

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

10451 *Resolución de 27 de julio 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 Cieza n.º 3 a inscribir una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un préstamo.*

En el recurso interpuesto por don Antonio Palomero Álvarez-Claro, notario de Murcia, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Cieza número 3, doña María Rosa Martínez Martínez, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un préstamo.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Murcia, don Antonio Palomero Álvarez-Claro, el día 6 de marzo de 2015, con número 384 de protocolo, la sociedad «Asistencia Global de Telecomunicaciones y Transportes, S.L.», representada por su administrador único, constituye hipoteca sobre la finca 18.228 del término municipal de Abarán en garantía de un préstamo concedido por la entidad «Targobank, S.A.».

II

Presentado el título en el Registro de la Propiedad de Cieza número 3, fue objeto de calificación negativa emitida el día 6 de mayo de 2015 por la registradora, doña María Rosa Martínez Martínez, que, a continuación, se transcribe únicamente respecto del único defecto que es objeto de impugnación: «Registro de la Propiedad de Cieza número Tres La Registradora que suscribe, previa calificación del precedente documento (escritura autorizada por el Notario de Murcia, don Antonio Palomero Álvarez-Claro, el día 06/03/2015, protocolo 384/2015), que fue presentado el día 06/03/2015, bajo el asiento 1006 del Diario 107, tras examinar los antecedentes del Registro, ha suspendido la práctica de la/s operación/es registral/es solicitada/s con arreglo a los siguientes: Hechos Se presenta en este Registro, en la fecha y bajo el asiento de presentación indicados, copia de escritura pública por la que «Asistencia Global de Telecomunicaciones y Transportes, S.L.», constituye hipoteca sobre la finca 18228 del término municipal de Abarán en garantía de un préstamo concedido por la entidad «Targobank, S.A.». Presentado el documento calificado en la fecha y bajo el asiento de presentación antes indicado, previo examen y calificación de su legalidad resulta/n el/los defectos/s subsanable/s que se expresa/n en los Fundamentos de Derecho, impeditivo/s de la inscripción. Fundamentos de Derecho En ejercicio de las facultades calificadoras que atribuye a la Registradora que suscribe el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, visto lo dispuesto por los artículos 9, 12, 18, 19 bis, 20 y 21 de la Ley Hipotecaria; 51 y 98 del Reglamento Hipotecario; 160.f 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, y demás de aplicación, resultan los defectos que se expresan a continuación: Primero.—De conformidad con el artículo 160.f 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, en su redacción por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, «Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: (...) f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los

activos que figuren en el último balance aprobado (...)» Habida cuenta que la hipoteca también puede conducir en caso de ejecución a la enajenación de la finca hipotecada, sin ser preciso un nuevo consentimiento de la parte hipotecante, y que con ello de tratarse el bien hipotecado de un activo esencial pueden producirse efectos análogos a los de las modificaciones estructurales de las sociedades, resulta más ajustado a la finalidad perseguida por la norma el entender que también la constitución de hipotecas sobre activos esenciales debe ser competencia de la Junta General, por lo que se precisa manifestación acerca de si la finca 18228 del término municipal de Abarán resulta ser un activo esencial de «Asistencia Global de Telecomunicaciones y Transportes, S.L.» y, en caso afirmativo, se precisaría acompañar la certificación del acuerdo de la Junta de la Sociedad aprobando o ratificando la constitución de la hipoteca. (...) Fundamentos de Derecho (...) Resuelvo suspender la práctica de la/s operación/es registral/es solicitada/s por motivos expresados No se practica anotación preventiva por no haberse solicitado. La presente calificación negativa lleva consigo la prórroga de vigencia del asiento de presentación en los términos establecidos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Contra esta nota de calificación negativa (...) Cieza, seis de mayo del año dos mil quince. La Registradora. Fdo.: María Rosa Martínez Martínez».

III

El notario autorizante, don Antonio Palomero Álvarez-Claro, interpuso recurso contra la anterior calificación, mediante escrito que causó entrada en el Registro de la Propiedad de Cieza número 3 el día 27 de mayo de 2015. En dicho escrito alega los siguientes fundamentos de Derecho: «A) En lo referente al defecto señalado en su nota fundamentos de derecho primero referente a lo dispuesto en el artículo 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, apartado f, expone en la calificación, que los representantes de la entidad adquirente deben de manifestar expresamente si los bienes adquiridos constituyen o no activos esenciales de la entidad cesionaria y en caso de serlos, exige aportar certificación del correspondiente acuerdo de la junta de socios aprobando la operación. Que dicha interpretación es contraria a lo dispuesto en el Artículo 234 de la ley sociedades de capital que establece: 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, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social. De los términos de dicho artículo se desprende de forma clara y terminante que las limitaciones que puedan existir a las facultades de representación de los administradores serán ineficaces frente a terceros, aunque se encontrasen inscritas en el Registro Mercantil. El único requisito para que quede vinculada la sociedad es que el acto se encuentre comprendido dentro del objeto social. El acto a que se refiere la escritura es un préstamo con garantía hipotecaria concedido por una entidad crediticia que forma parte de las operaciones habituales de dichas entidades y se encuentra comprendida en el objeto social de la misma. Formando parte de las actividades ordinarias de las entidades bancarias la concesión de préstamos y otras formas de créditos u operaciones activas, no cabe duda de que la operación se corresponde con un acto ejecutado en desarrollo del objeto social propio y en desarrollo de su actividad bancaria ordinaria. Por tanto y dado que se trata de un acto incluido dentro del objeto social de una entidad bancaria que es necesario para satisfacer la obligación nacida a su favor, los administradores tienen pleno poder para representar a la entidad. Dichas facultades representativas se extienden a las de los apoderados generales o singulares con los que habitualmente trabajan dichas entidades. Una vez concluido que el acto de que se trata se encuentra incluido en el objeto social, no se puede aplicar ningún tipo de limitaciones a la representación, con tal que de que contrate con terceros de buena fe, aun cuando las limitaciones se pudiesen encontrar inscritas en el Registro Mercantil. La exigencia de la Registradora de una manifestación expresa por parte de los representantes de la entidad, en relación a la posible repercusión

del acto escriturado sobre los activos esenciales, exigiría que el órgano de administración se pronunciase directamente y expresamente sobre dicho aspecto, para cada una de las operaciones de adquisición o enajenación que se lleva a cabo por su representada, por cuanto un apoderado singular o general no tendría facultades certificantes para acreditar la repercusión de la operación de que se trate sobre los activos esenciales de la entidad. Si se pretende que el artículo invocado por la Registradora limita las facultades del representante para el otorgamiento efectuado, no bastarla con una mera manifestación por parte de un apoderado a quien se le ha conferido un poder para una operación en concreto, sin facultades para efectuar declaraciones vinculantes para la sociedad; tampoco bastarla un poder general por plazo indefinido aunque incluyese la facultad de realizar manifestaciones. Una manifestación de ese tipo, que realmente acredite que la concretísima operación que se instrumenta no afecta a los activos esenciales de la sociedad en un momento dado, solo se puede emitir por el órgano de administración para cada una de las operaciones mediante una certificación concretada al acto específico de que se trate. Todo lo que no sea esa concreta certificación no acreditarla nada, sería una mera declaración formal carente de eficacia alguna, pues solo el órgano de administración puede realmente declarar y conoce la situación real en cada momento de la sociedad, sus activos, composición de estos y el posible carácter esencial y la repercusión que pudiera tener para su representada. Puesto que el precepto invocado por la registradora no se limita a un tipo de activo concreto, sino a todo tipo de activos, –en principio cualquier activo, –material o inmaterial– y por cualquier importe, –elevado o insignificante– pudiera ser considerarse activo esencial para un concreto caso. Por otro lado, la referencia del artículo 160 a los activos esenciales de cualquier entidad, supone la remisión a un concepto jurídico indeterminado, activos esenciales, cuya determinación y concreción es distinta para cada caso, para cada sociedad, y para cada momento de la vida social. No se puede pretender que cualquier acto de adquisición o enajenación por una sociedad incluida en el ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades de Capital tuviera pendiente su validez de la posible inclusión del objeto contratado dentro de los activos esenciales de la sociedad que contrata, por cuanto supondría dejar la validez jurídica de la totalidad de las operaciones de adquisición y enajenación que realizan las sociedades pendiente de esa posible inclusión. Si fuese activo esencial, incluso por la mera aplicación de la presunción legal que establece dicho artículo, y se interpretase que el artículo 160 supone una limitación legal a las facultades representativas del órgano o del apoderado que contrata, dichas operaciones carecerían de validez y serían ineficaces, quedando todas las operaciones que habitualmente se realizan en el tráfico comercial a resultas de que se demostrase o no que el objeto contratado formaba parte de un activo esencial. Es evidente que no se puede interpretar de esa forma el artículo 160 apartado f) de la Ley de Sociedades de Capital, por la inseguridad jurídica que crearla dicha interpretación, en la medida en que con posterioridad a la realización de las distintas operaciones sociales habituales en el tráfico de cualquier compañía mercantil, dichas operaciones pudieran ser declaradas nulas por contravenir la Ley. B) Que la redacción del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital procede de la Ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación a la legislación mercantil de las directivas de la CEE en materia de sociedades, en la que se disponía en su artículo 76. 1. La representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos. 2. 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. 3. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social. Dado que dicha legislación en virtud de los tratados de la Unión Europea forma parte del ordenamiento jurídico interno español, en la medida en que las facultades representativas de los órganos sociales se encuentra también comprendido en el ámbito de aplicación de las directivas de la Unión Europea en materia de sociedades, no se pueden realizar interpretaciones contrarias a

dichas directivas, de la legislación procedente del Estado Español. La actual Ley de Sociedades de Capital y su artículo 234 obedece a una transposición en materia societaria de la legislación de la Unión Europea, por lo que no caben interpretaciones inconexas contrarias o divergentes de los principios marcados por dichas directivas sobre la materia que regula. Cualquiera que sea la interpretación que deba darse al artículo 160 apartado f), no debe de ser contraria a los establecido en el artículo 234. Consecuentemente el acto realizado por el órgano de administración o por sus apoderados debidamente facultados es plenamente eficaz frente a terceros, y su validez no se puede hacer depender del posible violación que haya realizado el representante del mencionado apartado f). No corresponde aquí analizar cuál es la aplicación que se debe de dar a dicho apartado f, pero si subrayar que en ningún caso supone una limitación a lo establecido en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que es innecesario cualquier manifestación o declaración de la persona que representa a la sociedad en cuanto a la posible afectación a los activos esenciales de la entidad por ésta representada, en la medida en que no tiene traslación alguna sobre la vinculación de su representada y la eficacia del negocio jurídico que realiza. C) Que se ha realizado una interpretación extensiva del supuesto del hecho previsto en el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, por cuanto dicho precepto y como la misma nota de calificación recoge se refiere tan solo a la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales. No se contemplan otros posibles actos jurídicos y no se extiende a cualquier acto de carácter dispositivo ni se recogen expresamente por el mencionado precepto la constitución de garantías inmobiliarias como es éste el supuesto que nos ocupa. Tan solo se limita el precepto supuestamente infringido a recoger tres tipos de actos jurídicos, que son los mencionados anteriormente esto es, la adquisición, la enajenación o la aportación social. Ha realizado por tanto la Registradora una interpretación extensiva no permitida por las normas de interpretación y aplicación recogida por los artículos 3 y 4 del Código Civil».

IV

Mediante escrito, de fecha 2 de junio 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 y 26 de junio y 8 (4ª) y 10 de julio de 2015, entre otras.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, una sociedad de responsabilidad limitada, representada por su administrador único, constituye hipoteca sobre determinada finca en garantía de un préstamo.

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, conforme al artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital, debe manifestarse si la finca hipotecada es un activo esencial de la sociedad hipotecante y, en caso afirmativo, sería necesario acompañar la certificación del acuerdo de la junta de la sociedad aprobando o ratificando la constitución de la hipoteca. Argumenta que la hipoteca también puede conducir en caso

de ejecución a la enajenación de la finca hipotecada, sin necesidad de un nuevo consentimiento de la parte hipotecante, y que, con ello, de tratarse el bien hipotecado de un activo esencial, pueden producirse efectos análogos a los de las modificaciones estructurales de las sociedades.

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 aquélla 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 solo 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 añadida 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 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. Hechas las precedentes consideraciones, teniendo en cuenta en el presente caso que la registradora se ha limitado a exigir que se manifieste por la parte vendedora que la finca objeto de la hipoteca que se constituye no es un activo esencial de aquélla o que, en caso contrario, se acompañe la certificación del acuerdo de la junta de la sociedad aprobando o ratificando la constitución de la hipoteca, el defecto no puede ser confirmado, sin que sea necesario prejuzgar sobre si, atendiendo a la letra y finalidad de la norma objeto de debate, debe incluirse o no dicho acto de gravamen en su ámbito de aplicación.

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, 27 de julio de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.