

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9007 *Resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad interino de A Coruña n.º 5 a inscribir una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don José Manuel Lois Puente, notario de A Coruña, contra la negativa del registrador de la Propiedad interino de A Coruña número 5, don Luis López Iglesias, a inscribir una escritura de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de A Coruña, don José Manuel Lois Puente, el día 16 de febrero de 2015, con número 295 de protocolo, la sociedad «Talleres Moncal, S.L.», representada por uno de sus administradores solidarios, vende y transmite determinada finca y una participación indivisa de otra dos fincas a dos personas por el precio conjunto de 6.112,29 euros.

II

Presentado el título en el Registro de la Propiedad de A Coruña número 5, fue objeto de la calificación negativa que se transcribe: «Registro de la Propiedad n.º 5 de A Coruña Presentada telemáticamente la precedente escritura con fecha dieciocho de febrero de dos mil quince, bajo el Asiento 756 del Diario 19, a las nueve horas y reintegrada el diecisiete de marzo último copia física literal liquidada del Impuesto, retirada el diecinueve del citado mes y reintegrada el ocho de los corrientes, por la que Talleres Moncal, S.L., vende a Doña M. C. R. B. y Doña M. R. M. C., la porción de labradío procedente de la finca denominada de la (...), –finca registral número 6814 del Ayuntamiento de Carral–, y la participación indivisa de 2/6 partes indivisas de la porción de terreno destinado a calle –finca registral número 5563 del Ayuntamiento de Carral– y de acuerdo con el artículo 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, ha resuelto no practicar la operación registral solicitada en el precedente documento, en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: 1. No se acredita que las fincas expresadas no se trate de un activo esencial y en caso de serlo no consta el acuerdo de la Junta General de la sociedad autorizando la venta. El artículo 160 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital dispone tras la reforma de 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 en su apartado “Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: j) [sic] 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”. En este sentido, la enajenación de cualquier activo esencial de la sociedad está sujeta a la decisión de la Junta General de la sociedad, siendo esta una atribución legal y la realización de cualquiera de los actos comprendidos en artículo solo podrá verificarse por el órgano de representación de la entidad como ejecución de un acuerdo de la Junta y acreditando dicho acuerdo de la manera pertinente. Este artículo 160 recoge una delimitación competencial entre órganos sociales sin que la actuación realizada pueda incluirse dentro de los supuestos de amparo a terceros de buena fe por la actuación de los administradores recogida en el art. 234 del mismo cuerpo legal “1. La representación se extenderá a

todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”, puesto que esta decisión es una competencia exclusiva atribuida por ley a la Junta. Tampoco, podemos considerarlo como una mera instrucción de la Junta al órgano de administración y que no afecta a tercero como indica el artículo 161 de la Ley “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, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234” pues la reforma ha incluido dicha competencia en el artículo 160 y no en el siguiente. La aprobación por parte de la Junta General de determinadas operaciones ya está prevista respecto de adquisición de bienes en las sociedades anónimas en el artículo 72 de la propia Ley de Sociedades de Capital refiriéndose a las denominadas adquisiciones onerosas, sin considerarlo una injerencia en la actuación del órgano de administración, ahora bien en este supuesto con una finalidad distinta, que es la de evitar que se prescindiera del informe del experto en la valoración de bienes en el momento de la fundación de la sociedad; mientras que la Ley 31/2014 en su Exposición de Motivos es clara al decir en su Expositivo I “(...) tanto entidades financieras como empresas de carácter no financiero se han visto afectadas por la asunción imprudente de riesgos, por el diseño de sistemas de retribución inapropiados, así como por la deficiente composición de los órganos de dirección y administración (...)” continuando en el Expositivo IV “(...) las modificaciones relativas a la junta general de accionistas, se pretende con carácter general reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial. A estos efectos, se extiende expresamente la posibilidad de la junta de impartir instrucciones en materias de gestión a todas las sociedades de capital, manteniendo en todo caso la previsión de que los estatutos puedan limitarla. Asimismo, se amplían las competencias de la junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales” modificando no solo el art. 160 con respecto a la competencia de la Junta sino también diversos preceptos relativos a la participación de los socios en la Junta General. Queda, por tanto, clara cuál es la finalidad de esta reforma, la competencia exclusiva de la Junta General a la hora de aprobar y autorizar cualquiera de estas tres operaciones la adquisición, la enajenación y la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Aunque el mencionado artículo 72 dispone dos excepciones (bienes dentro del tráfico o giro de la empresa o adquiridos en subasta pública) no son aplicables a este caso puesto que el carácter esencial o no del activo no dependerá de esas circunstancias, ni tampoco es posible distinguir a quien se realiza la adquisición o enajenación sin poder extender la referencia a aportación a otra sociedad a esos dos supuestos, puesto que de nuevo el carácter de esencial o no del activo no dependerá de quien proceda (persona física o jurídica) o a quien se transmita. Será, por lo menos necesario bien una declaración por parte del órgano de representación de la sociedad manifestando que el bien adquirido no es un activo esencial o en caso contrario el pertinente acuerdo de la Junta General para proceder a realizar esta operación de enajenación. Vistos los expresados hechos y fundamentos de Derecho, Resuelvo suspender la práctica de la/s operación/es registral/es solicitada/s por los defectos antes citados. En A Coruña, 10 de abril de 2015. El Registrador interino (firma ilegible). Fdo. Don Luis López Iglesias Contra esta calificación (...).».

III

El notario autorizante, don José Manuel Lois Puente, interpuso recurso contra la anterior calificación mediante escrito que causó entrada en el Registro de la Propiedad de A Coruña número 5 el día 20 de abril de 2015. En dicho escrito, alega lo siguiente: «Los hechos a tener en cuenta son los siguientes: La sociedad Talleres Moncal S.L., cuyo objeto

social es la reparación de maquinaria, vende, representada por su administrador solidario, una finca rústica en la Parroquia de San Martín de Tabeayo, en el Ayuntamiento de Carral. El Notario expresa en la escritura que, a su juicio, el administrador solidario tiene, por razón de su cargo, facultades suficientes para la enajenación. El Sr. Registrador suspende la inscripción al no expresarse en la escritura que la finca vendida no es un activo esencial de la sociedad. La controversia, pues, radica en el diferente modo de entender el alcance del art. 160 j) [sic] de la Ley de Sociedades de Capital, en relación con el 234 del mismo cuerpo legal. A juicio del Notario que suscribe, el artículo 160 es una norma de alcance meramente interno. Regula las competencias de la Junta General y señala los límites que no puede sobrepasar el órgano de administración sin incurrir en responsabilidad. En cambio, el artículo 234 es una norma claramente externa, orientada a salvaguardar la seguridad del tráfico, de tal modo que aunque el administrador realice un acto que no esté comprendido en el objeto social, dicho acto producirá efectos frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. La doctrina alemana de la ilimitabilidad de las facultades representativas de los administradores en el orden externo, recogida entre nosotros legislativamente a partir de las reformas de los años noventa del siglo pasado, con la incorporación de las directivas comunitarias sobre esta materia, es sobradamente conocida para que tengamos que justificarla, al haber sido reiteradamente aplicada por la propia Dirección General de los Registros. La cuestión es si la introducción del apartado j) [sic] en el art. 160 por la Ley 31/2014, altera en algo esa doctrina firmemente asentada. A juicio del Registrador, así ocurre, siendo ahora necesario que el administrador manifieste formalmente que el bien enajenado no es un activo esencial de la sociedad. El Notario que esto suscribe no comparte tal parecer. En primer lugar, porque la Ley no lo exige. Y no hay que olvidar que cuando el legislador quiere que algo se diga con carácter sacramental, lo señala paladinamente. Basta pensar en los siguientes supuestos: El art. 25.5 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (con precedentes en todas las anteriores) señala: “Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores con los requisitos en ellos exigidos. Cuando la vivienda vendida no estuviere arrendada, para que sea inscribible la adquisición deberá el vendedor declararlo así en la escritura bajo pena de falsedad en documento público,” El art. 11.1 párrafo tercero de la Ley de Arrendamientos Rústicos señala «la escritura pública de enajenación de finca rústica deberá expresar la circunstancia de si esta se encuentra o no arrendada, como condición para su inscripción en el Registro de la Propiedad. El art. 1320 del C.c. exige la manifestación del propietario sobre el carácter no habitual de la vivienda, y en coherencia con él, el art. 91 del Reglamento Hipotecario dice: “Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario, para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges, que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquél carácter.” El art. 21.3 de la Ley Hipotecaria exige la mención expresa, en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda, del carácter de habitual o no de ésta. Y en el mismo sentido se pronuncia el art. 129 de la Ley Hipotecaria. Como vemos, cuando el legislador quiere exigir algo, lo dice expresamente. No lo deja a la interpretación del lector. Pues bien, si el art. 160 letra j) [sic] no dice nada sobre la necesidad de tal manifestación del administrador, es porque tal requisito no resulta necesario. El aforismo jurídico “ubi Lex...” es una manifestación de este principio de que no tenemos que ir los intérpretes más allá de lo dicho por el legislador. En román paladino: No hay que ser más papista que el Papa. El supuesto de aportación diferida que el propio Registrador trae a colación en su nota, es una nueva demostración de este aserto. Cuando resulta necesaria la autorización de la Junta para las adquisiciones previstas en el art. 72 de la LSC, su constancia en la escritura pública de adquisición viene también exigida expresamente por la Ley, no es una “deducción” del intérprete. En efecto, según el artículo 72: “1. Las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por una sociedad anónima desde el otorgamiento de la escritura de constitución o de transformación en este tipo social y hasta dos años de su inscripción en el Registro Mercantil habrán de ser aprobadas

por la junta general de accionistas si el importe de aquéllas fuese, al menos, de la décima parte del capital social. 2. Con la convocatoria de la junta deberá ponerse a disposición de los accionistas un informe elaborado por los administradores que justifique la adquisición, así como el exigido en este capítulo para la valoración de las aportaciones no dinerarias. Será de aplicación lo previsto en el artículo anterior. 3. No será de aplicación lo dispuesto en los apartados anteriores a las adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad ni a las que se verifiquen en mercado secundario oficial o en subasta pública.” Y el artículo anterior, a que el 72 se remite, exige la incorporación a la escritura del informe del experto independiente. O sea, que siempre que la ley requiere una mención específica, la exige con carácter expreso. En el art. 160 letra j) [sic] no concurre tal exigencia, por lo que hay que entenderla innecesaria. Aparte que, de entenderse precisa, como hace el Registrador, para las enajenaciones, habría que exigirla también para las adquisiciones, cosa que, curiosamente, no se señala en las calificaciones al uso. Resulta muy simpático que muchos Registradores pidan la manifestación indicada para las ventas; pero no para las compras, cuando el tenor del precepto reseña ambos negocios jurídicos. En segundo lugar, la mención que realice el administrador del carácter esencial o no del activo, resulta irrelevante e inútil. Irrelevante, porque, siendo competencia de la junta la decisión, no será a él a quien toque calificar la naturaleza del activo. La expresión “activo esencial” es un concepto abierto, y el administrador puede entender que un bien no tiene esta naturaleza y la Junta, soberana como es, defender lo contrario. Esto mismo demuestra el carácter “interno” del precepto. Para evidenciar lo «inútil» de la mención, imaginemos que el requisito exigido por el art. 160 j) [sic] tuviera el alcance presumido por el Registrador. Que fuera una exigencia necesaria de validez en el orden externo. O sea, que la enajenación de un activo esencial tuviera, a efecto de su validez frente a terceros, que contar en todo caso con el consentimiento de la junta. Desde este punto de vista, la manifestación errónea o falsa del administrador, en tal supuesto, no convalidaría el acto, que seguiría siendo nulo por falta de legitimación o de poder de disposición del administrador, por muchas manifestaciones que éste hiciera. Está claro que si la competencia para calificar la naturaleza del bien corresponde a la Junta, y que si la enajenación, por ser competencia suya, no puede realizarla el administrador sin un acuerdo expreso en tal sentido; la verificada sin él sería nula de pleno derecho, por carecer el órgano administrativo de facultades dispositivas. En suma, que desde tal óptica, la irrelevancia de la manifestación sería palmaria. No bastaría la manifestación sino que sería necesario, en cada adquisición o enajenación de bienes sociales, una certificación acreditativa de que la junta de socios ha considerado no esencial el activo cuya adquisición o enajenación se pretende. La interpretación combatida conduciría necesariamente a una inversión del principio de la ilimitabilidad de las facultades representativas del administrador, con grave daño para el tráfico jurídico. Y todo ello dejando a un lado la perversión del sistema de seguridad jurídica que significa la exigencia de un requisito no mencionado por la Ley, después de consumado el negocio, cuando el adquirente ha pagado el precio, basado en la confianza que suscitan la facultades de los administradores en orden a la representación de sus principales. Por todo lo expuesto, entiendo que la modificación introducida por la Ley 31/14 no incide en el orden externo, sino en el meramente interno, en las relaciones de la sociedad con su administrador. Y, aunque pudiera afectar a los terceros, lo haría desde la misma perspectiva prevista en el art. 234. El carácter esencial del activo les sería oponible a los efectos de impugnar su adquisición únicamente si conocían tal carácter. O, por decirlo con las palabras de la ley, si desconocían tal esencialidad con buena fe y sin culpa grave».

IV

Mediante escrito, de fecha 23 de abril de 2015, el registrador de la Propiedad interino 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 uno de sus administradores solidarios, vende y transmite determinada finca y una participación indivisa de otra a dos personas, por el precio de 6.112,29 euros.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, no se acredita que las fincas expresadas no sean un activo esencial y, en caso de serlo, no consta el acuerdo de la junta general de la sociedad autorizando la venta, conforme al artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital.

El notario recurrente sostiene, en esencia, que esta norma tiene alcance meramente interno; que no cabe exigir manifestación alguna sobre el carácter no esencial del activo porque la Ley no lo exige y porque, de atribuir a dicha norma alcance externo, tal manifestación sería irrelevante e inútil.

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 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 velar por la adecuación del negocio a la legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

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

3. Hechas las precedentes consideraciones, teniendo en cuenta en el presente caso que el registrador se ha limitado a exigir que el representante de la sociedad vendedora acredite que el bien objeto de la compraventa no es un activo esencial de aquélla, 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 Gállego.