

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10453 *Resolución de 27 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 Santa Fe n.º 2 a inscribir una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don José Ignacio Suárez Pinilla, notario de Armilla, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Santa Fe número 2, don Felipe Martínez del Mármol Albasini, a inscribir una escritura de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Armilla, don José Ignacio Suárez Pinilla, el día 5 de mayo de 2015, con número 562 de protocolo, la sociedad «Manuel Bertos, S.L.», representada por sus administradoras mancomunadas, vende y transmite determinada finca a dos personas por el precio de cien mil euros.

II

Presentado el título en el Registro de la Propiedad de Santa Fe número 2, fue objeto de la calificación negativa que se transcribe, emitida por el registrador, don Felipe Martínez del Mármol Albasini: «Registro de la Propiedad de Santa Fe n.º 2 Acuerdo dictado en la calificación de la escritura autorizada el 5 de mayo de 2015 por el Notario de Armilla, don José Ignacio Suárez Pinilla, protocolo 562, copia de la cual fue presentada en este Registro el día de su autorización, asiento 1.242 del libro Diario 191, conforme a los arts. 18 y concordantes L.H. y art. 98 R.H. Hechos y Fundamentos de Derecho En la escritura presentada, la entidad mercantil «Manuel Bertos, S.L.», vende la finca registral 15.559 del término municipal de Las Gabias a don E. G. C. y don Q. G. C., que compran por mitades indivisas, no haciendo constar la parte vendedora «...que la finca de este número no tiene la condición de activo esencial de la sociedad y que el importe de la presente operación no excede del veinticinco por ciento del valor de los activos que figuran en el último balance aprobado de la entidad...», como exige el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por R.D. 1/2010, de 2 de julio y corno así tiene declarado la Dirección General de los Registros y Notariados en varias de sus resoluciones. Por todo cual, Acuerdo: Suspender la inscripción del documento, por el defecto subsanable que resulta de los Hechos y Fundamentos de Derecho que anteceden. El asiento de presentación queda automáticamente prorrogado durante, el plazo de sesenta días a contar desde la fecha de su última notificación, conforme al art. 323 L.H. Notifíquese al presentante y al Sr. Notario. Contra este acuerdo (...) Santa Fe, 25 de mayo de 2015. El Registrador de la Propiedad».

III

El notario autorizante, don José Ignacio Suárez Pinilla, interpuso recurso contra la anterior calificación, mediante escrito que causó entrada en el Registro de la Propiedad de Santa Fe número 2 el día 1 de junio de 2015. En dicho, escrito alega los siguientes fundamentos de Derecho: «El defecto apuntado por el Sr. Registrador es, que no se hace constar en la escritura, y según entiende, así lo exige el artículo 160 f) de la LSC y lo tiene declarado la Dirección General de los Registros y el Notariado en varias resoluciones (sin citar cuales) «...que la finca de este número no tiene la condición de activo esencial de la sociedad y que el importe de la presente operación no excede del 25% del valor de los

activos que figuran en el último balance aprobado de la entidad....». Son pues dos los requisitos, que al criterio del Sr. Registrador, se exige por el nuevo art. 160 f de la LSC en su redacción dada por la Ley 31/2014, cuando no se aporta acuerdo de la Junta General de la Sociedad: Hacer constar en la escritura, que no se trata de activo esencial. Hacer constar en la escritura, que el importe de la operación no excede del 25% del valor de los activos que figuran en el último balance aprobado de la entidad. Como notario autorizante, no comparto la interpretación apuntada por el Sr Registrador, siendo nuestra conclusión otra bien diferente: La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (LSC) para la mejora del gobierno corporativo, efectivamente ha introducido en el artículo 160 de la LSC, la letra f) con la siguiente redacción: «Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:...f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.» Antes de esta reforma, las facultades atribuidas «por ley» a la Junta General no presentaban especial problema, pues se trataba de actos concretos y objetivos, que no dejaban margen a la interpretación: aprobación de cuentas anuales, nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores de cuentas; ejercicio de la acción social de responsabilidad; modificación de estatutos sociales; aumento y reducción de capital; limitación o supresión del derecho de suscripción preferente y asunción preferente; la transformación, fusión, escisión o cesión global del activo y pasivo; traslado del domicilio social al extranjero; disolución de la sociedad; aprobación del balance final de liquidación; todos ellos contenidos en el citado art. 160 LSC. A estas facultades hay que añadir otras dispersas por la citada LSC, como la emisión de obligaciones (art. 406), dispensa en situaciones de conflicto de intereses (art. 190 y 227 y siguientes) La «nueva» competencia de la Junta General (aprobar «La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales») ciertamente introduce un elemento perturbador, pues aparentemente invade lo que venía siendo el ámbito de competencias del órgano de administración, sin que el legislador precise de forma rotunda: las operaciones que comprende; que es un «activo esencial» -solo establece una presunción-; como afecta a los terceros de buena fe; de quien es la competencia para decidir sobre el carácter de «esencial» del activo y como se acredita. A nuestro juicio, la interpretación que se debe dar a la norma debe ser lo más aséptica posible, no buscando legislar a través de la misma. Operaciones que comprende La primera duda que plantea la simple lectura del citado párrafo, es saber a qué operaciones se refiere, especialmente en los supuestos de adquisición y enajenación de activos. Una lectura rápida del precepto pudiera dar a entender que afecta a cualquier operación de adquisición o enajenación de activos en la que intervenga una sociedad, independientemente de que la otra parte sea una persona física o jurídica. Sin embargo, una interpretación como exige el art. 3 del Ce, gramatical, lógica y sistemática, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la reforma, nos obliga a concluir, que se ha de tratar de operaciones entre sociedades. Así: La propia redacción del precepto, que gramaticalmente significa: adquisición a otra sociedad enajenación a otra sociedad aportación a otra sociedad y la Exposición de motivos, que si bien no tiene carácter normativo, ha de ser la guía del intérprete, según criterio reiterado del TS y la DGRN. El apartado IV, de la exposición de motivos de la Ley 31/2014, justifica la reforma diciendo: «...se amplían las competencias de la junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales», esto es, se ha de tratar de operaciones societarias, que sean relevantes y además, que sean similares a la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo (art. 1 y 2 de, La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) Activos esenciales. La norma comentada no define los activos esenciales, sólo establece una presunción sobre el carácter esencial del activo atendiendo a su valor económico: «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» Se trata de una presunción *iuris tantum*, de modo que puede haber activos que superen el 25% y no sean esenciales, y viceversa, activos de valor inferior al 25% y que sin embargo sean esenciales. La presunción significa, que: -Si el activo enajenado o adquirido supera el 25 %, corresponderá al administrador probar, en caso de reclamación, que no se trata de un activo esencial (p.ej. sociedad que enajena un inmueble cuyo valor supera el 25% del valor de los activos, pero cuyo objeto social sea precisamente la venta de los inmuebles que forman parte de su activo, tratándose por tanto de una operación del tráfico normal de la sociedad, de competencia del órgano de administración). - Por el contrario, si el activo enajenado no supera el 25%, pero se considera por los socios o acreedores, que es un activo esencial para la sociedad, deberán ser ellos al reclamar responsabilidad al órgano de administración, quienes prueben el carácter esencial de dicho activo (p.ej. sociedad que enajena una patente o una concesión administrativa, cuyo valor no supere el 25% de los activos, pero sin la cual no puede desarrollar el objeto social). Eficacia frente a terceros La nueva facultad «legal» de la junta general también plantea el problema de la vinculación de la sociedad frente a terceros de buena fe. Cuando el administrador incumple su obligación de recabar la aprobación de la Junta en materias a ella reservada por disposición legal, especialmente en los supuestos de la letra f) del art. 160, que es donde puede haber terceros, ¿es un acto nulo por infracción de norma imperativa y falta de un elemento esencial de todo contrato: el consentimiento? 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 ésta en el sentido más adecuado para que produzcan efectos (art. 3 y 1284 Cc), 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 234.2 de la LSC: «La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social» Y más claro aún en el art. 236.1 LSC, cuando dice: «Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.» Es decir, a quienes se pueden sentir perjudicados por una acción abusiva del administrador (sociedad, socios o acreedores sociales) se les concede la acción frente al citado administrador, pero no frente a terceros de buena fe y, ello aun cuando el acto sea contrario a la Ley o a los estatutos. La Jurisprudencia del TS así parece confirmarlo, pues aunque la norma del art. 160 f) de la LSC es reciente, no hace sino reflejar lo que ya venía sosteniendo el T.S. Ponemos un ejemplo: Sentencia de 17 de Abril del 2.008 (Sala de lo civil, recurso 689/2001. Roj 1382/2008): - supuesto de hecho: Demanda por una sociedad (cuyo objeto social, entre otros, era el transporte), de la nulidad de una escritura pública otorgada por los Consejeros delegados de venta de «las concesiones administrativas de transportes, las tarjetas de transportes y los autobuses» por dejar a la sociedad sin actividad. - Juzgado 1a instancia: desestima la demanda porque no existía falta de consentimiento de la sociedad vendedora, pues intervino en la escritura a través de sus dos Consejeros-Delegados, quienes de conformidad con las facultades que ostentaban según los estatutos sociales, podían actuar como lo hicieron, todo ello sin perjuicio de la acción de responsabilidad contra los administradores. Se entabla recurso de apelación. - La Audiencia: desestima el recurso y confirma la sentencia de 1a instancia en base a que la cesión de las concesiones administrativas, bienes y personal laboral, relativo al transporte de viajeros, se ubica dentro del objeto social, que era: el transporte de viajeros, mercancías y correspondencia por mar y por tierra; la explotación de negocios de hostelería, salas de fiestas, cantinas y cafeterías, etc.; la construcción de edificios, el uso, arrendamiento y venta de viviendas; y cualquier objeto de comercio, industria o servicio que en el futuro pudiera emprender, previo acuerdo de la Junta General de Accionistas.

Por ello la actividad de transporte no es más que una de las comprendidas en el objeto social, y que daba a la sociedad actora la posibilidad de continuarlas dentro de la amplitud con que se estableció. En consecuencia, los Consejeros-Delegados actuaron representando a la sociedad. Afirma también la Audiencia que, incluso en el supuesto de actuación ajena al objeto social, la sociedad queda obligada frente a terceros que obran de buena fe y sin culpa grave, lo que no se ha observado en este caso. Se interpone recurso de casación. - El T.S.: Estima el motivo de casación: Lo atendible es, por tanto, la suficiencia de los poderes de los Consejeros-Delegados para llevar a cabo el otorgamiento de la escritura pública que se impugna. Estimamos que excede del tráfico normal de la empresa dejarla sin sus activos, sin autorización de la Junta General para este negocio de gestión extraordinario. El que el objeto social fuera más amplio no es argumento que lo justifique, porque la cesión impugnada seccionaba una parte del objeto social estatutario, desde el punto de vista literal, lo que debía de ser autorizado por la Junta de Accionistas. No tiene sentido que se exija la autorización para la ampliación y no para su mutilación práctica, precisamente el que de hecho constituía su única actividad. No obstante, falla la sentencia que: La estimación del motivo no da lugar a la casación de la sentencia recurrida, pues el fallo de la de esta Sala debía ser también desestimatorio de la demanda, por 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 -hoy 234 LSC- aplicable por una clara razón de analogía). Las sentencias de 27 de septiembre de 2002, 19 de diciembre de 2003 y 14 de junio de 2005 así lo han declarado». Competencia para decidir sobre el carácter de «esencial» del activo y como se acredita. El ámbito del poder de representación orgánica de los administradores comprende según el TS (st, sala de lo civil, recurso 1084/2000, de 8-02-2007) «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; y añade la DGRN (rons DGRN 11-11-1991; 17-11-1998, 15-10-2005)», quedando excluidos exclusivamente los denegatorios o contradictorios con el objeto social. Incluso los artículos 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y 63 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada -hoy 234 LSC- 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». Ante este ámbito del poder del órgano de administración, la nueva facultad de la Junta General plantea el interrogante de, tratándose de operaciones societarias, si se ha de acreditar el carácter esencial o no del activo o, basta la manifestación del órgano de administración -de hecho o de derecho, 236 LSC- sobre dicho carácter. En caso de exigirse la acreditación, sólo un acuerdo social de la Junta General, adoptado con la mayoría legal, podría acreditar con todas las garantías el carácter esencial o no del activo. También, haciendo uso de la presunción legal, se podría acreditar con el último balance aprobado, que la operación no supera el 25% de los activos que figuren en dicho balance. Sin embargo, tras lo expuesto (finalidad de la reforma, presunción *iuris tantum* del carácter esencial del activo, protección de terceros; seguridad del tráfico mercantil) entendemos más ajustado a una interpretación sistemática de la norma, que debe ser el propio representante (administrador de derecho o de hecho -apoderado-) de la sociedad quien, bajo su responsabilidad, reclame o no el acuerdo de la Junta y, en caso de otorgarse documento notarial, manifieste el carácter esencial o no del activo en aquellas operaciones societarias que estén al margen del objeto social. Hay que recordar a estos efectos, el alcance del control de legalidad notarial, que según la sentencia del TS de 20 de mayo del 2008 (sala contencioso, recurso 63/2007), fundamento 6.º, se materializa en las correspondientes «reservas y advertencias legales» así como en la adecuada información de la voluntad de los intervinientes y, salvo que una norma con rango de Ley así lo establezca de forma concreta, no puede el notario denegar la autorización del instrumento público, aún en el caso de juicio de legalidad desfavorable, entre otras razones por la trascendencia que la denegación puede tener para los derechos y titularidades jurídicas de carácter patrimonial de los interesados privándoles de la forma documental pública (arts.

1278 y 1279 CC) y la correspondiente garantía y eficacia que de ello deriva (art. 1218 CC) y posibilidades de negociación que tal garantía facilita, así como de la subsiguiente protección registral. Reseñar por último, que las operaciones de adquisición y enajenación de activos que realizan las sociedades mercantiles con intervención de Notario e inscripción Registral son mínimas (inmuebles), en comparación a las que diariamente realizan fuera de los despachos notariales (adquisición/enajenación de vehículos, mobiliario, mercaderías, etc.), en las que de seguir el criterio interpretativo del Sr. Registrador, también habría que acreditar si es o no activo esencial y el último balance aprobado, lo que paralizaría prácticamente el tráfico mercantil, pues la norma del art. 160 f) de la LSC no distingue a qué clase de activos se refiere. Conclusión: De conformidad del artículo 160 de la LSC, letra f), introducido por La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se requiere acuerdo de la Junta General de la sociedad mercantil, para formalizar las operaciones en las que se den conjuntamente las siguientes circunstancias: Se trate de una operación societaria, de adquisición, enajenación o aportación, entendiendo por tal las que se efectúan entre sociedades, sean dependientes o extrañas entre sí. La operación se refiera a un activo esencial, presumiéndose como tal cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. 3. La operación sea relevante y de efectos similares a las modificaciones estructurales de transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo. Cumpliéndose todos estos requisitos, será el representante de la sociedad, quien deberá acreditar el acuerdo social o, bajo su responsabilidad, manifestar que no se trata de activo esencial, jugando a su favor o en su contra, en caso de acción de responsabilidad, la presunción legal establecida en el precepto atendiendo al valor del activo, estando en todo caso protegido el tercero de buena fe. En el caso objeto de este recurso, (venta por una sociedad mercantil de una finca rústica a unos particulares, entre cuyo objeto figura la compra, venta y arrendamiento de bienes, según la información mercantil obtenida para el otorgamiento), no estamos ante una operación societaria, ni es similar a una modificación estructural, ni intervienen exclusivamente sociedades mercantiles, simplemente se trata de una operación de venta empresarial a unas personas físicas, que entra dentro del desarrollo normal de gestión del objeto social, que no requiere más requisitos, que el juicio de suficiencia del representante de la entidad».

IV

Mediante escrito, de fecha 4 de junio de 2015, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 160, 161, 234, 479, 489 y 511 bis de la Ley de Sociedades de Capital; 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; los artículos 10.1 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; 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria; 1259 del Código Civil; 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado; 25.5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; 11.1 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos; la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, número 285/2008, de 17 de abril, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de noviembre de 1998, 20 de abril de 2005 y 11 y 26 de junio y 8 (4.^a) y 10 de julio de 2015, entre otras.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, una sociedad de responsabilidad limitada, representada por sus Administradoras

mancomunadas, vende y transmite determinada finca a dos personas, por el precio de cien mil euros.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque no hace «constar la parte vendedora «...que la finca de este número no tiene la condición de activo esencial de la sociedad y que el importe de la presente operación no excede del veinticinco por ciento del valor de los activos que figuran en el último balance aprobado de la entidad...», como exige el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por R.D. 1/2010, de 2 de julio y como así tiene declarado la Dirección General de los Registros y Notariados en varias de sus resoluciones».

2. La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. En el apartado IV del Preámbulo de esa reciente Ley se expresa que mediante la modificación del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en lo que ahora interesa «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». Y, en la misma reforma, se añade el artículo 511 bis, según el cual en las sociedades cotizadas constituyen materias reservadas a la competencia de la junta general, además de las reconocidas en el artículo 160, entre otras, «a) La transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas» y «b) Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad».

La finalidad de la disposición del artículo 160.f), como se desprende de la ubicación sistemática de la misma (en el mismo artículo 160, entre los supuestos de modificación estatutaria y los de modificaciones estructurales), lleva a incluir en el supuesto normativo los casos de «filialización» y ejercicio indirecto del objeto social, las operaciones que conduzcan a la disolución y liquidación de la sociedad, y las que de hecho equivalgan a una modificación sustancial del objeto social o sustitución del mismo. Pero debe tenerse en cuenta, que dada la amplitud de los términos literales empleados en el precepto («la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales»), surge la duda razonable sobre si se incluyen o no otros casos que, sin tener las consecuencias de los ya señalados, se someten también a la competencia de la junta general por considerarse que exceden de la administración ordinaria de la sociedad.

El hecho de que la norma se refiera a un concepto jurídico indeterminado -«activos esenciales»- comporta evidentes problemas de interpretación. 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 determinar, 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 (artículos 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 aquéllos. 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. artículo 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 artículo 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)».

Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios -y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado-. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere.

Dado que el carácter esencial del activo constituye un concepto jurídico indeterminado, deben descartarse interpretaciones de la norma incompatibles no sólo con su «ratio legis» sino con la imprescindible agilidad del tráfico jurídico. Así, una interpretación de ese tipo es la que exigiera un pronunciamiento expreso de la junta general en todo caso, por entender que cualquiera que sea el importe de la operación puede que se trate de un activo esencial. Y, por las mismas razones, tampoco puede estimarse exigible esa intervención de la junta en casos en que sea aplicable la presunción legal derivada del importe de dicha operación. De seguirse esas interpretaciones se estaría sustituyendo el órgano de gestión y representación de la sociedad por la junta general, con las implicaciones que ello tendría en el tráfico jurídico.

No obstante, y aunque normalmente el notario carecerá de suficientes elementos de juicio de carácter objetivo para apreciar si se trata o no de activos esenciales, es necesario que en cumplimiento de su deber de velar por la adecuación a la legalidad de los actos y negocios que autoriza (cfr. artículo 17 bis de la Ley del Notariado), a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes -que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico-, despliegue la mayor diligencia al informar a las partes sobre tales extremos y reflejar en el documento autorizado los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del tercero que contrata con la sociedad. Así, cobra sentido, por ejemplo, la exigencia de una certificación del órgano social o manifestación del representante de la sociedad sobre el hecho de que el importe de la operación no haga entrar en juego la presunción legal establecida por la norma (por no superar el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado) o, de superarlo, sobre el carácter no esencial de tales activos.

Dados los privilegiados efectos que en nuestro ordenamiento se atribuye a la escritura pública, deben extremarse las cautelas para que cumpla todos los requisitos que permitirán que despliegue la eficacia que les es inherente y que, además, permiten asegurar una sólida publicidad registral basada en títulos en apariencia válidos y perfectos mediante la añadida función calificadora del registrador.

Conforme al artículo 17 bis, apartado a), de la Ley del Notariado, el notario debe velar para que «el otorgamiento se adecue a la legalidad», lo que implica según el apartado b) que «los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes». Y según el artículo 24 de la

misma Ley, reformado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, «los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice[n] o intervenga[n]».

Por lo que se refiere a la actuación del registrador, debe tenerse en cuenta que al Registro sólo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución susceptible de impugnación (cfr. artículos 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1259 del Código Civil). Sólo así puede garantizarse la seguridad jurídica preventiva que en nuestro sistema jurídico tiene su apoyo basilar en el instrumento público y en el Registro de la Propiedad. Y es que, como ya expresara el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de octubre de 2000, Sala Tercera, «a Notarios y registradores les incumbe en el desempeño de sus funciones un juicio de legalidad, que, recae, respectivamente, sobre los negocios jurídicos que son objeto del instrumento público, o sobre los títulos inscribibles». Pero debe también tomarse en consideración que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria delimita el ámbito objetivo de la calificación al establecer que los registradores calificarán «...la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase,... así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas...». Ciertamente, en el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. Ahora bien, es igualmente cierto que en nuestro sistema registral no se exige la afirmación por los otorgantes sobre la inexistencia de un vicio invalidante; y la facultad que se atribuye al registrador para calificar esa validez -a los efectos de extender o no el asiento registral solicitado-, implica la comprobación de que el contenido del documento no es contrario a la ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que vicie el acto o negocio documentado. Por ello, sólo cuando según los medios que puede tener en cuenta al calificar el título presentado pueda apreciar el carácter esencial de los activos objeto del negocio documentado podrá controlar que la regla competencial haya sido respetada, sin que pueda exigir al representante de la sociedad manifestación alguna sobre tal extremo, pues en ninguna norma se impone dicha manifestación, a diferencia de lo que acontece en otros supuestos en los que se exige determinada manifestación del otorgante y la falta del requisito establecido (como, por ejemplo, la manifestación sobre la falta de carácter de vivienda habitual de la familia -artículo 91 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 1320 del Código Civil-, la inexistencia de arrendamiento de la finca vendida, según los artículos 25.5 de la Ley de Arrendamiento Urbanos y 11.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, etc.) constituye impedimento legal para la práctica del asiento.

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 234.2 de la 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.

Resumidamente, el artículo 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital no ha derogado el artículo 234.2 del mismo texto legal, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. No existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, si bien con la manifestación contenida en la escritura sobre el carácter no esencial de tal

activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave. No obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción. En todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (caso, por ejemplo, de un activo afecto al objeto social que sea notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (caso de que del propio título o de los asientos resulte la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal).

3. Hechas las precedentes consideraciones, teniendo en cuenta en el presente caso que el registrador se ha limitado a exigir que las representantes de la sociedad vendedora manifiesten que le finca objeto de la compraventa no es un activo esencial de aquélla y que el importe de la operación no excede del veinticinco por ciento del valor de los activos que figuran en el último balance aprobado de la sociedad, el defecto no puede ser confirmado.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 27 de julio de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.