

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

RESOLUCIÓN de 10 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Málaga a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

(BOE de 12 de agosto de 2015)

SUMARIO:

Registro Mercantil. Constitución de SL por aportación dineraria de otra SL, representada por administrador único. Falta de autorización de la Junta y de manifestación sobre el carácter de no esenciales de los activos aportados. 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; 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. 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).

PRECEPTOS:

Directiva 2009/101/CE (coordinación, para hacerlas equivalentes, de las garantías exigidas a las sociedades definidas en el art. 48, párr..segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros), art. 10.1.

Código Civil, art. 1.259.

Ley de 28 de mayo de 1862 (Notariado), arts. 1, 17 bis y 24.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 18, 33, 34 y 38.

Ley 29/1994 (LAU), art. 25.5.

Ley 49/2003 (Arrendamientos Rústicos), art. 11.1.

RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 160, 161, 234, 479, 489 y 511 bis.



www.civil-mercantil.com

En el recurso interpuesto por don José Ordóñez Cuadros, notario de Marbella, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Málaga, don Constantino Reca Antequera, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Marbella, don José Ordóñez Cuadros, el día 23 de marzo de 2015, con número 281 de protocolo, la entidad «Focus Legal Abogados, S.L.», representada por su administrador único, junto con dos personas físicas, constituyó la sociedad denominada «Focus Legal & Partners, S. L.», con un capital social de 15.000 euros, y a cuya formación contribuyó la sociedad fundadora con la aportación de 5.000 euros en metálico. El objeto social de dicha sociedad fundadora está constituido por los servicios jurídicos y administrativos así como todas las actividades inmobiliarias, y el de la sociedad constituida esas mismas actividades, entre otras.

II

El día 25 de marzo de 2015 se presentó el título en el Registro Mercantil de Málaga, fue objeto de la calificación negativa, que se transcribe en lo pertinente: «Don Constantino Reca Antequera, Registrador Mercantil de Málaga, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Diario/Asiento: ..., F. Presentación: ... Entrada: ..., Sociedad ..., Hoja: ... Autorizante: ..., Protocolo: ... Fundamentos de Derecho: 1. Al no constar la autorización de la Junta, ni expresarse por la administración de la sociedad «Focus Legal Abogados, S.L.», que los activos aportados no son esenciales y que no superan el veinticinco por cientos (25%) de los activos que figuren en el último balance aprobado, y en el caso que superen ese porcentaje, que los mismos no son esenciales, se infringe en apartado f) del art. 160 LSC. En relación con la presente calificación: Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones... Puede impugnarse directamente ante el Juzgado de lo Mercantil de esta capital... Cabe interponer (...) Málaga, treinta y uno de marzo de dos mil quince».

III

Solicitada calificación sustitutoria, la misma fue emitida por el registrador de la Propiedad de Vélez-Málaga número 3, don José Antonio Ruiz-Rico Díez, el día 20 de abril de 2015, quien confirmó la calificación del registrador sustituido con base en los siguientes motivos: «...Entrando a analizar la calificación recurrida se aprecia que el único defecto apreciado es la aplicación o no al dinero aportado, la exigencia establecida en el artículo 160.f) de la LSC. Cuya dicción literal establece: ... «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». De la interpretación literal se aprecia que la ley no distingue entre ningún



www.civil-mercantil.com

tipo de activo de los que pueden figurar en el balance, para sustraer o no la operación del conocimiento y autorización por la junta general y que lo único que establece, es la presunción de que si se supera el 25% del último balance aprobado se debe reputar como esencial. Luego si dentro del balance de una sociedad puede figurar el dinero, cuando la adquisición, enajenación o aportación supere el 25% del último balance, será necesario el acuerdo de la junta general (aprobando la operación o manifestando que no es esencial ese dinero para la sociedad). Si no se supera ese límite del 25%, bastará la manifestación del representante expresando que no se supera ese límite o que no es activo esencial. Esta interpretación es la más lógica con la finalidad de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que en su Exposición de motivos establece... «Asimismo, se amplían las competencias de la junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales». Y es que sería muy fácil evitar el cumplimiento del precepto citado vaciando de dinero a la sociedad, sin la intervención de la junta general, al entender que este no es esencial sino circulante».

IV

El notario autorizante, don José Ordóñez Cuadros, interpuso recurso contra la calificación del registrador sustituido mediante escrito que causó entrada en el Registro Mercantil el día 20 de mayo de 2015. En dicho escrito alega los siguientes motivos: «Uno.– Eficacia meramente interna del artículo 160 LSC. Entendemos que el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, en la redacción que le ha dado la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, cuando señala como una de las competencias propias de la Junta General «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», tiene un ámbito de aplicación meramente interno, delimitador de las relaciones entre los diversos órganos sociales, pero sin que trascienda a las relaciones de la sociedad con los terceros de buena fe que con ella contratan ni a la eficacia del negocio jurídico con éstos celebrado. Es cierto que, ante la ausencia actual de jurisprudencia, las opiniones que se han expresado sobre la cuestión son muy variadas y así, frente a la afirmación contenida en el párrafo anterior, algún autor ha entendido que la reforma excluye de la competencia propia del órgano de administración la disposición (adquisición o enajenación) de activos esenciales y, por tanto, el acto dispositivo realizado por el administrador de estos activos es nulo o, al menos, anulable. Este criterio vetaría el acceso registral de dichos actos. Pero entendemos que la norma tiene un alcance meramente interno, generadora de una posible responsabilidad del administrador frente a los socios en caso de que aquél adquiriese o enajenase un activo esencial sin contar con la aprobación de la Junta, pero que, en modo alguno puede afectar a la eficacia del negocio jurídico frente al tercero, de buena fe y aunque éste efectivamente sea un activo esencial y haya dispuesto de él sin la aprobación de la Junta y, por tanto, contra la disposición del artículo 160 LSC. Avala esta consideración el hecho de que la reforma no ha modificado el artículo 234 LSC cuya redacción pudiera parecer contradictoria con la del 160, pero cuya interpretación conjunta nos parece clara: una cosa es la distribución competencial entre los diversos órganos sociales (aspecto societario interno, artículo 160) y otra distinta el ámbito de las facultades representativas frente a terceros del órgano de administración (aspecto externo, artículo 234). O, dicho de otra forma, pese a que, tras la reforma, es competencia de la Junta General la decisión sobre la enajenación o adquisición de activos esenciales, la representación del órgano de administración se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social y, por tanto, a los actos dispositivos sobre esos activos, que serán eficaces frente a terceros de buena fe con independencia de se celebren en ejecución de un previo acuerdo de Junta o sin él. Además, la interpretación que defendemos es la más acorde con los principios de la propia

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

LSC, que: 1) Aunque ya preveía en su artículo 161 la posibilidad de que la Junta General pudiese someter a su autorización la adopción por el órgano de administración de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, aclaraba que ello era «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234». Esto es, que tales limitaciones, aunque figurasen inscritas, no serían oponibles frente a terceros y tendrían un efecto puramente interno. 2) Aunque en su artículo 234 proclama el principio de que la representación del órgano de administración se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, deja claro que sería eficaz frente a tercero de buena fe: – La actuación del administrador contra cualquier limitación estatutaria de sus facultades representativas (facultades representativas que habrían de haberse atribuido a la Junta General, como hace ahora el artículo 160), – Y la actuación del administrador no comprendida en el objeto social. Esto es: la actuación del administrador contraria a las decisiones o acuerdos de la Junta General (artículo 161) o que invada las facultades estatutariamente reservadas a la Junta General (artículo 234.1, párrafo 2), o que exceda del objeto social (artículo 234.2), le constituirá en responsable de sus actos frente a los socios o frente a la sociedad o los acreedores sociales, pero no produce la ineficacia del negocio jurídico. Vuelve a ser coherente con el principio expuesto el artículo 236.1 LSC, también alterado por la Ley 31/2014, cuando establece que 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, presumiéndose la culpabilidad 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. Todo lo antes expuesto es, por otra parte, una exigencia necesaria de la seguridad del tráfico. No puede pedirse a los terceros que, antes de adquirir un bien a una sociedad, tengan que investigar acerca del papel que ese bien desempeña en la sociedad o que indagar en la contabilidad social para analizar «el último balance aprobado» (no el último depositado en el Registro Mercantil o publicitado de cualquier otra forma) y comprobar si el que pretenden adquirir supone más o menos de un veinticinco por ciento del valor total del activo, para saber si pueden comprar directamente al administrador o han de solicitarle la justificación de un previo acuerdo de Junta. ¿Cómo puede un tercero calificar la «esencialidad» de un bien para la sociedad a la que pretende comprárselo? O, si el bien vendido tenía un valor inferior al veinticinco por ciento de los activos totales, pero tal trascendencia para la sociedad vendedora que podía calificarse como «esencial» para ella, ¿podría el tercero perder el bien adquirido por una demanda de nulidad de la compraventa que, alegando ese carácter, pueda plantear la misma sociedad que le ha vendido? Entendemos que la respuesta ha de ser claramente negativa. La misma distinción entre el aspecto societario interno y el externo puesta antes de relieve y la misma preocupación por la seguridad del tráfico aparecen claras en la reciente resolución de esa Dirección General de 23 de marzo de 2015 cuando habla de dicha protección y de la disociación existente entre el poder de representación y el poder de gestión: «Se trata, en definitiva, de diferenciar dos dimensiones en la actuación de los administradores: la externa o de relación con terceros, a la que corresponde la posible regulación del poder de representación, y la interna, a la que corresponde el ejercicio del poder de gestión no susceptible de modulación, por estar la primera fundada en la protección del tráfico y su agilidad». Y preocupación y posición similar es la que mantiene el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de abril del 2008 y en un supuesto de hecho en que una sociedad, cuyo objeto social era el transporte, demandaba la nulidad de una escritura pública otorgada por los Consejeros delegados en la que éstos habían vendido las concesiones

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

administrativas de transportes, las tarjetas de transportes y los autobuses. El Supremo entiende que la cuestión que se debate es la suficiencia de las facultades representativas de los Consejeros-Delegados para llevar a cabo el otorgamiento de dicha venta que claramente excede del tráfico normal de la empresa al dejarla sin sus activos sin autorización de la Junta General, pero desestima la demanda por la protección de terceros de buena fe y sin culpa grave ante el abuso de poderes de los Consejeros-Delegados (art. 129.2 LSA –hoy 234 LSC–). Afirma el Supremo que en la misma línea se habían pronunciado antes las sentencias de 27 de septiembre de 2002, 19 de diciembre de 2003 y 14 de junio de 2005. Es cierto que los autores que han mantenido la opinión de que la reforma excluye de las facultades representativas del órgano de administración la disposición de activos esenciales y de que el acto dispositivo realizado por el administrador de estos activos es nulo o, al menos, anulable y, en todo caso, no inscribible han querido mitigar las consecuencias de su tesis por dos vías. De una parte, afirman (o simplemente dan por hecho) que la manifestación del administrador sobre el carácter «no esencial» del bien (con independencia de su veracidad) convierte al negocio en inatacable por la sociedad frente al tercero de buena fe y en inscribible en el Registro, pero lo cierto es que ese argumento es un mero invento para salvar las consecuencias lógicas de su opinión y carece de base legal alguna. Cuando la ley ha querido dar esa eficacia sanatoria a una manifestación errónea o falsa expresamente lo ha dicho así y, o tildamos de inútil el párrafo segundo del artículo 1.320 del Código Civil o hemos de entender que, si dicho párrafo no existiese, la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter no habitual de la vivienda vendida sí que perjudicaría a tercero de buena fe. Por tanto y por mera proyección, al no existir en la LSC precepto análogo al referido párrafo segundo del artículo 1.320 CC, los autores que defienden que el artículo 160 LSC delimita el ámbito de representación del órgano de administración, han de entender consecuentemente con ello, que si la manifestación del administrador acerca del carácter no esencial del activo de que dispone es errónea o es falsa, al tercero de buena fe quedaría perjudicado, o, lo que es lo mismo, que lo trascendente es la realidad del carácter del bien y no la manifestación del administrador a ese propósito. Quizás no se atreven a extraer todas las consecuencias de su planteamiento porque comprenden que son incompatibles con las más mínimas exigencias de la seguridad del tráfico y conducen a situaciones tan absurdas como las expuestas. De otra parte, han defendido que su teoría no sería aplicable a la disposición por entidades financieras y promotoras inmobiliarias de bienes que «notoriamente» tengan un valor inferior al veinticinco por ciento de su activo. La afirmación vuelve a ser un mero invento sin base legal alguna. Consecuentemente con lo expuesto, quienes han expresado su opinión de que la reforma excluye de las facultades representativas del órgano de administración la disposición de activos esenciales y de que el acto dispositivo realizado por el administrador de estos activos es nulo o, al menos, anulable y, en todo caso, no inscribible, tendrían que concluir que la manifestación del administrador en el título público sobre el carácter del bien enajenado es absolutamente irrelevante frente al tercero, pues, si es errónea o falsa, el negocio sigue siendo nulo y no inscribible. Lo que conduciría a que toda enajenación precisaría la celebración de una Junta General que declarase el carácter no esencial del bien a enajenar o acordase su enajenación si le atribuyese ese carácter, afirmación que, naturalmente, nadie se atreve a hacer. Dos.—Inaplicabilidad al dinero del concepto «activo esencial». El Registrador Mercantil suspende la inscripción por «...no constar la autorización de la Junta, ni expresarse por la administración de la sociedad Focus Legal Abogados, S.L., que los activos aportados (cinco mil euros) no son esenciales y que no superan el veinticinco por ciento de los activos...». Esto es, tratándose de una escritura en la que el administrador de una sociedad aporta cinco mil euros a la constitución de otra y asume las correspondientes participaciones sociales, la nota de calificación podía haber cuestionado la competencia del administrador de una sociedad limitada para la asunción (adquisición) de



www.civil-mercantil.com

participaciones de otra sociedad que pudieran ser un activo esencial para la primera, pero no cuestiona eso, sino su competencia para disponer (enajenar) de un dinero que pudiera ser «esencial» para la sociedad aportante. No cuestiona pues el posible carácter esencial de las participaciones sociales asumidas, sino del dinero empleado para su asunción y defiende que, conforme al artículo 160 LSC, la disposición de una cantidad de dinero que represente más del veinticinco por ciento del valor total del activo social es competencia de la Junta General. Y no compartimos la afirmación del Registrador por dos motivos. En primer lugar, por las ya expuestas exigencias de la seguridad del tráfico que, en el tema de la disposición del dinero, han de ser aún más fuertes. Eso mismo es lo que hace el Código Civil cuando, tras proclamar el principio general de codisposición de los bienes gananciales, señala en el artículo 1.384 la validez de los actos de disposición de dinero realizados por cualquiera de ellos. En segundo lugar, porque el dinero es, por esencia, circulante y en ningún caso puede estar incluido en normas que protejan los activos que para una sociedad puedan ser esenciales. El dinero es un mero instrumento para el trueque de mercaderías, necesario para que ese trueque no tenga que ser directo. Así, en principios contables, el activo de una sociedad, el conjunto de bienes y derechos de su propiedad, se estructura en dos grandes masas: – Inmovilizado: que comprende los bienes destinados a servir a la empresa de forma duradera, durante más de un año, que son los que constituyen las inversiones permanentes de la empresa y no están destinados a la venta. – Y Circulante: que comprende los bienes destinados a permanecer en la empresa durante un corto período de tiempo. Por utilizar una definición técnico-contable el activo circulante está integrando por los derechos, bienes materiales o créditos que se tienen en operación de modo más o menos continuo y que, como operaciones normales de una negociación pueden venderse, transformarse, convertirse en efectivo o darse en pago de cualquier clase de inversiones, gastos u obligaciones. Dentro del activo circulante se incluye la partida «Tesorería», o medios líquidos de los que dispone una empresa, bien en caja o en cuentas bancarias (Banco y caja), esto es, utilizando una definición más técnica, los «saldos a favor de la empresa, en cuentas corrientes a la vista y de ahorro de disponibilidad inmediata en Bancos e Instituciones de Crédito». La esencia contable de la tesorería es, pues, su disponibilidad inmediata. El dinero se contabiliza en «Tesorería» y cualquier bien que sea esencial para la sociedad, por el contrario, ha de incluirse en el Activo Inmovilizado. O, dicho de otra forma y por concluir por donde empezamos, el dinero (sea cual sea el porcentaje que represente respecto al total activo) es, por esencia, un bien fungible en su sentido técnico de bien del que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin consumirlo, está destinado a su circulación y nunca puede considerarse un «activo esencial» para ninguna sociedad ni quedar sujeto a las limitaciones dispositivas que para los que tengan ese carácter se establezcan legalmente».

V

Mediante escrito, de fecha 29 de mayo de 2015, el registrador Mercantil 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



www.civil-mercantil.com

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 (1.ª) y 26 (1.ª, 2.ª y 3.ª) de junio de 2015, entre otras.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se constituye una sociedad de responsabilidad limitada, con aportación dineraria de cinco mil euros realizada por otra sociedad limitada, representada por su administrador único. El objeto social de dicha sociedad fundadora está constituido por los servicios jurídicos y administrativos así como todas las actividades inmobiliarias; y el de la sociedad constituida esas mismas actividades, entre otras.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, al no constar la autorización de la junta general ni expresarse por el administrador de la sociedad aportante que los activos aportados no son esenciales, se infringe la norma del artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital.

El notario recurrente sostiene, en esencia, que esta norma tiene alcance meramente interno, pues no se ha modificado el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital; que, frente a la tesis de quienes mantienen la nulidad del acto dispositivo del administrador sobre activos esenciales sin autorización de la junta general, cabe tener en cuenta que la Ley no atribuye a la manifestación del administrador sobre el carácter no esencial del activo eficacia sanatoria alguna; y que es inaplicable al dinero el concepto de «activo esencial», por exigencias de la seguridad del tráfico en la disposición del dinero y porque el dinero es circulante, no integrado en el inmovilizado de la sociedad.

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

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

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



www.civil-mercantil.com

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



www.civil-mercantil.com

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 conste la autorización de la junta general o que el administrador de la sociedad aportante manifieste que no se aportan activos esenciales, 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 Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos



www.civil-mercantil.com

meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 10 de julio de 2015. El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.