

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCR010617

**RESOLUCIÓN de 13 de abril de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Molina de Segura n.º 2 a practicar determinado asiento registral.**

(BOE de 5 de mayo de 2021)

**SUMARIO:****Registro de la Propiedad. Constancia registral del carácter de activo esencial de una finca a los efectos de lo establecido en el artículo 160.f) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.**

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.

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 la 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, 1.297, 1.298, 1.320, 1.322, 1.377, 1.389 y 1.713

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 3, 18, 21, 33, 34, 38, 114 y 129.

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

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 A. F. O., en nombre y representación y como administrador solidario de la sociedad «Gaudí Consultores, S.L.L.», contra la negativa del registrador de la Propiedad de Molina de Segura número 2, don Ricardo Francisco Sifre Puig, a practicar determinado asiento registral.

**Hechos**

I

Mediante instancia suscrita por don A. F. O., en nombre y representación y como administrador solidario de la sociedad «Gaudí Consultores, S.L.L.», se solicitaba que, «a los efectos de lo dispuesto en el artículo 160 f) de la

Ley de Sociedades de Capital, cuyo texto refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, el valor de las descritas finca y participación indivisa de finca excede del veinticinco por ciento del valor de los activos que figuran en el último balance aprobado» se hiciese constar en el Registro de la Propiedad de Molina de Segura número 2 «el carácter de activo esencial que tienen la finca y participación indivisa de finca antes relacionadas».

## II

Presentada el día 4 de diciembre de 2020 dicha instancia en el Registro de la Propiedad de Molina de Segura número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Fecha: 18 de diciembre de 2020.

Calificado el precedente documento, deniego su inscripción por el siguiente defecto insubsanable:

Según el “petitum” o rogación de la instancia en cuestión, a los efectos y de conformidad con el art. 160-f) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010, se solicita que se haga constar en el Registro de la Propiedad el carácter de activo esencial de la finca registral 68733 y la participación indivisa de la finca registral 68729, como complemento de los títulos de adquisición inscritos (escritura pública autorizada por el Notario de Molina de Segura don Francisco Coronado Fernández el día 30 de enero de 2007, con el número de protocolo 529), tal y como autoriza el art. 110 del Reglamento Hipotecario.

Apareciendo ello así, a juicio del Registrador de la Propiedad que suscribe, se pretende, a través de una instancia –documento privado– la rectificación de unas inscripciones, en concreto, la inscripción 1.<sup>a</sup> de la finca registral 68733 y la inscripción 1.<sup>a</sup> de la finca registral 68729 -asientos que están bajo la salvaguardia de los Tribunales (ex art. 1 de la Ley Hipotecaria)-, sin la conformidad de todas las partes pertinentes, intervinientes en la susodicha escritura pública (cfr. las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 1998, 23 de noviembre de 2000, 19 de diciembre de 2002, 11 de octubre de 2008, 13 de abril de 2009 y 10 de octubre de 2014) y sin el otorgamiento y presentación de la correspondiente escritura pública de rectificación (cfr. los arts. 3 de la Ley Hipotecaria y 33 y 34 de su Reglamento-); y, además, se pretende dicha rectificación en base al art. 110 del Reglamento Hipotecario, cuando, en realidad, este precepto no es aplicable al presente supuesto de hecho: la pretendida subsanación de un pretendido y presunto defecto o falta subsanable obrante en el título adquisitivo inscribible en la fecha en que se practicaron las mentadas inscripciones 1.<sup>a</sup> (de 20 de junio de 2007) de las fincas registrales 68733 y 68729.

Dicho pretendido y presunto defecto o falta subsanable consistiría en la omisión de la constatación en la ya expresada escritura pública de la manifestación, por parte de la entidad adquirente, del carácter de activo esencial de la finca registral 68733 y la participación indivisa de la finca registral 68729, de conformidad con el art. 160 f) del texto refundido la Ley de Sociedades de Capital.

Pues bien, observando la nota marginal de calificación regional y despacho extendida al margen del asiento de presentación 296 del Libro 68 (que motivó las referidas inscripciones), no aparecen suspendidas las inscripciones por tal pretendido y presunto defecto o falta subsanable (cfr. el art. 65 de la Ley Hipotecaria y concordantes de dicho cuerpo legal y su Reglamento); al contrario, las referidas inscripciones se practicaron sin hacerse mención (en la aludida nota marginal de calificación registral y despacho) a dicho pretendido y presunto defecto subsanable, como no podía ser de otra manera, puesto que en la fecha del otorgamiento de la citada escritura pública y en la fecha en que se practicaron las mencionadas inscripciones no era defecto o falta subsanable que impidiese la inscripción (ni lo es en la actualidad) la omisión de la constatación en la ya expresada escritura pública de la manifestación, por parte de la entidad adquirente, del carácter de activo esencial de la finca registral 68733 y la participación indivisa de la finca registral 68729, ex art. 160-f) del texto refundido la Ley de Sociedades de Capital.

Y es que conviene tener presente que la actual letra f) del art. 160 del texto refundido la Ley de Sociedades de Capital fue introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por lo que, con anterioridad a la entrada en vigor de esa reforma, no se contemplaba por la ley ni, en consecuencia, era obligatoria, ni siquiera a nivel notarial, la constatación en las escrituras públicas del carácter de activo esencial o no esencial en los actos jurídicos a que alude ahora la letra f) del art. 160 del texto refundido la Ley de Sociedades de Capital.

Y, como conclusión, si no existía ese pretendido y presunto defecto o falta subsanable, mal puede subsanarse (en base al art. 110 del Reglamento Hipotecario) lo que, en su día, no se calificó registralmente como defecto o falta subsanable, precisamente por inexistencia del presupuesto de hecho: el defecto o falta.

Por último, aunque se pretendiera la inscripción del carácter de activo esencial como acto autónomo e independiente, tampoco procedería su inscripción por impedirlo el art. 160.f) del texto refundido la Ley de Sociedades de Capital. En efecto, dicho precepto circunscribe su operatividad conectada, necesariamente, a los concretos actos jurídicos que menciona, particularmente, la adquisición, la enajenación y la aportación a otra sociedad de activos esenciales, y en los términos de dicho precepto, a los efectos de que, caso de tratarse de activos esenciales, deba obtenerse la autorización o aprobación de la junta general de la sociedad (transmitente y/o adquirente)

correspondiente (cfr. la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre las actuaciones notarial y registral en los casos del art. 160-f) del texto refundido la Ley de Sociedades de Capital -resoluciones de 11 de junio de 2015, 26 de junio de 2015, 8 de julio de 2015, 27 de julio de 2015, 23 de octubre de 2015, 12 de junio de 2020 y 18 de junio de 2020, entre otras-).

Por otro lado, a juicio del Registrador de la Propiedad que suscribe, del tenor de la instancia parece desprenderse la pretensión de que se haga constar registralmente el carácter de activo esencial de la finca registral 68733 y la participación indivisa de la finca registral 68729, de modo conjunto o global, es decir, tomando en consideración, conjuntamente, la finca registral 68733 y la participación indivisa de la finca registral 68729, y no por sí solas, como fincas independientes. Y hay que tener en cuenta que, caso de que fuera posible, en el presente supuesto de hecho, la constatación registral del carácter de activo esencial, dicha registración se haría con respecto a fincas registrales independientes (caso de que, por sí solas y por sí mismas, fueran activos esenciales -extremo éste que no aparece especificado en la instancia-), pues no es posible la conectividad o conexión registral de fincas registrales (aunque sólo lo sea en aspectos concretos), salvo en supuestos excepciones, como ocurre, por ejemplo, con las llamadas vinculaciones o titularidades “ob rem” (en base a una relación de destino, dependencia y accesoriedad).

Todo ello en base a los siguiente hechos y fundamentos de Derecho.

Hechos:

Instancia suscrita el día cuatro de diciembre de dos mil veinte en Molina de Segura, por don A. F. O., presentada el día 04/12/2020, bajo el asiento número 635, del Libro Diario 109, número de entrada 7280.

Fundamentos de Derecho:

Los expresados al especificar el defecto señalado “ut supra”.

Contra la presente nota de calificación cabe (...)

El Registrador de la Propiedad. Ricardo F. Sifre Puig».

### III

Contra la anterior nota de calificación, don A. F. O., en nombre y representación y como administrador solidario de la sociedad «Gaudí Consultores, S.L.L.», interpuso recurso el día 18 de enero de 2021 mediante escrito en el que alegaba los siguientes fundamentos jurídicos:

«A) “A juicio del Registrador de la Propiedad que suscribe, se pretende, a través de una instancia – documento privado– la rectificación de unas inscripciones, sin la conformidad de todas las partes pertinentes, intervinientes en la susodicha escritura pública... y sin el otorgamiento y presentación de la correspondiente escritura pública de rectificación...”.

El señor Registrador calificante atribuye al documento presentado un alcance del que carece por completo, pues, si se atiende a su estricto contenido, en ningún lugar del mismo se habla de rectificación. Lo que se pretende, como bien dice la instancia, es complementar el título de adquisición haciendo constar en el Registro una circunstancia descriptiva o de hecho, como es la consideración de las citadas finca y participación indivisa de finca como activos esenciales de la sociedad a la que represento. No podemos pretender asignar a la instancia virtualidad rectificatoria alguna por lo siguiente: i) a la fecha de otorgamiento de la escritura no estaba vigente la actual redacción del artículo 160 f) de la LSC, introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, como bien señala el señor Registrador en su nota; ii) la condición de activo esencial es apreciable, como reiteradamente ha señalado la Dirección General, por los órganos de representación de la misma, por lo que nada debe decir al respecto la parte en su día transmitente, aun en el caso de que se tratara de una rectificación, que, como digo, no es lo llevado a cabo; y, iii) se trata, no de rectificar, sino de complementar la descripción de las fincas o introducir en el Registro, en la forma en que el Registrador considere, el carácter de aquéllas, y, por ello, en la instancia manifesté, como resulta nítidamente de su último párrafo: “solicito que se haga constar en ese registro de la propiedad el carácter de activo esencial que tienen la finca y participación indivisa de finca antes relacionadas, de conformidad con lo dispuesto en el precepto indicado y como complemento de los títulos de adquisición inscritos”.

En consecuencia, nada se pretende rectificar porque no se cometió error alguno en el título de adquisición y la repercusión que tiene actualmente la condición de activo esencial de una finca viene dada por una norma dictada con posterioridad al otorgamiento de aquél, de ahí que se haya articulado como complemento descriptivo, si se quiere llamar así.

La aportación de la copia autorizada de la escritura de adquisición lo ha sido para dar satisfacción al principio registral de titulación pública o auténtica recogido en los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 y 34 de su Reglamento, sirviendo la instancia, como he repetido, de complemento.

Me baso para ello en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, llamada así en aquél momento, de 20 de julio de 2.017, que recuerda la procedencia de la denegación del asiento de presentación de documentos privados, salvo en los casos en que se le atribuya eficacia registral (artículo 420 del Reglamento Hipotecario), lo que no ha ocurrido en el caso que nos ocupa, sin que, por lo demás, el señor Registrador haya exigido, para dar acceso al Registro del carácter de activo esencial, de documentación pública, pues no lo ha formulado como defecto.

B) “Mal puede subsanarse (en base al art. 110 del Reglamento Hipotecario) lo que, en su día, no se calificó registralmente como defecto o falta subsanable, precisamente por inexistencia del presupuesto de hecho.

En conexión con lo reseñado en el apartado A) que antecede, basa el Registrador el grueso de su denegación en la invocación que hice, en la instancia aportada, al artículo 110 del Reglamento Hipotecario. La alusión a dicha norma lo fue, no en sentido estricto, sino como el principal referente normativo que prevé la legislación hipotecaria para complementar títulos inscribibles mediante documentos privados (siempre que cuenten con la firma legitimada notarialmente o ratificada ante el Registrador, como ocurre en este caso). En mi práctica profesional he podido conocer que se utiliza aunque no exista calificación negativa previa, pues para complementar decretos de adjudicación la situación arrendaticia se suele hacer constar en instancias privadas, y se aportan junto con la documentación judicial que provoca el asiento de presentación y, por tanto, sin que haya todavía falta subsanable recogida formalmente en una nota de calificación, o la solicitud de inscripción del tracto sucesivo de las hipotecas mediante instancias privadas, o el complemento de convenios reguladores en procesos de separación o divorcio, cuando se omiten en los mismos, por ejemplo, el domicilio de los excónyuges, por citar sólo algunos casos.

Por lo tanto, la práctica hipotecaria admite numerosos supuestos en que pueden complementarse títulos públicos mediante documentos privados con firma legitimada, razón por la cual: i) presenté la copia autorizada de la escritura de adquisición, donde consta dicha adquisición y la descripción de las fincas; y, ii) la complementé mediante la instancia privada para dar acceso al Registro a un carácter que los bienes comprendidos en aquél título han adquirido a posteriori y como consecuencia de una reforma legal, sin ninguna intención de subsanar falta o defecto alguno, que no existían.

Finalmente, añadir que tal alegación al artículo 110 del Reglamento Hipotecario tampoco era necesaria en el escrito aportado. En este sentido, lo mantengo, por lo expuesto anteriormente y el sentido en que considero, salvo mejor criterio, debe interpretarse y se lleva a cabo en la práctica registral y procesal, pero, en caso contrario, no tendría ningún problema en que se considere por no puesto lo siguiente: “tal y como autoriza el artículo 110 del Reglamento Hipotecario”.

C) “Dicho precepto circunscribe su operatividad conectada, necesariamente, a los concretos actos jurídicos que menciona, particularmente, la adquisición, la enajenación y la aportación a otra sociedad de activos esenciales, y en los términos de dicho precepto, a los efectos de que, caso de tratarse de activos esenciales, deba obtenerse la autorización o aprobación de la junta general de la sociedad (transmitente y/o adquirente) correspondiente”.

El Registrador, con dicha afirmación, cierra el Registro a una circunstancia de enorme transcendencia en el tráfico jurídico, como es el carácter esencial de unos activos, y concreta su operatividad en el momento puntual de llevarse a cabo alguno de los actos referidos en el artículo 160 f) de la LSC. Sin embargo, entiendo que, siendo la institución registral el pilar básico de la seguridad jurídica preventiva en nuestro país, ningún obstáculo hay para dar acceso al Registro a una circunstancia que influye en el tráfico de los inmuebles, toda vez que pondrá en alerta al potencial adquirente si alguno de los administradores solidarios, por ejemplo, pretende la enajenación de una finca que es activo esencial sin autorización de la Junta General. Con ello, igualmente, se cumple otro de los fines para los que se creó el Registro de la Propiedad, como es la disminución de la litigiosidad, evitando pleitos de responsabilidad del administrador por actos contrarios a norma.

En apoyo de esta cuestión también podemos referirnos a la constancia registral que se viene haciendo del carácter habitual de las viviendas en materia de hipoteca, pues tal carácter tiene importantes consecuencias como son: anotación preventiva de embargo sobre viviendas privativas, ejecución hipotecaria y porcentajes de adjudicación, limitación de costas, etc. Pues si para una vivienda accede al Registro su carácter de habitual, que no es permanente, pues puede dejar de serlo en cualquier momento a pesar de que en el Registro siga constando dicha circunstancia, no entiendo cómo no puedo reflejar la cualidad de activos esenciales de la finca y participación indivisa de finca de la sociedad con la repercusión que ello tiene para el tráfico jurídico inmobiliario (lo cual tiene mayor estabilidad que el carácter de vivienda habitual, dado que el balance se incluye, junto con la cuenta de resultados y la memoria, en las cuentas anuales, de modo que, como mínimo, tiene una virtualidad efectiva de un año, si lo vemos desde ese punto de vista).

Así, y antes de pasar al siguiente punto, quiero destacar que esta idea que defiendo es la que subyace en la Resolución de la Dirección de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de junio de 2.020, cuando, en su fundamento de derecho 2, señala que “en todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo 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 base a esta Resolución, y visto que los Registradores califican a la vista del título presentado y de los asientos del Registro (artículo 18 de la Ley Hipotecaria), es por lo que intereso el acceso registral del carácter de activo esencial, cuya importancia incluso es puesta de manifiesto por la Dirección General en la citada Resolución.

D) “...del tenor de la instancia parece desprenderse la pretensión de que se haga constar registralmente el carácter de activo esencial... de modo conjunto o global..., y no por sí solas, como fincas independientes... no es posible la conectividad o conexión registral de fincas registrales..., salvo en supuestos excepciones, como ocurre, por ejemplo, con las llamadas vinculaciones o titularidades ob rem”.

Ocurre con este argumento lo mismo que con el reflejado en el apartado A) (supuesta rectificación), y es que se atribuye a la instancia complementaria una virtualidad que ni tiene ni pretende. En efecto, ninguna conexión o vinculación se hace entre la finca y participación indivisa de finca descritas, sino que se pretende que se haga constar el carácter de activos esenciales de las mismas, por separado, pues por separado se han descrito y en ninguna parte se señala que formen un conjunto a efectos de determinar su carácter de activo esencial. Ambas, tanto la finca registral 68.733 como la mitad indivisa de la registral 68.729, por sí solas, cada una, tienen el carácter de activo esencial de la sociedad, porque, visto el último balance aprobado, el valor de una y otra, repito, por separado, cada una independientemente considerada, supera con exceso el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuran en aquél, manifestación ésta que queda bajo mi responsabilidad como administrador solidario de la sociedad a la que represento.

Por último, el Registrador indica que “caso de que, por sí solas y por sí mismas, fueran activos esenciales - extremo éste que no aparece especificado en la instancia-...”, cuando el tenor literal de la instancia es claro, pues ninguna conexión o vinculación establece. Como se ha señalado, las fincas se describen por separado y lo que se solicita es que conste el carácter de activo esencial que tiene cada una, sin más (ni menos). La indicada afirmación, por lo tanto, y a mi entender, carece de presupuesto, porque, como he indicado, vuelve a atribuir a la instancia unas supuestas pretensiones de las que carece.

E) Síntesis.

A modo de resumen de mi argumentación en defensa de la inscripción de la documentación calificada negativamente, he de decir:

- Que no se produce rectificación alguna del título de adquisición ni subsanación de ninguna falta u omisión padecida en el mismo.
- Que lo que se hace es complementar la descripción de la finca y participación indivisa de finca precisando su carácter de activos esenciales de la sociedad.
- Que la legislación hipotecaria permite el complemento de títulos públicos mediante documentos privados con firmas legitimadas en numerosos supuestos, siendo un reflejo de ello el artículo 110 del Reglamento Hipotecario. Con esto, queda salvaguardado el principio de titulación pública o auténtica, como se ha indicado (artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 y 34 de su Reglamento, así como RDGRN de 20 de julio de 2.017 y artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario).
- Que dando acceso al Registro a dicho carácter se refuerza la seguridad jurídica preventiva que reclamo de la institución registral en defensa de los intereses de la sociedad y de la certeza y confianza en el tráfico jurídico inmobiliario, incorporando a los asientos registrales un dato de indudable transcendencia de cara a la calificación (artículo 18.1 de la Ley Hipotecaria y RDGSJFP de 12 de junio de 2.020).
- Que el Registrador ha considerado el defecto como insubsanable, por entender que lo que se hace es rectificar un documento público mediante uno privado, lo cual, como resulta del tenor de la instancia y de lo expuesto en el apartado A), en ningún momento se ha pretendido. De este modo se cierra la puerta a que tal manifestación pueda acceder al Registro si consta en un documento notarial con ese sólo objeto, de tal forma que el defecto sería subsanable procediendo en dicho sentido.
- No obstante lo dicho en el punto anterior, considero que dada la naturaleza del acto (una mera constancia del carácter de los bienes por lo que resulta del último balance aprobado de la sociedad, tratándose de una cuestión de hecho con repercusión jurídica) no es necesaria la forma pública para su acceso al Registro de la Propiedad».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 26 de enero de 2021, el registrador 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; 3, 18, 21, 33, 34, 38, 114 y 129 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; 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, Sala Primera, de 14 de mayo de 1984, 24 de noviembre de 1989 y 17 de abril de 2008, y de, Sala Tercera, 24 de octubre de 2000; 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, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 y 18 de junio de 2020.

1. Debe determinarse en este expediente si, como solicita la sociedad recurrente, puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad que determinada finca y participación indivisa de otra propiedad de dicha sociedad tienen carácter de activo esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Para resolver el presente recurso debe recordarse la reiterada doctrina sentada por esta Dirección General sobre la aplicación del precepto legal invocado por el recurrente como fundamento para la práctica del asiento registral solicitado (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, 31 de mayo de 2018 y 12 y 18 de junio de 2020).

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 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; y la Sentencia del Tribunal Supremo número 285/2008, de 17 de abril, según la cual 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 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; la necesaria constancia en las escrituras de préstamo hipotecario del carácter, habitual

o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque –artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria–, etc.) constituye impedimento legal para la práctica del asiento.

Por todo ello, ha concluido este Centro Directivo en las citadas Resoluciones 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 concurren 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. Alega el recurrente que dando acceso al Registro al carácter de activo esencial de las fincas se refuerza la seguridad jurídica preventiva en defensa de los intereses de la sociedad propietaria de las mismas y de la certeza y confianza en el tráfico jurídico inmobiliario, incorporando a los asientos registrales un dato de indudable trascendencia de cara a la calificación.

Pero frente a estos argumentos debe prevalecer el hecho de que el legislador, al introducir la referida norma del artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital, no ha articulado tal medida de protección registral, a diferencia de lo que sucede con otros supuestos a los que se refiere el propio recurrente, como es la protección que se deriva de la constancia del carácter de vivienda habitual de la finca hipotecada -cfr. artículos 21.3, 114, párrafo tercero, y 129.2.b) de la Ley Hipotecaria-. Y es que, por una parte, no puede desconocerse el carácter cambiante que puede tener en la práctica el carácter de activo esencial societario de la finca de que se trate ni la dificultad a la hora de determinar tal carácter, y por otra, como resulta de las consideraciones expuestas en el anterior fundamento de Derecho, los terceros de buena fe no quedan desprotegidos aun en caso de omisión de la aprobación de la junta general cuando se trate de los actos indicados en el citado artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar 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, 13 de abril de 2021. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.