

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**9006** *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.*

En el recurso interpuesto por don Enrique Vililla Graells, notario de Albarracín, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Albarracín, don Ángel García Molina, a inscribir una escritura de compraventa.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el notario de Albarracín, don Enrique Vililla Graells, el día 20 de enero de 2015, con número 27 de protocolo, el Ayuntamiento de Gea de Albarracín vendió a la sociedad «BMJ Agroxea, S.L.» determinada finca rústica por el precio de 1.585,14 euros. Según consta en la escritura, entre las múltiples actividades incluidas en el objeto social figuran la compraventa de fincas rústicas y urbanas así como la construcción, promoción y explotación de inmuebles.

##### II

Presentado el título en el Registro de la Propiedad de Albarracín, fue objeto de la calificación negativa que se transcribe: «Registro de la Propiedad de Albarracín Previo examen y calificación, con arreglo al art. 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su reglamento, de la escritura Pública del notario de Albarracín don Enrique Vililla Graells con número 27 de protocolo se desprenden los siguientes Hechos 1) Que la mencionada escritura fue presentada en este registro el día 17 de febrero de 2015 dando lugar a la entrada 112. Y al asiento de presentación 100 del Diario 42. 2) Que en la misma se solicita la inscripción de una venta realizada por el Ayuntamiento de Gea de Albarracín a BMJ Agroxea SL. A los siguientes hechos son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho: Con arreglo a la nueva redacción del art. 160 de la Ley de Sociedades de Capital es necesario que el representante de la SL manifieste que no es un activo esencial, pues en caso de serlo, no tiene competencia para otorgar la escritura. Art. 160 LSC «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». En su virtud, acuerdo con fecha de hoy Suspende la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en esta nota de calificación, por la concurrencia de los defectos subsanables que igualmente se indican en la misma. Quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Pudiendo no obstante el interesado o el funcionario autorizante del título, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de sesenta días anteriormente referido, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Contra esta calificación negativa (...) En Albarracín, a 17 de febrero de 2015 (firma ilegible)».

## III

Solicitada calificación sustitutoria, la misma fue emitida por la registradora de la Propiedad de Alcañiz, doña Marina Zúñiga Serrano, el día 11 de marzo de 2015, quien confirmó la calificación del registrador sustituido con base en los siguientes motivos: «El artículo 160 de la LSC, letra f), tras la modificación operada por la Ley 31/2014, no distingue según sea o no sociedad mercantil la otra parte implicada en el negocio jurídico formalizado, por lo que debe seguirse la literalidad de la norma (“in claris non fit interpretatio”). Dicho precepto es aplicable, conforme al artículo 1 LSC, a todas las sociedades y respecto de los negocios jurídicos incluidos en el supuesto de hecho de la norma; siendo uno de éstos, el de adquisición de bienes inmuebles. El artículo 160.f) LSC impone la competencia exclusiva de la Junta General para autorizar la adquisición de “activos esenciales”, estableciendo una presunción de cuándo es un activo esencial: Si su importe supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuran en el último balance aprobado. Ello implica que pueden existir activos esenciales que no cumplan dicho requisito cuantitativo. Dado que el administrador es quien representa legalmente a la sociedad frente a terceros (artículo 209 LSC), bastará su manifestación de que no es activo esencial para no exigirse dicho acuerdo».

## IV

El notario autorizante, don Enrique Vililla Graells, interpuso recurso contra la calificación del registrador sustituido mediante escrito que causó entrada en el Registro de la Propiedad de Albarracín el día 10 de abril de 2015. En dicho escrito, alega los siguientes fundamentos jurídicos: «(...) a efectos del recurso estima conveniente distinguir los siguientes extremos de las notas, contra los que aquél se dirige: 1. Tenor del artículo 160 de la LSC, letra F). 2. Aplicación del 209 de la citada Ley, sobre si bastaría la mera manifestación del administrador para no exigirse el acuerdo de la Junta General, manifestando el carácter o no de esencial del activo. B) Fundamentos de Derecho.– Apoyan éstos, en contra de la nota recurrida, las siguientes afirmaciones: 1. Se alega en cuanto al defecto encontrado que el artículo 160 de la LSC, la letra f) modificado por 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, 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.” En definitiva, la cuestión de fondo radica en la tipicidad de las facultades de la junta general y del órgano de administración, y el fin de la última reforma legislativa que no viene a ser más que la culminación de la reforma de nuestra legislación mercantil para su adaptación a las Directivas Comunitarias. A lo largo de las mismas, el órgano de administración de las sociedades mercantiles capitalistas ha experimentado profundas reformas. Lo primero a destacar en nuestro Derecho es la inexistencia de un Consejo de Vigilancia que, al estilo alemán, controle para la Junta la actuación de los administradores. En España, la vigilancia de los administradores la ejerce directamente la Junta, ya que en nuestro país, no se creyó oportuno incluir este tercer órgano social. Por tanto, esta última reforma, tiene como finalidad que dentro de esa función de vigilancia de la actuación de los administradores, queden incluidas por ley, aquellas operaciones que por su importancia podrían asimilarse a modificaciones estructurales. Por tanto, la interpretación de la norma debe ser estricta, con la finalidad de no conculcar los principios fijados por nuestro derecho en cuanto a las facultades de uno y de otro órgano social. La interpretación, que a mi parecer sería la correcta, es la siguiente: – Adquisición de activos esenciales, siempre que el transmitente sea una sociedad, – Enajenación de activos esenciales, siempre que el adquirente sea otra sociedad, y – Aportación de activos esenciales a otra sociedad. 1. Así resulta de la lectura literal de la norma, tal y como está redactada. La enumeración y separación por comas, no da lugar a que se entienda, como manifiestan los señores Registradores, que

“todas” las adquisiciones y enajenaciones, entren dentro de este nuevo control de la Junta. Primero, porque el legislador en tal caso, podría haber puesto un apartado concreto, ya que dicho artículo consta de muchos puntos, y no lo hizo. Segundo, porque en tal caso, supondría una modificación esencial de las facultades representativas del órgano de administración. Facultades de representación que hasta ésta última reforma podían considerarse como un amplio espectro de actos que abarcaba desde el más sencillo de administración hasta el más complejo de disposición. 2. De la finalidad de la reforma: La Exposición de motivos, apartado IV, 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”. Además, Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, determina su ámbito objetivo y subjetivo (art. 1 y 2) considerando modificaciones estructurales a la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social, realizado por sociedades que tengan la consideración de mercantiles, excepto las sociedades cooperativa, que se registrarán por su específico régimen legal. Esto nos hace concluir, que el precepto se refiere sólo a operaciones realizadas entre sociedades mercantiles, que excedan del tráfico ordinario de la gestión social y que sean similares a una modificación estructural, bien sea porque implique una alteración del objeto social o una liquidación total o parcial de la sociedad. Esta es la solución adoptada en el derecho alemán (2.2 Hauptversammlung). Y si el supuesto de hecho se hubiera suscitado entre dos sociedades, ¿llegaríamos a la misma conclusión? Evidentemente no. Hay opiniones que sostienen que el art. 160.f) opera como límite interno en la relación del administrador para con la sociedad. El artículo 161 LSC cuida de dejar a salvo al tercero de buena fe de una extralimitación de los administradores por aplicación de lo dispuesto en el artículo 234 LSC. Y, en el caso de sociedades anónimas europeas con sistema dual (cfr. arts. 478 y ss. LSC) en que el consejo de control se reserva la autorización/ratificación de ciertas operaciones, la Ley cuida también, en reiteradas ocasiones, de dejar siempre a salvo la tutela de los terceros de buena fe por el mismo canon que el previsto en sede de representación y aunque ahora estemos ante un caso de infracción de las reglas legales de atribución competencial inter-orgánica. Parece claro que dado que la regla de tutela del tercero de buena fe no es excepcional (en el sentido del artículo 4.2 del Código Civil) la laguna puede cubrirse mediante la aplicación analógica de lo que se establecen en los artículos 161 in fine; 234; 479.2 y 479.3; 489 LSC e incluso el art. 1320 del Cc. La Ley se ha limitado a añadir una simple presunción a la normativa anterior que no cambia, y relativa a actos ajenos al objeto social, sin que pretenda el traslado de la carga de consulta o averiguación al tercero contratante. Configurar el art. 160 LSC como límite externo con trascendencia a terceros parece ganar terreno en la doctrina científica y en la jurisprudencia: En efecto, el precepto invocado no es el único acto “no corporativo” sino puramente comercial de los atribuidos a la junta es precisamente el relativo a los activos esenciales, también el art. 72 y el art. 162 LSC son actos puramente comerciales, cuya competencia es de la junta y que nadie duda de que tienen efectos externos, así como la renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad. El art. 161 LSC, se cuida mucho de asegurar que la competencia en materia de gestión que la junta atrae para sí, sólo tiene efectos internos y opera sin perjuicio del art. 234 LSC. Pero este inciso es el que no se ha incluido en el art. 160.f) LSC. Cuando en otros países el legislador se ocupa de ampliar la competencia de la junta, lo hace en relación con operaciones esenciales o estructurales, y el objetivo es evitar que, mediante actos de disposición sobre activos, se trastocuen las reglas sobre distribución de competencias. Pero el nuevo art. 160 LSC a diferencia del derecho comparado utiliza como criterio para señalar lo que son este tipo de operaciones, un criterio cuantitativo y con un umbral muy reducido para las sociedades no cotizadas 25%, en lugar del 75-80%, que se aplica en otras legislaciones. ¿Mero olvido legislativo? La atribución expresa de competencia a la junta general para la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales afecta al ámbito del poder legal de representación de la sociedad, a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos de

instrucción o autorización (“sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234 LSC” dice el último inciso del artículo 161 LSC). La infracción por los administradores del deber de someter a la junta general una determinada decisión en materia de gestión, bien porque afecta a los socios (competencias implícitas o no escritas) o porque así lo ha requerido u ordenado la junta (acuerdos de autorización o instrucción) legítima para activar remedios a favor de los socios (responsabilidad, impugnación), pero la posición de los terceros de buena fe resultará inatacable. A diferencia de lo anterior, la atribución de competencia expresa a la junta general sobre una materia afecta a la válida vinculación de la sociedad frente a terceros porque no quedará cubierta por el poder legal de representación de los administradores (artículo 234 LSC). La doctrina se divide sobre las consecuencias de la falta de acuerdo cuando: – este viene legalmente exigido entre los que se pronuncian a favor de la nulidad. – por infracción de norma imperativa (art. 6.3 Cc), los que afirman que se trata de un supuesto, de mera ineficacia (art. 1259 Cc) y los que defienden la mera anulabilidad. Nulidad.–El legislador no quiere expresamente atribuir competencia a los administradores para decidir los actos de gestión de activos esenciales, se les priva en favor de la JG, de modo que si no tienen competencia gestora tampoco la tendrán de representación, es decir, es un límite legal al poder de representación, no un límite estatutario. Esa es la principal y relevante novedad frente al status quo anterior. El art. 234 LSC sienta también, aún con carácter general, límites a ese poder de representación, al hilo de lo previsto en el art. 9.1 de la Primera directiva de 1968 actualmente, artículo 10 de la Directiva consolidada que sucede al viejo artículo 9 de la derogada I directiva del 68. No puede pretenderse que una limitación legal pueda ser desconocida de buena fe por los terceros, puesto que lo que la Directiva siempre se preocupa por dejar claro es que la buena fe no podrá ser desacreditada por el hecho de que las limitaciones al poder de representación consten en el Registro Mercantil, no cuando esas limitaciones resultan de la propia Ley, ya que en ese caso la sociedad no estará vinculada con los terceros Y, precisamente porque la Primera Directiva no lo hace, tampoco lo pudo hacer el art. 160 f). Desde este planteamiento se ha defendido la nulidad radical del negocio, ex art. 6.3 Cc, (Boletín del Colegio Nacional de Registradores, marzo 1990, p. 456, “la infracción del art. 41 LSA (72 LSC) supone un defecto insubsanable en relación a la inscripción registral de la adquisición...”) Ineficaz.–Si el legislador priva a los administradores de la competencia en materia de gestión en este preciso tema, ello significa que los administradores deberán acatar la voluntad social emanada del órgano social legalmente competente cuando pretendan llevar a cabo un acto de adquisición o cesión y el tercero no puede desconocer (de buena fe) ese límite legal tampoco. Pues es un límite legal, que no resulta del contraste con el Registro Mercantil. La ignorancia o sería excusable, por una pretendida buena fe. Así las cosas, es una actuación susceptible de anulación por cualquier interesado legítimo siempre que todo ello no sea ratificado de forma expresa (e, incluso, tácitamente) por parte de la Junta General, de suerte que la actuación de los administradores excedería netamente de su poder de representación, y, por ende, su actuación sería anulable como la actuación de un falsus procurador (Art. 1259 Cc). Y con independencia de lo anteriormente apuntado quedan por dilucidar múltiples cuestiones que el art. 160.f) deja en el aire: ¿Cómo proceder si las cuentas anuales no se han depositado? ¿Valdría la manifestación del representante de la sociedad en tal sentido? ¿Con advertencia del Notario es suficiente? Si las cuentas anuales dan a entender que estamos ante un activo esencial que supera el 25%, pero en realidad el representante de la sociedad afirma lo contrario, que el activo no es esencia, también bastaría la mera voluntad? ¿Qué es el 25% del valor de los activos?, pues el sistema de partida doble que hay en materia contable, hace que el activo sea siempre igual al pasivo. En cuanto al balance, ¿qué antigüedad debe tener, debe estar auditado?. La autorización de la junta general, debe ser específica para cada acto o bien o derecho afectado, o cabe una autorización omnicompreensiva para facilitar las transacciones ordinaria de la sociedad?. Solución.–Quizás la solución estaría en olvidar el debatido art. 160.f) y modificar el art 161 en los siguientes términos: “Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción

por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234. A los efectos del párrafo anterior, la disposición de activos esenciales de la sociedad requerirá en todo caso la autorización individual de la junta. Se presumirá el carácter esencial cuando el activo represente más del 75% del valor de los activos en el último balance aprobado». No habría eficacia externa, ni la necesidad de autorización y sólo responsabilidad interna del administrador por el daño causado. El problema es que la LSC no dice eso. En definitiva, y retomando el supuesto de hecho del recurso una interpretación tan estricta, supondría la total paralización de la actividad mercantil. Ya que en caso de confirmarse dicha interpretación, entiendo que no bastaría la mera manifestación del administrador manifestando el carácter o no de esencial del activo, por aplicación del 209 de la citada Ley, para no exigirse el acuerdo de la Junta General. Ya que si se deja a una mera manifestación de la persona cuyas facultades se han querido limitar, entonces la finalidad de la reforma quedaría sin efecto. En nada cambiaría el sistema fijado actualmente, con el existente antes de la reforma. La mera declaración en el cuerpo de la escritura del administrado de no transgredir los límites de la artículo 160 f) no añade un "plus" de seguridad jurídica al tráfico, pues va embebida dentro de las manifestaciones que en la intervención se recogen sobre sus facultades representativas. Así mismo, dentro de las advertencias legales las partes del negocio han sido debidamente informadas del alcance de la limitación legal por el notario autorizante, de lo que se puede dar fe de forma expresa o bien genérica, pues ningún precepto legal o reglamentario se pronuncian sobre el particular. Ya que en nuestro Derecho es claro, que en la regulación de la norma, se impuso la doctrina alemana de la tipicidad e ilimitabilidad del poder, así como la conciencia jurídica que anteponía los intereses de la seguridad del tráfico y los terceros de buena fe a la seguridad jurídica y a los intereses sociales, individuales y corporativos. Sin olvidar que la buena fe de tercero se presume siempre. Por tanto, en nuestro Derecho, a la sociedad sólo le quedará respecto a los actos realizados por los administradores fuera del objeto social, probar la mala fe del tercero. Entiendo por tanto que la finalidad en este caso, es intentar proteger a la sociedad evitando posibles excesos en sus facultades por los administradores, en casos relevantes asimilables a modificaciones estructurales. Por último, manifestar que en nuestro caso en concreto, se trata de una adquisición a un Ayuntamiento, no a una sociedad, y además de una finca rústica de escaso valor, que no puede entenderse nunca como una operación que exceda del tráfico ordinario asimilándola a una modificación estructural».

V

Mediante escrito, de fecha 15 de abril 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 de junio de 2015 (1.<sup>a</sup>), entre otras.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, el Ayuntamiento de Gea de Albarracín, representada por su alcalde, vende y transmite una

de una finca rústica a una sociedad de responsabilidad limitada, representada por su administrador único, por el precio de 1.585,14 euros.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, el representante de la sociedad compradora debe manifestar expresamente que el bien objeto de la compraventa no es un activo esencial de la misma, pues, en el caso de serlo, no tiene competencia para otorgar la escritura por corresponder a la junta general, conforme al artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital.

El notario recurrente sostiene, en esencia, que este precepto legal se refiere sólo a operaciones realizadas entre sociedades mercantiles, que excedan del tráfico ordinario de la gestión social y que sean similares a una modificación estructural, bien sea porque impliquen una alteración del objeto social o una liquidación total o parcial de la sociedad. Asimismo, afirma que en el caso concreto se trata de una adquisición a un Ayuntamiento, no a una sociedad, y además de una finca rústica de escaso valor, que no puede entenderse nunca como una operación que exceda del tráfico ordinario asimilándola a una modificación estructural.

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 aquélla 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 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 adecúe 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 velar por la adecuación del negocio a la 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 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 el representante de la sociedad compradora manifieste expresamente que el bien objeto de la compraventa no es un activo esencial de aquélla, 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, 26 de junio de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.