

¿Puede el órgano de administración constituir sociedades filiales íntegramente participadas sin la autorización de la junta general?

No es aconsejable

Bujalance, Antonio Fuentes

Magistrado Titular del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga

La cuestión que se somete a debate, a mi juicio, tiene una clara respuesta negativa. Obviamente desechamos escenarios de situaciones de hecho donde se constituyen las sociedades obviando esta imposibilidad y donde los controles iniciales pudiesen fallar en este sentido, o sencillamente entender en positivo esta facultad, así como escenarios de impugnación de esta decisión cuando estatutariamente fuese posible esta actuación por los administradores. Y es que, ciertamente, que los administradores puedan constituir la sociedad filial, es un hecho posible *ex art. 234* de la Ley de Sociedades de Capital, pero nos situamos en el escenario de una actuación respetuosa con el deber ser y no con la mera posibilidad.

¿Cuáles son las razones para argumentar esta imposibilidad?

1.º El órgano de administración de una sociedad tiene facultades de gestión de la sociedad que administran (art. 209 LSC), y dentro de esas funciones de gestión no se encuentran la de crear sociedades filiales, excede en mi opinión del mandato otorgado a los administradores el hacer uso de esta posible facultad. Debe advertirse que si bien los administradores representan a la sociedad (art. 233 LSC), lo hacen en relación con la gestión, como se ha visto, de su objeto social (*ex art. 234 LSC*) y, como se ha expuesto, para la gestión de ese objeto social se debe considerar excesiva la facultad de vincular a la sociedad por vía de la constitución de una filial. Quizá la razón más sólida sea valorar que la constitución de una sociedad filial, por muy provechoso o interesante que pueda ser para la sociedad matriz, no es un acto que requiera de inmediatez ni es necesario en la gestión social. Es una opción, muchas veces por razones fiscales, que perfectamente puede "esperar" a que sea la Junta de Socios la que decida su creación. Esa falta de inmediatez y de relación directa con la llevanza del devenir diario de la sociedad es lo que aparta esta decisión de las facultades genéricas otorgadas a los administradores.

Obviamente, como se apuntaba, si de forma estatutaria se permite expresamente esta posibilidad a los administradores, la facultad sería evidente.

Ciertamente lo expuesto no está exento de una marcada valoración subjetiva. Así, como expone la DGRN de 15/10/2005: "*El poder de representación del órgano de administración de una sociedad anónima abarca todo tipo de operaciones económicas y actuaciones jurídicas siempre que se encuentren comprendidos en su objeto social.*"

Cumpliendo este último requisito, la legitimación representacional del órgano de administración se proyecta sobre toda clase de actos, comprendiendo también los de

gravamen y la constitución de todo tipo de garantías personales y reales. En efecto, el ámbito propio de la esfera de representación orgánica viene marcado, no tanto por la naturaleza del acto o negocio jurídico en sí mismo, considerado aisladamente, que realice la administración social, toda vez que potencialmente todo tipo de acto o negocio jurídico, ya sean de administración, gravamen o disposición, son susceptibles de ser llevados a cabo eficazmente, sino por un elemento externo a este, cual es su conexión con el giro o tráfico social. Esta es la doctrina que cabalmente cabe extraer del mandato legal contenido en los arts. 63 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando establecen que «la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social» (...), donde el legislador español, al hacer el proceso de adaptación a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, optó claramente por este modelo, frente al que se sigue en materia de representación voluntaria en el Código Civil (arts. 1.713 CC y concordantes).

La problemática del ámbito de la representación orgánica, entonces, hace tránsito al análisis de su conexión con el objeto social, y en definitiva, a la extensión de este. Pero como ya ha destacado este centro directivo (resoluciones de 11 de noviembre de 1991, 17 de noviembre de 1998, entre otras) la conexión de un acto con el objeto social de la compañía en cuya representación se realiza es difícil, en muchas ocasiones, que pueda determinarse a priori, pues en esta calificación pueden intervenir multitud de datos y matices que no trascienden o no se externalizan en la relación jurídica enjuiciada. Desde esta perspectiva se explica la doctrina de esta Dirección General que ha venido entendiendo que no puede hacerse recaer en el tercero que contrató con la compañía la carga y la responsabilidad de interpretar la conexión entre el acto que se propone realizar y el objeto social de la otra parte contratante.

Sobre la base de estos presupuestos, es doctrina consagrada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las resoluciones de este centro directivo (vid. resoluciones de 20 de abril y 5 de mayo de 2005) que deben incluirse dentro del poder de representación de los administradores, y consiguientemente tenerse por eficaces en la esfera patrimonial de la sociedad representada (sin perjuicio de reconocer a esta, el derecho a exigir responsabilidad al administrador que se hubiese extralimitado, incluso a solicitar la declaración de nulidad si concurriesen los requisitos necesarios), todos los actos que sean o supongan desarrollo o ejecución del objeto social, de forma directa o indirecta, así como los que sean auxiliares o complementarios de estos, y también aquellos cuya conexión con el objeto social no sea patente o manifiesta, como los llamados actos neutros o polivalentes, incluso los aparentemente ajenos o no conectados con las actividades que integran el objeto social, quedando excluidos exclusivamente los denegatorios o contradictorios con el objeto social. Incluso los arts. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y 63 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada mantienen la eficacia de la operación, que obliga a la compañía representada, frente a terceros que hubiesen obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos que el acto no está comprendido en el objeto social".

En definitiva valorar qué está y qué no está vinculado con el objeto social es una cuestión de contornos difusos, y es la base de la respuesta a la cuestión, por ello es necesario aportar otros argumentos.

2.º La propia Ley de Sociedades de Capital regula el tipo de sociedad denominada Sociedad Anónima Europea de Constitución por Holding, que si bien no tiene que ser un supuesto igual al que se plantea, si es en cierta forma similar, y si se observa el art. 471.2 de la norma exige el pronunciamiento de la junta general.

3.º También en nuestra legislación societaria podemos hacer referencia a la Ley de Modificaciones Estructurales (Ley 3/2009, de 3 de abril). En esta se regula, entre otras, un tipo de modificación genérico de escisión y, dentro de este, el de segregación en el art. 71 de la norma, que es muy similar al supuesto de hecho que se podría producir en una constitución de filial por una sociedad preexistente. Pues bien, en cuanto al régimen legal, el art. 73 remite al régimen de la fusión, y este en su art. 40.1 dispone "*1. La fusión habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella, ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan. Cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta*".

4.º Por último, como argumento más genérico, se debe valorar que la constitución de filiales tiene importantes consecuencias en la estructura societaria de la constituyente que incide en su nivel de responsabilidad, obligaciones fiscales, etc., y que normalmente puede requerir un uso importante del patrimonio de la sociedad matriz, como podría ser, por ejemplo, las constituciones de filiales con aportaciones no dinerarias mediante aportación de rama de actividad. En definitiva, la situación fiscal, patrimonial, de régimen de responsabilidad y la propia actividad de la sociedad constituyente se puede ver sensiblemente modificada, es una decisión de calado, que no es necesaria para la gestión del objeto social ni necesita como se expuso inmediatamente, lo cual aconseja a que sea la junta de socios, los dueños de la empresa, los que tomen esta decisión.

Vivero de Porras, María del Carmen de

Letrada-Asesora Jurídica de Unicaja Banco

La creación de una filial puede suponer la generación de nuevas empresas cuya titularidad pertenezca íntegramente a la empresa matriz o dominante. Pero la creación de estas nuevas sociedades titularidad de la dominante provoca que los socios de la misma se vean perjudicados en su posición, dado que pasan a tener un papel menos relevante en la nueva sociedad creada del que tienen en la sociedad dominante. Igualmente, y al funcionar la filial autónomamente, el control quedaría fuera de la propiedad de la matriz, dándole con ello una capacidad importante al órgano de administración de la matriz al margen de los socios de la dominante.

La creación de la sociedad filial puede partir de la decisión del órgano de administración de la sociedad matriz, y posteriormente ser ratificada por la Junta. En ocasiones, esta delega dichas facultades de constitución de sociedades filiales, en el órgano de administración, ahora bien, siempre es aconsejable que dichos acuerdos sociales sean ratificados por la Junta de socios, dado que como hemos apuntado, la constitución de estas sociedades filiales tiene un efecto directo sobre la posición de los socios de la sociedad dominante que pierden su protagonismo en la gestión de la empresa. Insistir, por tanto, en que, aunque no haya una regulación expresa al respecto, este tipo de decisiones se adopte con la autorización de la junta de socios de la sociedad dominante,

con el objeto de que los socios muestren su parecer favorable a la creación de un ente que pueda alterar sus derechos como socio.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011 vino a declarar que la creación de una filial puede conllevar a su vez la modificación sustancial del objeto social, aunque el negocio se desarrolle en el mismo sector en el que se ubica el de la sociedad dominante. Apartándose, por tanto, del criterio tradicional que había venido siguiendo el Alto Tribunal, consideró en dicha resolución que sustituir la explotación directa de una actividad industrial por la explotación de acciones y participaciones sociales a través de la creación de una holding, suponía la pérdida de poder del socio que no participa en la gestión y, por tanto, comporta la sustitución de las reglas de juego que han movido a ese socio a tomar la decisión de formar parte de dicha sociedad.

Así pues, y siguiendo dicha doctrina jurisprudencial que considera que la creación de una filial constituye un supuesto de modificación sustancial del objeto social [art. 346.1 a) LSC], no solo supone que la junta de socios debe aprobar dicho acuerdo para que pueda llevarse a cabo, sino que además se abre una nueva puerta para que el socio disconforme con dicha decisión pueda desvincularse de la sociedad y, por tanto, recuperar así la inversión realizada, mediante su derecho de separación.

Puede, como socio fundador, siempre que no incurra en la prohibición de competencia del 230 LSC

Blanco Saralegui, José María

***Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Pontevedra, con sede en Vigo.
Magistrado especialista en asuntos propios de lo mercantil***

La respuesta a la cuestión planteada vendrá dada por el régimen de deberes y obligaciones a los que se vincula el administrador de la sociedad cuando acepta el cargo. Así, entre los preceptos más relevantes que regulan los mismos, se encuentra el art. 229 LSC -que regula las situaciones de conflictos de interés- y el 230 LSC -que regula la prohibición de competencia-; ambas situaciones son manifestaciones concretas del deber general de lealtad -art. 226 LSC-, por el cual el administrador debe velar por los intereses de la sociedad por encima de los suyos propios.

Si el administrador, persona física o jurídica, decide constituir sociedades filiales, no lo hará en su condición de administrador, sino en la de socio fundador de las mismas -art. 21 LSC-, lo cual no impide el hecho de que, en muchas ocasiones, quien figura como socio constituyente de la filial sea, además de administrador de la matriz, socio mayoritario de la misma.

Mientras que, para las situaciones de conflicto de interés, el art. 229 LSC impone un deber de comunicación -sea al resto del consejo de administración, al resto de administradores, o a la junta general, según los casos- y un posterior deber de abstención, la situación es mucho más exigente en los supuestos de prohibición de competencia del art. 230 LSC, en los cuales se instituye, directamente, una prohibición legal de dedicación "*por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social*"; prohibición que puede ser salvada con una condición: "*salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la*

junta general, a cuyo efecto deberán realizar la comunicación prevista en el artículo anterior".

Desde este parámetro, se puede concluir que el administrador de una sociedad no precisará autorización para constituir una o varias filiales de la misma, como socio fundador, siempre que no incurra en la prohibición de competencia del art. 230.

Las dudas, sin embargo son evidentes. Los términos de dicho precepto son amplísimos en cuanto a la mera similitud con el objeto social de la entidad matriz, pero habrá supuestos con mucho que matizar.

El mayor problema, con todo, radica en la expresión "*por cuenta propia o ajena*" que utiliza el art. 230 LSC; por una parte, se podría intuir que "*por cuenta ajena*" se refiere también a las personas vinculadas a los administradores, pues el art. 231.1 LSC, al definirlos, lo hace "*a los efectos de los artículos anteriores*", lo que parece incluir al art. 230, cuyo tenor sería semejante al "*por sí o a través de persona vinculada*", cuando es claro que, en la vinculación, se incluyen -art. 231.1 d)- a las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apdo. 1 del art. 42 del Código de Comercio -por tanto, de control directo o indirecto, como lo sería de una matriz respecto a su filial-. No obstante, las personas vinculadas aparecen en la regulación de otros deberes y prohibiciones distintos -el de comunicar el conflicto de intereses del art. 229, pero también la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador del art. 227 y en la de aprovechar oportunidades de negocio del art. 228-, y no aparecen en el art. 230 LSC. Además, los términos "*por cuenta propia o ajena*" parecen alejarse del mundo del Derecho privado para tomar parámetros del Derecho laboral -art. 1 ET-, impidiendo que el administrador persona física, como trabajador autónomo o como empleado al servicio de otra empresa, o el administrador persona jurídica por sí mismo se dedique a actividades coincidentes.

En todo caso, con la regulación de la prohibición, y sus fatídicas consecuencias para quien la vulnere -posibilidad de cese inmediato, a instancias del Juez o de la junta general, según los casos- se impone la prudencia de solicitar, ante cualquier situación dudosa, la preceptiva autorización de dicha junta.

Sí, siempre que con ello se respete el objeto social

García-Chamón Cervera, Enrique

Presidente de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante

En primer lugar, el art. 160 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) enumera los actos que son competencia de la Junta General. En la relación allí contenida no figura ningún acto relacionado con la constitución de sociedades filiales. Quiere decirse con ello que no existe ninguna reserva expresa en la legislación que exija la previa y preceptiva autorización de la Junta General para que una sociedad acuerde la constitución de una sociedad filial.

En segundo lugar, el apdo. i) del art. 160 LSC contiene una cláusula abierta respecto de los actos que son competencia de la Junta General: "*cualesquiera otros asuntos que*

determinen la ley o los estatutos". En principio, en las normas que la LSC dedica a la constitución de sociedades no se exige como requisito que, si alguno de los socios es, a su vez, una mercantil, deba aportarse el previo acuerdo de su Junta General a favor de la constitución y participación en la nueva sociedad filial. En todo caso, habría que ver si en los estatutos sociales se ha previsto de forma expresa que la decisión de constituir una sociedad filial exige el previo acuerdo de la junta general pues, de ser así, no podría el órgano de administración por sí solo decidirlo.

En tercer lugar, dejando al margen el caso de la expresa previsión estatutaria que contenga la reserva a favor de la junta general de la decisión sobre la constitución de una sociedad filial, considero que el órgano de administración tiene capacidad para decidir, por sí solo y sin necesidad del previo acuerdo de la junta general, la constitución de una sociedad filial amparándose en el ámbito del poder de representación orgánica que le reconocen los arts. 209, 233 y 234 LSC, siempre que con ello traten de desarrollar y dar cumplimiento al objeto social descrito en los estatutos.

En cuarto lugar, la STS de 8 de febrero de 2007, al referirse al ámbito del poder de representación orgánica de los administradores, señala: "*No se discute que el mismo comprenda los actos de desarrollo y ejecución del objeto social, ya sea de forma directa o indirecta, y los complementarios o auxiliares para ello, además de los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social (...)*". La constitución de una sociedad filial, en la medida en la que constituye un modo de desarrollo y ejecución del objeto social de forma indirecta, se enmarca dentro del poder de representación orgánica de los administradores y puede ser decidida exclusivamente por el órgano de administración sin la previa autorización de la junta general.

Sí, siendo recomendable acuerdo previo de la junta

Medina Pinazo, Rafael y Rodríguez-Rico Roldán, Alberto

Socio Director y Letrado colaborador, respectivamente, de Medina Pinazo Abogados

Nuestra legislación en materia de sociedades de capital establece exhaustivamente las competencias que tiene la junta general, si bien no existe ningún artículo que las agrupe encontrándose dispersas a lo largo de todo el texto legal. Así, a título de ejemplo, se establece la necesidad de un acuerdo de la junta para nombrar y destituir a los administradores; acordar el aumento y reducción de capital; modificación de los estatutos; designar auditores de cuentas, censurar la gestión del órgano social y aprobar las cuentas del ejercicio anterior, y aprobar la fusión o escisión de la sociedad o acordar su resolución.

Tal y como puede comprobarse en un análisis pormenorizado, en ningún artículo se regula la obligación de autorizar al consejo de administración para que este pueda crear una entidad filial.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la Ley de Sociedades de Capital permite que los estatutos puedan regular competencias de la Junta que no se contradigan con las disposiciones de la propia Ley. Por tanto, los estatutos de las sociedades pueden, y en nuestra opinión deben, recoger la necesidad de autorización o ratificación *a posteriori*

de la creación de una entidad filial. Y ello no solo a efectos de proteger a los administradores de una eventual acción de responsabilidad, sino, principalmente, porque los socios de la entidad dominante, sin perjuicio de que esta sea titular de las acciones de la entidad filial, podrían verse perjudicados al tener un papel menos relevante en la nueva entidad creada, ya que las actuaciones de decisión competerían al órgano de administración de la entidad dominante y no a los socios de esta última.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de la ausencia de regulación legal al respecto, la jurisprudencia ha venido estableciendo la necesidad o no de esta autorización dependiendo del perjuicio que le pueda suponer a los socios de la entidad matriz o la propia entidad matriz.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 25 de marzo de 2009 consideró que la creación de una filial a la que se le traspasaron ciertos activos de la entidad matriz sin la autorización de la junta general no dañaba el interés de sus socios, ya que "*(...) la sociedad mantiene en su poder el cien por cien de las participaciones de la sociedad filial, por lo tanto su control absoluto, de suerte que la participación de la recurrente ostenta en la matriz no tiene por qué verse significativamente afectada por la constitución de la filial, pues aunque sea indirectamente, la apelante ostentará igual participación en la filial que la que posee en la entidad matriz (...)*".

Ahora bien, el Tribunal Supremo, no admite con carácter general esta afirmación, sino que considera que deberá estarse al caso concreto y a los daños que puedan ocasionarse.

Así, nuestro Alto Tribunal, en su Sentencia de 10 de marzo de 2011, parece exigir, a los meros efectos de evitar el ejercicio del derecho de separación de los socios, el acuerdo de la junta general en aquellos supuestos en los que la entidad dominante pasa a convertirse en una sociedad que únicamente ostenta las participaciones de la entidad dominada, siendo esta la que desarrolla el objeto social que hasta ahora venía llevando a cabo la dominante.

Por lo tanto, la conclusión que puede extraerse de todo lo expuesto es la siguiente:

Con carácter general la Ley de Sociedades de Capital no prevé expresamente la necesidad de autorizar al Consejo de Administración para la constitución de una filial, sin perjuicio de que pueda recogerse en los estatutos de la compañía. No obstante, ha sido la jurisprudencia la que ha ido perfilando la necesidad o no de esta autorización dependiendo del daño concreto a los socios y a la propia sociedad, siendo, en nuestra opinión, en todo caso recomendable en aras de garantizar una protección a los socios, así como evitar una acción de responsabilidad de los administradores de la entidad.

Autor:

Coordinador: Enrique Sanjuán Muñoz. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada