

Referencia: NCR010307

**RESOLUCIÓN de 12 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Madrid n.º 22 a inscribir una escritura de compraventa.**

(BOE de 31 de julio de 2020)

## SUMARIO:

**Registro de la Propiedad. Competencias de la junta general para deliberar y acordar sobre la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales.**

Según la doctrina del Tribunal Supremo, **transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores.** Debe entenderse que, con la exigencia de 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. 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.

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 (UE) 2017/1132 (sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades), art. 9.1.

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

Código Civil, arts. 3, 6, 7, 166, 186, 271.2.º, 323, 324, 396, 399, 480, 489, 498, 647, 649, 650, 785.2.º, 975, 1.259, 1.281 a 1.286, 1.297, 1.298, 1.320, 1.322, 1.377, 1.389 y 1.713.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 3, 18, 33, 34 y 38.

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

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 43.2 y 226.2.3.ª.

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

RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 160, 161, 234, 371, 387, 392, 393, 479, 489 y 511 bis.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), arts. 91 y 420.

En el recurso interpuesto por don Luis López de Paz, notario de Madrid, contra la negativa del registrador de la propiedad de Madrid número 22, don Ángel Valero Fernández-Reyes, a inscribir una escritura de compraventa.

## Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid don Luis López de Paz, el día 16 de diciembre de 2019, con número 621 de protocolo, la sociedad «Avantespacia Inmobiliaria, S.L.», representada por un apoderado, vendió dos inmuebles (fincas registrales números 97707 y 97792) a la sociedad «Gestión y Servicios Garco, S.L.», representada por su administrador única. En dicha escritura, respecto de la representación de la sociedad compradora se expresa lo siguiente:

«Manifiesta que el presente acto o negocio (artículos 160, 161, 228 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital):

- no es competencia de la Junta General por referirse a la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales. Advierto que se presume este carácter cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento (25%) del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.
- no está sujeto o, en su caso, se ajusta a las instrucciones recibidas de la Junta General.
- no está sujeto a autorización de la Junta General.
- respeta su deber de lealtad, no existe conflicto de intereses con él ni con persona vinculada con él, ni es necesaria una autorización singular.

Las facultades representativas son, a mi juicio, suficientes para el acto o contrato a que se refiere la presente: compraventa».

## II

El mismo día 16 de diciembre de 2019 se presentó dicha escritura telemáticamente en el Registro de la Propiedad número 22 de Madrid, y fue objeto de calificación negativa emitida el 15 de enero de 2020 por el registrador, don Ángel Valero Fernández-Reyes, en los términos que a continuación se transcriben:

«Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario:

El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado telemáticamente por la Notaría, el día 16/12/2019, bajo el asiento número 1209, del tomo 55 del Libro Diario y número de entrada 6015, que corresponde al documento otorgado por el Notario de Madrid Luis López de Paz, con el número 621/2019 de su protocolo, de fecha 16/12/2019, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

### Hechos:

1. En la adjunta escritura de venta, la entidad mercantil adquirente (Gestión y Servicios Garco SL), que compra una vivienda y una plaza de garaje, realiza unas manifestaciones contradictorias pues señala por un lado que a) “no es competencia (se supone que la compra) de la Junta General por referirse la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales”, ya que si son activos esenciales por exceder del 25% del valor de los activos del último balance aprobado o por otra causa, sí sería competencia de la Junta General y faltaría la certificación del acuerdo correspondiente; y, por otro lado que: b) “n.º está sujeto a autorización de la Junta General”, pero sin explicar que es por no tratarse de un activo esencial, circunstancia de esencialidad que se indica en el párrafo precedente.

Por otra parte, de la consulta realizada al Registro Mercantil on line para intentar aclarar esa contradicción, resulta que el valor de la compra excede del 25% del valor de los activos del último balance depositado, que data de 2011, por lo que a falta de afirmación expresa en sentido contrario, es aplicable la presunción del carácter esencial.

Por tanto, para poder inscribir esta compra es necesario bien aclarar la cuestión, manifestando al menos expresamente que las fincas adquiridas no constituyen un activo esencial de la sociedad, rectificando la manifestación de la escritura; o bien que se acompañe, alternativamente, certificación del acuerdo de la Junta General de la Sociedad que autorice la compra si tal carácter esencial se confirma.

### Fundamentos de derecho:

1. El artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital que establece que “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”.

A este respecto, las resoluciones de la DGRN de 26 de junio (2), 8, 10 y 27 de julio, y 23 de octubre de 2015 que señalan que el registrador puede apreciar el carácter esencial de un activo cuando así resulte de forma manifiesta (por ej., que se trate de un activo notoriamente imprescindible para el desarrollo del objeto social), o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (por ej., que del propio título o de los asientos del Registro de la Propiedad o del Registro Mercantil resulte la contravención de la norma, por aplicación de la presunción legal

de superación del 25% del valor de los activos sociales, o por manifestación de los representantes de la sociedad afectada).

No se toma anotación preventiva por defectos subsanables por no haberse solicitado.

Contra esta calificación podrá interponerse recurso (...).»

### III

Solicitada calificación sustitutoria, le correspondió a la registradora de la propiedad de Pinto número 2, doña María Victoria Tenajas López, quien el 28 de enero de 2020 confirmó la calificación del registrador sustituido en los siguientes términos:

«Primero:

El defecto alegado por el Registrador en su nota de calificación es, resumidamente, la aclaración de si los bienes adquiridos tienen o no la consideración de activos esenciales (superando así lo que parece ser una contradicción en la redacción de la escritura) al tiempo que se solicita la autorización de la Junta General, caso de que se confirme la manifestación de que sí lo son.

Todo ello se complementa con consulta al Registro Mercantil del que resulta que el valor de la compra excede del 25% del valor de los activos del último balance depositado lo que implica, en principio, la consideración de activo esencial de los inmuebles adquiridos.

Segundo:

Es doctrina reiterada en numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (11 de junio de 2016, 8 de julio de 2015, 22 de agosto de 2015, 27 de diciembre de 2017 y 13 de agosto de 2018 entre otras) que 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.

En el caso que ahora nos ocupa, es la Resolución de 26 de junio de 2015 (en la que se ampara la nota de calificación) la que expresamente indica que... "no existe ninguna obligación de aportar un certificado o hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial para concluir que la omisión de esa manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción.

Desde ese punto de vista, la calificación debería ser revocada, independientemente de si existe o no contradicción en las manifestaciones emitidas. No obstante, es la propia resolución citada la que establece la excepción al permitir que la calificación del Registrador se extienda a otros elementos de los que dispone al calificar. En este caso, el Registrador, en aplicación de esa excepción, ha consultado al Registro Mercantil, de cuyos datos resulta que los bienes adquiridos sí tienen la consideración de activo esencial (o la presunción de que pueden serlo) por lo que es procedente la solicitud de aclaración sobre si lo son o no efectivamente, y caso de serlo la autorización de la Junta General.

En base a todo ello se ratifica la nota de calificación por cuanto al defecto señalado justifica la suspensión de la inscripción de la escritura calificada (...).»

### IV

Mediante escrito que causó entrada en el Registro de la Propiedad número 22 de Madrid, don Luis López de Paz, como notario autorizante de la escritura, interpuso recurso contra la calificación del registrador sustituido en el que alega los siguientes fundamentos jurídicos:

«Previo. La escritura calificada negativamente contiene la siguiente afirmación expresa por el representante de la parte compradora: "Manifiesta que el presente acto o negocio (artículos 160, 161, 228 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital):

- no es competencia de la Junta General por referirse a la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales. Advierto que se presume este carácter cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento (25%) del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.
- no está sujeto o, en su caso, se ajusta a las instrucciones recibidas de la Junta General.
- no está sujeto a autorización de la Junta General.
- respeta su deber de lealtad, no existe conflicto de intereses con él ni con persona vinculada con él, ni es necesaria una autorización singular."

La escritura contiene el juicio de capacidad del notario autorizante: "Las facultades representativas son, a mi juicio, suficientes para el acto o contrato a que se refiere la presente: compraventa."

El registrador entiende que existe una contradicción entre las manifestaciones del representante de la parte compradora al decir, por un lado, que no es competencia de la Junta General, y por otro, que no está sujeto a autorización de la misma. Para solventar la contradicción, consulta el Registro Mercantil on line y para aclarar la cuestión, exige la manifestación expresa de que las fincas adquiridas no constituyen un activo esencial de la sociedad, rectificando la manifestación de la escritura; o bien que se acompañe, alternativamente, certificación del acuerdo de la Junta General que autorice la compra si tal carácter esencial se confirma.

Primero. Como queda reflejado en la calificación sustitutoria ("la Resolución de 26 de junio de 2015 (en la que se ampara la nota de calificación) la que expresamente indica que... 'no existe ninguna obligación de aportar un certificado o hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial...' para concluir que la omisión de esa manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción") no existe obligación de aportar un certificado o hacer una manifestación expresa por parte del administrador, por lo que la calificación ya debería ser revocada. La escritura contiene expresamente el juicio de capacidad claro y suficiente.

Segundo. Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 11 y 26 junio, 8, 10, 27 y 29 de julio, 23 de octubre y 14 de diciembre 2015 ya resolvieron esta cuestión. A modo de ejemplo la resolución de 23 de octubre establece "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."

Tercero. No obstante, de la doctrina anterior, podemos señalar las obligaciones que competen a Notario y Registrador respecto a esta cuestión: Notario: "... aunque normalmente 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 (artículo 17 Ley del Notariado), a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, despliegue 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 en 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..."

El notario ha cumplido con esa diligencia y, así ha hecho constar, no sólo las menciones relativas al artículo 160 f) LSC, sino además las relativas a los artículos 161, 228 y concordantes LSC:

- Que no es competencia de la Junta General (supuesto del artículo 160 f) LSC) por ser activo esencial, e incluye expresamente la advertencia relativa a la presunción legal.
- Que no está sujeto o, en su caso, se ajusta a las instrucciones recibidas de la Junta General (supuesto del artículo 161 LSC).
- Que no está sujeto a autorización de la Junta General (supuesto del artículo 161 LSC). – Que respeta su deber de lealtad, no existe conflicto de intereses con él ni con persona vinculada con él, ni es necesaria una autorización singular (artículo 228 y siguientes LSC).

Destacar la diferencia, confundida por el registrador, entre el supuesto del artículo 160 f) LSC en que, por ser un activo esencial, la competencia corresponde a la Junta General, de supuesto diferente previsto en el artículo 161 LSC en que la competencia correspondiendo al órgano de administración, pero sobre la que la Junta General puede, salvo disposición contraria de los estatutos, impartir instrucciones o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión.

Según parece, el origen de la contradicción a juicio del Registrador, está en que debería incluirse una doble negación: no es competencia de la Junta General por no ser activo esencial. La doble negación o múltiple negación es la presencia de uno o más elementos con valor de negación en una oración. En algunas lenguas (por ejemplo, en lengua inglesa), no está admitida ya que se anulan y producen una afirmativa; en otros idiomas como el español, la doble negación intensifica el sentido negativo. Como señala la Real Academia Española de la Lengua, "En español existe un esquema particular de negación, que permite combinar el adverbio no con la presencia de otros elementos que tienen también sentido negativo". Pero no debemos confundir que sea admisible la doble negación, con la incorrección de la negación simple. Así, podemos decir que el contrato no es competencia de la Junta General por ser un activo esencial, es decir, que no es competencia de la Junta General por ser el supuesto previsto en el apartado f) del artículo 160 LSL; la competencia de la Junta General puede tener su origen en que el objeto de la compraventa sea un activo esencial, y tras preguntar al representante y afirmar que no es activo esencial, concluimos

que el contrato no es competencia de la Junta General por ese motivo, no es competencia de la Junta General por ser activo esencial. En definitiva, no existe contradicción alguna o ninguna (según queramos negación simple o doble).

Registrador: "... 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)... "

En nuestro caso, el carácter esencial:

- no resulta de forma manifiesta de las circunstancias del caso,
- no resulta de los elementos de que dispone al calificar: el propio título o los asientos del Registro a su cargo.

Pero el Registrador, no satisfecho con el juicio de capacidad efectuado por el Notario, no existiendo circunstancias que pongan de forma manifiesta el carácter esencial del activo adquirido, y no resultando lo contrario del título o de los asientos del Registro, decide acudir a información disponible en otros Registros: concretamente a las cuentas de la sociedad depositadas en el Registro Mercantil. Con relación a esta consulta:

- No existe obligación de consulta por el Registrador, y su consulta al Registro que quiera, cuando quiera, es decir, de manera discrecional no resulta admisible.
- Como señalan las resoluciones de la DGRN citadas, el carácter esencial del activo es un concepto jurídico indeterminado; aunque de dicha consulta resulte que el importe de la compra supera el veinticinco por ciento (25%) del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado, puede que el activo no sea esencial. Por lo tanto, sólo estaríamos ante el supuesto que activa la presunción legal, pero que podría ser desvirtuada por la manifestación en contrario del órgano de administración que, en todo caso, ha efectuado la adquisición, manifestado su competencia ante el notario autorizante quien efectuó el juicio de capacidad, y cuya posible incorrección en ningún caso perjudicaría al tercero adquirente de buena fe y sin culpa grave.
- Además, en ningún caso resultaría de aplicación la presunción legal ya que esta sería predicable del último balance aprobado, no del último balance depositado en el Registro Mercantil. Para conocer el último balance aprobado, también necesitaríamos una declaración del administrador para saber a cuál se refiere, pero que, dado el tiempo transcurrido hasta el año 2019 en que se ha otorgado la escritura, para bastante probable que no sería el correspondiente al año 2011, por lo que la cifra obtenida y, en consecuencia, la propia consulta efectuada, resulta irrelevante.

Como colofón, indicar que el registrador, como funcionario cualificado, al interpretar las cláusulas contractuales, ha de utilizar los criterios interpretativos de los arts. 1281 y ss. Código Civil. Así, atender a los actos coetáneos de los contratantes (art 1282 Cc), entender las cláusulas en el sentido más adecuado para que produzcan efecto (art 1284 Cc), interpretar las unas por las otras (art 1285 Cc), todo lo cual, en este caso, permite entender que el otorgante estaba manifestando que el bien adquirido no constituía activo esencial.»

V

Mediante escrito de 21 de febrero de 2020, el registrador de la propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

## Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1281 a 1286 del Código Civil; 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; 3, 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 y 420 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1984, 24 de noviembre de 1989 y número 285/2008, de 17 de abril, de la Sala Primera, y de 24 de octubre de 2000, Sala Tercera; 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 y 8, 10, 27, 28 y 29 de julio, 17 de septiembre, 23 de octubre y 14 de diciembre de 2015, 22 y 29 de noviembre de 2017 y 31 de mayo de 2018.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso una sociedad de responsabilidad limitada compra determinados inmuebles y el administrador único de la misma expresa lo siguiente:

«Manifiesta que el presente acto o negocio (artículos 160, 161, 228 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital):

- no es competencia de la Junta General por referirse a la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales. Advierto que se presume este carácter cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento (25%) del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.
- no está sujeto o, en su caso, se ajusta a las instrucciones recibidas de la Junta General.
- no está sujeto a autorización de la Junta General.
- respeta su deber de lealtad, no existe conflicto de intereses con él ni con persona vinculada con él, ni es necesaria una autorización singular.»

El notario autorizante manifiesta lo siguiente: «Las facultades representativas son, a mi juicio, suficientes para el acto o contrato a que se refiere la presente: compraventa».

El registrador suspende la inscripción porque, a su juicio, las manifestaciones del administrador de la sociedad compradora son «contradictorias pues señala por un lado que a) «no es competencia (...) de la Junta General por referirse la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales» (...); y, por otro lado, que: b) “no está sujeto a autorización de la Junta General” (...)). Añade el registrador que de la consulta realizada al Registro Mercantil resulta que el valor de la compra excede del 25% del valor de los activos del último balance depositado, que data de 2011. Por ello concluye que considera necesario bien aclarar la cuestión, manifestando al menos expresamente que las fincas adquiridas no constituyen un activo esencial de la sociedad, rectificando la manifestación de la escritura; o bien que se acompañe, alternativamente, certificación del acuerdo de la junta general de la sociedad que autorice la compra si tal carácter esencial se confirma.

El notario recurrente alega: a) Que, según la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 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, y la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción; b) Que, no obstante, el notario ha desplegado 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, como resulta de las manifestaciones del administrador recogidas sobre, entre otras normas, el apartado f) del citado artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital; sin que haya contradicción en esa manifestación aunque se haya empleado la forma gramatical de negación simple; y c) Que, además, en ningún caso resultaría de aplicación la presunción legal a que se refiere el registrador ya que esta sería predicable del último balance aprobado, no del último balance depositado en el Registro Mercantil.

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 y 8, 10, 27, 28 y 29 de julio, 23 de octubre y 14 de diciembre de 2015, 22 y 29 de noviembre de 2017 y 31 de mayo de 2018) sobre la aplicación del precepto legal invocado por el registrador 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 aquella para la mejora del gobierno corporativo. En el apartado IV del Preámbulo de esa reciente Ley se expresa que mediante la modificación del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en lo que ahora interesa «se amplían las competencias de la junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales». Y, en la misma reforma, se añade el artículo 511 bis, según el cual en las sociedades cotizadas constituyen materias reservadas a la competencia de la junta general, además de las reconocidas en el artículo 160, entre otras, «a) La transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas» y «b) Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad».

La finalidad de la disposición del artículo 160.f), como se desprende de la ubicación sistemática de la misma (en el mismo artículo 160, entre los supuestos de modificación estatutaria y los de modificaciones estructurales), lleva a incluir en el supuesto normativo los casos de «filialización» y ejercicio indirecto del objeto social, las operaciones que conduzcan a la disolución y liquidación de la sociedad, y las que de hecho equivalgan a una

modificación sustancial del objeto social o sustitución del mismo. Pero debe tenerse en cuenta, que dada la amplitud de los términos literales empleados en el precepto («la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales»), surge la duda razonable sobre si se incluyen o no otros casos que, sin tener las consecuencias de los ya señalados, se someten también a la competencia de la junta general por considerarse que exceden de la administración ordinaria de la sociedad.

El hecho de que la norma se refiera a un concepto jurídico indeterminado – «activos esenciales»– comporta evidentes problemas de interpretación. Pero, sin duda, son las consecuencias que haya de tener la omisión de la aprobación de la junta general lo que debe tomarse en consideración para determinar, en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, la forma de actuar del notario y del registrador.

Ciertamente, no es de aplicación la inoponibilidad frente a terceros de las limitaciones voluntarias al poder de representación de los administradores (artículos 234.1 de la Ley de Sociedades de Capital, al que se remite el artículo 161. Cfr., asimismo, los artículos 479.2 y 489, relativos a la sociedad anónima europea), toda vez que se trata de un supuesto de atribución legal de competencia a la junta general con la correlativa falta de poder de representación de aquéllos. Cuestión distinta es la relativa a la posible analogía que puede existir entre el supuesto normativo del artículo 160.f) y el de los actos realizados por los administradores con extralimitación respecto del objeto social inscrito frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave ex artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 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 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 le 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 por 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, es cierto que la redacción de la escritura en el extremo objeto de debate podría haber sido más precisa, pero si a la interpretación literal de los términos empleados se añade la que atiende al contexto del documento no hay duda de que lo que está expresando el administrador es que no es necesaria la autorización de la junta general porque no se compran activos esenciales. Así resulta de la frase «no es competencia de la Junta General por referirse a la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales» (que se habría entendido mejor de haberse empleado el subjuntivo, es decir «no es competencia de la Junta General porque se refiera a la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales»), y del hecho de que se esté manifestado que no es necesaria la autorización de la junta general a la que se refiere, entre otras normas, el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital; a lo que debe añadirse que el notario emite el juicio de suficiencia de la facultades representativas acreditadas por el administrador. Por ello, la calificación no puede ser confirmada.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, 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, 12 de junio de 2020. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.