

2. MERCANTIL

El *falsus procuratus* y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales

Attorneys-in-fact without proper authority and cases where shareholders' meetings are not authorised to acquire or dispose of essential assets or to contribute such assets to another company

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha resuelto en una serie de resoluciones, cuestiones relativas al problema de la distribución competencial en favor de la Junta General operada tras la reforma del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, siendo necesario también en estos casos abordar el tratamiento que haya de dársele a la conocida regla de la protección de terceros de buena fe, lo cual dista mucho de gozar de claridad lo que ha motivado la existencia de opiniones diferentes al respecto.

ABSTRACT: The Directorate-General of Registries and Notarial Affairs has issued a series of decisions dealing with issues involving the problem of the distribution of legal competences to shareholders' meetings in the wake of the reform of section 160 of the Spanish Corporation Act. In these cases it is also necessary to address the proper handling of the well-known rule of protection for third parties acting in good faith, a point which remains far from clear. Because of the lack of clarity, there are varying opinions on the subject.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Sociedades. Junta general. Activos Esenciales. Buena fe.

KEY WORDS: Corporate law. Shareholders' meeting. Essential assets. Good faith.

SUMARIO: I. LA INCERTIDUMBRE GENERADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—II. EL EXISTENTE

DEBATE SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE AUTORIZACIÓN DE LA JUNTA GENERAL EN LOS CASOS DEL ARTÍCULO 160 f) DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.—III. UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA INCERTIDUMBRE GENERADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

El artículo único.1 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo reformó el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, introduciendo una nueva competencia de la Junta General de las Sociedades de Capital, con el siguiente tenor en su apartado f): «*La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado*».

Dicha modificación legal fue razonada en la Exposición de Motivos de la mencionada Ley 31/2014, de la siguiente forma: «*Las modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aquí se contienen pueden agruparse en dos categorías: las que se refieren a la junta general de accionistas y las que tienen que ver con el consejo de administración.*

Comenzando por las modificaciones relativas a la junta general de accionistas, se pretende con carácter general reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial. A estos efectos, se extiende expresamente la posibilidad de la junta de impartir instrucciones en materias de gestión a todas las sociedades de capital, manteniendo en todo caso la previsión de que los estatutos puedan limitarla. 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».

Muchos son los interrogantes que plantea dicha modificación legal, aunque en nuestra opinión y en atención al tráfico jurídico, sobresale el de las consecuencias jurídicas anudadas al negocio jurídico en el que se no haya recabado con carácter previo la meritada autorización de la Junta General, al cual dedicamos nuestra atención en estos momentos.

Este debate sobre el aspecto consecuencial anteriormente señalado, lejos de atenderse y resolverse por nuestro Centro Directivo, consideramos que ha sido abordado como *obiter dicta* desacertadamente y con inclinación a la tesis del recurso al procedimiento analógico defendida por algunos autores y criticada por otros, sin que a nuestro juicio igualmente pueda recurrirse a dicha analogía, como creemos que incluso las primeras palabras del título del presente trabajo (*falsus procuratus*) permite atisbar.

De esta forma, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de junio de 2015 (BOE núm. 190, de 10 de agosto de 2015), en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Alcantarilla a inscribir una escritura de dación en pago de deudas, dedujo al respecto lo siguiente:

«Pero, sin duda, son las consecuencias que haya de tener la omisión de la aprobación de la junta general lo que debe tomarse en consideración para de-

terminar; en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, la forma de actuar del notario y del registrador.

Ciertamente, no es de aplicación la inoponibilidad frente a terceros de las limitaciones voluntarias al poder de representación de los administradores (arts. 234.1 de la Ley de Sociedades de Capital, al que se remite el artículo 161. Cfr., asimismo, los artículos 479.2 y 489, relativos a la sociedad anónima europea), toda vez que se trata de un supuesto de atribución legal de competencia a la junta general con la correlativa falta de poder de representación de aquellos. Cuestión distinta es la relativa a la posible analogía que puede existir entre el supuesto normativo del artículo 160.f) y el de los actos realizados por los administradores con extralimitación respecto del objeto social inscrito frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave *ex* artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. art. 10.1 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que se corresponde con el art. 9.1 de la derogada Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968).

Según la sentencia del Tribunal Supremo número 285/2008, de 17 de abril, los consejeros delegados de una sociedad anónima carecen de poderes suficientes para otorgar la escritura pública de transmisión de todo el activo de la compañía (en el caso enjuiciado, las concesiones administrativas de transportes, tarjetas de transporte y autobuses, dejando a la sociedad sin actividad social) sin el conocimiento y consentimiento de la junta. Señala que «excede del tráfico normal de la empresa dejarla sin sus activos, sin autorización de la Junta General para este negocio de gestión extraordinario». Primero, porque la sociedad no se dedicaba a nada más que a las actividades realizadas a través de esos activos. En segundo lugar, porque la enajenación equivalía a una modificación del objeto social. Y lo fundamental de esta sentencia es que en el caso concreto no casa la sentencia recurrida por entender que prevalece «la protección de terceros de buena fe y sin culpa grave ante el abuso de exceso de poderes de los Consejeros-Delegados (art. 129.2 LSA [actual 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital], aplicable por una clara razón de analogía)».

(...) Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. artículo 160.f Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate».

Los mismos argumentos anteriormente reseñados se repiten en la resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Albarracín a inscribir una escritura de compraventa (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2015); resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del

registrador de la propiedad interino de A Coruña núm. 5 a inscribir una escritura de compraventa (*BOE* núm. 191, de 11 de agosto de 2015); Resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Soria núm. 1 a inscribir una escritura de compraventa (*BOE* núm. 192, de 12 de agosto de 2015); resolución de 8 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Alicante núm. 3 a inscribir una escritura de compraventa (*BOE* núm. 192, de 12 de agosto de 2015); resolución de 10 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Málaga a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada (*BOE* núm. 193, de 13 de agosto de 2015).

Es decir, sin llegar a constituir el objeto propio de las decisiones que adoptan las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado antes expuestas, sí que parecen decantarse por una posible aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital y por tanto sostener que prevalecen los actos realizados por los administradores con extralimitación respecto del objeto social inscrito frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave, lo cual a nuestro juicio supone no abordar el problema ni atenderlo de la forma que debiera en el seno de la conocida como representación aparente y en función de la aplicación de lo previsto en el artículo 1259 del Código Civil, con las requisitos y consecuencias inherentes al mismo, puesto que no creemos que pueda sostenerse en estas situaciones la propugnada por ciertos autores aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

II. EL EXISTENTE DEBATE SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE AUTORIZACIÓN DE LA JUNTA GENERAL EN LOS CASOS DEL ARTÍCULO 160 F) DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Varios autores ya se han pronunciado dentro de la corriente de opinión que estima aplicable la protección del tercero de buena fe, dentro del sistema que nos ofrece el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital.

FERNÁNDEZ DEL POZO¹ razona lo siguiente: «Por el mero hecho de que el importe de la operación exceda del 25% del activo, 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.

Solamente 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. artículo 234 LSC al que, por cierto, se remite, en materia de injerencia de la junta en la gestión el artículo 161 LSC».

SUÁREZ PINILLA, entiende que «Tras haber visto la finalidad de la reforma (consentimiento de las Juntas generales en aquellas operaciones societarias similares a las modificaciones estructurales), junto a una interpretación sistemática de la Ley, así como la inteligencia de esta en el sentido más adecuado para que

produzcan efectos (arts. 3 y 1284 del Código Civil), a nuestro juicio, aún en estos casos, el tercero de buena fe siempre está protegido, porque así lo exige la seguridad del tráfico jurídico, que con toda claridad se plasma en el citado artículo 234 de la LSC»².

PÉREZ RAMOS³, opina que: «Y el examen en perspectiva de la cuestión, alejado de la visión cenital del artículo 234 LSC nos conduce necesariamente a reputar que tanto el objeto social como los activos esenciales son límites externos a las facultades representativas de los administradores; y si hay identidad de razón no hay motivo para negar la aplicación analógica de la protección que al tercero de buena fe dispensa el artículo 234.2 LSC a la hipótesis del artículo 160 f) LSC. En suma, lo sensato es que las consecuencias frente al tercero de su vulneración sean las mismas, ya que idéntica es la problemática, puesto que aunque se aduzca que en el 160 es la Ley quien está limitando las facultades representativas de los administradores al exigir la autorización de la junta general, mientras que en el 234 son los estatutos sociales los que imponen esta limitación, lo cierto es que ambos son límites legales a las facultades representativas, desde el momento que al final es la propia Ley la que ha ordenado que para que la sociedad quede vinculada por un acto realizado por el administrador más allá del objeto social se precisa la autorización de la junta general.

En fin, considero que debe superarse la opinión que reputa el artículo 160 f) como un mero límite interno al poder de representación de los administradores que no afecta a tercero, o como un límite externo que provoca la desprotección absoluta del mismo, aun cuando fuera de buena fe. Y es que a mi juicio estamos ante un verdadero límite externo pero que será inoponible al tercero de buena fe y sin culpa grave. Conclusión reforzada por la apreciación de los intereses en juego por el escurridizo, aunque para algunos sólido, principio de protección de la apariencia».

GONZÁLEZ MENESES⁴, razona que «El tercero cocontratante estaría protegido por la norma del artículo 234 LSC, que no se vería afectado por este artículo 160 f). Partiendo de esta interpretación, se piensa que lo más que debemos hacer los notarios es recoger una manifestación responsable del administrador sobre el carácter no esencial del activo objeto del negocio y allá él con su responsabilidad frente a la sociedad, máxime cuando la apreciación del carácter «esencial» del activo exige valorar y ponderar una serie de circunstancias de la sociedad que escapan a nuestro conocimiento. Yo no creo que la eficacia de esta atribución de competencia a la junta quede limitada a la esfera interna (por la equiparación que formula el preámbulo de la ley entre estas operaciones y las «modificaciones estructurales», por la literalidad de este precepto y del nuevo artículo 511 bis, por razones sistemáticas relacionadas con los restantes apartados del artículo 160, por una interpretación a contrario apoyada en el tenor del inmediato artículo 161, reformado por la misma ley, y por el propio tenor del artículo 9 de la Primera Directiva). Pero aunque así fuera, tampoco creo que podamos desentendernos de una norma de la que claramente resulta el deber del administrador de no realizar una determinada operación negocial por sí solo. Por supuesto que el carácter esencial, salvo en casos especialmente notorios, es algo que escapa a nuestra apreciación. Pero la norma aporta un elemento cuantitativo —la presunción de su segundo inciso resultante de comparar el importe de la operación con el valor total de los activos del último balance aprobado— que ha de servir de criterio al propio administrador para guiar su actuación, que deberá ser tenido en cuenta en sede judicial si se plantea una impugnación o una acción de responsabilidad, pero que también debería tener juego en el ámbito extrajudicial, de cara a la protección

de la posición de los terceros y en relación con la actuación del notario, en su caso, a la hora de apreciar los requisitos de regularidad y validez del negocio. Es decir, en caso de duda, el notario debería cerciorarse de ese dato del valor total de los activos del último balance aprobado, ya sea solicitando información del Registro Mercantil sobre el último balance depositado ya sea pidiendo certificación de ese dato por el órgano social competente para emitirla, para tener la seguridad de que no opera la presunción de esencialidad».

ROYO VILLANOVA y SÁNCHEZ SANTIAGO⁵, sostienen claramente la aplicación analógica del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital para buscar la protección del tercero de buena fe, argumentando que: «en realidad el legislador, al convertir una especialidad de las cotizadas en una norma de aplicación general, no ha contemplado en ningún momento ni el efecto general sobre el sistema ni en particular el efecto frente a terceros, y que existe una verdadera laguna legal que entendemos que ha de ser integrada si es posible a través de una interpretación analógica del artículo 234 LSC», razonando la identidad de razón que sustenta a su juicio dicha aplicación analógica del siguiente modo: «en ambos casos se trata de proteger el tráfico y los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Es cierto que en un caso se trata de un exceso de los administradores respecto del objeto social —que consta en los estatutos y figura en el Registro Mercantil— y en el otro de un exceso respecto de las competencias establecidas en la ley y, por lo tanto, podría pensarse que está justificado no exigir a los socios que consulten el contenido del registro cada vez que contratan, pero que en cambio les es exigible el conocimiento de la ley. Pero la realidad es que —como se ha visto— una cosa es conocer la ley y otra muy distinta, y mucho más difícil, es determinar cuándo un activo es esencial. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, sin que sea sencillo para el tercero saber si opera la presunción, y sin que la no aplicación de esta le proteja. Por tanto, la dificultad para el tercero de determinar si un activo es esencial es al menos tan grande como la de determinar si un acto está comprendido en el objeto social. Además, coincidimos con FERNÁNDEZ DEL POZO que un juez podría tratar de justificar atendiendo al efecto espíritu y finalidad de la Primera Directiva que no es otro que el de la seguridad jurídica y la protección de los terceros que contratan con la sociedad, una interpretación analógica del artículo 234 que cubriera la laguna del artículo 160 f). La Exposición de Motivos de la Primera Directiva indica claramente que uno de sus aspectos esenciales era conseguir la protección de terceros que «deberá quedar garantizada por disposiciones que limiten, todo lo posible, las causas de invalidez de los compromisos contraídos en nombre de la sociedad» (énfasis añadido). En conclusión, entendemos que existe una laguna legal e identidad de razón que permite la aplicación analógica del artículo 234 LSC a este supuesto, por ser lo más adecuado no solo al conjunto de nuestro sistema sino también a la normativa comunitaria»⁶.

Por otro lado, CABANAS TREJO⁷, razona sobre la protección del tercero de buena fe, aunque sin mencionar el recurso del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando dice que: «No estamos ante una intervención de la JG en asuntos de gestión, sino ante una competencia propia de la JG, que condiciona la actuación de los administradores, en apariencia también en su vertiente externa. Del mismo modo que no hay adquirentes de buena fe que se conviertan en socios por haber suscrito nuevas acciones creadas por los administradores sin el apoyo de un acuerdo de aumento del capital, o de una delegación previa en forma de capital autorizado, parece que tampoco lo habría en estos casos, al menos cuando la operación caiga en el ámbito de la presunción, toda vez que

el acuerdo de la JG se convierte en requisito esencial de un negocio que pasa a ser societario, aunque solo consista en una compraventa por precio elevado. Para el tercero ya no es un simple negocio de compra o de venta, y puede verse envuelto en una singular disputa interna sobre el valor de los activos o la fecha del balance. Por eso, a partir de ahora, y siempre que se trate de operaciones de cierta cuantía, convendrá que la otra parte demande una información específica sobre el cumplimiento de este requisito o por los motivos de su exención, al menos para fundar su buena fe, y en la práctica notarial seguramente se acabará extendiendo algún tipo de declaración específica a requerimiento del notario autorizante (no creo que el registrador, ya sea mercantil o de la propiedad, deba demandar algo más para inscribir)».

Sosteniendo la inaplicabilidad al caso del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, RECALDE CASTELLS⁸ analizando las referidas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, estima que: «Hay autores que propugnan una aplicación directa del precepto al nuevo caso; otros consideran que debe aplicarse, pero solo por vía analógica; y quienes piensan (pensamos) que la ley delimita las competencias de los órganos sociales, acotando capacidad y poder de representación, por lo que el artículo 234.2 LSC no es aplicable. Como decimos, esta cuestión no era objeto del recurso, por lo que las afirmaciones de la DGRN han de considerarse *obiter dicta*. La DGRN se inclina por la aplicación analógica de la norma de protección de los terceros, pero lo hace sin acreditar la identidad de razón en la que se sustentaría la analogía. Esta omisión es comprensible, porque, habiéndose omitido el esfuerzo de considerar cada caso de forma específica, difícilmente podrá descubrirse una identidad de razón de casos tan heterogéneos con la *ratio* de la norma del artículo 234.2 LSC».

ALFARO ÁGUILA-REAL⁹, entiende que: «Si, como hemos visto, la inclusión de la enajenación o adquisición de activos esenciales entre las competencias de la Junta se basa en su carácter de actos que modifican el objeto social o suponen, en los casos más extremos, la sustitución del objeto social (se «liquida» la sociedad al venderse el activo que resulta esencial para que la sociedad desarrolle el objeto social), el tercero no queda protegido por el artículo 234.2 LSC en el sentido de que no se cumple el requisito de dicho precepto que dice que la sociedad queda vinculada «*aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social*». Porque lo que este precepto dice es, simplemente, 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». Como dice RECALDE, la enajenación o adquisición de un activo esencial no forma parte del desarrollo o ejecución del objeto social y, por lo tanto, el artículo 234.2 LSC no se aplica porque no estamos ante una discrepancia entre el objeto social *estatutario* y la actuación de los administradores sociales como representantes, supuesto específico en el que el artículo 234.2 LSC valida contratos celebrados por los administradores con «exceso de poder». En el caso del artículo 160 f) LSC estamos ante un caso de «exceso de poder» que no se sana por el artículo 234.2 LSC».

Negando también la aplicación analógica del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES¹⁰ considera que: «Parece sensato pensar que los actos al realizarse por el administrador sin autorización de la Junta, son actos concertados sin poder de representación y la consecuencia es que el tercero no queda amparado por el tenor del artículo 234. Es decir, aunque sea de buena fe, no puede escudarse en su desconocimiento. Lo que conduce, creo,

no a un acto nulo sino incompleto, al menos para las sociedades no cotizadas, que se mueven en distintos parámetros normativos. Aplicando la interpretación más extendida del artículo 1259 del Código Civil, los actos no autorizados por la Junta podrían ser convalidados por ratificación».

En similares términos, PERDICES HUETOS¹¹ considera al administrador (art. 1259 del Código Civil) que no tiene capacidad para vincular a la sociedad.

III. UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA

En nuestra opinión, el debate debe estar presidido por el verdadero propósito del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital, pero sobre todo por el alcance del mismo. Hasta la fecha, el límite de actuación del órgano de administración ha estado fijado por el objeto social, sin embargo, a nuestro juicio claramente la reforma legislativa supone una distribución legal del contenido de competencias que se atribuyen a los órganos de las sociedades de capital.

Por ello no comprendemos los recursos que se utilizan al Derecho de la Unión Europea (*vid.* art. 9 de la Primera Directiva de 1968) ya que en la actualidad el artículo 10 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, con idéntico tenor a su citado antecesor prevé lo siguiente:

«Artículo 10

1. La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos.

No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba».

Es decir, a nuestro juicio, la protección de los terceros de buena fe claro que preside la cuestión, pero no por la aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sino porque precisamente esta protección de terceros de buena fe es susceptible de aplicación desde la propia doctrina aplicable al supuesto del artículo 1259 del Código Civil, aunque con límites propios de tal categoría, como luego veremos.

Por lo tanto, es la Ley la que atribuye la competencia en esta materia del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital a la Junta General de la sociedad, excluyéndola pues del ámbito del poder de representación del órgano de administración, configurándose pues cualquier actuación del órgano de administración en esta materia como una auténtica injerencia competencial y como un auténtico exceso de poder, ajeno por tanto al margen de su actuación conforme o no al objeto social. De esta forma, con mayor o menor acierto (eso es objeto de otro debate) el legislador español no realiza ninguna desviación de lo previsto en la citada Directiva, la que le faculta como no podía ser de otra forma a realizar la distribución competencial de las materias propias de los órganos de las sociedades

de capital, estando la propia consecuencia de dicha distribución competencial pero en función de la tradicional regulación de esta materia, conectándose el supuesto a los casos de actuaciones ajenas al objeto social.

Ya en el estudio del antecedente del vigente artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, se opinaba que: «El artículo 129.2 TRLSA se refiere a acto para los que aparece legitimado el representante orgánico de la sociedad. Quedan fuera de dicho supuesto, aquellos actos que exceden de dicha legitimación, es decir, en términos del artículo 9.1.1 de la Primera Directiva, de las competencias que la ley atribuye o permite atribuir al órgano de administración. Dichos actos no podrán concluirse válidamente por dicho órgano, por lo que no existiría ni siquiera una vinculación inicial o provisional de la sociedad. En este sentido, quedaría fuera de la legitimación del órgano de representación los actos para los que sea legalmente competente la Junta General, así como los actos evidentemente contrarios al objeto social o negadores del objeto social»^{12, 13}.

Pues bien, entendemos que en el artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital la protección del tercero de buena fe no puede buscarse en las normas reguladoras de la actuación del órgano de administración en relación con el objeto social, ya que este no es en este caso el parámetro a tener en cuenta dada la referida atribución competencial legal, debiendo hallarse por tanto en la aplicación de la doctrina de la conocida como representación aparente, y más concretamente, en su caso, en la especie de dicho género como de hecho se trata a la figura del falso procurador¹⁴.

La aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital al caso previsto en el artículo 160 f) de la misma, no colmaría por otro lado la respuesta a buscar por el intérprete jurídico a los posibles casos que ofreciera la realidad. Así, pensemos en que la persona que representa a la sociedad frente al tercero en el acto ubicado en el artículo 160 f) no fuera un representante orgánico o administrador sino un representante voluntario que previamente le hubiera sido un poder suficiente por dicho administrador para el acto genérico (vgr. «enajenación»), pero que sin embargo se juzgara no suficiente para el acto específico (vgr. «activo esencial»). En este caso, ¿dónde habríamos de buscar la protección del tercero de buena fe?, ¿también mediante el recurso a la aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital? Sinceramente, no lo creemos así, ya que claramente dentro de la representación voluntaria contamos con el artículo 1259 del Código Civil para la solución de los llamados excesos de poder.

A primera vista, la solución pudiera ser la misma, o sea, la protección del tercero de buena fe, sin embargo una aproximación más detallada a los efectos que produce la ubicación del problema en el ámbito de aplicación del artículo 1259 del Código Civil, sugiere sin duda una respuesta contraria.

El resultado del procedimiento analógico propuesto por algunos autores nos podría conducir a la aplicación de soluciones diferentes en función del carácter del representante (orgánico o voluntario) que apareciere como tal en el negocio jurídico estipulado con intención de vincular la sociedad, lo que no sería coherente con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 Constitución española).

No obstante, si hasta ahora hemos venido haciendo referencias al supuesto de hecho como *falsus procuratus* y representación aparente, no es menos cierto que es necesario realizar diferencias al respecto en función de cuál es el sujeto cuya protección debe primar, es decir, el principal (sociedad) o el tercero contratante.

Agudamente, DÍEZ-PICAZO¹⁵ analiza el anterior problema sobre las distinciones y efectos que nos podemos encontrar en los casos de representante sin

poder y representante aparente. De esta forma, nos enseña que: «Para perfilar el supuesto que ahora analizamos hay que preguntarse si es posible distinguir el representante aparente o la apariencia de poder de representación de la figura estricta del representante sin poder. Aunque a veces en la terminología se confunde (ver MESSINEO, RTDDC, 1957), a nuestro juicio, la figura del falso procurador constituye una particular aplicación de la hipótesis de la ausencia de poder de representación, en la cual la protección hay que dispensarla en favor del *dominus*. Supone, por consiguiente, que el *dominus* no ha participado en absoluto en la actividad del llamado *fictus procurator*, que esta no se ha debido ni a su iniciativa ni ha habido respecto de ella aquiescencia. En estos casos, la eventual protección de los terceros que hayan tratado con el *falsus procurator* no se sitúa en primer plano, porque estos terceros han soportado una carga de diligencia en la investigación de los poderes de representación de la persona con que se han relacionado.

En cambio, es distinta la situación de los que se pueden llamar representantes aparentes. La apariencia de poder de representación puede obedecer a un comportamiento del *dominus negotii*, cuando este, con sus actos, tácitamente o con su aquiescencia, ha contribuido a crear la apariencia y, por consiguiente, la base de una situación en la que los terceros pudieran confiar razonablemente. En este caso, la hipótesis no es de *falsus procurator*. Por el contrario, hay una auténtica procura o apoderamiento tácito, producido por *facta concludentia*.

Obviamente, la situación es distinta cuando la apariencia ha sido creada exclusivamente por el representante. Por ejemplo: ha falsificado el documento que le acredita como representante o ha llevado a cabo cualquier otra situación culpable o fraudulenta. La apariencia creada por el representante no cambia la cuestión del falso procurador. Hay únicamente inexistencia de poder de representación».

En la anterior distinción efectuada en sede de doctrina general representativa, encontramos una de las diferencias que apuntábamos con anterioridad en cuanto a las consecuencias de ubicar la respuesta bien mediante la aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital donde claramente el centro especial de atención está ubicado en la protección del tercero de buena fe («tercero [que no] sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba» en palabras de la propia Directiva a la que ha de acudirse como elemento interpretativo del concepto «buena fe» utilizado en el artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital), o bien, en sede de la aplicación supletoria (art. 4.3 del Código Civil) del artículo 1259 del Código Civil, donde como hemos tenido ocasión de exponer, en los casos de ausencia de poder la protección principal reside con carácter general en el *dominus* y no en el tercero.

Otra manifestación contraria, si bien en sede de representación voluntaria, a la primacía de la protección del tercero de buena fe en términos absolutos frente al mandante o principal la encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100007) en interpretación del artículo 1738 del Código Civil¹⁶, de la que se desprende que el tercero no quedará protegido si el mandante no es el que ha creado la situación de apariencia, razonando que:

«Esta doctrina, plasmada recientemente en la sentencia citada por la parte recurrente de 24 de octubre de 2008, Rc. 1030/2003, ratificada por la de 13 de febrero de 2014, Rc. 200/2012, interpreta el artículo 1738 del Código Civil en el sentido de

exigir para su aplicación la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata el mandatario haya actuado de buena fe, o sea que desconociera la anterior extinción del mandato, condición que se da en el supuesto que enjuiciamos; y en segundo lugar, que dicho mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante o la concurrencia de cualquier otra de las causas que hacen cesar el mandato, condición esta que no concurre en el presente supuesto en el que el mandatario usó el poder cuando le había sido debidamente notificada su revocación.

Por ello la tesis de la sentencia, en aras a la ultra actividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incomprensible con el propio texto de la norma y doctrina de la Sala que lo interpreta. Al no ser aplicable dicho precepto lo realizado por el mandatario tras la extinción del mandato (STS de 24 de octubre de 2008) es nulo (art. 1259 del Código Civil) y como tal no vincula al mandante (art. 1727 del Código Civil) y deja al mandatario como responsable frente al tercero (art. 1725 del Código Civil)».

Pero de nuevo, volvamos sobre los conceptos de *falsus procurator* y representante aparente. En análogo sentido al ya expuesto, GORDILLO CAÑAS¹⁷ opina que: «En efecto, incluso tomando *falsus procurator* en la acepción más amplia que se le atribuye en la doctrina como comprensiva de la actuación, no solo de quien jamás gozó de poder de representación, sino de quien, teniéndolo, lo traspasa, abusa de él, o lo ejercita tras su extinción, siempre será cierto que ella no viene a confundirse con la del representante aparente. Esta última supone que, a más de actuación sin poder, concurren en el supuesto circunstancias tales que pueden llevar al tercero a la convicción razonable de que la persona en cuyo nombre actúa el representante ha apoderado efectivamente a este. Solo en este caso el *falsus procurator*, será, además, representante aparente».

Por tanto, en términos de apariencia jurídica o no ha de desenvolverse la existencia de protección del tercero.

Pero es cierto que lo anterior supone adentrarse en un campo sumamente complicado como es el de la existencia de la apariencia donde se ha discutido si basta para la creación de la mera apariencia una mera implicación del *dominus* sin necesidad de acudir a criterios de imputación culpabilística o no, afirmándose incluso que basta para la creación de la apariencia jurídica que la actuación se encuentre dentro de la esfera de riesgo del *dominus* (vid. GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*), lo cual a nuestro juicio, se daría sin lugar a dudas en la hipótesis de actuación del órgano de administración prevista en el artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital bajo el criterio delimitador competencial que presidía dicha actuación, a saber, el objeto social.

Sin embargo, el hecho de que la Ley [art. 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital] haya configurado una reserva competencial en favor de la Junta General supone que la actuación del órgano de administración y con mayor acento la del apoderado voluntario en relación con los supuestos que caen dentro del ámbito de aplicación de la meritada norma, supongan una situación excepcional a la esfera de riesgo del *dominus* (sociedad) que haya de ser tratada en términos diferentes y que por sí sola no justifica la creación de la apariencia jurídica necesaria para que obre la protección del tercero que requerirá una situación de buena fe en cuanto a que la situación haya sido provocada por la información suministrada por el representante de la sociedad (lo que en este caso, normalmente ocurrirá con la manifestación del representante de que el acto no se encuentra reservado a la competencia de la Junta General) quien habiéndolo conocido haya mante-

nido en tal situación al tercero (lo que ya depende más de las circunstancias la apreciación de este hecho) y entendemos que siempre que a este no le sea imputable el desconocimiento competencial producido (lo que no solo supondrá la apreciación de las circunstancias necesarias para la aplicación de la reserva competencial desde el punto de vista de la sociedad, sino también del tercero, lo que requerirá una especial atención a la diligencia debida en cada caso).

Por tanto, no entendemos [por mucho que se quiera esgrimir como remedio en la práctica ante la situación creada por el nuevo artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital] que la mera certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, baste para asentar la creación de la apariencia jurídica y por tanto la protección del tercero, de ahí que sí estemos de acuerdo en que haya que precisarse «...prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto» para poder afirmar la existencia de una apariencia jurídica protectora del tercero contratante.

Somos conscientes de que la situación creada con la reserva competencial en favor de la Junta General en los referidos casos, que si bien viene a aclarar en cierta medida supuestos reconocidos como de competencia implícita de la Junta General y la propuesta interpretativa ofrecida pueden suponer determinadas dificultades en la práctica, que bien podrían requerir una reforma de los términos actuales del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital que ofreciera una solución más clarificadora a los mismos, ya que las ofrecidas en cuanto al juicio de suficiencia notarial en este tipo de negocios no nos parecen que afronten la magnitud del problema en su debida extensión.

En este sentido y como problemas existentes puede plantearse, como ejemplo, los requisitos para la ratificación de lo actuado sin poder y las cuestiones acerca de la retroactividad y su alcance respecto a terceros. Conviene recordar en relación con esto último y al efecto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de núm. 5850/2013 de 7 de mayo, RJ 2013, 5174, que haciendo buen resumen del estado de la cuestión razona:

«Repárese en que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 20 de septiembre de 2012, incluso en los casos en que nuestro ordenamiento admite la ratificación de un negocio con eficacia retroactiva (v.gr. arts. 1259.2 y 1727.2 del Código Civil [LEG 1889, 27]) tal eficacia se limita al ámbito de las partes contratantes, dejando fuera de la misma todo efecto perjudicial respecto de terceros. Así lo ha declarado nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 12 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8821) al afirmar que: «Es doctrina reiterada de esta Sala, recogida en numerosas sentencias, la de que, tanto en el caso del artículo 1259-2.º del Código Civil como en el caso del artículo 1727-2.º del mismo cuerpo legal, la posterior ratificación del contrato tiene eficacia retroactiva entre las partes contratantes con lo que sus efectos se entenderán válidos y plenamente existentes al momento de la celebración por el representante del negocio en cuestión; ahora bien, tal eficacia retroactiva no puede afectar a los terceros que durante el tiempo de pendencia del contrato dispositivo adquirieron del primitivo dueño algún derecho incompatible con la nueva propiedad y así se reconoce por la doctrina científica y se desprende de la jurisprudencia de esta Sala, que en la sentencia de 31 de enero de 1978 (RJ 1978, 229)... de donde se sigue que la ratificación posterior al mandamiento de embargo y su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad no producirá efectos con carácter retroactivo frente al acreedor que obtuvo el embargo y en este sentido se pronuncia la resolución de la Dirección General de los Registros

y del Notariado de 3 de marzo de 1953 (RJ 1953, 1682)». En el mismo sentido se pronuncia la más reciente sentencia del mismo Tribunal de 22 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7621). Y este mismo criterio es asumido, como no podría ser de otro modo, por la doctrina de este Centro Directivo, y en este sentido se pronuncia, entre otras, la resolución de 2 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10481), según la cual «de conformidad con lo previsto en los artículos 1259 y 1727 Código Civil, esa nulidad de lo actuado como poder insuficiente, no excluye la posibilidad de ratificación por el representado... si bien es evidente que la misma no puede retrotraer su eficacia al tiempo de la celebración del autocontrato, cuando ello perjudique los derechos o legítimos intereses de un tercero».

Es decir, la ratificación opera retroactivamente *inter partes*, extendiéndose la retroactividad respecto de terceros a lo que les beneficia, pero no a lo que les perjudique, con las graves consecuencias que pudiera acarrear dicha falta de retroactividad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL. <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/06/y-mas-sobre-el-art-160-f-lsc.html>.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y SÁNCHEZ SANTIAGO. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC, *Diario La Ley*, núm. 8546, Sección Doctrina, 25 de mayo de 2015, Ref. D-207, editorial La Ley.
- ARANGUREN URRIZA. *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo VI. Mercantil. Consejo General del Notariado, Thomson-Civitas, 2004.
- CABANAS TREJO. Cambios en el régimen de la Junta General con ocasión de la reforma del gobierno corporativo. *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2015, núm. 59.
- DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado*. Editorial Civitas, 1979.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA. La interpretación literal del artículo 1738 del Código Civil y la representación aparente. A propósito de algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo. *Indret*, enero de 2015.
- FERNÁNDEZ DEL POZO. Aproximación a la categoría de «operaciones sobre activos esenciales», cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta [arts. 160 f) y 511 bis LSC]. *La Ley Mercantil*, núm. 11, Sección Sociedades, febrero de 2015.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES. *Una interpretación razonable del artículo 160 f) de la LSC*-www.eleconomista.es
- GARCÍA DE ALBIZU. *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, 1990.
- GONZÁLEZ MENESES GARCÍA-VALDECASAS. La reforma de la Ley de sociedades de capital y la función notarial. *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2015, núm. 59.
- GORDILLO CAÑAS. *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978.
- PERDICES HUETOS. Las nuevas competencias de la Junta, en las *Jornadas sobre la reforma «Nuevos retos del gobierno corporativo de las sociedades de capital»*, organizadas por la UAM y el Colegio Notarial de Madrid, marzo de 2015.
- PÉREZ RAMOS. El 160. *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio de 2015, núm. 61.
- RECALDE CASTELLS. <http://almacenedderecho.org/la-dgrn-no-resuelve-sobre-la-transmision-de-activos-esenciales/>. Vid. también, RECALDE CASTELLS. Co-

mentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas. Javier Juste Men-
cía (coord.). Editores: Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, 2015.
SUÁREZ PINILLA. *Nuevas facultades de la junta general. Juicio de suficiencia
notarial*, 28 de enero de 2015. www.notariosyregistradores.com.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 22 de enero de 2015.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de núm. 5850/2013 de 7 mayo de 2013.
- Resolución de la Dirección General 11 de junio de 2015 de los Registros y del Notariado (BOE núm. 190, de 10 de agosto de 2015).
- Resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2015).
- Resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2015).
- Resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2015).
- Resolución de 8 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2015).
- Resolución de 10 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 2015).

NOTAS

¹ FERNÁNDEZ DEL POZO. «Aproximación a la categoría de «operaciones sobre activos esenciales», cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta [arts. 160 f) y 511 bis LSC]» *La Ley Mercantil*, núm. 11, Sección Sociedades, febrero de 2015.

² SUÁREZ PINILLA. *Nuevas facultades de la junta general. juicio de suficiencia notarial*, 28 de enero de 2015. www.notariosyregistradores.com.

³ PÉREZ RAMOS. El 160. *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio de 2015, núm. 61.

⁴ GONZÁLEZ MENESES GARCÍA-VALDECASAS. «La reforma de la Ley de sociedades de capital y la función notarial». *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2015, núm. 59.

⁵ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y SÁNCHEZ SANTIAGO. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC, *Diario La Ley*, núm. 8546, Sección Doctrina, 25 de mayo de 2015, Ref. D-207, Editorial La Ley.

⁶ Dicha identidad de razón ha sido contestada por Alfaro Águila-Real, opinando que: «A nuestro juicio, no hay identidad de razón entre el supuesto del artículo 234.2 (actuación de los administradores no cubierta por el objeto social tal como se describe en los estatutos) y el del artículo 160 f LSC que permita extender la consecuencia jurídica del artículo 234 —la sociedad queda vinculada— a la infracción del artículo 160 f) LSC.

La regla del artículo 234.2 LSC se justifica porque muchos de los actos realizados por los administradores con terceros y que obligan al patrimonio separado que es la persona jurídica son actos «incolores» respecto del objeto social descrito en los estatutos sin que, ni siquiera tras haber leído los estatutos, los terceros puedan saber si el acto está dentro del objeto social o no. Por ejemplo, la compra de material de oficina, la venta de un inmueble, la adquisición de acciones, la contratación de los servicios de un abogado o un enfermero. De ahí que sea razonable presumir que, salvo que haya «(culpa grave) que indiquen al tercero que los administradores están actuando *ultra vires*, se imponga a la sociedad el riesgo de tal actuación. La reducción de los costes de transacción que la norma logra beneficia, al fin y

al cabo, a la propia sociedad que, si no existiera el artículo 234.2 LSC, tendría que exhibir repetidamente a los terceros no ya una certificación del registro en la que conste el nombramiento y vigencia del cargo del administrador sino también las pruebas de la inserción de la operación económica en el objeto social. Por tanto, el artículo 234.2 LSC es una norma que beneficia a la propia sociedad de forma semejante a las normas que establecen una adquisición a non domino, las cuales benefician a los dueños (al *verus dominus* que se ve privado de su propiedad en beneficio del adquirente de buena fe) porque aumentan el valor de liquidación de sus bienes al hacerlos más fácilmente transmisibles (de esta cuestión nos hemos ocupado ampliamente *aquí* y el trabajo más interesante al respecto es el de Barak Medina que puede leerse *aquí* y es la base que permite a Arruñada dar una explicación en la misma línea de la existencia de los registros). Pero esta ponderación no es trasladable a la enajenación o adquisición de un activo esencial por parte de la sociedad.

En realidad, la operación que realizan los autores implica llevar a cabo, previamente a la aplicación analógica del artículo 234.2 LSC, una reducción teleológica de la norma que establece la eficacia anulatoria de los defectos en la formación de la voluntad de las personas jurídicas. Es decir, a nuestro juicio, no hay una laguna abierta sino, a lo más, una laguna oculta.

Cuando, por ejemplo, una sociedad expresa su consentimiento para fusionarse con otra, no hay duda alguna de que las normas sobre distribución de competencias determinan quién y cómo manifiestan el consentimiento de la sociedad a la fusión (aprobación del proyecto de fusión por los administradores y por las juntas de las sociedades implicadas). Y, para reducir teleológicamente el ámbito de aplicación de las normas sobre la formación de la voluntad de las personas jurídicas hay que justificar su necesidad. El artículo 234.2 LSC es, en este sentido, una norma excepcional. La norma general sobre la capacidad de los administradores para vincular el patrimonio social está en el artículo 234.1 LSC que afirma con rotundidad que «La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos». Si del artículo 234.2 LSC pudiera extraerse una regla según la cual, las personas jurídicas tienen capacidad general, habría que haber prescindido de la culpa grave y de la buena fe del tercero y el artículo 234.1 LSC debería rezar algo distinto. Debería decir: «La sociedad quedará obligada frente a terceros por cualquier actuación de los administradores inscritos en el registro mercantil». Pero no es eso lo que dice la regla general que, repetimos, está en el artículo 234.1, no en el artículo 234.2 LSC. El legislador no ha querido proteger ilimitadamente el tráfico y sacrificar, en todo caso, el interés de los socios en tomar decisiones que afectan de forma «esencial» al patrimonio separado que es la persona jurídica. Por tanto, no hay buenas razones para no aplicar las reglas generales sobre la representación y poner a cargo del tercero la averiguación y la obtención de garantías respecto del carácter no esencial del activo o respecto de la obtención de la autorización de la Junta. Como los autores reconocen, en fin, la primera directiva no es un obstáculo a la conclusión que sostenemos puesto que deja a salvo la distribución de competencias establecida por la ley». <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/06/y-mas-sobre-el-art-160-f-lsc.html>.

⁷ CABANAS TREJO. Cambios en el régimen de la Junta General con ocasión de la reforma del gobierno corporativo. *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2015, núm. 59.

⁸ RECALDE CASTELLS. <http://almacendederecho.org/la-dgrm-no-resuelve-sobre-la-transmision-de-activos-esenciales/>. *Vid.*, también, Recalde Castells. *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*. Javier Juste Mencía (coord.). Editores: Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, 2015.

⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL. <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/02/el-nuevo-articulo-160-f-lsc.html>

¹⁰ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES. Una interpretación razonable del artículo 160 f) de la LSC - www.economista.es

¹¹ PERDICES HUETOS. «Las nuevas competencias de la Junta» en las *Jornadas sobre la reforma «Nuevos retos del gobierno corporativo de las sociedades de capital»* organizadas por la UAM y el Colegio Notarial de Madrid, marzo de 2015.

¹² ARANGUREN URRIZA. *Instituciones de Derecho Privado. Tomo VI. Mercantil*. Consejo General del Notariado, Thomson-Civitas, 2004, p. 520. Con carácter previo, el citado autor

(*vid., op. cit.*) páginas 501 y 502 razona adecuadamente lo siguiente: «...En realidad, hay que volver a la referencia expresa que el artículo 9.1.1. de la Primera Directiva hace a la delimitación legal de competencias. Esta constituye el límite del poder. Si dicha referencia falta en el artículo 129 TRLSA, quizás sea como se ha dicho, porque se tiene por sobreentendido, al ser un presupuesto esencial de la organización social el que cada órgano tiene que operar dentro de su competencia. Sin embargo, a nuestro juicio, se trata de un aspecto fundamental, pues, en definitiva consagra la posibilidad de que cada legislación nacional atribuya competencias oponibles al órgano soberano, pero también que pueda establecer el ámbito del poder de representación de los administradores limitado al objeto social, que es lo que cabalmente hace el artículo 129.1 TRLSA, si debemos presuponer que la norma tiene algún sentido. Ciertamente, por imperativo de la Directiva comunitaria, no se extraen de dicha norma competencial las conclusiones en el orden externo que sean incompatibles con la protección de tercero que haya actuado de buena fe y sin culpa grave. El ámbito del poder orgánico, por tanto, es el resultante en cada Ley nacional, al configurar las competencias de los órganos sociales, y en la nuestra coincide con el objeto social, salvo los supuestos de atribución específica a la Junta General de competencias en la esfera de este (por ejemplo, art. 41 TRLSA)».

¹³ Con anterioridad y para los actos ajenos al objeto social llevados a cabo por el órgano de administración, GARCÍA DE ALBIZU también ubicaba la cuestión como un exceso de poder al razonar que: «Caracterizado el vicio del acto ajeno como un exceso de poder por parte de los administradores que lo realizan, habría que analizar la situación en la que se encuentra dicho acto así como las vicisitudes a las cuales queda sometido. Situando plenamente esta problemática en el terreno de la representación, hay que afirmar, en primer lugar y por muy obvio que ello parezca, que el modo más sencillo de evitar las consecuencias que se derivan del exceso de poder consiste en autorizar previamente la realización del acto; en segundo lugar, cuando esto no hubiera ocurrido, el Código Civil prevé en su artículo 1259.2.º que el representado podrá ratificar el acto realizado por el representante, siempre y cuando dicha ratificación tenga lugar antes de que el tercero contratante revoque el acto». GARCÍA DE ALBIZU. *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, 1990, pp. 265 y 266.

¹⁴ Con carácter general sobre la materia de la representación aparente, *vid.* GORDILLO CAÑAS. *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla 1978.

¹⁵ DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado*. Editorial Civitas, 1979, pp. 214 y 215.

¹⁶ Para un análisis reciente de la norma (su bibliografía y jurisprudencia) aunque con opinión contraria, *vid.*, ESPEJO LERDO DE TEJADA. «La interpretación literal del artículo 1738 del Código Civil y la representación aparente. A propósito de algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo». *Indret*, enero de 2015.

¹⁷ *Vid., op. cit.*