

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10464 *Resolución de 29 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Palma de Mallorca a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Jesús María Morote Mendoza, Notario de Palma de Mallorca, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Palma de Mallorca, don Joaquín Cortés Sánchez, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Palma de Mallorca, don Jesús María Morote Mendoza, el día 13 de mayo de 2015, número 482 de su protocolo, se constituyó la sociedad con carácter de unipersonal «EV Holiday Property Development, S.L.», por el único socio, la sociedad denominada «EV Balear Real Estate Holding, S.L.». Esta última sociedad tiene un capital social de tres mil seis euros, y aporta a dicha constitución la cantidad de tres mil euros.

II

El día 26 de mayo de 2015 se presentó el título en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca y, el día 8 de junio de 2015, fue objeto de calificación negativa por el Registrador, don Joaquín Cortés Sánchez, que se transcribe: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Diario/Asiento: (...) F. Presentación: (...) Entrada: (...) Sociedad: (...) Hoja: (...) Autorizante: (...) Protocolo: (...) Fundamentos de Derecho (defectos): 1. En relación a la aportación de la Sociedad "EV Balear Real Estate Holding, S.L.", de conformidad con lo previsto en el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, falta hacer constar que lo aportado no es un activo esencial de la Sociedad o, en caso contrario, acompañar el correspondiente acuerdo de la Junta General de Socios permitiendo la aportación realizada.—Circular número 4 de 4 de febrero del Colegio Notarial de las Islas Baleares. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación: (...) Palma de Mallorca, a 8 de junio de 2015.—El Registrador».

III

El Notario autorizante, don Jesús María Morote Mendoza, interpuso recurso contra la anterior calificación, mediante escrito que causó entrada en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca el día 10 de junio de 2015. En dicho escrito alega los siguientes fundamentos de Derecho: «Primero.—En primer lugar, no cabe duda de que la consideración de si el activo objeto del negocio jurídico que se formaliza en la escritura pública es o no esencial, a efectos de determinar si el representante de la entidad otorgante (en este caso administrador único) tiene facultades suficientes para el otorgamiento, es competencia

exclusiva del notario autorizante, que emite el juicio de capacidad bajo su propia responsabilidad. Naturalmente al formar ese juicio de suficiencia de las facultades se tiene en cuenta no sólo el contenido expreso de su mandato, sino, en su caso, las normas legales que puedan limitar su ámbito de actuación, como puede ser el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital o cualquier otra norma, o cualquier cláusula expresa dispositiva contenida en el propio mandato que, en algún sentido, limite sus facultades. No es de ningún modo necesario que el notario detalle exhaustivamente las normas de aplicación, que han de entenderse implícitas en el mencionado juicio notarial, ni tampoco los elementos fácticos tenidos en cuenta para formar dicho juicio, cuya explicitación pública en la escritura incluso podría ser contraria al derecho a la privacidad, pues puede tratarse de datos internos de la sociedad que no tienen por qué hacerse constar en documentos que van a circular de forma pública. En todo caso, es tan extensa la doctrina de la Dirección General sobre el juicio notarial de suficiencia de poderes, que resultaría ocioso reproducirla aquí, por ser suficientemente conocida. Segundo.—Si no se estimase suficiente el anterior motivo para revocar la calificación del registrador, hay que añadir que es bastante evidente que, tratándose en este caso de la creación de una sociedad mercantil mediante aportación exclusivamente dineraria, por una cantidad, además, mínima de 3.050 euros, no le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 160, letra f), pues el dinero nunca puede ser, por naturaleza económica, un activo esencial. El dinero de una sociedad opera siempre como un activo instrumental, imprescindible para el desarrollo de cualquier negocio, pero inesencial, pues nunca puede ser la "esencia" de la actividad societaria, el manejo del propio dinero en efectivo. Tercero.—La interpretación que el Registrador Mercantil hace de la letra f) del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital es, cuando menos, sumamente extraña. En efecto, en su calificación entiende que, para dar cumplimiento al citado precepto, sólo se abren dos opciones: a) Que el propio compareciente en representación de la sociedad haga constar que lo aportado no es un activo esencial. Así resulta de la remisión que hace el registrador a la llamada "Circular número 4"; "circular", por otra parte, que no es sino una mera opinión doctrinal de un compañero notario que ni pertenece a la Junta Directiva ni tiene delegada por ésta, que se sepa, ninguna competencia referente a dictar instrucciones a los demás compañeros de Colegio ni sobre este asunto ni sobre ninguno otro. b) Que se cuente con autorización de la Junta general. Pero la opción a) es sumamente extravagante. En efecto, ¿cómo iba a depender el juicio de suficiencia del notario de la manifestación del propio representante cuyas facultades y su extensión está el propio notario sometiendo a fiscalización y control? Eso es un disparate, pues nunca el juicio sobre las facultades de actuación del apoderado puede hacerse depender exclusivamente de sus propias manifestaciones. En efecto, si el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital excluye de la competencia del administrador ciertos actos, y los desplaza a la competencia exclusiva de la Junta General, en ningún caso puede hacerse depender la eficacia práctica de dicho precepto de la mera voluntad y criterio del propio administrador, pues, si no, se estaría burlando la propia cautela que la ley establece, y por causa de la cual se retiran al administrador estas facultades que la redacción anterior de la ley sí permitía. Pero si esto es así, como parece claro, las dos opciones del registrador quedarán reducidas a una sola: la necesidad, en todo caso, de contar siempre con autorización de la Junta, lo que convertiría el artículo 160 en una cláusula general de inhabilitación del administrador para actuar en representación de la sociedad, convirtiéndolo así en un mero nuncio o recadero de la Junta general de socios, y no en un representante orgánico. Cuarto.—Así las cosas, es evidente que la interpretación del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, si no quiere convertirse en un vaciamiento total de las competencias del administrador, con sede de todas ellas en Junta General, debe ir por otros derroteros. El espíritu y finalidad del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital en su actual redacción no puede ser otro que configurar el concepto de "activo esencial" de forma objetiva. Ciertamente se trata de un concepto jurídico indeterminado, pero que debe ser determinable atendiendo a cada caso concreto. En lo que aquí nos interesa, los negocios jurídicos formalizados en documento público, esa determinación queda en manos del notario autorizante, que la llevará a cabo bajo su

responsabilidad. A tal efecto, habrá que acudir a las circunstancias objetivas del caso. La propia ley establece ya una presunción iuris tantum al disponer que "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". Por tanto, si se da tal circunstancia deberá el notario recabar prueba en contrario de tal presunción, requiriendo, si no se aporta, acuerdo de la Junta; prueba que, evidentemente, no puede ser la propia manifestación del administrador, en contra de lo que dice el registrador Mercantil, como ya se ha argumentado. Pero, por otro lado, las demás circunstancias concurrentes en la citada operación, pueden bastar igualmente al notario para emitir un juicio de suficiencia de las facultades del apoderado o administrador. Así, por ejemplo, que la operación sea de las ordinarias del tráfico habitual de la empresa. En este caso, como expresamente se consignó en la escritura, la sociedad que concurría a la suscripción de participaciones sociales tiene como objeto social "...La tenencia y gestión de valores, participaciones sociales y acciones...". Es decir: que el negocio jurídico documentado en la escritura entraba de lleno en el tráfico propio de la sociedad. Por otro lado, como fácilmente hubiera podido comprobar el mismo registrador, pues la sociedad está inscrita en el Registro Mercantil a su cargo, conforme al artículo 2 de los estatutos de dicha sociedad, ésta es la única actividad del objeto social, por lo que parece totalmente ocioso someter a acuerdo o autorización de la Junta un acto que entra de lleno en el tráfico propio de la sociedad salvo que, como también se ha argumentado, se quiera despojar al cargo de administrador de cualquier contenido y reducirlo al de mero mensajero de los acuerdos de la Junta general».

IV

Mediante escrito, de fecha 11 de junio de 2015, el Registrador Mercantil 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 (4.ª) y 10 de julio de 2015, entre otras.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se constituye una sociedad de responsabilidad limitada, con aportación dineraria de tres mil euros realizada por otra sociedad limitada, representada por su administrador único. El objeto social de dicha sociedad fundadora está constituido por «...la tenencia y gestión de valores, participaciones sociales y acciones...».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, conforme al artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital falta hacer constar que lo aportado no es un activo esencial de la sociedad o, en caso contrario, acompañar el correspondiente acuerdo de la junta general de socios permitiendo la aportación realizada.

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 calificadoradora 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 1.259 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 se manifieste que lo aportado no es un activo esencial de la sociedad o, en caso contrario, que se acompañe el correspondiente acuerdo

de la junta general de socios permitiendo la aportación realizada, 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 Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 29 de julio de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.