre la decadencia de la jerarquía de la junta general en las sociedades cotizadas como origen de esos costes de agencia, *vid. supra* nota 4.

19 Así también MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. La facultad de impartir instrucciones o exigir autorización sobre asuntos determinados de gestión. *In: AA.VV. Las reformas del régimen de sociedades de capital según la Ley 31/2014*. Gómez-Acebo & Pombo. Gestión del Conocimiento, 2015, p. 14-15. Sobre ese modelo predominante de concentración del capital, GARRIDO GARCÍA, J. M. *La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2002, p. 70-72; FARRANDO MIGUEL, I. Una aproximación al “Buen Gobierno” de las sociedades anónimas abiertas. *RdS*, n. 26, p. 169-171, 2006.

social puede alterar la distribución de competencia orgánica predis- puesta por la Ley en lo referido al ejercicio de la gestión. O expresado en términos más relevantes en cuanto a las eventuales consecuencias jurídicas, a través de esas vías se pueden introducir limitaciones vo- luntarias, sean estatutarias u orgánicas, a la competencia de gestión de órgano de administración. Lo relevante entonces es conocer cómo vinculan esas limitaciones voluntarias a los administradores y cómo afectan a las relaciones con terceros y a la responsabilidad de los ad- ministradores en caso de actos en exceso de competencia. Es decir, y para seguir un orden lógico, veremos en primer lugar el alcance del deber de ejecución de los administradores de los acuerdos de la jun- ta, deteniéndonos a continuación en la repercusión de ese deber de ejecución sobre el ámbito del poder de representación y la eventual responsabilidad<sup>20</sup>.

En efecto, sobre el órgano de administración pesa un deber de ejecución de los acuerdos de la junta general, dado que éstos son fuente de obligaciones para los administradores<sup>21</sup>. Ahora bien, no es un deber absoluto e incondicional. El alcance del deber de ejecución es sobre los acuerdos lícitos que recaigan en la competencia de la

---

20 Véase en resumen de actualidad, precisamente sobre la nueva redacción del art. 161 LSC y su relevancia sobre el deber de ejecución, la representación y la responsabilidad, la nota de MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. La facultad de impartir instrucciones o exigir au- torización sobre asuntos determinados de gestión. *In: AA.VV. Las reformas del régimen de sociedades de capital según la Ley 31/2014*. Gómez-Acebo & Pombo. Gestión del Conocimien- to, 2015, p. 13-14.

21 En ausencia de previsión legal expresa, es así reconocido unánimemente por la doctrina, *vid.* ahora QUIJANO GONZÁLEZ, J. *La responsabilidad civil de los administradores de la so- ciedad anónima (Aspectos sustantivos)*. Valladolid: Publicaciones Universidad de Valladolid, 1985, p. 172 y ss.; *Id.* [comentario al] Artículo 236. Presupuestos de la responsabilidad. *In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.) Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civi- tas-Thomson Reuters, 2011, p. 1697. En Derecho alemán de sociedades anónimas, por ejemplo, el art. 83.2 de la *AktG* dispone con claridad que “La Dirección tiene la obligación de ejecutar las decisiones acordadas por la junta general dentro del marco de su competencia”; al respecto SEIBT, Ch. H. [comentario al] § 83. Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbes- chlüssen. *In: SCHMIDT, K.; LUTTER, M. (coords.). Aktiengesetz. Kommentar*. I. Colonia: Dr. Otto Schmidt, 2010, p. 1120 y ss.

junta general y que no generen un daño a la sociedad. El deber de ejecución se somete por tanto al límite general de la ilicitud del acuerdo de la junta, y en especial si de dicha ilicitud se desprende previsiblemente un daño causado por el acto a ejecutar que genera un riesgo de responsabilidad en los propios administradores atendiendo a la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad. Dicho de otro modo, los administradores pueden no ejecutar los acuerdos de la junta general que infrinjan la normativa aplicable a la sociedad o que sean perjudiciales para ésta, ya sea en origen o bien si se alteraron las circunstancias de la adopción del acuerdo por la junta<sup>22</sup>. En tales casos, los administradores no tienen un deber de ejecutar los acuerdos de la junta, sino más bien todo lo contrario: podría hablarse incluso de un deber de no ejecutar los acuerdos ilícitos y lesivos de la junta<sup>23</sup>. En el marco a que nos referimos de la distribución de compe-

---

22 Veremos más adelante, al tratar la responsabilidad, cómo precisamente el hecho de que la participación de la junta adoptando, autorizando o ratificando el acto lesivo no exima de responsabilidad a los administradores que lo ejecutan permite deducir este alcance del deber de ejecución por los administradores de los acuerdos de la junta, ahora en lo referido a la materia de gestión. Con más detenimiento, *vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J. *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (Aspectos sustantivos)*. Valladolid: Publicaciones Universidad de Valladolid, 1985, p. 172 y ss. y 273; ALCOVER GARAU, G. [comentario al] Artículo 44. *In:* ARROYO, I.; EMBID, J. M. (coords.). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 521; ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 223 y 227 y ss., 2002; GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 111 y 115-118; SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital* 2. ed. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007, p. 333; PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, B. La exoneración de responsabilidad de los administradores de sociedades por intervención de la junta general. *In:* AA.VV. *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*. Madrid: Marcial Pons, 2007, Tomo II, *passim*, especialmente p. 1030 y ss., que apunta que “la falta de vinculación de los administradores a los acuerdos lesivos de la Junta se produce exclusivamente en relación con los acuerdos lesivos a efectos de responsabilidad, es decir, respecto a acuerdos contrarios a la Ley, estatutos o susceptibles de ocasionar un daño al interés social”, p. 1033-1034.

23 Aludía al deber de no ejecución de los acuerdos nulos o anulables de la junta QUIJANO GONZÁLEZ. *Ibidem*. p. 182-183. Hoy RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. *In:* JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comen-*



tencia sobre la gestión, el deber de ejecución de decisiones de gestión adoptadas por la junta se genera como hemos visto si los estatutos le atribuyen tal competencia decisoria respecto a alguna materia gestora, si los administradores le someten a su decisión cuestiones de gestión, o si la propia junta general reclama para sí la aprobación de asuntos de gestión concretos<sup>24</sup>.

Dicho esto, el siguiente paso es conocer los efectos frente a terceros de un eventual incumplimiento por los administradores de su deber de ejecutar un acuerdo lícito de la junta en materia de gestión por ampararse éste en la competencia que el órgano de socios tuviera atribuida en virtud de las tres posibilidades aludidas. La opción de la Ley es que la intervención de la junta general en asuntos de gestión tenga únicamente efectos internos, manteniendo así en buena medida la autonomía del órgano de administración en el ejercicio de su función general de gestión y sobre todo de representación<sup>25</sup>. Tanto es así que la propia LSC declara expresamente que la intervención de la junta general en materia de gestión a través de su iniciativa de asunción de competencia impartición de instruccio-

---

*tario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas.* Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 59-60.

24 En referencia a ese deber de ejecución de los acuerdos de la junta en materia de gestión ESTEBAN VELASCO, *op. cit.*, p. 223; y GARCÍA VIDAL, *op. cit.*, p. 111.

25 En alusión a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995, ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 223-224, 2002; SÁNCHEZ CALERO, F. *La junta general en las sociedades de capital*. Navarra: Thomson-Civitas, 2007, p. 459; BOQUERA MATARREDONDA, J.; LATORRE CHINER, N. Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada. *In: EMBID IRUJO, J. M. (coord.). Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 82-83. Anteriormente, *vid. GIRÓN TENA. Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1952, p. 358 y ss., en especial ahora pág. 361. En referencia actual y concreta a la reforma comentada, RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. *In: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 58-59.

nes en sentido amplio se entiende sin perjuicio del amplio e inderogable ámbito del poder de representación de los administradores que prevé la propia Ley en tutela de terceros<sup>26</sup>. Esta aplicación de las reglas sobre el ámbito del poder de representación debe tenerse presente no sólo en los casos de intervención de la junta en materia de gestión por propia iniciativa, sino también si esa competencia en materia de gestión proviene de una habilitación estatutaria o tras el sometimiento del asunto concreto por los administradores. De este modo, en aplicación del indisponible ámbito del poder de representación previsto por la Ley, un eventual incumplimiento del deber de ejecución por los administradores, actuando en forma diversa a lo predispuesto por la junta en ejercicio de la competencia que tenga atribuida por estatutos, por sumisión por los administradores, o por asunción de competencia, no afecta en absoluto a la validez y eficacia del acto de representación de la sociedad frente a terceros de buena fe. Con independencia de su origen y de la forma que revistan, cualquier limitación voluntaria al ámbito legal del poder de representación es inoponible frente a tales terceros, y tanto las previsiones estatutarias atribuyendo a la junta competencia en materia de gestión

---

26 *Vid.* el art. 161 LSC, que declara aplicable en todo caso el ámbito del poder de representación previsto por el art. 234 LSC, al que se remite. Entre las enmiendas al Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo de 30 de mayo de 2014, el Grupo Parlamentario La Izquierda Plural propuso que la nueva redacción del art. 161 LSC dejara constancia de que “Dichas instrucciones, autorizaciones o acuerdos deberán ser seguidos por el órgano de administración” (enmienda núm. 23), con la finalidad de reforzar los poderes de la junta para el control de la administración; sin embargo, no sugirió alteración del art. 236.2 LSC sobre la no exoneración de los administradores a pesar de mediar acuerdo de la junta acordando, autorizando o ratificando el acto lesivo, que ya hemos apuntado y como veremos con más detenimiento a continuación es realmente la regla que compone el alcance del deber de ejecución por los administradores de los acuerdos de la junta. Por su parte, el Grupo Parlamentario Socialista, en una proposición de escasa enjundia, sugería una eliminación de la remisión por el art. 161 al art. 234 LSC, dejando en aquél simplemente la afirmación de que “Los actos realizados por los administradores infringiendo las instrucciones impartidas por la junta serán válidos frente a terceros” (enmienda núm. 65); lo cierto es que resulta preferible declarar la validez de lo actuado frente a terceros a través de una remisión al régimen completo previsto en el art. 234, como hacía la LSC antes de la reforma y mantuvo la norma finalmente aprobada.

como los acuerdos de este órgano relativos a la gestión sin una previa habilitación estatutaria por sometimiento de los administradores o por iniciativa de la junta son limitaciones voluntarias<sup>27</sup>.

La cuestión de cierre ha de ser cómo afecta a la responsabilidad de los administradores su conducta cumpliendo o incumpliendo el deber de ejecución de un acuerdo válido de la junta general en

---

27 Art. 234.1 LSC. ESTEBAN VELASCO, G. [comentario al] Artículo 234. Ámbito del poder de representación. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.) *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1684, señala que entre las limitaciones voluntarias “se encuentran las estatutarias, en las que la realización de determinados actos se confía a otro órgano o simplemente se somete a su previa autorización, así como las que resultan de acuerdos adoptados por órganos competentes, que disponen la aprobación o autorización previa o imparten instrucciones. (...) Estas limitaciones, en cambio, despliegan su eficacia en el plano de las relaciones internas entre el órgano de representación y la sociedad, en el sentido de que crean un deber de cumplimiento interno cuya violación produce consecuencias en orden a la revocación y, en su caso, responsabilidad”. Debe añadirse que el art. 234.1 LSC no requiere expresamente buena fe en el tercero para que la limitación voluntaria interna al poder de representación sea inoponible por la sociedad, pero no parece justificable conceder tutela al tercero de mala fe, recayendo eso sí en la sociedad la carga de la prueba de que el tercero conocía dicha limitación y la consecuente vulneración por el órgano de administración, *Ibidem*. En este sentido también se pronuncia el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, en cuyo art. 215-3 señala que “Cualquier limitación del poder de representación de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros” párrafo 2, añadiendo a continuación que “En ningún caso quedará obligada la sociedad con los terceros que hubieran actuado en fraude o con mala fe en perjuicio de la sociedad” párrafo 3, en un texto que proviene de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002 art. 34. En Derecho comparado, igualmente el art. 2384, párrafo segundo, del *Codice Civile* italiano se muestra meridianamente claro en este sentido, en sede de sociedad anónima: “las limitaciones a los poderes de los administradores que resulten de los estatutos o de una decisión de los órganos competentes no son oponibles a los terceros, incluso si fueran publicadas, salvo que se pruebe que éstos han actuado intencionadamente en daño de la sociedad”, con un grado muy destacado de tutela del tercero al ser necesario probar dolo; en términos equivalentes se pronuncia el art. 2475bis del *Codice Civile* en referencia a la sociedad de responsabilidad limitada, aludiendo a las limitaciones estatutarias o derivadas del acto de nombramiento. En sentido similar, aunque con menor tutela del tercero al ser suficiente demostrar su negligencia para la oponibilidad, el *Codigo das Sociedades Comerciais* portugués alude expresamente a la necesidad de probar que el tercero conocía la limitación voluntaria o no la podía ignorar, sin admitirse la prueba por la mera previsión estatutaria y su correspondiente inscripción, arts. 409 y 260, referidos respectivamente a sociedades anónimas y a sociedades limitadas.

materia de gestión en virtud de la competencia que tiene atribuida para ello, ya sea en estatutos, ya respondiendo al sometimiento de la materia por los administradores, o bien tras su propia iniciativa de reclamo de competencia. Desde luego, existiendo obligación de ejecutar un acuerdo lícito que recaiga en la competencia de la junta general y del que no se prevea un perjuicio, la inobservancia de tal deber es un acto antijurídico susceptible de generar responsabilidad en los administradores si media culpa y se produce un daño. Y al contrario, si la junta general interviene en asuntos de gestión excediendo la competencia que tiene reconocida, los administradores no tendrían la obligación de ejecutar, el acuerdo no sería vinculante para los administradores, y su inejecución no podría reputarse antijurídica *per se* de cara a imputarles responsabilidad; piénsese en los casos en que los estatutos hayan introducido una cláusula que atribuye la competencia de la junta sólo para decisiones concretas de gestión por razón de su cuantía o por su relevancia cualitativa y la niega para las demás, o bien por la exclusión estatutaria de la facultad de la junta de impartir instrucciones o reclamar la autorización para cualquier asunto de gestión tal y como permite expresamente la LSC<sup>28</sup>.

Los problemas principales se plantean con los límites de ese deber de ejecución cuando del acuerdo de la junta se prevea la causación de un daño. A este respecto, como hemos apuntado, la clave de bóveda del alcance del deber de ejecución de los acuerdos de la junta general aparece en la rotundidad con que se expresa la LSC en sede de responsabilidad, que deja claro que la intervención de la junta no elimina la antijuridicidad ni culpabilidad de la conducta de los

---

28 Véase GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 111. Señaló con acierto y claridad QUIJANO GONZÁLEZ, J. *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (Aspectos sustantivos)*. Valladolid: Publicaciones Universidad de Valladolid, 1985, p. 179, “la responsabilidad por el incumplimiento tiene como presupuesto previo el deber de ejecución; cuando éste existe, el acuerdo de la Junta es fuente de obligaciones para los administradores. Por el contrario, si no hay deber de ejecución, el incumplimiento del acuerdo no acarrea responsabilidad”.

administradores de cara a imputarles responsabilidad en caso de que dicha conducta produzca un daño<sup>29</sup>. Existiendo un deber de ejecución de los acuerdos válidos competencia de la junta general, la consecuencia normal de la observancia por los administradores sería la exclusión de su responsabilidad frente a la sociedad por los daños que tal acto pudiera ocasionar, entendiéndose de ese modo que el deber de ejecución elimina la antijuridicidad de la conducta o, cuando menos, la culpabilidad<sup>30</sup>. Sin embargo, la opción del legislador es-

---

29 El art. 236.2 LSC dispone que “En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”.

30 ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 223, 2002. Así lo dispone con rotundidad el art. 93.4 de la *AktG* alemana, en conexión con el deber de ejecución que igualmente se establece en el art. 83.2: “No se produce la obligación de indemnizar frente a la sociedad si la actuación se basa en un acuerdo legal de la junta general”. KRIEGER, G.; SAILER-COCEANI, V. [comentario al] § 93. *Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder*. In: SCHMIDT, K.; LUTTER, M. (coords.). *Aktiengesetz. Kommentar*. I. Colonia: Dr. Otto Schmidt, 2010, p. 1283-1285. Debe tenerse en cuenta la estructura orgánica de la sociedad anónima en Alemania, pues entre la junta y la Dirección, órgano gestor en sentido estricto, se encuentra el Consejo de Vigilancia, que actúa de filtro. Ahora bien, el mismo art. 93.4 de la *AktG* apunta, en su segundo inciso, que “el hecho de que el Consejo de Vigilancia haya aprobado dicha actuación no excluye la obligación de indemnizar”, lo que lleva a entender que las decisiones del Consejo de Vigilancia no son vinculantes para la Dirección, ECKERT, J. [comentario al] § 93. *Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder*. In: WACHTER, T. (coord.). *AktG: Kommentar zum Aktiengesetz*. Colonia: RWS, 2012, p. 627. Esta última disposición adquiere mayor relevancia por la intervención del Consejo de Vigilancia en la orientación estratégica de la empresa con la necesaria aprobación de determinadas operaciones de negocio, que deben prever los estatutos, y si no son autorizadas por el Consejo de Vigilancia, la Dirección puede someter a la autorización de la junta general art. 111.4 *AktG*. En este sentido, además, debe añadirse que en el Derecho alemán de sociedades anónimas la junta general tiene menos posibilidades de intervenir en asuntos de gestión, dado que “la junta general sólo podrá decidir sobre asuntos de gestión cuando la Dirección así lo requiera” art. 119.2 *AktG*. Sucede igual en Derecho portugués de sociedades anónimas, muy influenciado por el Derecho alemán, pues la junta general sólo puede intervenir en asuntos de gestión a solicitud de los administradores art. 373.3 del *Código das Sociedades Comerciais*, y se afirma la exención de responsabilidad si media acuerdo de la junta autorizando el acto lesivo art. 72.5. ENGRÁCIA ANTUNES, J. La junta general de accionistas en la Ley portuguesa de Sociedades. Visión general y algunos problemas. In: AA.VV. *La Junta General de las sociedades de capital. Cuestiones actuales*. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2009, p. 113-115.

pañol negando la exoneración derivada del acuerdo de la junta general se mantiene con una doble finalidad: primero evitar un descargo de responsabilidad de los administradores frente a decisiones lesivas de gestión sobre las que mantienen la competencia, y segundo dotar de autonomía plena a los administradores en el ejercicio de la gestión de la sociedad, comoquiera que tienen un parámetro de diligencia objetivo y especializado por razón de su cargo y una información y capacidad de análisis sobre la gestión presumiblemente superior al de los socios que les permite optar por la mejor decisión para la sociedad, en tutela del patrimonio social e indirectamente de los socios minoritarios<sup>31</sup>.

---

31 El Derecho francés de sociedades anónimas es igualmente rotundo en este sentido: “Ninguna decisión de la junta general puede tener por efecto extinguir una acción de responsabilidad contra los administradores o contra el director general por faltas cometidas en el ejercicio de su función” art. L225-253, segundo párrafo, del *Code de Commerce* francés. En cuanto al Derecho italiano de sociedades anónimas, se afirma que la junta general puede decidir “sobre las autorizaciones eventualmente requeridas por los estatutos para realizar actos de los administradores, manteniéndose en todo caso la responsabilidad de éstos por los actos realizados” art. 2364.1.5) del *Codice Civile*, en relación con la expresa atribución con carácter exclusivo de la competencia sobre la gestión a los administradores art. 2380-bis.1 del *Codice Civile*. La doctrina italiana interpreta estos dos artículos concediendo a los administradores margen de no ejecución de lo dispuesto por la junta en materia de gestión, ABBADESSA, P.; MIRONE, A. Le competenze. In: CAGNASSO, O.; PANZANI, L. (dirs.). *Le nuove p.a.* Bolonia: Zanichelli, 2010, p. 583. Se ha planteado por parte de nuestra doctrina, entre otras opciones, y en virtud de la doctrina de los actos propios, que la intervención de la junta general podría impedir a ésta el ejercicio de la acción social de responsabilidad, siempre y cuando el acuerdo del órgano de socios fuera plenamente informado, no impidiendo en cambio su ejercicio a los demás legitimados socios minoritarios y acreedores, SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital* 2. ed. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007, p. 335; JUSTE MENCÍA, J. *Los “derechos de minoría” en la sociedad anónima*. Pamplona: Aranzadi, 1995, p. 435 ss.; GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 139. En realidad, el tenor literal es tajante al señalar que “en ningún caso” un acuerdo de la junta general impide la imputación de responsabilidad a los administradores, ya sea por su exoneración ya por una restricción en el ejercicio de las acciones de responsabilidad. La vía para tal exoneración no se produce en sede de un acuerdo de la junta en materia de gestión, sino en el marco de un acuerdo sobre la responsabilidad, donde como es sabido la junta general puede renunciar al ejercicio de la acción social en cualquier momento art. 238.2 LSC, en su condición de legitimado activo de primer nivel. De modo que los administradores, en el momento en que la junta general se pronuncia sobre un asunto de gestión, pueden promover un pronunciamiento de la propia

De esta manera, ante acuerdos sobre asuntos de gestión adoptados por la junta general en este contexto, los administradores que hubieran ejecutado lo dispuesto por la junta podrían responder del daño finalmente producido si se demuestra antijuridicidad y culpabilidad de su comportamiento. Además, si en el acuerdo de la junta previeran los administradores un resultado lesivo para la sociedad como consecuencia de su eventual ejecución, no nacería el deber de ejecución, precisamente por el riesgo de incurrir en responsabilidad que acabamos de mencionar; más bien al contrario, como hemos apuntado, genera en su deber de diligencia una obligación de no ejecución, debiendo entonces proceder como estimen más oportuno para la sociedad. E incluso si esa actuación en sentido diverso a lo acordado por la junta pudiera también generar un daño, los administradores no incurrirán en un comportamiento antijurídico y culpable susceptible de generar responsabilidad si su opción era la alternativa menos lesiva para la sociedad, en una ponderación de las circunstancias en torno a ambas opciones: se valora la diligencia empleada en la contraposición de los posibles daños. Llegados a este punto, esti-

---

junta sobre su renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad en caso de ejecución de aquél por los administradores, y atendiendo al resultado de este acuerdo de renuncia ejercer la autonomía de su posición y decidir si ejecutar o no dicho acuerdo sobre gestión, teniendo presente que la legitimación activa subsidiaria de socios minoritarios y acreedores quedaría intacta en cualquier caso, ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 228, 2002; *vid.* también la reflexión de POLO SÁNCHEZ, E. *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima: (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*. Madrid: Civitas, 1992, p. 311-312. Por su parte, QUIJANO GONZÁLEZ, J. [comentario al] Artículo 236. Presupuestos de la responsabilidad. *In:* ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.). *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1698-1700, aboga por interpretar caso por caso el art. 236.2 LSC en atención a la naturaleza del acto concreto, que pudiera permitir la moderación de la responsabilidad o incluso la exoneración si no había margen para no ejecutar el acuerdo, siempre conforme a su finalidad de evitar “que los administradores “usen indebidamente la junta general” con pretensión de eludir su responsabilidad en asuntos propios de su competencia orgánica, sin que exista base para ello”, por ejemplo ante decisiones previsiblemente perjudiciales que pretenden amparo en el deber de ejecución; “es, sin duda, este recurso abusivo e injustificado a la junta el que debe estar penalizado con la no exoneración que proclama el precepto, necesitado de interpretación correctora en los demás casos indicados”.

mamos que incluso sería posible un incumplimiento justificado del deber de ejecución y la opción por los administradores de una alternativa más eficiente desde un punto de vista empresarial a la acordada en junta, incluso aunque del acuerdo de la junta no se prevea un resultado lesivo, sin que de ese acto antijurídico derive responsabilidad para los administradores, principalmente por ausencia de daño, y probablemente por ausencia de culpa en su comportamiento<sup>32</sup>. Desde luego, con mayor razón desde la introducción de la regla de discrecionalidad empresarial en la misma reforma que ahora comentamos<sup>33</sup>: acogiéndose a la *business judgment rule* en la inexecución

---

32 GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 134, “los administradores no responden frente a los socios ni frente a la sociedad en caso de que el incumplimiento de las instrucciones no cause un perjuicio a la sociedad”. Se ha dicho autorizadamente que la legitimación para no ejecutar los acuerdos de la junta en base al riesgo de responsabilidad “no permite a los administradores rechazar la decisión de la JG por meras razones de oportunidad y sustituirla por otra a su juicio “más conveniente empresarialmente”. El sistema de distribución de competencias no lo consiente. A los administradores les corresponde en todo caso una función de “filtro” para verificar, en la fase ejecutiva, si las iniciativas no sólo son legales, sino razonables en términos de “administración diligente” (...), para evitar las que resulten manifiestamente imprudentes y con probable verosimilitud dañosas para los intereses sociales”, ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 227, 2002; también ALCOVER GARAU, G. [comentario al] Artículo 44. *In*: ARROYO, I.; EMBID, J. M. (coords.). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 521; y en igual sentido que éstos, refiriéndose al régimen después de la reforma por la Ley 31/2014, RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. *In*: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. *Sociedades no cotizadas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 60: “a través del acuerdo de la junta, los socios desposeen a los administradores de su discrecionalidad en la toma de decisiones empresariales, que con carácter general la ley les reconoce. Los administradores ya no eligen entre las alternativas posibles y potencialmente razonables. (...) Si las instrucciones de la junta son vinculantes, los administradores no pueden ni desatenderlas, ni optar por otra solución que consideren más ajustada al interés social”. Sin embargo, no encontramos un obstáculo que impida la ejecución diversa por los administradores, principalmente si pensamos que la acción no sólo no perjudica a la sociedad, sino que le beneficia.

33 *Vid.* el art. 226 LSC, en su redacción por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Recientemente sobre la *business judgment rule*, GUERRERO TREVIANO, C. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de*



del acuerdo de la junta en materia de gestión en este contexto de atribución o asunción voluntaria, los administradores no eliminan la antijuridicidad del acto de desobediencia, pero sí la culpabilidad<sup>34</sup>. Es decir, sería posible un incumplimiento del deber de ejecución sin que de ello derive responsabilidad de los administradores incumplidores. Si entendemos que la atribución voluntaria de competencia a la junta en asuntos de gestión vía estatutos, sumisión por los administradores, o reclamo por la junta genera una competencia compartida o concurrente con el órgano de administración, no exclusiva de la junta, esa concurrencia presenta el problema de la contradicción simultánea de actos de gestión por los dos órganos competentes; pero el carácter de la junta de órgano interno le impide la ejecución de su propio acuerdo, de modo que en este punto el órgano de administración obtiene ventaja de su caracterización como órgano externo. Con los matices indicados, tal incumplimiento no produciría consecuencias a efectos de representación frente a terceros de buena fe, y no es posible im-

---

la *business judgment rule al ordenamiento español*. Cizur Menor: Civitas, 2014, *passim*; también sobre el nuevo art. 226 LSC, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [comentario al] Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial. In: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. Sociedades no cotizadas. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 225 y ss.

34 Nótese que la diligencia juega doble sentido en la valoración sobre los presupuestos de la responsabilidad: por una parte como deber inherente al desempeño del cargo cuyo incumplimiento es antijurídico; por otra, como pauta de valoración de la culpabilidad. En otras palabras, la diligencia objetiva debida por el administrador en el desempeño del cargo constituye la medida de la culpa presupuesto subjetivo de la responsabilidad; *vid.* ESTEBAN VELASCO, G. La acción individual de responsabilidad. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.). *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 190; con otra visión matizando esa idea, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de las sociedades de capital (art. 135 LSA)*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 151 y ss. y 178 y ss. En este punto, la Ley actual nos dice, en la conexión (al menos) entre los arts. 226 y 236, que el incumplimiento por los administradores del deber de ejecución (antijuridicidad) no es culpable si se actuó "de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado". En otro ámbito, no existiendo deberes concretos sobre los que pueda señalarse su incumplimiento, la *business judgment rule* excluiría directamente la antijuridicidad.

putar responsabilidad en ausencia de daño, por ejemplo porque los administradores optan por una solución más eficiente y no se puede demostrar la lesión. Cuestión distinta, aunque no baladí, es que esa conducta de los administradores tenga efectos sobre su permanencia en el cargo: la posición de control de la junta sobre la estabilidad en el cargo de los administradores repercute en la obediencia de éstos a las decisiones de aquélla cuando no se prevea causación de un daño por su ejecución<sup>35</sup>. En definitiva, entendemos que la competencia legal de los administradores, el alcance de su poder de representación y el mantenimiento en todo caso de la responsabilidad por los actos de gestión y representación indican que la conducta les es imputable exclusivamente a ellos, de modo que se mantiene una autonomía muy destacada en la ejecución por la administración de los acuerdo de la junta en materia de gestión<sup>36</sup>. En la alternativa entre ejecución y desobediencia, elegirán atendiendo al riesgo de responsabilidad frente al riesgo de separación. Y, ciertamente, la nueva previsión del margen de discrecionalidad empresarial o *business judgment rule* juega a favor de la opción por la ejecución del acuerdo y la permanencia en

---

35 La posibilidad de verse separados del cargo en cualquier momento *ad nutum* art. 223 LSC por su desobediencia funciona como incentivo negativo suficientemente poderoso para ejecutar en sus términos los acuerdos de la junta en materia de gestión, en conexión con la pérdida de retribución incentivo positivo y de reputación incentivo tanto positivo como negativo, a pesar de no resultar eficaz la responsabilidad como principal incentivo negativo del ejercicio del cargo. En este sentido, una eventual separación basada en el incumplimiento de las instrucciones de la junta sin daño para la sociedad sería motivo suficiente para, en su caso, negar la indemnización por cese pactada.

36 Con una visión distinta, entendiendo que la ejecución del acuerdo de la junta por los administradores no es una conducta imputable a éstos de cara a exigirles responsabilidad, RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. In: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. *Sociedades no cotizadas*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 59 y ss.: “si los administradores no pueden elegir, no pueden haber actuado negligentemente si la decisión a posteriori se demostró equivocada. Y tampoco se les puede hacer responsables por actos que no les son imputables. Estando los administradores obligados a ejecutar las instrucciones que recibieron y habiendo quedado privados del poder discrecional que la ley les reconoce para gestionar, no se les puede imputar una responsabilidad por daños que ellos no causaron”.

el cargo. Por supuesto, la regla de la discrecionalidad empresarial es aplicable también, atendiendo claro está a todos sus requisitos, en los casos de ejecución por los administradores de acuerdos lesivos adoptados por la junta general.

Una cuestión íntimamente relacionada, aunque no proceda ahora referirla con detenimiento, es la posibilidad de imputar responsabilidad a los socios que adopten el acuerdo en materia de gestión, a la postre lesivo, en su condición de responsables solidarios con los administradores que las ejecutaron por la consideración de aquéllos como administradores de hecho a la luz de la nueva noción introducida por la propia Ley 31/2014, de 3 de diciembre. En efecto, la LSC considera que, a efectos de la extensión de responsabilidad a los administradores de hecho, tendrá tal consideración la persona “bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”<sup>37</sup>. Aunque esa influencia decisiva del socio de control sobre las decisiones de gestión puede revestir muchas formas menos notorias, en el contexto de nuestro trabajo la cuestión se evidencia con claridad en la actuación de los administradores en cumplimiento de su deber de ejecución, es decir, ejecutando un acuerdo de la junta referido a una materia de gestión sobre la que ésta era competente por razón de su

---

37 Véase la nueva redacción del art. 236.3 LSC. El Código Unificado de Gobierno Corporativo de mayo de 2006 recomendó al Gobierno estudiara la posibilidad de extender el régimen de responsabilidad a los accionistas de control, especialmente por deslealtad, *vid.* Anexo II sobre Recomendaciones Complementarias al Gobierno, CNMV e Instituciones Financieras, apartado 6. Véase al respecto sugiriendo tal extensión PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *RdS*, n. 20, p. 77 y ss, 2003: “la extensión de la disciplina de los administradores a los accionistas de control (...) debe ser integral, pero sólo en el caso de que efectivamente actúen como administradores, es decir, cuando de manera duradera ejerciten sus poderes para dirigir la política de la sociedad, y a tal efecto resulta indiferente que: (i) actúen directamente como administradores fácticos; (ii) que actúen indirectamente mediante instrucciones; (iii) que hagan una u otra cosa como sociedad matriz dentro de una estrategia de grupo cualificada por una dirección centralizada”. También aludió a ello, descartando que pudiera atribuirse bajo la legalidad entonces vigente la condición de administrador de hecho a los socios que impartan instrucciones, GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 139-149.

atribución estatutaria, sumisión por los administradores, o asunción por iniciativa propia.

## **2.2. La nueva atribución legal de competencia para la adquisición o disposición de activos esenciales.**

Lo visto hasta ahora describe someramente el funcionamiento de la atribución voluntaria de competencia en materia de gestión, ya sea vía estatutos, o por iniciativa de cualquiera de los dos órganos. La cuestión difiere con importantes matices en los casos de atribución legal de competencia en materia de gestión.

La reforma operada sobre la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, introduce una nueva competencia de la junta general, a quien atribuye “la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales”, añadiendo a continuación que “se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado”<sup>38</sup>. Igualmente se ha previsto una competencia adicional para la junta general de las sociedades cotizadas que guarda estrecha similitud: “la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas”; añadiendo que “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”<sup>39</sup>. A los efectos del análisis que sigue sobre las implicaciones

---

38 Art. 160.f) LSC, en su nueva redacción.

39 Art. 511 bis.1.a) y 2 LSC. Naturalmente debe entenderse que las operaciones a que se refiere esta disposición son distintas de las referidas por el art. 160.f) LSC, si bien, por demasiadas cuestiones derivadas principalmente de una incoherencia en el proceso de incorporación de las normas a la Ley no queda claro el tipo de operaciones a que se refiere, ni la especialidad que parece pretender la norma; y desde luego no se encuentra justificación para entender que este tipo de operaciones, sean las que sean, deban ser competencia adicional de la junta general en cotizadas, y no se extienda también la competencia sobre ellas a la junta de las demás

en las relaciones internas y externas, las consecuencias de una competencia y otra son las mismas.

Con esta medida se pretende evitar que los administradores decidan sobre ciertas operaciones que pudieran entenderse como de gestión, o cuando menos neutras pero incorporadas en su ámbito del poder de representación, pero que sin embargo se trata de decisiones de una relevancia vital para la sociedad y potencialmente con destacada incidencia en el interés de los socios. Se trata de operaciones de gestión extraordinaria en las que tradicionalmente se ha discutido si la competencia corresponde a los administradores o al órgano de socios, y cuya solución ha sido problemática<sup>40</sup>. Pues en cualquier caso, en el contraste entre gestión y representación, el ámbito del poder de representación de los administradores alcanza a los actos comprendidos en el objeto social, con independencia de si son actos de gestión

---

sociedades de capital. Siguiendo la rec. 3 del Código Unificado de Buen Gobierno de 2006 *vid. infra* nota 42 y texto que acompaña, el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas presentado el 14 de octubre de 2013 por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, sugirió únicamente la atribución de la competencia de la junta sobre la disposición de activos esenciales en sociedades cotizadas, con la correspondiente acogida por el Anteproyecto de Ley X/2014 (sic), por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, al que se dio publicidad a finales de diciembre de 2013. El Proyecto de Ley de 30 de mayo de 2014, introdujo la competencia de la junta sobre la disposición y adquisición de activos esenciales para todas las sociedades de capital en el citado art. 160.f) LSC, pero mantuvo la previsión "especial" para sociedades cotizadas art. 511 bis, con una redacción diversa que no tiene buena justificación.

40 ALONSO LEDESMA, C. El papel de la Junta General en el gobierno corporativo de las sociedades de capital. *In*: ESTEBAN VELASCO, G. (coord.). *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 638. *Vid.* también BOQUERA MATARREDONDA, J. *La Junta General de las Sociedades de Capital*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008, p. 56 y ss., aludiendo a los límites de una eventual configuración estatutaria sobre esa administración extraordinaria. En síntesis, si se entiende que la competencia de los administradores es la gestión y representación de la sociedad en sentido amplio ya era así en el silencio de la Ley de sociedades anónimas de 1989 y la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995, es decir, antes de su reconocimiento legal expreso por el art. 209 LSC, en dicha competencia se comprenden tanto los actos de gestión ordinaria como los de gestión extraordinaria, no importando en principio la significación económica. La cuestión permanecía abierta, por tanto, para aquellas operaciones que pudieran afectar a la posición jurídica de los socios por tener un componente estructural, con independencia de su relevancia económica.

ordinaria o extraordinaria; incluso entiende la Ley que la sociedad queda vinculada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave por actos que excedan el objeto social<sup>41</sup>. La conclusión de la doctrina que ha tratado el tema es que la atribución de competencia al órgano de socios estará justificada cuando la operación sea de relevancia tal que pueda razonablemente comprometer interés o posición jurídica, y como consecuencia su interés económico incorporado a esa posición; y más concretamente, se dice que cuando la operación conlleve una alteración estructural de la empresa social que se asemeje en efectos y consecuencias a una modificación estructural la competencia recaerá en la junta: tiene la competencia implícita sobre ella, debiendo los administradores someter la materia a su decisión<sup>42</sup>. Ya el

---

41 Vid. GIRÓN TENA. *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1952, p. 359 y ss. Téngase en cuenta que el ámbito del poder de representación se extiende a los actos de ejecución directa o indirecta del objeto social, sean de gestión ordinaria o extraordinaria, y además a los actos complementarios, instrumentales o auxiliares que guarden coherencia con el objeto social, y los actos neutros o polivalentes siempre que funcionalmente puedan vincularse con la promoción del objeto social a pesar de parecer en principio desconectados. No pueden considerarse incluidos en el ámbito del poder de representación los actos que clara e inequívocamente son contrarios o ajenos al objeto social por carecer de una relación instrumental con la actividad empresarial comprendida en el objeto social estatutario, ESTEBAN VELASCO, G. [comentario al] Artículo 234. Ámbito del poder de representación. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.). *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1686-1688. Vid. además, entre otras muchas, las RRDGRN 11 noviembre de 1991; 22 y 26 junio 1992, 3 octubre 1994, 25 abril 1997, 17 noviembre 1998, 10 mayo 1999, 20 abril 2005, 15 octubre 2005, 16 marzo 2009, 12 febrero 2012.

42 ALONSO LEDESMA, C. El papel de la Junta General en el gobierno corporativo de las sociedades de capital. In: ESTEBAN VELASCO, G. (coord.). *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 640 y ss.; FERNÁNDEZ TORRES, I. La reactivación de la Junta General en el Código Unificado de Gobierno Corporativo: aproximación a las competencias implícitas. *EPrints Complutense*, n. 11, p. 14 y ss., 2007, subrayando la influencia del Derecho alemán, en concreto después de la sentencia *Holz Müller del BGH* (25 febrero 1982), que interpreta ampliamente el art. 119.2 de la *AktG*, al que nos hemos referido *supra* nota 29: “la junta general sólo podrá decidir sobre asuntos de gestión cuando la Dirección así lo requiera”. ESTEBAN VELASCO, G. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.). *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1213-1214. En la jurisprudencia española, *vid.* las SSTs de 8 de febrero de 2007, o de 17 de abril de 2008.

Código Unificado de Gobierno Corporativo de 2006 alcanzaba una conclusión equivalente e introducía una recomendación de someter a la junta las operaciones de este tipo, concretamente la filialización a través de aportación de ramas de actividad, la disposición (de otro tipo) de activos esenciales, o cualquier operación con efectos equivalentes a los de la liquidación de la sociedad<sup>43</sup>. La propia Ley 31/2014 reconoce expresamente en su Exposición de Motivos la asunción de esa postura en la incorporación de la competencia citada, aludiendo a la semejanza con las modificaciones estructurales<sup>44</sup>.

Como se desprende de las referencias citadas, dicha postura tenía mucho sentido en relación a la aportación de rama de actividad como operación orientada sobre todo a la creación y promoción de grupos de sociedades, por su similitud con la escisión parcial, incluso todavía con riesgo más elevado (según los casos) de incidir en mayor medida en los intereses de los socios al no percibir éstos (directamen-

---

43 El comentario previo de la rec. 3 del Código Unificado de Gobierno Corporativo reconocía que, además de las modificaciones estructurales, “existen, sin embargo, otras operaciones societarias que producen efectos similares y que, sin embargo, en ocasiones son adoptadas por el Consejo de Administración, al no existir una atribución legal específica y formal de competencia a favor de la Junta General. (...) Por ello, el Código estima que en estos casos y, en general, en todas las modificaciones estructurales de la sociedad, la decisión ha de corresponder a la Junta General de accionistas”. Consecuentemente, la rec. 3 recomendaba aprobación por la junta general de “a) La transformación de sociedades cotizadas en compañías holding, mediante “filialización” o incorporación a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, incluso aunque ésta mantenga el pleno dominio de aquéllas; b) La adquisición o enajenación de activos operativos esenciales, cuando entrañe una modificación efectiva del objeto social; c) Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad”. Al respecto, entendiendo que la idea detrás de esta recomendación era reconducir la operación de aportación de rama de actividad a la competencia de la junta general, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. Junta General y derechos del accionista. *RdS*, n. 27, p. 36-37, 2006. Antes, el Informe Aldama de 2003 apuntaba que “es recomendable que cada sociedad regule la necesidad o no de elevar a la Junta General algunas decisiones de negocio, debidamente delimitadas, que sean trascendentales para el futuro de la sociedad y los intereses de accionistas e inversores”, apartado IV.1.3.

44 Así lo expresa la Exposición de Motivos, apartado IV: “Asimismo, 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”.

te) porción de interés (jurídico y económico) en la sociedad beneficiaria<sup>45</sup>. Pero desde la aprobación de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la aportación de rama de actividad es considerada una modalidad de escisión, en concreto una segregación, y por tanto sometida al régimen especial previsto en dicha Ley para tales operaciones y orientado a tutelar los diferentes intereses en juego, que en lo que ahora nos interesa requiere aprobación por la junta general<sup>46</sup>.

Tras la reforma, la expresa atribución por la LSC de esta nueva materia a la competencia a la junta general, como cabría esperar, no se refiere a las segregaciones o aportaciones de unidades económicas de la empresa, en definitiva a la aportación de rama de actividad, cuestión ya resuelta por la Ley de Modificaciones Estructurales en cuanto al régimen aplicable y (adicionalmente) por la propia LSC en relación a la competencia de la junta general. Tampoco atribuye expresamente una competencia general y abierta al órgano de socios sobre las operaciones de gestión extraordinaria que guarden similitud de efectos con las modificaciones estructurales, a pesar de la citada afirmación de la Exposición de Motivos. La redacción de la nueva competencia de la junta general es más concreta, ampliando *ex lege* el ámbito objetivo de actuación del órgano supremo en el reparto

---

45 Ya la jurisprudencia se inclinaba por atribuir competencia a la junta general para decidir sobre la transmisión patrimonial de unidades económicas de la sociedad a otras entidades, incluso apuntando que su realización por los administradores supone una extralimitación en el ámbito de su poder de representación, al ir más allá del objeto social estatutario, *vid.* la citada STS de 8 de febrero de 2007.

46 Véanse los arts. 68 y ss. de la Ley de Modificaciones Estructurales de 2009. Al concepto de segregación se refiere el art. 71 de dicha Ley. La necesidad de su aprobación por la junta deriva de la aplicación a las modalidades de escisión del régimen de la fusión para lo no contemplado específicamente para ellas según el art. 73.1, del que resultaría de aplicación el art. 40. De hecho el propio art. 160 LSC prevé esa competencia de la junta, en la letra g). Sobre la inclusión de la aportación de rama de actividad en la segregación como modalidad de escisión, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. Escisión parcial, segregación y aportación de rama de actividad. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n. 50, *passim*, 2010. En contra, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales. *Diario La Ley*, n. 7253, 1 oct. 2009.



interorgánico de competencias, pues atribuye competencia a la junta para la disposición de activos de singular relevancia para la sociedad, formen o no una unidad económica, y ya sea como aportación a otra sociedad o bien su simple enajenación, añadiendo además la competencia para la adquisición de activos que igualmente se consideren significativos<sup>47</sup>. Detrás de este reconocimiento está sin duda la idea de que tales adquisiciones o disposiciones significativas de activos pueden repercutir destacablemente en el interés jurídico y económico de los socios, justificando entonces su pronunciamiento informado al respecto a través de la junta. Pero por otra parte, al contrario que la aportación de unidades económicas, la nueva competencia entiende que no es necesario someter aquellas operaciones particularmente la aportación de activos al régimen completo de las modificaciones estructurales, pues ciertamente la incidencia en la posición de los socios es menor.

La norma además introduce un parámetro objetivo que permite la determinación de cuándo la operación será suficientemente relevante para la sociedad y ese interés de los socios y por tanto para atribuir la competencia sobre la misma a la junta general. Así, califica de activos esenciales cuya adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad debe venir precedida de un acuerdo de la junta aquellos que superen el veinticinco por ciento de valor de los activos sociales en el último balance aprobado. La cuantificación de qué constituye un “activo esencial” a estos efectos debe entenderse como una presunción *iuris tantum*, que permite valorar en cada caso si la incidencia de la operación en el interés jurídico y económico de los socios requiere la aprobación por la junta general. Y desde luego, a la luz de la redacción de la nueva competencia, y manteniendo el plan-

---

47 Para un análisis sobre el tipo de operaciones o negocios jurídicos a los que se refiere la norma, 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*, n. 11, págs. 3 y ss., feb. 2015; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.; SÁNCHEZ SANTIAGO, J. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC. *Diario La Ley*, n. 8546, 25 mayo 2015, p. 5 y ss.

teamiento original del que trae causa, podrían existir activos esenciales aunque no alcancen ese porcentaje, cuya adquisición o disposición debería ser aprobada por la junta general por tratarse de operaciones susceptibles de afectar destacadamente ese interés de los socios<sup>48</sup>. Naturalmente, esa valoración abierta será fuente de problemas

---

48 El Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas presentado el 14 de octubre de 2013 por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo dejó clara la intención de que la incorporación de la competencia de la JG sea sobre “transacciones de especial significación cualitativa y cuantitativa”, p. 14. El ejemplo más claro es la disposición de bienes especialmente afectos al desarrollo del objeto social, que de hecho excedería el ámbito del poder de representación de los administradores, y por ello no sólo no es competencia suya, sino que tales actos de disposición podrían no obligar a la sociedad frente a terceros, salvo que fueran de buena fe o sin culpa grave *ex art.* 234 LSC; debe recordarse en este punto que la LSC prevé causas de disolución directamente relacionadas con la inactividad de la sociedad en relación a su objeto social o la imposibilidad de realizarlo, *art.* 363 LSC. Véase la RDGRN de 25 de abril de 1997: “Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la delimitación del objeto social define el contenido mínimo, pero también el máximo, del ámbito de las facultades representativas del órgano gestor (...), y que, aun cuando es cierta la dificultad de determinar a priori si un acto concreto trasciende o no a ese ámbito, en todo caso quedan excluidas aquellas actuaciones claramente contrarias al objeto social, esto es, las contradictorias o denegatorias del mismo. En el caso debatido, el objeto social de la entidad no se define mediante la especificación de un concreto sector de la actividad económico-social, sino que está constituido por la explotación, en forma societaria, de unos concretos y significados bienes aportados al haber social, de modo que su permanencia en el mismo aparece no solo como condición “sine qua non” para la viabilidad del propio objeto social, sino como elemento básico y determinante del contrato social y de la subsistencia misma del nuevo ente constituido (...). Es evidente, pues, que cualquier actuación que implique de presente – o pueda implicar en lo sucesivo – la salida de esos bienes del patrimonio social excede inequívocamente de las facultades representativas del órgano gestor, entrando en la esfera competencial del órgano soberano de la sociedad, la Junta general (...)”. En referencia a la calificación como esencial del activo y al carácter *iuris tantum* de la presunción, argumento *ex art.* 385.3 LEC, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Competencias de la Junta e instrucciones a los administradores (II)*. Entrada de su blog con fecha 18 jun. 2014. Disponible en: “<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/>”, señalando que puede haber activos esenciales a estos efectos que no alcancen ese valor porcentual sobre el total de activos (ej., una patente importante para el desarrollo de la actividad), mientras que según los casos otros deberían entenderse comprendidos en el poder de representación de los administradores (ej., una sociedad que se dedica a la compraventa de inmuebles, y se compran o venden por valor superior a ese veinticinco por ciento). Con la misma idea MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. Nuevas competencias expresas de la junta general de las sociedades de capital. *In: AA.VV. Las reformas del régimen de sociedades de capital según la Ley 31/2014*. Gómez-Acebo & Pombo. Gestión del Conocimiento, 2015, p. 47; y RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 160. Competencia de la junta. *In: JUSTE MEN-*

en el reparto interorgánico de la competencia, por la dificultad de delimitar cualitativamente el carácter esencial del activo<sup>49</sup>. A pesar de este eventual problema, la previsión de un criterio objetivo para realizar la valoración sobre el carácter esencial del activo debe estimarse positiva, pues aunque admita prueba en contrario favorece la seguridad jurídica al menos en las relaciones internas; no tanto en las externas como aludiremos más adelante<sup>50</sup>.

La previsión de esta nueva competencia a favor de la junta general precisa de aclaración en cuanto a la realización por parte de los administradores de tales actos sin el preceptivo acuerdo previo de la junta, usurpando la competencia de ésta, en lo referido a la eventual validez y eficacia de dichos actos de gestión y representación, así como las responsabilidades derivadas tanto en caso de ejecución del acuerdo previo de la junta general como en el supuesto de actuación al margen de la opinión de la junta. Como decimos, el ámbito del poder de representación de los administradores alcanza a todos los actos comprendidos en el objeto social, sin distinción entre actos de

---

CÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 41-43. *Vid.* también sobre su condición *iuris tantum* y la aplicación en tal sentido, CABANAS TREJO, R. Activos esenciales y competencia de la junta general de las sociedades de capital ¿un riesgo para el tercero que contrata con la sociedad? *Diario La Ley*, n. 8521, p. 5 y ss., 17 abr. 2015; y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.; SÁNCHEZ SANTIAGO, J. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC. *Diario La Ley*, n. 8546, p. 13 y ss., 2015.

49 Véase los problemas en la valoración del activo que apunta CABANAS TREJO. *Ibidem.* p. 9 y ss.

50 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*, n. 11, pág. 6, feb. 2015 señala “(...) la determinación cuantitativa u “objetiva” del “umbral legal operativo” para que entre en funcionamiento la presunción *iuris tantum* del carácter esencial de la operación (25 % del valor de los activos) no solo sirve, y acaso mal, a dar la “necesaria seguridad jurídica” al intérprete sino que, antes de nada, despliega una función propedéutica: nos da una pista sobre el criterio de ponderación empleado por el legislador”. Y añade más adelante: “Con buen criterio, los expertos de la reforma desconfían de la labor jurisprudencial en la fijación de criterios cuantitativos orientativos”, p. 27.

administración ordinaria o extraordinaria. Ya hemos dejado apuntado que las limitaciones voluntarias sólo tienen efectos internos frente a terceros de buena fe; y que la Ley ha previsto igualmente que los actos que excedan el objeto social vinculan a la sociedad frente a terceros de buena fe y sin culpa grave, debiendo probar en su caso la sociedad tal mala fe o culpa grave<sup>51</sup>. Ahora bien, la atribución de competencia a la junta general sobre la disposición y adquisición de activos esenciales de la sociedad supone, en definitiva, el reconocimiento *ex lege* de que tales actos exceden de la competencia propia de los administradores y consecuentemente del ámbito de su poder de representación. En estos casos, podría dudarse si deben aplicarse las reglas previstas en la LSC para los casos de realización de actos *ultra vires* por los administradores, actos que exceden el objeto social y por tanto suponen una extralimitación de los administradores en el ámbito de su poder de representación. Pero en realidad ha de descartarse la aplicación de tales reglas en estos casos, pues la amplitud e inderogabilidad del ámbito del poder de representación de los administradores se predica únicamente en las actuaciones comprendidas dentro de su competencia legal que no invadan la de otros órganos ni se trate de actos prohibidos. La diferencia de régimen no es irrelevante, pues en el primer caso la sociedad respondería de dichos actos frente a terceros de buena fe y sin culpa grave, que en este punto serían aquellos terceros que desconocían que el objeto del negocio celebrado constituía un activo esencial para la sociedad y no lo hubieran podido conocer empleando un mínima diligencia; mientras que en el segundo, frente a una adquisición o disposición de activos esenciales por los administradores sin el previo acuerdo favorable de la junta general, la sociedad podrá oponer frente a terceros la invalidez de lo actuado por los administradores excediendo su competencia legal, pues los administradores sólo pueden obligar a la sociedad por actos en ejercicio de sus competencias legales, pertenezcan o no al objeto social, respetando la distribución legal interorgánica de

---

51 *Vid. supra* nota 40.

competencias<sup>52</sup>. En efecto, las reglas relativas al ámbito del poder de representación sólo tienen aplicación dentro de esos límites competenciales que la Ley atribuye al órgano de administración, pues fuera de ellos directamente no existe capacidad de representar a la sociedad<sup>53</sup>. Eso sí, parece oportuno que el asunto sobre el que se declara la competencia de otro órgano esté expresamente determinado en la Ley y no simplemente de una forma genérica, de modo que los terce-

---

52 Ya declaraba GIRÓN TENA. *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1952, p. 362, que “la ilimitación de poderes de los administradores, frente a terceros, encuentra su límite en la esfera de legalidad de la configuración de esos poderes”. A este respecto, bajo la influencia histórica de lo previsto por el art. 9 de la Primera Directiva 68/151/CEE, que inspiró la regulación española, véase ESTEBAN VELASCO, G. La representación de la sociedad frente a terceros. In: GIRÓN TENA, J. (dir.). *Estudios y textos de derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea*. Madrid: Sección de Publicaciones e Intercambio de la Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1978, p. 322-323: “pese a la ausencia de un criterio legal expreso (...), el poder de representación sólo queda limitado por aquellas disposiciones legales que de forma exclusiva e inusurtable atribuyen la adopción del acuerdo a otro órgano, de forma que sin la intervención de ese otro órgano la sociedad no queda vinculada eficazmente frente a terceros. Y, por consiguiente, dejando a salvo lo que luego se dirá sobre el objeto social, el poder de representación, en cuanto determinado por la ley, abarca la realización de todos los actos que la ley permite atribuir al órgano de representación” (notas al pie omitidas); más recientemente, el mismo autor, Id. ESTEBAN VELASCO, G. [comentario al] Artículo 234. Ámbito del poder de representación. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.). *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1683-1684. También en tal sentido POLO SÁNCHEZ, E. *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima: (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*. Madrid: Civitas, 1992, p. 167-169; y SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital* 2. ed. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007, p. 247-249.

53 ESTEBAN VELASCO, *Ibidem*: “los límites legales de competencia del órgano administrativo son oponibles frente a terceros. A la luz de esta disposición adquiere un nuevo relieve el problema de la delimitación de las facultades mínimas imperativas de la junta general. En todos aquellos supuestos que se refieren a la estructura y organización económica y jurídica, que técnicamente escapan a la noción de administración, así como en todos aquellos en que el legislador establece una reserva legal expresa de competencia para la junta general, la sociedad no queda válidamente vinculada sin su intervención”. También alude a la extralimitación del poder de representación por exceder la competencia legal de los administradores la RDGRN de 13 de febrero de 2012: “Dentro de los actos contrarios al objeto social se encuentran los genuinamente contrarios y los actos no tanto contrarios al objeto, sino que exceden de la competencia legal de los administradores”, aunque en concreto no distingue el régimen aplicable en las relaciones externas”.

ros puedan conocer el límite del poder de representación sin acudir a la publicidad registral ni realizar otro tipo de indagaciones al respecto<sup>54</sup>. Pues, en definitiva, la intención de la Ley al establecer con destacada amplitud el ámbito del poder de representación es tutelar al tercero en relación a la facilidad de conocimiento de los límites sobre la facultad de obligar a la sociedad de los administradores<sup>55</sup>.

El problema de claridad que presenta esta nueva atribución legal de competencia a la junta general es evidente, pues recae sobre operaciones que, según los casos, están ciertamente cercanas a la gestión extraordinaria o cuando menos a los actos neutros o polivalentes; pero no deben comprenderse en ninguna de esas categorías, por su desconexión manifiesta con la promoción del objeto social<sup>56</sup>. Esa cercanía relativa, con el empleo empleando además de un concepto jurídico indeterminado en su delimitación los activos han de

---

54 POLO SÁNCHEZ, E. *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima: (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*. Madrid: Civitas, 1992, p. 168.

55 El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, en una redacción prácticamente idéntica al art. 34 de la olvidada Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002, previó en este sentido una regulación del ámbito del poder de representación de los administradores más correcta en sus términos, dejando claro el límite que supone la competencia legal de otro órgano de cara a la oponibilidad por la sociedad frente a terceros: “Los actos realizados en nombre de la sociedad por los administradores con poder de representación, estén o no incluidos dentro del objeto social, obligan a la sociedad frente a los terceros, a menos que este Código atribuya esos actos a la competencia de otro órgano social” art. 215-3.1 de dicho Anteproyecto.

56 Apunta RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 160. Competencia de la junta. In: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 46, que “el poder de los administradores nunca es para actos extraños al objeto social (artículo 234.1 LSC), ni para los que imposibilitan su realización, conducen a la disolución de la sociedad o cuyos efectos son asimilables a los de una modificación estructural. En estos casos la competencia es de la junta”. En la misma línea ALFARO ÁGUILA-REAL, J. El nuevo artículo 160 f) LSC. Entrada de su blog con fecha 13 feb. 2015. Disponible en: “<http://derecho-mercantiles-pana.blogspot.com.es>”, apuntando que el art. 234.2 LSC sólo dice que “la publicidad positiva del registro (la cláusula de objeto social inscrita) no perjudica al tercero. Pero no dice que sea la misma la consecuencia cuando es el legislador el que delimita lo que constituye el desarrollo del ‘objeto social’”.

ser “esenciales”, no facilita en absoluto el conocimiento por el tercero de si en el caso concreto se enfrenta a un acto comprendido en el poder de representación o excluido de éste por exceso de competencia legal, es decir, sin capacidad de obligar a la persona jurídica<sup>57</sup>; ni siquiera el elemento objetivo que cuantifica el carácter esencial del activo superar el veinticinco por cien del valor de los activos sociales aporta seguridad jurídica al tercero implicado en el eventual negocio conflictivo<sup>58</sup>. Así las cosas, comoquiera que la delimitación de la com-

---

57 ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Ibidem*: “(...) la Ley pone sobre los terceros la carga de asegurarse de que los administradores actúan dentro de sus competencias legales y, por tanto, comprobar si se trata de un activo esencial y exigir, en tal caso, la exhibición del acuerdo de la junta”.

58 Incluso aunque el administrador presente al tercero el último balance aprobado o un informe de experto independiente que evidencie que la adquisición o disposición de activos es cuantitativamente inferior al umbral legal que lo caracteriza como esencial, el tercero no tiene seguridad plena sobre el ejercicio correcto por aquél del acto de representación, precisamente por la eventual condición esencial del activo desde un punto de vista cualitativo. Por otra parte, la presunción *iuris tantum* que permite demostrar que no es esencial un activo con un valor superior al umbral legal juega a favor del administrador, pero en contra del tercero. En la práctica notarial y registral se arbitrarán mecanismos de control de mayor o menor eficacia sobre el carácter esencial o no del activo afectado por el negocio que vaya a escriturarse o inscribirse una declaración jurada del administrador indicando que el activo no es esencial, o la exhibición de documentos contables, etcétera. Pero ciertamente será el juez quien aporte la solución a esta cuestión problemática en caso de que la controversia acabe en los Tribunales, y parece difícil que admita esa inobservancia del límite legal de competencia de los administradores. Sobre esa práctica notarial y registral, CABANAS TREJO, R. Activos esenciales y competencia de la junta general de las sociedades de capital ¿un riesgopara el tercero que contrata con la sociedad? *Diario La Ley*, n. 8521, p. 14-15, 17 abr. 2015; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.; SÁNCHEZ SANTIAGO, J. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC. *Diario La Ley*, n. 8546, p. 22-27, 2015. Todavía más reciente y de gran relevancia, *vid.* los pronunciamientos de la DGRN en las resoluciones de 11 de junio (ref. BOE-A-2015-8957), tres de 26 de junio (ref. BOE-A-2015-9006, A-2015-9007 y A-2015-9069), 8 y 11 de julio de 2015 (ref. BOE-A-2015-9091, y A-2015-9119), que entienden suficiente la manifestación del órgano de administración refiriendo el carácter no esencial del activo desde una perspectiva cualitativa y cuantitativa, ésta última bajo indicación de que el importe del negocio es inferior al veinticinco por ciento del valor de los activos en el último balance aprobado, y por tanto no activa la presunción legal. Y en relación a la eficacia externa del acto de los administradores sin acuerdo de la junta general cuando éste sea preceptivo por tratarse de un activo esencial, dichas RRDGRN se posicionan *obiter dicta* y declaran la aplicación analógica del art. 234.2 LSC. Sobre dichas RRDGRN, léase la crítica de RECALDE CASTELS, A. La DGRN no resuelve sobre la transmisión de activos esenciales. Entrada del blog *Almacén de Derecho*,

petencia legal de la junta general en asuntos de gestión respecto a la competencia (también legal) del órgano de administración sobre la gestión puede resultar problemática, no sólo con efectos internos sino en perjuicio de terceros de buena fe, hubiera sido conveniente que a tales actos les fueran aplicables las normas relativas al exceso del ámbito del poder de representación, de manera que para su oponibilidad por la sociedad ésta debiera demostrar la mala fe del tercero o su culpa grave<sup>59</sup>.

---

de fecha 18 ago. 2015. Disponible en: “<http://almacenederecho.org>”, que mantiene su postura: “la ley delimita las competencias de los órganos sociales, acotando capacidad y poder de representación, por lo que el art. 234.2 LSC no es aplicable”.

59 Es decir, entendemos que la remisión realizada por el art. 161 al 234 LSC, que indirectamente declara aplicable las reglas de las limitaciones internas al ámbito del poder de representación en los casos atribución voluntaria de competencia de gestión a la junta *vid. supra* notas 25 y 26 y texto que acompañan, sería deseable en términos similares en el tenor de la nueva letra f) del art. 160 LSC, en tutela del tercero de buena fe y sin culpa grave; y mientras no se introduzca una previsión de este tipo, la sociedad puede oponer el exceso de competencia (legal) frente al tercero. Se pronuncia con meridiana claridad RECALDE CASTELLS, A. [comentario al Artículo 160. Competencia de la junta. In: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pá. 43-47: “la norma altera el régimen legal que regula la toma de decisiones en determinados negocios de disposición, requiriendo un acuerdo positivo de la junta como requisito para su validez. No se ocupa de un problema que afecte al poder de representación, sino que fija la capacidad de la sociedad en relación con operaciones tan relevantes, que exceden claramente de la gestión ordinaria que delimita el objeto social, y fija cuál es el órgano competente que debe actuar. Si la ley establece una reserva legal de competencia a favor de la junta, la sociedad no queda vinculada sin su intervención”; así también ALFARO ÁGUILA-REAL, J. El nuevo artículo 160 f) LSC. Entrada de su blog con fecha 13 feb. 2015. Disponible en: “<http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es>”: “En el caso del art. 160 f) LSC estamos ante un caso de “exceso de poder” que no se sana por el art. 234.2 LSC”; Id. Y más sobre el art. 160 f) LSC. Entrada de su blog de fecha 2 jun. 2015. Disponible en: “<http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/>”; y MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. Nuevas competencias expresas de la junta general de las sociedades de capital. In: AA.VV. *Las reformas del régimen de sociedades de capital según la Ley 31/2014*. Gómez-Acebo & Pombo. Gestión del Conocimiento, 2015, p. 47. En contra 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*, n. 11, p. 28-29, feb. 2015: “la extralimitación de competencia no puede hacerse valer contra el tercero de buena fe que contrata con la sociedad. No existe una carga del tercero de averiguar el importe del activo o de consultar las últimas cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil. Sola-



En este punto, hemos de hacer una última referencia a la incidencia de la competencia legal de gestión atribuida a la junta general sobre el deber de ejecución y sobre la responsabilidad en caso de que el acto de los administradores origine un daño a la sociedad. De acuerdo con lo que hemos apuntado, estamos ante una limitación legal a la facultad de gestión y al poder de representación de los administradores. Desde luego, si los administradores proceden a adquirir o disponer de activos esenciales sin previo acuerdo de la junta al respecto podrían contraer directamente responsabilidad frente al tercero, que podría sufrir daño al no quedar vinculada la sociedad como acabamos de ver<sup>60</sup>; por esta razón, en principio no se generaría daño

---

mente cuando el tercero es cómplice del fraude de la regla de competencia o cuando la extralimitación competencial es manifiesta y su desconocimiento inexcusable en atención a las circunstancias que concurren en el caso (pensemos en la venta de la totalidad del patrimonio social) la extralimitación podrá oponerse a tercero. El estándar aplicable al tercero de buena fe es el que se infiere de la regla en que se recoge el ámbito legal predeterminado e ilimitable de las facultades representativas de los administradores: cfr. art. 234 LSC al que, por cierto, se remite, en materia de injerencia de la junta en la gestión el art. 161 LSC". También en contra CABANAS TREJO, R. Activos esenciales y competencia de la junta general de las sociedades de capital ¿un riesgo para el tercero que contrata con la sociedad? *Diario La Ley*, n. 8521, 17 abr. 2015, si bien en un principio parece admitir la incapacidad del órgano de administración de obligar a la sociedad invadiendo la competencia legal de la junta pág. 11, se decanta por entender aplicable el art. 234 LSC también para el caso de la disposición o adquisición de activos esenciales págs. 13-14. Y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.; SÁNCHEZ SANTIAGO, J. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC. *Diario La Ley*, n. 8546, p. 19, 2015: "existe una clara laguna legal en esta cuestión, pues la ley no contempla cual es el efecto de no obtener la autorización de la JG", concluyendo a continuación que "entendemos que existe una laguna legal e identidad de razón que permite la aplicación analógica del art. 234 LSC a este supuesto, por ser lo más adecuado no solo al conjunto de nuestro sistema sino también a la normativa comunitaria", p. 21.

60 RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 160. Competencia de la junta. In: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 45-46; ALFARO ÁGUILA-REAL, J. El nuevo artículo 160 f) LSC. Entrada de su blog con fecha 13 feb. 2015. Disponible en: "<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es>", "Cuando de las circunstancias que hayan rodeado la celebración del contrato correspondiente no se desprenda para el tercero que la sociedad estaba adquiriendo o enajenando un activo esencial, el tercero frustrado en su adquisición o enajenación podrá ejercer, contra los administradores, la llamada "acción individual" de responsabilidad porque ha sido la omisión de los administradores la que ha causado la frustración del interés del tercero en realizar el negocio,

indemnizable frente a la sociedad, pero si además ese comportamiento antijurídico le originase algún perjuicio, a pesar de no quedar vinculada frente al tercero, los administradores podrían ser responsables frente a aquélla<sup>61</sup>. Lo mismo sucede si dotan a la ejecución de un contenido distinto al previsto en el acuerdo de la junta; no debe olvidarse que en este punto la competencia es exclusiva de la junta, no estamos ante una competencia compartida como en los casos de limitaciones voluntarias a la gestión de la sociedad<sup>62</sup>. La aplicación a la conducta de los administradores de la *business judgment rule* en esta situación es complicada; no se trata de aplicar la regla a una decisión de negocio disposición o adquisición del activo (esencial), sino a una decisión puramente organizativa de distribución de competencias someter o no el asunto al acuerdo de la junta. La diligencia se valora en la decisión organizativa, donde no encuentra aplicación la regla de la discrecionalidad empresarial<sup>63</sup>.

Por lo demás, en principio, la ejecución por los administradores de un acuerdo de la junta de disposición o adquisición de activos esenciales no debiera generar responsabilidad en ellos frente a la sociedad si de la misma se produce un daño, dado que se trata de una competencia legal exclusiva de la junta<sup>64</sup>. Cuando la LSC declara que

---

es decir, se dan los requisitos que justifican la imposición de responsabilidad a quien no es parte de un contrato como hemos explicado *in extenso* en otro lugar”.

61 Apunta MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. Nuevas competencias expresas de la junta general de las sociedades de capital. *In: AA.VV. Las reformas del régimen de sociedades de capital según la Ley 31/2014*. Gómez-Acebo & Pombo. Gestión del Conocimiento, 2015, p. 46, que la antijuridicidad de la conducta de los administradores se basará en la infracción de la norma que atribuye la competencia expresa a la junta general, esto es, el art. 160.f) LSC.

62 *Vid. supra* las últimas reflexiones del apartado 2.1.

63 El art. 226 LSC deja claro que la regla sólo se aplica “en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio”. *Vid. 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*, n. 11, p. 28-29, p. 5, feb. 2015. Léase también a ALFARO ÁGUILA-REAL. *Y más sobre el art. 160 f) LSC*. Entrada de su blog con fecha 2 junio 2015. Disponible en: “<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/>”, diferenciando los dos tipos de decisiones implicadas.

64 En contra, apuntando que el acuerdo de la junta general sobre la disposición o adquisición

“en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”, debe entenderse en referencia a actos pertenecientes a la esfera de competencia de los administradores que sean sometidos a acuerdo de la junta general, generando como mucho una competencia compartida, pero no a los actos competencia exclusiva de la junta<sup>65</sup>. Cuestión distinta es si los administradores colaboraron ilícitamente en la causación del daño derivado del acuerdo de la junta, por ejemplo con informaciones incompletas o incorrectas presentadas a la junta, o en la fase de negociación de la operación que posteriormente se lleva a la junta, o por dolo o negligencia en la fase de ejecución del acuerdo, como por ejemplo si se alteran las circunstancias desde su adopción en junta, etcétera; pues en estos casos, naturalmente, la responsabilidad frente a la sociedad no debiera obviarse a pesar del acuerdo de la junta<sup>66</sup>. Y siempre a salvo de la eventual responsabilidad frente a terceros, que no se vería afectada<sup>67</sup>.

---

de activos esenciales no exonera de responsabilidad a los administradores que lo ejecuten, CABANAS TREJO, R. Activos esenciales y competencia de la junta general de las sociedades de capital ¿un riesgo para el tercero que contrata con la sociedad? *Diario La Ley*, n. 8521, p. 6, 17 abr. 2015.

65 Parece más claro el planteamiento del Derecho alemán de sociedades anónimas, pues como apuntamos anteriormente el art. 83.2 de la *AktG* señala que “la Dirección tiene la obligación de ejecutar las decisiones acordadas por la junta general dentro del marco de su competencia”, y el art. 93.4 entiende que “no se produce la obligación de indemnizar frente a la sociedad si la actuación se basa en un acuerdo legal de la junta general”.

66 QUIJANO GONZÁLEZ, J. [comentario al] Artículo 236. Presupuestos de la responsabilidad. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.). *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1698-1700. Debe tenerse en cuenta que “los administradores suelen incidir decisivamente en la adopción de los acuerdos de la Asamblea desde el momento en que disponen de más y mejor información, de que, normalmente, disponen de medios para evitar la adopción o promover la sustitución de un acuerdo cuya ejecución va a ser presumiblemente perjudicial, o de que, en todo caso, el acuerdo exige frecuentemente un complemento de decisión autónoma de aplicación en la fase de ejecución (...), en palabras del mismo autor en Id. *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima* (Aspectos sustantivos). Valladolid: Publicaciones Universidad de Valladolid, 1985, p. 181, en referencia a la posibilidad de exoneración por la ejecución de un acuerdo de la junta general.

67 QUIJANO GONZÁLEZ, *Ibidem*, p. 180.

