

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15151 *Resolución de 29 de noviembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Córdoba n.º 3 a inscribir una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por doña M. V. H. C., en nombre y representación de la sociedad «Pedrique, S.A., en liquidación», contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Córdoba número 3, doña Alicia Coronado Teruel, a inscribir una escritura de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Pablo Matías de la Esperanza Rodríguez, el día 29 de junio de 2017, con el número 2.781 de protocolo, la sociedad «Pedrique, S.A., en liquidación» vendió determinados inmuebles a la sociedad «J.J. Robles Borrego, S.L.U.». Dicha escritura fue otorgada, en representación de la sociedad vendedora, por su liquidadora única, doña M. V. H. C., quien hace constar en dicho título que «aun cuanto el valor del inmueble si supera el 25% del valor patrimonial de los activos sociales, es lo cierto que se transmite en cumplimiento de la obligación de liquidar el 100% de dichos activos sociales, que en fase de liquidación carecen ya, por definición, de la condición de esenciales para la continuidad de la actividad, por lo que no es precisa la autorización de la Junta General a los efectos previstos en el artículo 160 de la LSC».

II

Presentada dicha escritura el día 30 de junio de 2017 en el Registro de la Propiedad de Córdoba número 3, fue objeto de calificación negativa en los términos que, a continuación, se transcriben únicamente respecto del único defecto que es objeto de impugnación: «Registro de la Propiedad número tres de Córdoba Hechos Primero.–En virtud de escritura otorgada en Madrid el día 29 de junio de 2017 ante su Notario, don Pablo de la Esperanza Rodríguez número 2.781 de su protocolo, la mercantil «Pedrique S.A., en liquidación», vende a la mercantil «J.J. Robles Borrego, S.L.U.», las fincas registrales, 28.618, 28.620, un 81,25% del pleno de la registral 26.484 y 13/16 avas partes indivisas de la registral 28.622. Segundo.–Copia autorizada de la citada escritura fue presentada telemáticamente en este Registro de la Propiedad de Córdoba 3 a las 9 horas del día 30 de junio de 2017, causando el asiento del Diario 940 del Diario 35, posteriormente fue aportada copia autorizada del mismo en soporte papel el día 6 de julio de 2017 debidamente liquidada. Fundamentos de Derecho: Se ha apreciado, previa su calificación registral conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el siguiente defecto subsanable, Primero.–En el título objeto de calificación con relación a la consideración de activo esencial de los bienes objeto de transmisión la liquidadora única manifiesta que «aun cuando el valor del inmueble si supera el 25% del valor patrimonial de los activos sociales, es lo cierto que se transmite en cumplimiento de la obligación de liquidar el 100% de dichos activos sociales que, en fase de liquidación carecen ya, por definición, de la condición de esenciales para la continuidad de la actividad por lo que no es precisa la autorización de la Junta General a los efectos previstos en el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital. b) por su parte, el

artículo 160.f) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual «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». Partiendo de lo anterior, en este punto ha de indicarse que el artículo 160.f) del Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales»: dicho precepto fue incorporado 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, indicándose en el apartado IV del Preámbulo de dicha Ley 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 de la letra f) del citado artículo 160 de dicha Ley (como se desprende de su ubicación sistemática en dicho precepto, 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. El hecho de que la norma se refiera a un concepto jurídico indeterminado –«activos esenciales»– comporta evidentes problemas de interpretación. En consecuencia, para la práctica de la inscripción interesada será preciso que la Junta de la sociedad transmitente autorice expresamente la transmisión de estos activos, mediante Certificación del acuerdo de la Junta expedida por su Secretario, cuya firma deberá estar legitimada notarialmente. Son de aplicación los artículos 160, 161, 371 y siguientes 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; 10.1 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1.6 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 40, 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; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, número 285/2005, de 17 de abril; así como, entre otras –por analogía–, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de noviembre de 1990, 20 de abril de 2005, 23 de abril de 2014 en cuanto a la consulta a otros Registros públicos, 11 de junio de 2015, 26 de junio de 2015, 8 de julio de 2015, 10 de julio de 2015 23 y 25 de octubre de 2015. Segundo: (...) Acuerdo Se acuerda suspender la inscripción de la precedente escritura, por las causas y en los términos que resultan de la presente nota de calificación; asimismo, se hace constar que no se ha procedido a la práctica de anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable por no haberse solicitado expresamente (artículo 65, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria); Contra la expresada calificación (...) Córdoba, a 25 de Julio de 2.017 La registradora (firma ilegible) doña Alicia Coronado Teruel».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. V. H. C., en nombre y representación de la sociedad «Pedrique, S.A., en liquidación», interpuso recurso el día 4 de septiembre

de 2017 mediante escrito en el que alega lo siguiente: «Primero.–Cuestión previa Con carácter previo es necesario indicar que el presente recurso se interpone en lo que, por analogía, podría denominarse en «interés de ley» dado que, aun no estando conforme con la calificación de la Sra. Registradora, la sociedad vendedora y hoy recurrente adoptó, en sede de Junta General, los acuerdos necesarios para la subsanación de los defectos observados en los términos que la nota de calificación indica. Efectivamente, tal y como a continuación se verá, el debate en el asunto que nos ocupa consiste, básicamente, en determinar si es de aplicación el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital en los casos de sociedades en liquidación de tal forma que quede determinado si la venta de activos esenciales en el periodo de liquidación requiere, o no, de la aprobación de la Junta General. La Sra. Registradora ha entendido en su Nota que sí es de aplicación dicho artículo 160 LSC durante el período de liquidación de una sociedad mercantil y, por ello, ha establecido como requisito, previo a la inscripción del título en el Registro, la aprobación de la compraventa por la Junta General de la entidad vendedora. En base a ello y en el ánimo de no perjudicar a la entidad compradora con la dilación que supondría la espera a la resolución de este recurso para la inscripción registral de su derecho, «Pedrique S.A., en liquidación» adoptó, en sede de Junta General, los acuerdos de aprobación de la compraventa que, a esta fecha, deberían de haber permitido su debida inscripción en el Registro de la Propiedad (...) Consecuentemente este recurso no debería tener efectos prácticos en el caso concreto al que la calificación afecta (toda vez que, a mayor abundamiento, se llevó a cabo la subsanación en los términos solicitados por la Sra. Registradora) pero si efectos muy relevantes para determinar la correcta actuación del órgano de liquidación en la transmisión de los activos sociales y para lograr una clarificación legal a todas luces necesaria. Segundo.–Durante el periodo de liquidación societaria, por definición, ya no hay activos esenciales y, consecuentemente, no es de aplicación el artículo 160.f LSC. Tal y como ya se ha avanzado en el apartado precedente y se extrae de la nota de calificación anexa, cuyo íntegro contenido se da aquí por reproducido en aras de la brevedad, el debate que motiva este recurso se centra en la determinación de si es de aplicación el artículo 160 LSC en el caso de sociedades en liquidación que hayan adoptado el correspondiente acuerdo de disolución y liquidación en el seno de la Junta General y que por tanto, tengan como único objetivo el de, precisamente, la venta de sus activos y la liquidación de sus pasivos, para repartir, a continuación, el haber social. El fundamento esgrimido por la Sra. Registradora para denegar la inscripción radica en la propia dicción del artículo 160.f de la LSC e, igualmente, del artículo 511, bis del mismo cuerpo legal que son utilizados como argumento para concluir que, dado que deberán ser sometidos al control de la Junta general todas aquellas operaciones cuyo «efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad», deberán someterse a la Junta cualquier venta de activos esenciales llevada a cabo en las operaciones de liquidación societaria. Efectivamente el bien jurídico protegido por el artículo 160 no es otro que la continuidad de la actividad de la compañía evitando que, sin consentimiento de la Junta, los administradores puedan realizar actos que, de facto y sin pasar por los trámites legales, supongan finalmente la desaparición de la compañía o su transformación sin el debido respeto a los derechos de las minorías por la vía de la transmisión de lo que se denomina en el apartado f de dicho precepto «activos esenciales». En el caso que nos ocupa la sociedad tiene acordado por unanimidad de sus socios la disolución y liquidación y ello conlleva necesariamente tres cosas fundamentales: – En primer lugar, que ya no debe preservarse la continuidad de la compañía porque precisamente con la disolución se abre el periodo de liquidación que, como su propio nombre indica, implica después de un proceso esperablemente breve, la desaparición de la sociedad. – Que ya no hay «activos esenciales». Todos los activos pasan a tener la consideración de «obligatoriamente liquidables». Nada es ya esencial para la continuidad de una actividad en la que, por decisión soberana, se cesa. – En tercer lugar que abierto el periodo de liquidación por deseo expreso de los socios el liquidador no es que tenga facultad para vender algún activo social, es que tiene la obligación de vender la totalidad de dichos activos..., no

solo el 25% sino el 100% de los activos sociales. A partir de ese momento (el del acuerdo de disolución y de la apertura de la fase de liquidación) ya no hay activos esenciales... Hay que vender todo. Una vez aprobada en Junta General la disolución y liquidación de la compañía, ya no hay activos esenciales por propia definición si no se quiere incurrir en una contradicción en el término evidente. El acuerdo de disolución implica la no continuidad de la sociedad y la definición de «activo esencial» está precisamente encaminada a preservar su continuidad. Consecuentemente una vez acordada la disolución ya no habrá activos esenciales para la continuidad porque el acuerdo precisamente implica lo contrario. Supone, evidentemente, la plasmación de la voluntad societaria de que se cese en esa continuidad de la actividad.... Lo único esencial es la venta de todos los activos. Así pues no es posible aplicar el mencionado artículo 160.f a una sociedad en liquidación dado que los activos que hay en su patrimonio carecen ya del calificativo de «esenciales» que cualquier bien debe tener para que su venta requiera de la aprobación de la Junta. Si falta la «esencialidad» exigida por la ley es irrelevante que su valor sea de más o de menos del 25% del patrimonio social. El activo en venta tendrá el peso porcentual que tenga, pero ya no será esencial y, por ello, su transmisión no estará afectada por las restricciones competenciales establecidas en la norma tantas veces citada. El 25% que cita el artículo 160.f solo sirve a efectos de presunción pero no debe interpretarse como un valor en sí mismo. La norma no remite a la Junta General la potestad exclusiva para la venta de «activos esenciales» y de «activos cuyo valor exceda del 25%». Solo se da esa remisión competencial en caso de que el activo sea esencial. Tercero.—Durante el periodo de liquidación societaria el liquidador tiene la obligación de vender la totalidad de los activos sociales. No se trata de una facultad. Es una obligación inexcusable. Aprobada la disolución de una compañía ya no hablaremos de que el órgano de administración tenga facultad de vender pero condicionada (en determinados supuestos) a la aprobación de la Junta... Aprobada la disolución de una compañía nos encontramos ante la obligación de vender. Esto es así por expreso mandato del artículo 387 de la LSC que no es que faculte al liquidador para vender, lo que hace es imponerle una obligación sin paliativos: «Artículo 387 Deber de enajenación de bienes sociales. Los liquidadores deberán enajenar los bienes sociales.» El Liquidador no solo tiene, como su predecesor el órgano de Administración, la facultad de vender (que también), el liquidador tiene la obligación de vender. Es un imperativo legal de obligado cumplimiento sin más requisitos ni autorizaciones. Además, si se aceptara (solo a efectos dialecticos) la posibilidad de que, en casos como el que nos ocupa de sociedades en fase de liquidación, fuera necesaria la aprobación de la Junta para la venta de los diferentes activos se produciría una situación ciertamente curiosa pues una hipotética oposición de los socios a la aprobación de la venta de activos supondría un acuerdo ilegal, por contrario a derecho, al infringir el tenor del artículo 387 LSC que además estaría adoptado (si no fuera unánime) en contra del derecho de las minorías a la finalización de la liquidación previamente acordada y en clara elusión de un posible derecho de separación al producirse, de facto, una reactivación de la sociedad que no vendiendo sus activos continuaría en el tráfico mercantil. Los socios tienen derecho (ex artículo 392.1 LSC) a percibir su cuota de liquidación en dinero. No pueden ser obligados a recibirla de otra forma y, para ello, una vez acordada la disolución y el inicio de la liquidación el Liquidador (siempre asumiendo las responsabilidades propias del cargo que ocupa) solo puede dedicarse a obtener la liquidez necesaria a los fines para los que fue designado y en cumplimiento del mandato legal claro y tajante contenido, no solo en los propios acuerdos sociales que dan origen a la fase de liquidación, sino también del ya transcrito artículo 387 LSC. Cuarto.—Confusión en la calificación registral entre los procesos de disolución y liquidación societaria y otras operaciones que de facto puedan concluir en los mismos resultados. La finalidad de la norma (artículo 160 LSC) radica precisamente en evitar actuaciones de los administradores que, de facto, tengan los mismos efectos que los que se habrían dado en una disolución y liquidación debidamente acordada en Junta, pero no establecer sistemas de fiscalización adicionales en el caso de disoluciones y liquidaciones

debidamente acordadas en Junta General con todas las garantías (y más aún en el caso que nos ocupa en el que disolución y liquidación fueron acordados por unanimidad del 100% de los socios tal como consta en la hoja de la sociedad en el Registro Mercantil a cuyo contenido nos remitimos a efectos probatorios) En definitiva, por mor del artículo 160 LSC y en lo que a este recurso interesa, son competencia de la Junta; a) Los acuerdos de disolución y la posterior aprobación del balance final de liquidación (apartados h e i) b) La venta de activos esenciales (apartado f) La interpretación del artículo 160 puede y debe ser realizada, tal y como la propia nota de calificación recurrida realiza, a la luz de otros artículos del mismo cuerpo legal provenientes de la misma reforma. Me refiero concretamente al 511 bis LSC. Artículo 511 bis Competencias adicionales 1. En las sociedades cotizadas constituyen materias reservadas a la competencia de la Junta general, además de las reconocidas en el artículo 160, las siguientes: 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. b) Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad. c) La política de remuneraciones de los consejeros en los términos establecidos en esta ley. 2. Se presumirá el carácter esencial de las actividades y de los activos operativos cuando el volumen de la operación supere el veinticinco por ciento del total de activos del balance. ¿Por qué la de la venta de activos esenciales se somete a la competencia de la Junta? La respuesta es sencilla. Porque si los administradores lo llevan a cabo por sí solos se puede, de facto, provocar la disolución de la compañía sin respeto alguno a los trámites y garantías que la Ley establece para esas operaciones. Por ello no se podrán realizar actuaciones que, de ejecutarse, conllevaran la necesaria disolución y liquidación de la sociedad o que produjeran efectos idénticos, sin la previa aprobación de la Junta General que deviene la única competente en esas materias. Como se ha dicho y reiteramos, el sentido del mandato legal es absolutamente lógico pues pretende evitar situaciones en las que los administradores, obviando los procedimientos legales para una disolución de una entidad mercantil, realicen operaciones que conduzcan de hecho (y posteriormente de derecho) a esa disolución sin contar con el consentimiento previo de los socios, pero eso no puede extenderse a los actos de enajenación de activos para los que el liquidador ha sido expresamente mandatado por la junta y por la ley. Obviamente las actuaciones del administrador que provoquen la imposibilidad de continuar con el objeto social y, con ello, impliquen o conlleven la disolución y liquidación de la compañía estarán, de acuerdo con la norma sometidas a la previa autorización de la Junta. Pero eso no puede llevar a la errónea conclusión de que, una vez aprobada correctamente en Junta General la disolución y liquidación de la compañía (en claro respeto al mandato del artículo 160,h) los actos jurídicos necesarios para su desarrollo tengan que ser también aprobados en Junta General. El artículo 160 establece que son materias reservadas a la junta precisamente las que se refieren a los acuerdos de disolución y liquidación y en nuestro caso tales acuerdos han sido adoptados dando estricto cumplimiento a esa exigencia. Lo que se pretende proteger es que no se adopten decisiones equivalentes a la disolución o liquidación de una sociedad sin haber pasado lógicamente por el propio acuerdo de disolución y liquidación propiamente dicho que, por virtud del artículo 160, está reservado a la junta general. Consecuentemente tampoco por virtud del artículo 511 LSC (suponiendo, que no es el caso, que fuera de aplicación a una sociedad no cotizada como Pedrique) será posible pretender que las operaciones de liquidación se fiscalicen en Junta General pues tales operaciones no son «equivalentes» a la liquidación; son actuaciones de liquidación propiamente dichas (no «equivalentes») y que, por ello, cuentan ya con todos los «sacramentos» procedimentales exigibles al haber sido debidamente aprobadas en Junta General de conformidad con el artículo 160.h LSC. Lo que, en definitiva las normas (tanto el artículo 160.f como el 511.b LSC) someten a la necesaria autorización de la Junta es (i) el acuerdo de disolver y liquidar o (ii) cualquier actuación que, de facto, conduzca a ello. No es posible entender que en los casos de sociedades en liquidación la ley este exigiendo ambas cosas.... «Acuerde Ud. en primer

lugar la disolución y, después, cada venta que haga sométala también a la aprobación de la Junta». Ese sinsentido llevaría a la absurda situación de que cuantos más bienes fueran vendidos en una liquidación más Juntas habría que celebrar por cuanto el valor de lo remanente en cada venta sucesiva volvería a superar en muchos casos el 25% de los activos restantes de la entidad. La propia ley establece (Artículo 371.1) que una vez aprobada la disolución se inicia el periodo de liquidación durante el que el liquidador está obligado a enajenar los activos sociales y solo le impone la obligación de convocar junta para que se apruebe el balance final de liquidación. No hay aprobaciones intermedias ni fiscalización de tipo alguno por parte de la Junta General. Exigir que el liquidador, (además del contenido del propio acuerdo de disolución y liquidación, y además también del mandato de la ley que le impone la enajenación de los activos sociales, –de todos los activos sociales–), tenga que ir solicitando nuevas autorizaciones a la Junta casi con cada venta que realice es, claramente, una exigencia que va en contra del propio espíritu legal y de los más elementales principios del sentido común».

IV

Mediante escrito, de fecha 11 de septiembre de 2017, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 160, 161, 234, 371, 387, 392, 393, 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 9.1 de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades; 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria; 3, 6, 7, 166, párrafo primero, 186, párrafo tercero, 271.2.º, 323, 324, 396, párrafo segundo, 399, 480, 489, 498, 647, párrafo segundo, 649, párrafo primero, 650, párrafo primero, 785.2.º, 975, 1259, 1297, 1298, 1320, 1322, 1377, 1389 y 1713 del Código Civil; 43.2 y 226.2.3.ª de la Ley Concursal; 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; 91 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 de mayo de 1984, 24 de noviembre de 1989 y 17 de abril de 2008, y Sala Tercera, de 24 de octubre de 2000 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968, 1 de julio de 1976, 2 de octubre de 1981, 31 de marzo de 1986, 22 febrero y 12 de mayo 1989, 7 de julio y 17 de noviembre de 1998, 20 de abril de 2005, 22 de mayo de 2006, 26 de febrero de 2008, 11 y 26 de junio, 8, 10, 27, 28 y 29 de julio, 17 de septiembre, 23 de octubre y 14 de diciembre de 2015 y 22 de noviembre de 2017.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, una sociedad anónima en liquidación, representada por su liquidadora única, vende determinados inmuebles a otra sociedad. En dicha escritura se expresa que «aun cuanto el valor del inmueble si supera el 25% del valor patrimonial de los activos sociales, es lo cierto que se transmite en cumplimiento de la obligación de liquidar el 100% de dichos activos sociales, que en fase de liquidación carecen ya, por definición, de la condición de esenciales para la continuidad de la actividad, por lo que no es precisa la autorización de la Junta General a los efectos previstos en el artículo 160 de la LSC».

La registradora suspende la inscripción porque, a su juicio, de conformidad con el citado apartado f) del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, es necesario que la junta de la sociedad transmitente autorice expresamente la transmisión de estos activos.

2. Para resolver el presente recurso debe partirse de la reiterada doctrina sentada por esta Dirección General (vid. las Resoluciones de 11 y 26 de junio, 8, 10, 27, 28 y 29 de julio, 23 de octubre y 14 de diciembre de 2015 y 22 de noviembre de 2017) sobre la aplicación del precepto legal invocado por la registradora en su calificación impugnada.

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 9.1 de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, que se corresponde con los artículos 10.1 de la derogada Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, y 9.1 de la también 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 25% 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 25% 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 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 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. En el presente caso, del mismo título calificado resulta inequívocamente que la finca constituye un activo esencial de la sociedad hipotecante, y el registrador considera que la limitación establecida en el artículo 160.f) de la Ley es aplicable también a la enajenación realizada por la liquidadora única de la sociedad.

Este criterio no puede ser compartido por este Centro Directivo. Como se ha expuesto anteriormente, el artículo 160.f) somete a la competencia de la junta general los actos de enajenación de activos esenciales porque pueden tener efectos similares a las modificaciones estructurales o equivalentes al de la liquidación de la sociedad o, porque se considera que excede de la administración ordinaria de la sociedad. Por ello, tal cautela carece de justificación en caso de enajenaciones que no son sino actos de realización del nuevo objeto social liquidatorio. Es la norma legal la que, con la apertura de la liquidación, no sólo faculta sino que impone al órgano de administración la enajenación de los bienes para pagar a los acreedores y repartir el activo social entre los socios (vid. el artículo 387 de la Ley de Sociedades de Capital, sin que constituya óbice alguno a esta conclusión lo dispuesto en el artículo 393 de la misma ley).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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, 29 de noviembre de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.