

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9069 *Resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Soria n.º 1 a inscribir una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don Gerardo Von Wichmann Rovira, notario de Alcobendas, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Soria número 1, doña María Isabel de Salas Murillo, a inscribir una escritura de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Alcobendas, don Gerardo Von Wichmann Rovira, el día 30 de enero de 2015, con número 374 de protocolo, la sociedad «Kertevinde, S.L.», representada por sus administradores mancomunados, vende y transmite determinada finca rústica a la sociedad «Papeles y Cartones de Europa, S.A.», representada por su consejero delegado, por el precio de 750.000 euros.

II

Presentado el título en el Registro de la Propiedad de Soria número 1, fue objeto de la calificación negativa que se transcribe: «Registro de la Propiedad de Soria n.º 1 (...) Isabel de Salas Murillo, registradora del Registro de la Propiedad de Soria número uno, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario calificó el presente documento según los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos 1.–Con fecha 30 de enero de 2015 se presenta telemáticamente y se aporta el 9 de marzo de 2015 copia de escritura de compraventa autorizada el día 30 de enero de 2015 por el Notario de Alcobendas, Madrid, don Gerardo Von Wichmann Rovira bajo el número 374 de protocolo, habiendo sido practicado en este Registro asiento de presentación número 1300 del Diario 95. 2.–Se solicita la inscripción de una compraventa sobre la finca registral 2225 de El Royo, Soria, siendo vendedora la Sociedad «Kertevinde S.L.» y compradora la Sociedad «Papeles y Cartonajes (sic) de Europa S.A.». Ambas se hallan debidamente representados por sus Administradores mancomunados en el caso de la primera y del Consejero Delegado en el caso de la segunda. 3.–No se hace manifestación alguna por parte de dichos representantes orgánicos del carácter de activo esencial o no, de la finca transmitida y adquirida, respectivamente. Fundamentos de Derecho 1.–La Ley 31/2014 de 3 de diciembre modifica la Ley de Sociedades de Capital (LSC), para la mejora del gobierno corporativo y contiene una nueva previsión relativa a una nueva competencia legal de la junta de sociedades de capital, en relación con ciertas decisiones referentes a los que califica de «activos esenciales». El nuevo artículo 160 F) [sic] de la LSC dice que «es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre la adquisición, enajenación... a otra sociedad de activos esenciales». Ello supone que el órgano de administración no podrá ejecutar actos de adquisición/enajenación de un activo esencial sin acuerdo de la junta, por carecer de competencia para ello, por lo que, salvo declaración expresa del representante de la Sociedad declarando que no es activo esencial, debe aportarse certificado del acuerdo de la junta general autorizando tales actos. Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador debe calificar la capacidad de los otorgantes de los títulos que se presentan a inscripción. En este caso dado que el legislador «ha entregado» la competencia para su aprobación a la junta general, debe aportarse certificado del

acuerdo de la junta ó, en su defecto, manifestación del órgano representativo de la Sociedad de no tratarse de un activo esencial. Resolución En su virtud, se suspende la inscripción del documento objeto de la presente calificación, quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Puede no obstante el interesado o el notario o funcionario autorizante del título, durante la vigencia del asiento de presentación, y dentro del plazo de sesenta días anteriormente referido, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el art. 42.9 de la Ley Hipotecaria. Notifíquese al presentante y al notario o funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días naturales contados desde esta fecha. La presente calificación (...) Soria, a 26 de marzo de 2015. La Registradora (firma) Fdo.: Isabel de Salas Murillo».

III

El día 25 de abril de 2015, el notario autorizante, don Gerardo Von Wichmann Rovira, interpuso recurso contra la anterior calificación mediante escrito que causó entrada en el Registro de la Propiedad de Soria número 1 el día 27 de abril de 2015. En dicho escrito alega lo siguiente: «(...) I.–En su calificación la señora Registradora no cita la infracción de ningún precepto legal, sino que se apoya en una particular interpretación del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, en la redacción dada al mismo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, considerando que por virtud de dicho artículo el legislador «ha entregado» a la Junta General de las sociedades de capital, la competencia para ciertos actos de gestión, en concreto, «f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», razón por la cual debe haber una declaración expresa del representante de la sociedad, ya sea manifestando que no se trata de un activo esencial, ya sea certificando, si el acto jurídico afecta a un activo esencial, que cuenta con el consentimiento o autorización de la Junta. No obstante, tal interpretación no parece ser conforme con la regulación que nuestro Derecho establece en la materia. II.–En efecto, en cuanto a las facultades de gestión, nuestro sistema se articula, de conformidad con nuestra doctrina y jurisprudencia, sobre la base de los siguientes principios: 1.º–De acuerdo con el artículo 209 LSC, que establece expresamente que «es competencia de los administradores la gestión y representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley», la regla general es que la competencia de los administradores con relación a la gestión social es, en principio, exclusiva y general, pues es necesario conceder a tal órgano las facultades suficientes para realizar y ejecutar cuantos actos sean precisos para la consecución de los fines sociales. 2.º–Ello no obsta para que se reconozca la posible intervención de la Junta general en asuntos de gestión, y así se admite en nuestro Derecho, que permite que tal intervención derive del ejercicio de la autonomía de la voluntad que la ley concede a las sociedades, como ocurre en el caso previsto por el art. 161 que, referido en la actualidad a cualquier sociedad de capital y no sólo a las limitadas, establece que, «salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión»; o que la citada intervención derive de una determinación expresa de la ley en la precisión de las competencias de los órganos sociales, que es lo que consagra el art. 160 f al declarar competente a la junta para deliberar y acordar sobre la adquisición y enajenación de activos esenciales. 3.º–Pero ello no significa que en tales supuestos se «entregue» la competencia de gestión a la Junta, pues tal cosa sería incompatible con la independencia y autonomía que se reconoce a los administradores en el ejercicio de su competencias gestoras, y, sobre todo, con el régimen de responsabilidad impuesto a los mismos, ya que, como establece el art. 236 LSC «en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general», lo que no tendría sentido si se hubiera desplazado a la Junta de modo total la competencia en la gestión de tales asuntos. En ese sentido se ha pronunciado

reiteradamente el Tribunal Supremo, y así, por ejemplo, la STS 472/2010 (Roj STS 4621/2010) indicaba, aunque referida al Derecho anterior pero perfectamente aplicable a este caso, que «pese a que los acuerdos de la junta general vinculan a todos los socios –artículo 93, apartado 2 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas– el legislador ha reconocido a los administradores, al actuar en el ámbito de su competencia, una independencia o autonomía respecto de ellos, cuando sean antijurídicos y dañinos para la sociedad. En tal sentido, el artículo 133, apartado 3, niega que queden exonerados de responsabilidad los administradores por la existencia de un acuerdo de junta, tanto si se adoptó previamente, como “ex post”. Responde dicha norma a la idea de que los administradores no pueden realizar actos ilícitos –contrarios a la ley, a los estatutos o al deber general de diligencia: apartado 1 del mismo artículo– que dañen a la sociedad, incluso aunque un acuerdo de la junta general lo autorice o ratifique.» 4.º–En consecuencia, los administradores conservan de modo general su competencia gestora y ejercen sus funciones relativas a la gestión de la sociedad con independencia y bajo su propia responsabilidad, incluso en el caso en que medie –porque así lo decide voluntariamente la sociedad– o deba mediar –porque así lo exija la ley– un acuerdo de la Junta al respecto, ya que, como se ha indicado, tal acuerdo no puede entenderse que implique una exoneración de responsabilidad para los administradores, ni una renuncia al ejercicio de la acción de responsabilidad contra ellos, pues, por una parte, los socios, al adoptar el acuerdo, no disponen frecuentemente de toda la información necesaria para valorar los hechos susceptibles de provocar un perjuicio o daño a la sociedad, y, por otra parte, el acuerdo adoptado por la mayoría no podría impedir que los socios minoritarios o, en su caso, los acreedores, plantearan el ejercicio de la acción de responsabilidad en los términos de los artículos 239 y 240 de la LSC. 5.º–El significado del artículo 160 f hay que entenderlo relacionado, entonces, más que con un desplazamiento de las competencias gestoras a favor de la Junta, privando de ellas en ciertos casos a los administradores, como un condicionamiento de las facultades de éstos en tales supuestos que influiría decisivamente, no en la validez de lo actuado, sino en la determinación de la responsabilidad de los mismos. Ello se aprecia de modo claro en la actual regulación, en vista de la modificación que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ha introducido en el artículo 236 LSC, pues si, según constante jurisprudencia del TS –vid. por ejemplo STS 391/2012–, la responsabilidad de los administradores exige la prueba de que la conducta que ha causado el daño merece la calificación de antijurídica por infringir la ley, los estatutos, o por no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal, al establecer el art. 160 f la necesidad de que la adquisición y enajenación de activos esenciales se realice por los administradores con acuerdo favorable de la junta, la actuación de dichos administradores sin la existencia de tal acuerdo es contraria a la ley, con la consecuencia de que se invierte la carga de la prueba al determinar su responsabilidad, pues como señala el art. 236.1 «la culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales». III.–En cuanto a la posible influencia del art.160 f en las facultades representativas, la interpretación lógica y sistemática de dicho precepto junto con el art.161, debe llevar a la conclusión de atribuir a las autorizaciones de la junta en materia de gestión un alcance meramente interno, pues su naturaleza es idéntica tanto si derivan de la voluntad social como de una exigencia legal, y como señala el art. 161 tales autorizaciones se entienden «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234», es decir, sin perjuicio de las facultades representativas de los administradores establecidas en dicho precepto. Tal conclusión, es la más conforme con el carácter que doctrina y jurisprudencia atribuyen al contenido de la representación orgánica en las sociedades de capital, de modo que, como señalaba la DGRN en resolución de 24 de noviembre de 1998, son características esenciales que definen dicha representación: «actuación vinculada, competencia exclusiva del órgano, determinación legal del ámbito del poder representativo mínimo eficaz frente a terceros, y supeditación, en todo lo relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de la voluntad social». En consecuencia, el ámbito material de legitimación del representante orgánico,

es decir, el contenido de sus facultades representativas, resulta de las disposiciones legales, en particular del art.234 LSC, y sólo una disposición legal imperativa que limitara tales facultades, podría afectar a la validez de los actos celebrados por los administradores con los terceros –en tal sentido, con referencia a una situación de conflicto de intereses, se pronunciaba la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de diciembre de 1997–, pero ni la Ley 31/2014, de 3 de diciembre ha alterado el texto del art. 234 LSC, ni las normas sobre distribución de competencias internas (los citados arts. 160 y 161) afectan a su contenido, por lo que debe concluirse que todo negocio jurídico que el órgano de administración de una sociedad de capital celebre con un tercero, se refiera o no a un activo esencial, es plenamente válido y eficaz respecto de dicho tercero y obliga a la sociedad, salvo que ésta demuestre la mala fe de aquél. En el fondo se trata de que, en beneficio del tráfico y del tercero de buena fe, debe presumirse la plena legitimación material del representante orgánico de una sociedad capitalista. Siendo, por tanto, plenamente eficaz respecto del tercero el acto de adquisición o enajenación, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad. IV.–Finalmente, resta por examinar la cuestión de si el administrador debe realizar o no, como exige la señora Registradora, una manifestación de que el negocio jurídico no afecta a un activo esencial o, en caso contrario, la certificación de que cuenta con la autorización de la Junta. En este aspecto, debe tenerse en cuenta que cuando nuestro Derecho exige una manifestación concreta sobre el carácter de un bien, es porque la ausencia de autorización o consentimiento para su enajenación o gravamen determinan la ineficacia del negocio jurídico celebrado, y así ocurre, por ejemplo, en el supuesto de vivienda habitual, en el cual, «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial» (art. 1320 C.c.), siendo anulable el contrato si se realiza sin tal consentimiento (art. 1301 C.c.). Por ello, el art. 91 RH exige que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter, siendo el sentido de tal exigencia el de preconstituir una prueba, suficiente en el tráfico, que garantice la eficacia frente a tercero de buena fe del negocio celebrado, y, por eso, ni siquiera la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda perjudicará al adquirente de buena fe (art. 1320 C.c.). Pero en el supuesto de este recurso, dicha manifestación (a diferencia del caso del artículo 91 RH) no se ha exigido por nuestro legislador, y debería haberse hecho si se hubiera considerado que, con las reformas introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, quedaba afectada la validez de los actos de adquisición o enajenación de activos esenciales, lo que sin duda responde a la idea del legislador de que tales actos o negocios jurídicos celebrados por el administrador son plenamente eficaces y válidos frente a tercero de buena fe, por lo cual no se ha apreciado la necesidad de que dicho administrador realice una manifestación expresa sobre el carácter de activo esencial o no del bien adquirido o enajenado. Téngase en cuenta, además, que por aplicación del principio protector de los terceros adquirentes que se recoge en el citado art. 1320 del C.c., la manifestación errónea o falsa que realizara el administrador nunca podría perjudicar al tercero de buena fe, por lo cual, la mera conclusión del acto o negocio jurídico de que se trate, puede considerarse como una manifestación tácita del administrador o, si se quiere, como una presunción en beneficio del tercer adquirente de buena fe, de que dichos acto o negocio no tienen por objeto un activo esencial o que, teniéndolo, cuenta con la pertinente autorización de la Junta, pues tales circunstancias tienen, como se ha indicado, un mero alcance interno».

IV

Mediante escrito, de fecha 29 de abril de 2015, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 160, 161, 234, 479, 489 y 511 bis de la Ley de Sociedades de Capital; la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo; los artículos 10.1 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros; 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria; 1259 del Código Civil; 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado; 25.5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; 11.1 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos; la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, número 285/2008, de 17 de abril, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de noviembre de 1998, 20 de abril de 2005 y 11 de junio de 2015 (1.ª), entre otras.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, una sociedad de responsabilidad limitada, representada por sus administradores mancomunados, vende y transmite determinada finca rústica a una sociedad anónima, representada por su consejero delegado, por el precio de 750.000 euros.

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, los representantes orgánicos de las sociedades vendedora y compradora deben manifestar si la finca que se transmite tiene o no carácter de activo esencial de las mismas, pues en caso de serlo, será necesario acreditar el acuerdo de la junta general autorizando la operación objeto de la escritura calificada, conforme al artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital.

El notario recurrente sostiene, en esencia, que el hecho de que se establezca la intervención de la junta general en asuntos de gestión no significa que en tales supuestos se «entregue» la competencia de gestión a la junta, pues los administradores conservan de modo general su competencia gestora y ejercen sus funciones relativas a la gestión de la sociedad con independencia, bajo su propia responsabilidad, de modo que la autorización de la junta tiene alcance meramente interno; que cuando nuestro Derecho exige una manifestación concreta sobre el carácter de un bien es porque la ausencia de autorización o consentimiento para su enajenación o gravamen determinan la ineficacia del negocio jurídico celebrado (como ocurre, por ejemplo, en el supuesto de vivienda habitual, conforme a los artículos 1320 del Código Civil y 91 del Reglamento Hipotecario), y en este caso dicha manifestación no se ha exigido por el legislador, lo que responde a la idea de que tales actos o negocios jurídicos celebrados por el administrador son plenamente eficaces y válidos frente a tercero de buena fe.

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 incluyen o no otros casos que, sin tener las consecuencias de los ya señalados, se someten también a la competencia de la junta general por considerarse que exceden de la administración ordinaria de la sociedad.

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

Ciertamente, no es de aplicación la inoponibilidad frente a terceros de las limitaciones voluntarias al poder de representación de los administradores (artículos 234.1 de la Ley de Sociedades de Capital, al que se remite el artículo 161. Cfr., asimismo, los artículos 479.2 y 489, relativos a la sociedad anónima europea), toda vez que se trata de un supuesto de atribución legal de competencia a la junta general con la correlativa falta de poder de representación de aquéllos. Cuestión distinta es la relativa a la posible analogía que puede existir entre el supuesto normativo del artículo 160.f) y el de los actos realizados por los administradores con extralimitación respecto del objeto social inscrito frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave ex artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 10.1 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que se corresponde con el artículo 9.1 de la derogada Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968).

Según la Sentencia del Tribunal Supremo número 285/2008, de 17 de abril, los consejeros delegados de una sociedad anónima carecen de poderes suficientes para otorgar la escritura pública de transmisión de todo el activo de la compañía (en el caso enjuiciado, las concesiones administrativas de transportes, tarjetas de transporte y autobuses, dejando a la sociedad sin actividad social) sin el conocimiento y consentimiento de la junta. Señala que «excede del tráfico normal de la empresa dejarla sin sus activos, sin autorización de la Junta General para este negocio de gestión extraordinario». Primero, porque la sociedad no se dedicaba a nada más que a las actividades realizadas a través de esos activos. En segundo lugar, porque la enajenación equivalía a una modificación del objeto social. Y lo fundamental de esta Sentencia es que en el caso concreto no casa la sentencia recurrida por entender que prevalece «la protección de terceros de buena fe y sin culpa grave ante el abuso de exceso de poderes de los Consejeros-Delegados (art. 129.2 LSA [actual 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital], aplicable por una clara razón de analogía)».

Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios –y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado–. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere.

Dado que el carácter esencial del activo constituye un concepto jurídico indeterminado, deben descartarse interpretaciones de la norma incompatibles no sólo con su ratio legis sino con la imprescindible agilidad del tráfico jurídico. Así, una interpretación de ese tipo es la que exigiera un pronunciamiento expreso de la junta general en todo caso, por entender que cualquiera que sea el importe de la operación puede que se trate de un activo esencial.

Y, por las mismas razones, tampoco puede estimarse exigible esa intervención de la junta en casos en que sea aplicable la presunción legal derivada del importe de dicha operación. De seguirse esas interpretaciones se estaría sustituyendo el órgano de gestión y representación de la sociedad por la junta general, con las implicaciones que ello tendría en el tráfico jurídico.

No obstante, y aunque normalmente el notario carecerá de suficientes elementos de juicio de carácter objetivo para apreciar si se trata o no de activos esenciales, es necesario que en cumplimiento de su deber de velar por la adecuación a la legalidad de los actos y negocios que autoriza (cfr. artículo 17 bis de la Ley del Notariado), a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes –que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico–, despliegue la mayor diligencia al informar a las partes sobre tales extremos y reflejar en el documento autorizado los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del tercero que contrata con la sociedad. Así, cobra sentido, por ejemplo, la exigencia de una certificación del órgano social o manifestación del representante de la sociedad sobre el hecho de que el importe de la operación no haga entrar en juego la presunción legal establecida por la norma (por no superar el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado) o, de superarlo, sobre el carácter no esencial de tales activos.

Dados los privilegiados efectos que en nuestro ordenamiento se atribuye a la escritura pública, deben extremarse las cautelas para que cumpla todos los requisitos que permitirán que despliegue la eficacia que les es inherente y que, además, permiten asegurar una sólida publicidad registral, basada en títulos en apariencia válidos y perfectos, mediante la función calificadora del registrador.

Conforme al artículo 17 bis, apartado a), de la Ley del Notariado, el notario debe velar para que «el otorgamiento se adecue a la legalidad», lo que implica según el apartado b) que «los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes». Y según el artículo 24 de la misma Ley, reformado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, «los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice[n] o intervenga[n]».

Por lo que se refiere a la actuación del registrador, debe tenerse en cuenta que al Registro sólo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución susceptible de impugnación (cfr. artículos 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1259 del Código Civil). Sólo así puede garantizarse la seguridad jurídica preventiva que en nuestro sistema jurídico tiene su apoyo basilar en el instrumento público y en el Registro de la Propiedad. Y es que, como ya expresara el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de octubre de 2000, Sala Tercera, «a Notarios y registradores les incumbe en el desempeño de sus funciones un juicio de legalidad, que, recae, respectivamente, sobre los negocios jurídicos que son objeto del instrumento público, o sobre los títulos inscribibles». Pero debe también tomarse en consideración que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria delimita el ámbito objetivo de la calificación al establecer que los registradores calificarán «...la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase,... así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas...». Ciertamente, en el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. Ahora bien, es igualmente cierto que en nuestro sistema registral no se exige la afirmación por los otorgantes sobre la inexistencia de un vicio invalidante; y la facultad que se atribuye al registrador para calificar esa validez –a los efectos de extender o no el asiento registral solicitado–, implica la comprobación de que el contenido del documento no es contrario a la ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que vicie el acto o negocio documentado. Por ello, sólo cuando según los medios que puede tener

en cuenta al calificar el título presentado pueda apreciar el carácter esencial de los activos objeto del negocio documentado podrá controlar que la regla competencial haya sido respetada, sin que pueda exigir al representante de la sociedad manifestación alguna sobre tal extremo, pues en ninguna norma se impone dicha manifestación, a diferencia de lo que acontece en otros supuestos en los que se exige determinada manifestación del otorgante y la falta del requisito establecido (como, por ejemplo, la manifestación sobre la falta de carácter de vivienda habitual de la familia –artículo 91 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 1320 del Código Civil–, la inexistencia de arrendamiento de la finca vendida, según los artículos 25.5 de la Ley de Arrendamiento Urbanos y 11.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, etc.) constituye impedimento legal para la práctica del asiento.

Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de velar por la adecuación del negocio a la legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

Resumidamente, el artículo 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital no ha derogado el artículo 234.2 del mismo texto legal, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. No existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, si bien con la manifestación contenida en la escritura sobre el carácter no esencial de tal activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave. No obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción. En todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (caso, por ejemplo, de un activo afecto al objeto social que sea notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (caso de que del propio título o de los asientos resulte la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal).

3. Hechas las precedentes consideraciones, teniendo en cuenta en el presente caso que la registradora se ha limitado a exigir que los representantes orgánicos de las sociedades vendedora y compradora manifiesten si la finca que se transmite tiene o no carácter de activo esencial de las mismas, el defecto no puede ser confirmado.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 26 de junio de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.