

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7022 *Resolución de 13 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de Burgos a inscribir la escritura de aumento del capital social de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don R. G. P. y don A. G. L., en nombre y representación de la sociedad «Land Hotel, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero, a inscribir una escritura de aumento del capital social de dicha entidad.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante el Notario de Burgos, don Fernando Fuente de la Fuente, el día 31 de diciembre de 2015, bajo el número de protocolo 639, se elevaron a público determinados acuerdos de la sociedad «Land Hotel, S.L.» (aumento del capital social por compensación de créditos).

II

El mismo día 31 de diciembre de 2015 se presentó en el Registro Mercantil de Burgos copia autorizada de la referida escritura de aumento de capital social, y fue objeto de la calificación negativa que, a continuación, se transcribe: «Ramón Vicente Modesto Caballero, Registrador Mercantil de Burgos, 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: Hechos Diario/Asiento: 78/3442 F. presentación: 31/12/2015 Entrada: 1/2016/252,0 Sociedad: «Land Hotel, S.L.», Autorizante: Fuente de la Fuente, Fernando Protocolo: 2015/1839 de 31/12/2015 Fundamentos de Derecho (defectos): 1. Debe aportarse el acuerdo del consejo de administración por el que se convoca la junta general. El defecto es de naturaleza subsanable y tiene su fundamento de derecho en lo establecido por el art.º 167 LSC y Resolución de la DGRN de 28 de junio de 2013 y art. 58 del Reglamento del Registro Mercantil. 2. Resultando presentadas en este Registro, respecto de la socia M. M. P. D. G., la Sentencia de su incapacitación (de fecha 10 de abril de 2014) y el nombramiento de Defensor Judicial en favor de D. J. M. A. G. (de fecha 26 de enero de 2015), y al no resultar de la escritura y Certificación incorporada dichos extremos, para calificar válidamente los acuerdos adoptados, debe aportarse el Acta notarial de Junta autorizada por el Notario de Burgos Sr. Fuente de la Fuente, nº 1742/2015, para comprobar si estuvo debidamente representada y si su Defensor judicial contaba con las debidas autorizaciones, de conformidad con lo establecido en el art. 302 en relación con el art.º 271.2 del CC, art.º 6 y 58 RRM y RDGRN de 7.2.96, 5.3.97, 18.4.12, 24.7.15 y 9.9.15. 3. Que de conformidad con lo dispuesto en la Resoluciones de la DGRN de fecha 10 de noviembre de 2011 y 12 de junio de 2012, y en relación a la representación de la incapacitada, de conformidad con la documentación antes citados, debe destacarse: a) Por un lado que la Resolución judicial no es congruente con el «petitum», pues se pide el nombramiento del Defensor Judicial para llevar a cabo las convocatorias de Junta y se faculta al mismo para «intervenir» en las Juntas Generales de determinadas Sociedades. El nombramiento del Defensor Judicial debe referirse siempre a un acto concreto con las atribuciones que el Juez le haya concedido (art. 302 del C.C.),

y es por su propia naturaleza, un cargo de carácter temporal, por tanto el nombramiento del Defensor Judicial no se ajusta a la naturaleza y previsión legal establecida en los artículos 299 y ss del Código Civil. b) Que conforme a la RDGRN de 30 de noviembre de 2012 y respecto del consentimiento «expreso» de los socios suscriptores que votaron a favor del acuerdo, dado que la socia Doña M. M. P. D. G., se encuentra incapacitada, y que los créditos que se compensan en el aumento de capital social, son de fecha 1 de diciembre de 2015 (por tanto ya incapacitada), será necesario que el Defensor Judicial esté expresamente autorizado, de conformidad con lo establecido en el art.º 302 en relación con el art.º 271.2 del CC. c) Por otro lado debemos considerar el aumento de capital como un negocio jurídico complejo, puesto que el acuerdo de aumento debe ir acompañado de la correspondiente suscripción y por tanto el Defensor judicial deberá contar con la debida autorización, de conformidad con lo establecido en el art.º 302 en relación con el art.º 271.2 del CC. En relación con la presente calificación: (...) Burgos, a 9 de febrero de 2016 (firma ilegible) El registrador».

III

Mediante escrito recibido en la Dirección General de los Registros y del Notariado el día 7 de marzo de 2016, que entró en el Registro Mercantil de Burgos el día 14 de marzo de 2016, don R. G. P. y don A. G. L., en nombre y representación de la sociedad «Land Hotel, S.L.», interpusieron recurso contra la calificación anterior con base en los siguientes fundamentos jurídicos: «I.–Defecto número uno.–Debe aportarse el acuerdo del Consejo de Administración por el que se convoca la Junta General. En defensa de su tesis cita el artículo 167 de la LSC y la RDGRN de 28 de Junio de 2013. Pues bien en relación con el defecto y su argumentación, el recurrente no puede estar más en desacuerdo, toda vez que lo que dice el artículo 167 de la LSC es una obviedad, que son los administradores quienes convocarán la Junta General, pero esto nada tiene que ver con el defecto puesto por el Registrador Mercantil, pues efectivamente la Junta fue convocada por el órgano de administración, en este caso el Consejo de Administración de la sociedad. El Registrador lo que solicita es que se aporte el acuerdo del Consejo de administración aduciendo para ello la tesis mantenida en la resolución indicada, pero que la relación de hechos de esa resolución nada tiene que ver con el caso que nos ocupa. Veamos, en el caso de la resolución citada por el Registrador, se trataba de la presentación de unas cuentas anuales modificadas en una Junta General, siendo el documento presentado una certificación, en la que simplemente se decía que las cuentas habían sido aprobadas con la asistencia de socios que representan el 66,66% del capital social, y en esa certificación ni se acreditaba el acuerdo del Consejo en que se convocó la Junta, ni tampoco el contenido de la convocatoria que parece ser que fue convocada por el Presidente del Consejo de Administración quien no tiene facultades para ello. Por eso la Dirección General mantiene el defecto puesto por el Registrador de la necesidad de acreditar la convocatoria de la Junta por el órgano de administración y el texto da la misma, dado que de la certificación de los acuerdos presentada no resulta claro este particular, para comprobar si la convocatoria se efectuó de conformidad con los estatutos, y poder calificar lo relativo al Orden del Día y al derecho de información. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, de la certificación incorporada a la elevación a público de los acuerdos de ampliación de capital, resultan meridianamente claros todos los particulares precisos para la calificación registral, dado que el propio Secretario del Consejo certifica, con el Visto bueno del presidente, que la junta fue convocada por el Consejo de Administración de la sociedad el día 1 de diciembre de 2015; recoge también cómo se notificó a los socios la convocatoria y finalmente se transcribe íntegramente el texto de la convocatoria. Carece por tanto de sentido, que los mismos certificantes, certifiquen de nuevo lo que ya certifican en la certificación incorporada. Por ello entiendo que no puede el registrador exigir en este caso la acreditación del acuerdo del Consejo, ni el contenido de la convocatoria, sencillamente porque esos particulares ya figuran en la certificación incorporada. II.–Defecto número dos.–En lo que se refiere a este defecto, el Sr. Registrador se extralimita extraordinariamente en sus funciones, cuando por el conocimiento personal que tiene de que una socia de esta

sociedad llamada M. M. P. se encuentra incapacitada judicialmente y con defensor judicial nombrado, solicita que se le aporte el Acta Notarial de la Junta, "para comprobar si estuvo debidamente representada y si su defensor judicial contaba con las debidas autorizaciones". Este defecto resulta totalmente incomprensible, pues la exigencia que contiene no corresponde en absoluto ni con la ley y reglamento mercantiles, ni con la doctrina sentada por la DGRN, siendo más bien contraria a ella. Del defecto se deduce que el Registrador Mercantil lo que pretende es calificar la validez y suficiencia de la representación de una socio (por cierto minoritaria, la sociedad cuenta con 15 socios), así como la validez de la constitución de la Junta General, competencias ambas que la DGRN atribuye exclusivamente al Presidente de la Junta. Por otro lado, como tiene sentado la DGRN, el Registrador Mercantil solo puede exigir que se le aporte el Acta Notarial de la Junta en el caso de que en la certificación no figuren los particulares necesarios para practicar la inscripción, siendo así que en la certificación incorporada a la escritura, cuya nota de calificación se recurre, está perfectamente completa para proceder a la inscripción correspondiente. III.–Defecto número tres.–Conectado con el anterior.–En este defecto, el Registrador profundiza aún más en su actuación anterior, y califica el nombramiento de defensor judicial como insuficiente para representar a la defendida, obviando que la valoración de la representación en la Junta es competencia del Presidente, como tiene sentado la DGRN. Pero es que además, en este caso, el Registrador Mercantil está realizando una calificación preventiva sobre un documento imaginario, ya que dicho nombramiento de defensor judicial puede haber sido sustituido por otro, cambiado el defensor nombrado, no haber acudido la socio en cuestión a esa Junta etc. El registrador, como está establecido, tiene que calificar por lo que resulta del registro y de los documentos presentados, y en este caso la escritura de ampliación de capital con su certificación de acuerdos incorporada contiene todos los requisitos y circunstancias precisos para calificar; sin embargo el Registrador actúa en base a una intuición preventiva, algo así como que «me suena que en esta sociedad había una socia que estaba incapacitada y tengo que ver si su representante nombrado por el Juez tiene facultades suficientes para representar en esa Junta», y me pregunto si haría lo mismo si le llegara una ampliación de capital del Banco de Santander, y le sonara que la socio 1.425 que acude a la ampliación estuviera incapacitada y tuviera nombrado un defensor judicial. Esta actitud del Registrador no es seria ni profesional, perjudica gravemente a la sociedad y desacredita a la Institución Registral. La clave de la cuestión radica, como se argumenta a continuación, en que no es competencia del Registrador Mercantil valorar y cuestionar las representaciones en una Junta General admitidas como suficientes por el Presidente de la misma, quien declara válidamente constituida la Junta. "RDGRN: a de 14 de diciembre de 2004, cabe destacar de la doctrina sentada por la DGRN, relativa al ámbito propio de la calificación registral, al insistir en que el Registrador califica por lo que resalta de: documento presentado y de los asientos del registro, pero ello no significa que ejerza con la calificación una función judicial. Así en el presente caso, el Registrador lejos de comprobar si el título contrariaba una disposición de carácter imperativo, o de orden público, o estaba falto de un requisito esencial, arrogándose funciones propias de los tribunales, opta por una determinada interpretación doctrinal para impedir la inscripción solicitada. Todo ello excede del ámbito de la calificación del Registrador, y por ello se accede a la inscripción, pues con ella, según se dice, no se impide la adecuada reacción de quienes se consideren con derecho a cuestionar la validez del nombramiento de que se trata mediante la correspondiente impugnación de los acuerdos sociales". A.–Válida constitución de la Junta General de la sociedad.–Los acuerdos cuya inscripción se pretende y que la nota que ahora se recurre lo impide, fueron adoptados en Junta General de la sociedad celebrada el día 17 de diciembre de 2015, con intervención Notarial. En dicha Junta actuó como presidente el que lo es del Consejo de Administración, Don A. G. L. quien en su condición de Presidente aceptó como suficientes todas las representaciones alegadas y declaró la Junta válidamente constituida para tratar sobre los asuntos del orden del día, puesto que dicha Junta se celebró, como se desprende de la propia certificación que se incorpora a la escritura de ampliación de capital. Con su actuación el Sr. Registrador se excede de sus

funciones, se entromete en competencias que son propias del presidente de la Junta General, en unos casos, y en las del Juez en otros, actúa en contra de la Ley de Sociedades de Capital y contraviene la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Efectivamente, la DGRN tiene sentado que en la constitución de la Junta General, debe estarse a la declaración del Presidente sobre su válida constitución (RDGRN de 5 de agosto de 2013).—Que el presidente de la Junta es el que debe declarar que la misma está válidamente constituida (RDGRN de 26 de septiembre de 2007). Que no puede exigirse la representación en la Junta General por el registrador (RDGRN de 4 de marzo de 2015). En esta última dice literalmente la DGRN como doctrina que “si el presidente de la junta la declara válidamente constituida, es porque ha adoptado una decisión sobre las representaciones alegadas, decisión que no es revisable por el Registrador, sin perjuicio de que si el representando se siente perjudicado pueda ejercer los derechos que le corresponden en sede judicial”. No parece que quepa mucho más que alegar al respecto. En el caso que nos ocupa, el Presidente ha declarado válidamente constituida la Junta después de valorar positivamente las representaciones. Por tanto, no puede el Registrador entrometerse, no puede pedir las representaciones alegadas y validadas por el presidente. B.—La representación del defensor judicial.—Esta es la cuestión clave para el Registrador para denegar la inscripción que se pretende, y le consta a la parte recurrente porque el Registrador Mercantil de Burgos, desde hace un año no ha practicado ninguna inscripción a las sociedades en las que el recurrente es socio a pesar de contar con la asesoría de abogados especializados, llegando a poner más de doce notas de defectos. Efectivamente, entre otras, en su nota de defectos de 11 de febrero de 2016 a un documento de la mercantil “Hostal Rice, S.A.” (también recurrida) con relación a la misma socia y su defensor judicial, dice: “que no considera válida la representación del socio incapacitado... por medio de su defensor judicial nombrado por la Juez correspondiente, lo que determina que no resultan válidamente aprobados los acuerdos adoptados por la mayoría requerida en el artículo 201 de la LSC”. Por esa razón, hay que suponer, ante la imprecisión de los defectos 2 y 3 de la nota que ahora se recurre, que cuando el Registrador pide el Acta Notarial de la Junta, es para calificar de nuevo en los mismos términos, la suficiencia de la representación del defensor judicial. Por el Sr. Registrador en defensa de las tesis de la nota de defectos: a). Se considera por el Sr. Registrador que la resolución judicial del nombramiento del defensor judicial no es congruente con “el petitum”, pues se pide el nombramiento del defensor judicial para llevar a cabo las convocatorias de Junta de las sociedades a que se refiere, y en cambio, se faculta al mismo para intervenir en Juntas generales de determinadas sociedades. b). Que el nombramiento del defensor judicial debe referirse siempre a un “acto concreto”, con las atribuciones que el juez le haya concedido (y se apoya en el art. 303 CC), y que es por su naturaleza un cargo de carácter temporal, por lo que el nombramiento del defensor judicial no se ajusta a la naturaleza y previsión legal establecida en los artículos 299 y ss del CC. c). Se citan las resoluciones a las que me remito. Procede rebatir la tesis del Sr. Registrador con los siguientes argumentos: Siguiendo con lo anteriormente expuesto, no puede el Registrador calificar y menos cuestionar el documento judicial de nombramiento de defensor judicial de un socio representado y cuyos documentos judiciales han sido admitidos como suficientes por el Presidente de la Junta para declarar válida la constitución de la misma. Comenzaremos analizando los defectos apreciados por el Registrador Mercantil. El registrador rechaza la validez de la representación del Defensor Judicial nombrado, porque debe serlo para un «acto concreto» y debe tener «naturaleza temporal». Además alega una incongruencia entre el “petitum” y la resolución judicial. Pero el art. 302 del CC para nada habla de que deba referirse siempre a «un acto concreto». Lo que dice literalmente el art. 302 del CC es lo siguiente: “El defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida”. Asimismo, en ninguno de los artículos 299 y ss del mismo cuerpo legal, se dice ni expresa ni tácitamente que el cargo de defensor judicial tenga que ser temporal en el sentido de que se agote con un acto único o concreto. 1.—Acto concreto.—El art. 302 del CC, dice que “el defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el juez, al

que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida". En ningún sitio dice tal artículo, como pretende el Registrador Mercantil, que el nombramiento del Defensor Judicial debe referirse a "ora acto concreto". Habla exclusivamente de "atribuciones concedidas por el juez" sin ninguna limitación y, desde luego, no se refiere a que tenga que ser para cada acto, movimiento o gestión individualizada que deba realizar el defendido. Defender esta posición sería bloquear la actuación del defendido. Hay muchas veces que el conflicto de intereses que determina el nombramiento del Defensor Judicial, no se refiere a un acto concreto y aislado, sino a una situación concreta de conflicto en la que se engloban diferentes actuaciones, actos o negocios. Pensemos en una adjudicación de herencia en la que el padre o tutor son herederos juntamente con el menor o incapacitado. El defensor judicial se nombra para que represente a estos en el conjunto de la adjudicación hereditaria salvando con su Intervención el conflicto de intereses en cuantas actuaciones se realicen. No tendría sentido exigir un nombramiento de defensor judicial o autorización judicial al nombrado, para cada acto que se realice en la partición hereditaria, que pueden ser muchos (adjudicaciones varias, excesos a metálico, modificaciones hipotecarias, adición de herencia, etc.). El interés a proteger del incapacitado está suficientemente cubierto con la responsabilidad que asume el defensor judicial por su gestión y que se encuentra bajo control judicial. No pudiendo intervenir en ese campo el Registrador Mercantil a modo de control preventivo, cuestionando el nombramiento del defensor judicial por el juez. Esto es lo que sucede en el caso que nos ocupa. El tutor de la incapacitada D.^a M. P. D. G., al ser junto con su representada socio en diferentes sociedades, y en cumplimiento de lo ordenado judicialmente en el nombramiento de tutor, solicita del Juez la designación de un Defensor Judicial que la represente en todas las Juntas Generales que se celebren de dichas sociedades, para salvar de esta forma el posible conflicto de intereses que pudiera producirse. Por el Juez se designa a esos efectos un experto mercantil de la plaza para que acuda a cada Junta que se celebre de dichas sociedades representando a la incapacitada, y votando en su nombre, con plena libertad, como si de ella misma se tratara, en el sentido que considere que mejor defiende los intereses de su representada, quedando su gestión bajo control judicial. Con este nombramiento el juez, siguiendo escrupulosamente el artículo 302 del CC, le confiere al defensor judicial nombrado unas atribuciones muy concretas y claras de cuya gestión deberá rendir cuentas una vez concluidas. 2. Defensor Judicial: cargo de carácter temporal. Alega el Registrador Mercantil para rechazar el nombramiento judicial del Defensor Judicial, que es un cargo de carácter temporal, por lo que el nombramiento de Defensor Judicial no se ajusta a la naturaleza y previsión de los artículos 299 y ss CC. El Registrador cuestiona la actuación de la autoridad judicial inmiscuyéndose en sus competencias. Pero lo cierto es que en ninguno de los artículos indicados del CC se dice que el cargo de Defensor Judicial sea temporal, como pretende el Registrador Mercantil. El artículo 299 dice que "se nombrara un defensor judicial que represente y ampare al incapacitado cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre el incapacitado y su representante legal". El cargo de Defensor Judicial estará vigente según lo ordenado por el juez, y su intervención será precisa, mientras lo esté el asunto o la situación en los que exista conflicto de intereses. Es decir, en el caso que nos ocupa, las atribuciones conferidas por el Juez al Defensor Judicial se mantendrán: mientras se mantenga la condición de socios del tutor y el tutelado en las sociedades indicadas, e intervengan ambos en la toma de decisiones de socio. En ese sentido habría que entender la temporalidad del cargo. Pero no, como parece pretender el Registrador, que haya que nombrar un Defensor Judicial para cada Junta de cada sociedad y menos aún para cada punto del orden del día de cada junta, esto no sería operativo e impediría el ejercicio de los derechos y la defensa de los intereses del incapacitado por medio de su representante. Según esa exigencia del Registrador qué pasaría con aquellos asuntos que se pueden votar en la Junta General sin previa constancia en el Orden del Día (cese de un administrador, acción de responsabilidad etc.). Sencillamente no podría votar el incapacitado por medio de su representante, aunque fuera muy conveniente para su interés, porque cuando se nombró el Defensor Judicial no se sabía que se iba a tratar ese tema. Por ello mantener esta tesis es del todo absurdo y

discriminatorio para con los incapacitados necesitados de defensor judicial en las juntas de sociedades. Es evidente la incompatibilidad existente entre la urgencia y agilidad que exige el funcionamiento y la adopción de acuerdos de una sociedad mercantil, y los trámites controles y proceso que requiere el nombramiento de un defensor judicial, que hace imposible la designación de un defensor judicial para cada Junta y para cada punto del Orden del día. No se comprende como el Registrador Mercantil, sin motivación alguna, invalida la impecable actuación judicial nombrando al defensor judicial y con ella toda la junta de la sociedad, cerrando el registro a los acuerdos adoptados, con los graves perjuicios que ello conlleva para la sociedad en general, y para la incapacitada en particular. 3. Incongruencia de la resolución con el “petitum”. Entrando en la calificación del nombramiento del defensor judicial: (Continúa cuestionando la actuación judicial). Dice el Registrador que la resolución no es congruente con el “petitum”, pues en el mismo “se pide el nombramiento de defensor judicial para llevar a cabo las convocatorias de las Juntas, y por el Juez se faculta al mismo para intervenir en las Juntas Generales”. Este defecto planteado por el Registrador Mercantil, además de absurdo, solo revela la intencionalidad del Registrador Mercantil de denegar toda solicitud de inscripción que provenga de las sociedades con las que está relacionado el recurrente, buscando las excusas que sean. Revela la intención del Registrador Mercantil de perjudicar a dichas empresas rechazando toda inscripción que se solicite relativa a las mismas, cosa que ya había advertido que iba a suceder. Es evidente para cualquier jurista, y el Registrador Mercantil lo es, que el Defensor judicial es preciso para salvar un posible conflicto de intereses entre tutor y tutelado, este es el requisito esencial para su nombramiento y tal conflicto se puede dar en el caso que nos ocupa solamente cuando durante una Junta general concurre a votar el tutor por sí y por el socio por él tutelado, pero no en el acto de convocar la Junta General, y así lo ha entendido correctamente el Juez, resolviendo el nombramiento del Defensor Judicial para que represente a la incapacitada en las Juntas de sociedades “Hostal Rice, S.A.”; “Garilletii Peña, S.L.” y “Land Hotel, S.L.”, considerando que ese era el “petitum” del letrado, y no el absurdo que pretende el Registrador Mercantil para engrosar los supuestos que impiden la inscripción de los acuerdos de la sociedad en cuestión, lo que parece su obsesiva finalidad. Pero es más, si el Registrador Mercantil atiende a la propia sentencia de incapacitación de D^a M. P., con una mera lectura del nombramiento del tutor, habría observado que la Juez cuando nombra al tutor, ordena también que se nombre defensor judicial «para todos los actos en relación con las acciones y participaciones sociales de que la incapaz... sea titular en las mercantiles “Hostal Rice, S.A.”; “Garilletei Peña, S.L.” y “Land Hotel, S.L.”. Habida cuenta de que el nombramiento del defensor judicial es una exigencia del nombramiento judicial del tutor en los términos indicados, fácilmente puede colegirse que en la resolución judicial del nombramiento del defensor, no hay incongruencia alguna con el “petitum”, por mucho que este podría haber sido más preciso. Dejar el Sr. Registrador sin representación, sin defensa de los intereses de la incapacitada en las sociedades indicadas por esta causa, es de un rigorismo tan inexplicable que constituye atentado contra la dignidad personal de la incapacitada y temeridad, amén de otras muchas cosas, de cuyas consecuencias perjudiciales para la sociedad y para el incapacitado quizá deba responder en la sede oportuna. Conclusión sobre el Defensor Judicial. La protección de los intereses del incapacitado está suficientemente cubierta con la responsabilidad que tiene el tutor por su gestión de los intereses del tutelado, así como por la rendición de cuentas, y consiguiente responsabilidad, que tanto el tutor como el defensor judicial tienen que presentar al Juez, quien es el último y máximo protector de los intereses del incapacitado, no correspondiendo tal función al Registrador Mercantil, y menos preventivamente, cuya actuación intuitiva si puede efectivamente lesionar los intereses del socio incapacitado, por perjudicar el buen funcionamiento de la compañía de la que es socio, abocándola incluso a la disolución y por cuya mala praxis debería responder en la sede correspondiente. Analicemos ahora las Resoluciones de la DGRN que cita el Sr. Registrador para justificar su nota de defectos. Poca relación tienen con la nota de defecto puesta por el RM. Las de 10 de noviembre de 2011; y 12 de Junio de 2012 (Referidas específicamente a la calificación del nombramiento del Defensor Judicial).

Estas resoluciones en las que el Registrador Mercantil justifica su derecho a calificar el nombramiento del defensor judicial por el Juez como acto de jurisdicción voluntaria, se refieren a un supuesto ajeno absolutamente al de este recurso, ya que en ellas el supuesto era el de una Acta de Declaración de Herederos Abintestato, en el que se declaraban herederos abintestato a los hermanos del causante estando vivo el cónyuge al fallecimiento de este y por tanto ostentando mejor derecho que los hermanos a la herencia. Es decir, se trataba de un acto de jurisdicción voluntaria judicial, que contravenía directamente la Ley sucesoria catalana, y como tal acto de jurisdicción voluntaria, resuelve la DGRN que el Registrador puede entrar a calificar el Acta indicado aunque provenga de un Juez. Pero estas resoluciones no pueden servir de base para fundamentar la nota de defectos relativa al nombramiento de defensor judicial que en este supuesto pretende invalidar, y con él toda la junta, el Registrador Mercantil. Segundo. Conclusión. Teniendo en cuenta cuanto antecede, queda acreditado lo siguiente: 1). Que no procede aportar el acuerdo del Consejo de Administración por el que se convoca la Junta General de la sociedad, que exige el Registrador Mercantil de Burgos D. Vicente Ramón Modesto Caballero, toda vez que todas las circunstancias relativas a la convocatoria precisas para calificar el documento figuran ya en la escritura de ampliación de capital y en la certificación incorporada, suscrita por el Presidente y el Secretario del Consejo de Administración. 2). Que no procede aportar el Acta Notarial de la Junta que exige el indicado Registrador dado que del propio documento presentado resultan todas las circunstancias precisas para practicar la inscripción solicitada. 3). Que no puede en Registrador entrar a calificar la representación del defensor judicial y mucho menos cuestionar su nombramiento por la autoridad judicial».

IV

El registrador dio traslado del recurso al notario autorizante, quien habiendo recibido la notificación el día 6 de abril de 2016, formuló las siguientes alegaciones mediante escrito de fecha 8 de abril de 2016: «(...) Primero. Con relación al defecto uno, estoy plenamente de acuerdo con los argumentos alegados por los recurrentes, no procediendo la exigencia de que se aporte el acuerdo del Consejo de Administración por el que se convoca la Junta General, dado que, como dicen los recurrentes la certificación incorporada, emitida por el Secretario con el Visto Bueno del Presidente recoge todos los particulares exigidos para que el Sr. Registrador pueda proceder a la calificación de la escritura de Aumento de Capital social, constituyendo además un sinsentido exigir que los mismos certificantes emitan un nuevo certificado para decir separadamente lo que ya dice la propia certificación unida a la escritura calificada, esto es, "que la junta fue convocada por acuerdo del Consejo de Administración en su reunión del día 1 de diciembre de 2015". Y todo ello además porque el acuerdo que adopta el Consejo de Administración de convocar la Junta General no es inscribible como tal, siendo suficiente con que al Registrador Mercantil se le acredite que se ha adoptado el acuerdo por el Consejo y tal circunstancia ya resulta acreditada por el Presidente y el Secretario del Consejo en la propia certificación incorporada. Segundo. En cuanto al defecto dos, no puedo estar más de acuerdo con lo alegado por los recurrentes, cuando afirman que el Registrador se excede en sus atribuciones dado que no le compete a él valorar la representación de los asistentes a la Junta General, cuando esa representación ha sido admitida por el Presidente de la misma, sin que pueda revisar el Registrador esa decisión del Presidente de la Junta, y así lo tiene recogido claramente la Dirección General en resoluciones de fechas muy recientes. Y desde luego no puede poner en duda la validez de la decisión judicial nombrando defensor judicial. Francamente no imagino exigiéndose acreditar al Registro Mercantil la representación de las personas incapacitadas (que supongo habrá muchas) que acuden a las Juntas Generales por medio de su representante cuando el presidente de tales Juntas ha admitido tales representaciones como válidas. Tercero. Finalmente, considero que tienen razón los recurrentes cuando sostienen que no cabe solicitar la aportación del Acta Notarial de la Junta, cuando de la propia certificación que se acompaña a la escritura resultan todas las circunstancias para poder proceder a la calificación del documento. Y así lo tiene reconocido la DGRN que solo admite que se exija el Acta Notarial, con carácter

excepcional, en aquellos supuestos en los que no figuran en el documento presentado todos los requisitos precisos para la calificación».

V

Mediante escrito, de fecha 11 de abril de 2016, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe rectificó la calificación en cuanto al primero de los defectos impugnados.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 271, 299, 302, 1125, 1156, 1166, 1170, 1195, 1196, 1202 y 1261 del Código Civil; 18 del Código de Comercio; 18, 19 bis y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 58 a 78, 299, 300 y 301 de la Ley de Sociedades de Capital; 97 y siguientes del Reglamento Hipotecario; 6, 23, 33, 58, 80, 132, 133, 189 y 190 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de abril del 2000, 4 de julio de 2001, 16 de septiembre de 2011, 4 y 15 de febrero, 20 de abril, 7 de junio y 30 de noviembre de 2012, 3 de julio de 2013 y 9 de septiembre y 1 y 2 de octubre de 2015.

1. Por el presente recurso –que se ciñe al único de los defectos impugnados que es mantenido por el registrador– se pretende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales relativos a un aumento del capital social de una sociedad de responsabilidad por compensación de determinados créditos, frente a las siguientes objeciones expresadas por el registrador en su calificación:

a) Presentadas en el Registro Mercantil, respecto de una socia, la sentencia de su incapacitación y el nombramiento de defensor judicial y, al no resultar de la escritura ni de la certificación incorporada dichos extremos, para calificar válidamente los acuerdos adoptados, debe aportarse el acta notarial de la junta general, para comprobar si estuvo debidamente representada y si su defensor judicial contaba con las debidas autorizaciones, añadiendo, en relación con la representación de la incapacitada, que la resolución judicial nombrando defensor judicial no era congruente con el «petitum», pues se pidió el nombramiento del defensor judicial para llevar a cabo las convocatorias de junta y se faculta al mismo para «intervenir» en las juntas generales de determinadas sociedades, debiendo referirse el nombramiento siempre a un acto concreto con las atribuciones que el juez le haya concedido (artículo 302 del Código Civil), por lo que no se ajusta a la naturaleza y previsión legal establecida en los artículos 299 y siguientes del Código Civil.

b) Respecto del consentimiento «expreso» de los socios suscriptores que votaron a favor del acuerdo, dado que la socia en cuestión se encuentra incapacitada y que los créditos que se compensan en el aumento de capital social eran de fecha posterior a la incapacitación, el defensor judicial ha de estar expresamente autorizado y siendo el aumento de capital un negocio jurídico complejo, debería contar con la debida autorización, de conformidad con lo establecido en el artículo 302 en relación con el artículo 271.2 del Código Civil.

2. Habida cuenta de la limitación del presente recurso a las cuestiones que se relacionan directa e inmediatamente con los defectos expresados en la calificación registral (vid. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que no puede dudarse que al aumento de capital por compensación de créditos contra la sociedad se le aplican determinadas normas relativas a las aportaciones no dinerarias, tal y como este Centro Directivo ha proclamado en reiteradas ocasiones (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente).

Por lo demás, todo aumento de capital con aportaciones dinerarias o no dinerarias supone el desplazamiento de un bien o derecho transmisible, en este caso, un crédito, del patrimonio del socio al patrimonio de la sociedad. Con independencia de que se califique

o no ese desplazamiento patrimonial como verdadera y propia enajenación o acto dispositivo, lo cierto es que el bien sale de la esfera dispositiva de su titular para englobarse en un patrimonio autónomo cuya disponibilidad está sustraída al mismo. Lo aportado pasa del patrimonio particular del socio al patrimonio de la sociedad (cfr. Resolución de 3 de abril de 1991). Desde este punto de vista es indudable que el acto por el cual se transmite a la sociedad un bien cualquiera, es un contrato o negocio jurídico que exige la concurrencia de los requisitos de todo contrato consagrados en el artículo 1261 del Código Civil, el primero de los cuales es el consentimiento de los contratantes.

En el caso de este expediente los créditos, que eran líquidos y exigibles y que formaban parte del pasivo de la sociedad, se transforman, al integrarse en el capital social, en pasivo no exigible y, en consecuencia, sustraído a la libre disponibilidad de su antiguo titular. Parece claro por tanto que el consentimiento del titular del crédito es en todo caso exigible para que el crédito se transforme en capital, pudiendo ser ese consentimiento expresado de forma tácita, al votar a favor del acuerdo, o de forma expresa al manifestar su deseo en la junta de que su crédito se transforme en capital social.

3. Estas consideraciones no varían por el hecho de que el aumento de capital en el presente caso tenga lugar por compensación de créditos. En cuanto al carácter de la aportación consistente en una compensación de créditos, como ha señalado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 15 de febrero y 20 de abril de 2012), la misma queda sujeta al título III de la Ley de Sociedades de Capital que regula las aportaciones sociales, estableciendo como regla general que sólo pueden ser objeto de aportación a las sociedades de capital los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica (cfr. artículo 58). A continuación distingue claramente entre aportaciones dinerarias y no dinerarias. Para las dinerarias establece que las mismas deben establecerse en euros, o fijar su equivalencia en esta moneda (cfr. artículo 61), estableciendo a continuación en el artículo 62 el modo de acreditación de dichas aportaciones dinerarias. Así, cuando se trata de aportaciones dinerarias, siendo indiferente que las mismas se hagan en la constitución de la sociedad o en un aumento de capital posterior a la constitución, la realidad de la aportación debe acreditarse mediante «certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en entidad de crédito» o por su entrega al notario autorizante para que sea él mismo el que constituya el depósito a nombre de la sociedad. En el mismo sentido se producen los artículos 132 y 189 del Reglamento del Registro Mercantil que, bajo el mismo epígrafe de aportaciones dinerarias, desarrolla lo dispuesto en la Ley.

Por su parte, las aportaciones no dinerarias son reguladas, bajo ese mismo epígrafe, por los artículos 63 a 66 de la Ley de Sociedades de Capital.

También se aprecia la esencial diferencia entre aportaciones dinerarias y no dinerarias en la necesidad de informe de experto independiente para las no dinerarias, «cualquiera que sea su naturaleza» (cfr. artículo 67), cuando de sociedad anónima se trata, y la responsabilidad establecida por el artículo 73 de la Ley, respecto de las sociedades de responsabilidad limitada, para los fundadores, los socios e incluso para los adquirentes de participaciones desembolsadas con aportaciones no dinerarias, de la realidad de la aportación y del valor que se le haya atribuido en la escritura. En razón de esta fuerte responsabilidad, y de la correlativa fijada por el artículo 77 de la Ley para las sociedades anónimas, el artículo 63 de la Ley de Sociedades de Capital exige que se determine la numeración de las acciones o participaciones atribuidas en pago de cada una de las aportaciones no dinerarias (cfr. Resolución de este Centro Directivo de 25 de septiembre de 2003).

Asimismo, se revela esta importante diferencia entre aportaciones dinerarias y no dinerarias en el artículo 200 del Reglamento del Registro Mercantil que como circunstancias que debe contener la inscripción de un aumento de capital de una sociedad limitada exige, en su regla 3.^a, la «identidad de las personas a las que se haya adjudicado las participaciones en los casos en que el contravalor del aumento consista en aportaciones no dinerarias, en la compensación de créditos contra la sociedad o en la transformación de reservas o beneficios». Claramente puede apreciarse en este precepto que se asimilan, a

estos efectos, las aportaciones no dinerarias, en cuanto a requisitos para la inscripción, a la compensación de créditos, lo que encuentra su justificación precisamente en el hecho de que esa compensación de créditos es una especie dentro del género de la aportación no dineraria a la sociedad.

En definitiva, cabe concluir que la diversidad de objetos que pueden ser aportados a una sociedad se subsumen en dos grandes categorías: aportaciones de dinero y aportaciones en especie (es decir que no sean en metálico) llamadas por la generalidad de la doctrina aportaciones «in natura» o no dinerarias y dentro de esta última categoría está la aportación de derechos de crédito (cfr. artículo 65 de la Ley de Sociedades de Capital) y la llamada compensación de créditos como especial y singular modalidad de aumento de capital (cfr. artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital), figura que, como resulta de la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 15 de julio de 1992), sin perjuicio de su peculiar naturaleza como vía de conversión de deuda social en capital, participa de la naturaleza de las aportaciones no dinerarias (y ello con independencia de su tratamiento fiscal, respecto del que la jurisprudencia distingue, a los efectos del artículo 108 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, según que el crédito aportado lo sea contra la sociedad o contra un tercero, considerando aportación no dineraria la segunda y no la primera: vid. Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 12 de enero y 23 de abril de 2012, entre otras).

4. Pero sea cual sea el carácter de un aumento de capital social por compensación de créditos -dinerario, no dinerario o de categoría especial- es evidente que el mismo es un contrato o negocio jurídico celebrado entre el socio acreedor y la sociedad en el sentido apuntado en el fundamento de Derecho segundo de esta Resolución. Por tanto, al aumento debe aplicársele el artículo 60 de la Ley de Sociedades de Capital en virtud del cual «toda aportación se entiende realizada a título de propiedad», derivando de ello también de forma inexcusable el necesario consentimiento del titular del bien o derecho aportado.

Desde el punto de vista jurídico la transformación de un crédito en capital supone que un acreedor de la sociedad va a mudar su posición jurídica deviniendo socio de la sociedad deudora, o aumentando su participación en el capital de la sociedad, y descargando el pasivo exigible de la misma. En definitiva, la supresión de una deuda de la sociedad sin que salga de la masa patrimonial bien alguno va a suponer un incremento del mismo patrimonio en igual medida que la deuda suprimida.

5. Las conclusiones anteriores se reafirman si se analiza la cuestión desde la perspectiva de las normas civiles que disciplinan los créditos y su posible compensación.

En efecto, así resulta de las siguientes disposiciones: a) el artículo 1125 del Código Civil, en cuanto establece la exigibilidad inmediata de las obligaciones cuyo plazo ya esté vencido, impone la necesidad de que el socio titular del crédito preste su consentimiento para que una obligación vencida, líquida y exigible se transforme en capital, capital que por su propia naturaleza no podría ser reintegrado al socio salvo acuerdo de la junta general de reducción del capital social; b) el artículo 1166 del propio Código, en cuanto establece que el deudor de una cosa -efectivo- no puede obligar a su acreedor a recibir otra diferente -capital social-, muestra que el acuerdo de la junta general en el sentido de transformar un crédito en capital, no puede ser adoptado de forma efectiva y vinculante en contra de la voluntad del titular del crédito o sin contar con su anuencia; para ello es necesario que el acreedor, sea o no socio de la sociedad deudora, acceda a recibir a título de pago una prestación distinta a la que constituía el contenido de la obligación debida «aliud pro alio», con admisión del efecto de tener por extinguida la obligación (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1989); c) el artículo 1170 del mismo Código en cuanto que establece que el pago de las deudas de dinero debe hacerse en la especie pactada y que, por tanto, para recibir el pago en una especie distinta a la moneda de curso legal, será en todo caso necesario el consentimiento de su titular, y d) el artículo 1196 en relación con el 1202 del mismo Código reveladores de la imposibilidad de la compensación de un crédito, sin consentimiento de ambas partes, cuando las cantidades compensadas no son de la misma especie ni calidad y sobre todo cuando la compensación de una de las deudas deriva exclusivamente de la voluntad de una de las partes, en este caso la sociedad, que adopta

el acuerdo de aumentar su capital, siendo por ello inaplicables las normas del Código Civil sobre la compensación que parten de la base de que dos personas sean mutuamente acreedoras y deudoras con anterioridad al hecho de la compensación. Y es que, como ha señalado la doctrina, el aumento de capital por compensación de créditos no encaja en el esquema jurídico de la compensación propiamente dicha, como modo de extinción de las obligaciones (cfr. artículos 1156 y 1195 del Código Civil), siendo más afín a otras figuras como la cesión de créditos o la novación.

De todo lo anterior cabe concluir que para compensar un crédito contra la sociedad y convertirlo en capital, tanto si ese crédito es del socio o de un tercero, es necesario el consentimiento del acreedor afectado por la compensación, el cual deberá tener la necesaria capacidad para realizar el acto de trascendencia patrimonial que tal operación supone y, de carecer de la capacidad necesaria, será imprescindible el complemento exigible en Derecho.

6. Supuesto todo lo anterior entrando en el examen del defecto alegado por el registrador relativo a la exigencia de que se aporte el acta notarial de la junta general para comprobar si la socia incapacitada estuvo debidamente representada y si su defensor judicial contaba con las debidas autorizaciones, y respecto del cual los recurrentes oponen que el registrador se extralimita en sus funciones, pues -a juicio de aquellos- se deriva del conocimiento personal que éste tenía de que dicha socia se encuentra incapacitada judicialmente y con defensor judicial nombrado, debemos tener en cuenta el artículo 234 del Código de Comercio y las reglas generales aplicables a la constitución de las juntas de las sociedades mercantiles, que establecen un especial régimen de nulidad de la sociedad mercantil (cfr. artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital), así como en el régimen de impugnación de los acuerdos sociales (artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital), o el régimen especial de impugnación de la fusión (cfr. artículo 47 de la Ley sobre modificaciones estructurales).

7. El artículo 234 del Código de Comercio, dedicado al término y a la liquidación de las compañías mercantiles en general y, por tanto, aplicable también a las sociedades de capital, dispone que «en la liquidación de sociedades mercantiles en que tengan interés personas menores de edad o incapacitadas, obrarán el padre, madre o tutor de éstas, según los casos, con plenitud de facultades como en negocio propio, y serán válidos e irrevocables, sin beneficio de restitución, todos los actos que dichos representantes otorgaren o consintieren por sus representados, sin perjuicio de la responsabilidad que aquéllos contraigan para con éstos por haber obrado con dolo o negligencia». De ello se deduce que la falta de representación de un menor o incapaz, en la junta general de una sociedad mercantil no va a perjudicar a terceros y que por tanto el registrador no puede entrar en su consideración.

Por otra parte, del artículo del artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil, precepto que, aunque referido al supuesto de acta notarial de la junta, es aplicable a toda clase de juntas, se celebren o no ante notario, establece que es el presidente de la junta, que lo será el que determinen los estatutos o en su defecto el elegido al inicio de la sesión, el que declara «estar válidamente constituida la Junta y del número de socios con derecho a voto que concurren personalmente o representados y de su participación en el capital social». Si ello es así, será responsabilidad del presidente comprobar debidamente, y conforme a derecho, si los socios que concurren representados lo están debidamente y, en caso de que en alguno de ellos concurra causa de incapacidad, si se ha dado cumplimiento a las normas legales que la regulan.

Sobre tales bases el registrador no puede entrar en consideraciones sobre estos extremos y, por ello, no procede la exigencia de que se le aporte el acta notarial de la junta para comprobar la debida representación de la incapaz.

El citado artículo 234 del Código de Comercio es aplicable a toda clase acuerdos sociales, pues si el legislador considera que rige para el caso de liquidación, momento crítico en la vida de toda sociedad, con mayor razón regirá en todos los demás casos en que la junta general deba tomar acuerdos, sean éstos de la clase que sean.

Debe tenerse en cuenta que el negocio jurídico de aportación en un proceso de ampliación de capital, salvo que se trate de aquellos supuestos en que aportándose bienes inmuebles sea precisa su formalización en escritura pública (cfr. artículos 1280 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria), no es necesaria la comparecencia en la escritura de los suscriptores de las acciones o de quienes asuman las participaciones, debiendo practicarse en todo caso la inscripción en el Registro Mercantil del acuerdo de ampliación con base en lo que resulte de la certificación del acta del acuerdo, quedando sometida su impugnación a las reglas generales de la ineficacia de las obligaciones mercantiles y del contrato de sociedad mercantil.

Cuestión distinta es la inscripción en el Registro de la Propiedad, en que deberá calificarse el negocio dispositivo.

8. Por lo que atañe a las objeciones expresadas en la calificación centradas en determinados aspectos relativos al defensor judicial designado por el juez (antes de la vigencia de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria), este Centro Directivo, a la vista de lo expuesto en el fundamento Derecho anterior, no puede compartir el criterio del registrador.

Pero si dicho argumento no fuera suficiente debemos considerar los siguientes aspectos: En primer término, porque dada la naturaleza del instituto de la incapacitación, que supone la creación de un verdadero estado civil para el incapacitado, es indudable que las funciones del defensor judicial serán las asignadas específicamente por el juez, en función de las necesidades que motivaron su nombramiento, y a ellas, a las designadas en la parte dispositiva del auto hay que atenerse y han de estar los distintos operadores jurídicos. Por ello, la objeción de supuesta incongruencia de la parte dispositiva respecto del «petitum» es una extralimitación de la calificación, tal y como argumentan los recurrentes en su escrito, toda vez que el conflicto de intereses que motiva el nombramiento del defensor se puede dar cuando durante una junta general concurre a votar el tutor por sí y por el socio por él tutelado, pero no en el acto de convocar la junta general, sin olvidarse que en la propia sentencia de incapacitación la juez, cuando nombra al tutor, ordena también que se nombre defensor judicial para todos los actos en relación con las acciones y participaciones sociales de que la incapaz sea titular en las citadas sociedades mercantiles, de lo que se concluye que mal puede haber incongruencia alguna con el «petitum». Por ello tal defecto ha de ser revocado.

En segundo lugar, tienen razón igualmente los recurrentes cuando interpretan adecuadamente el artículo 302 del Código Civil (en su redacción anterior a su modificación por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria), pues tal norma se refiere exclusivamente a «las atribuciones que se le hayan concedido», sin ninguna limitación, y sin que pueda colegirse que tenga que ser para cada acto, movimiento o gestión individualizada que deba realizar el defendido; de lo contrario, se podría producir un bloqueo de la actuación de éste y perjudicarlo de este modo, pues en muchas ocasiones el conflicto de intereses que determina el nombramiento del defensor judicial no se refiere a un acto concreto y aislado, sino a una situación concreta de conflicto, y en el presente caso ello se infiere claramente de la propia parte dispositiva del auto de designación en la que se hace alusión a «intervenir en las juntas generales tanto ordinarias como extraordinarias de las mercantiles...».

Por esta razón el defecto, tal y como ha sido formulado, ha de ser igualmente revocado.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación, 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, 13 de junio de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.