

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8480 *Resolución de 1 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles II de Santa Cruz de Tenerife, por la que se deniega la iniciación de un procedimiento de designación de mediador concursal e inscripción de empresario individual.*

En el recurso interpuesto por don C. M. S. contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles II de Santa Cruz de Tenerife, doña Ana Margarita López Rubio, por la que se deniega la iniciación de un procedimiento de designación de mediador concursal e inscripción de empresario individual.

Hechos

I

Por don C. M. S. se presentó ante el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife formulario para la solicitud de procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos conforme al modelo aprobado por la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre. Del formulario, entre otras cuestiones que no interesan a la presente, resultaba la situación de insolvencia actual del solicitante; entre el importe estimado del valor de sus bienes y derechos se encontraba determinada cantidad mensual por prestaciones laborales en régimen general de la Seguridad Social. Resultaba también que, actualmente, se encontraba negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación. Entre el inventario de bienes y derechos se hacía constar, en la relación de ingresos regulares, la misma cantidad a que se ha hecho referencia anteriormente por prestaciones laborales en régimen general de la Seguridad Social. En la relación de contratos en vigor se hacía constar: contrato laboral en régimen general de la Seguridad Social con determinada sociedad de responsabilidad limitada y como obligación de la contraparte la reiterada cantidad a que se ha hecho referencia. Entre la documentación que acompañaba a la solicitud resultaban las tres últimas nóminas del solicitante a cargo de la citada sociedad. También resultaba un ejemplar del contrato de trabajo por cuenta ajena del solicitante, así como una relación de embargos sobre su salario.

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Ana Margarita López Rubio, Registradora Mercantil de Registro Mercantil de Tenerife, 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: 71/1057.
F. presentación: 09/02/2018.
Entrada: 1/2018/1407.
Sociedad: C. M. S.
Autorizante:
Protocolo: de 09/02/2018.

Fundamentos de Derecho (defectos)

1. Don C. M. S. solicita en su propio nombre el nombramiento de un mediador concursal a fin de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, no siendo el Registro Mercantil competente para ello como dispone tanto la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, en su artículo 2.º, apartado I: "Artículo 2. Presentación y destinatario del formulario de solicitud. 1. La solicitud del deudor no empresario, tanto persona natural como jurídica, irá dirigida al notario correspondiente a su domicilio.", así como la Ley Concursal en su artículo 232, referente a la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos, en su apartado 3, inciso final de su primer párrafo: "3. En caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito. En los demás casos, se solicitará la designación al notario del domicilio del deudor." La documentación aportada no reúne los requisitos necesarios para la inscripción del presentante como empresario individual y la consecuente competencia de este Registro para la designación de mediador concursal.

2. Asimismo, de la propia solicitud, apartado 8, resulta que el instante, don C. M. S., se encuentra actualmente "negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación.", por lo que conforme dispone el artículo 231 de la citada Ley Concursal, punto 4: «4. No podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.»

En relación con la presente calificación: (...)

Santa Cruz de Tenerife, a 22 de febrero de 2018 (firma ilegible).—La registradora».

III

Contra la anterior nota de calificación, don C. M. S. interpuso recurso el día 23 de marzo de 2018 en virtud de escrito en el que alegó, resumidamente, lo siguiente:

Primero. Que resulta incuestionable que ha venido generando los créditos «con los diferentes deudores» [sic] en concepto de empresario y como administrador de diferentes sociedades mercantiles, y Que consultado el Registro Público Concursal, resulta que el Juzgado de lo Mercantil de Tenerife ha resuelto admitir a trámite la solicitud de homologación de acuerdo de refinanciación, declarándose competente para conocer del expediente, de donde resulta que tiene la condición de empresario a los efectos de la Ley Concursa.

Segundo. Que, en cuanto al defecto relativo al acuerdo de refinanciación, no se encuentra actualmente negociando con sus acreedores, y de ahí que solicite la designación de un mediador concursal; Que la confusión proviene de que en fecha 20 de marzo de 2017 se solicitó la presentación de la comunicación de negociaciones a los diferentes acreedores a los efectos del artículo 5 bis de la Ley Concursal, mecanismo que tiene una duración de tres meses y del cual ha transcurrido, en el momento de presentar la solicitud, casi un año, lo que se justifica con la documentación correspondiente, y Que ha acudido a dos notarios de su municipio, sin que ninguno de los dos haya atendido a su solicitud por distintos motivos, y con la denegación de la registradora se encuentra en absoluta indefensión.

IV

La registradora emitió informe el día 3 de abril de 2018, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 16.2 del Código de Comercio; 231, 232.3 y 233 de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal; 112, 114, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 136, 137, 138, 305 y 306 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas en el texto.

1. Solicitada por persona física apertura de expediente de designación de mediador concursal para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, la registradora Mercantil rechaza la solicitud por tres motivos: falta de competencia al tratarse de una persona física no empresario; falta de cumplimiento de los requisitos para obtener su inscripción como empresario individual; y darse la circunstancia de que el solicitante manifiesta en su instancia hallarse actualmente negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación. El interesado recurre.

Para dar una respuesta jurídica adecuada a la pretensión del recurrente es preciso poner de relieve que la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley Concursal llevó a cabo la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de nombramiento de mediador concursal debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «de otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría (vid. Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica (vid. Resolución de 16 de julio de 2015), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (artículo 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución en materia de auditores de 15 de julio de 2005).

Esta misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 232.1 de la Ley Concursal aunque no exista en este supuesto contraposición de intereses. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores o la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de designación de mediador concursal no es una función de calificación.

De este modo, la decisión del registrador Mercantil en relación a la procedencia del nombramiento de un mediador concursal no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones en sede de expertos y auditores de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo

Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica (vid. Resoluciones en materia de designación de mediadores de 4 y 9 de marzo de 2016).

La especialidad del supuesto de designación de mediador por el registrador Mercantil de persona física empresario reside en que la solicitud del interesado va dirigida simultáneamente tanto a que se le designe mediador como a que se le inscriba en el Registro Mercantil como empresario individual (sino lo estuviera con anterioridad).

Si ocurre, como en el supuesto de hecho, que la solicitud es rechazada tanto por lo que se refiere a la designación de mediador como a la práctica de primera inscripción de empresario individual (artículo 90 del Reglamento del Registro Mercantil), se plantea cuál es el procedimiento aplicable: si el previsto en la Ley Concursal, Reglamento del Registro Mercantil y, subsidiariamente, Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas o el previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Téngase que las consecuencias en uno y otro caso no son las mismas, señaladamente el procedimiento a seguir en caso de impugnación (en el primer supuesto recurso de alzada ante esta Dirección General, artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil; recurso contra la calificación o juicio verbal en el segundo caso, artículo 328 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General considera que, en la medida que, como queda debidamente razonado más arriba, el procedimiento de designación de mediador concursal implica la solicitud de apertura de folio de empresario individual y se caracteriza por su sencillez y celeridad, caso de que la solicitud no reúna las circunstancias necesarias para llevar la inscripción del empresario individual será dentro del expediente abierto para la designación de mediador concursal en que el registrador deberá poner de manifiesto, en la forma y plazo prevista en el artículo 232 «in fine» de la Ley Concursal, las deficiencias que haya observado. En definitiva, la actuación registral se resuelve en el único procedimiento de designación de mediador concursal y, caso de desestimación, es recurrible en los términos y plazo del artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

En el presente supuesto la registradora ha emitido una resolución de calificación a cuyo pie consta la relación de posibles recursos propia de las calificaciones contra los registradores de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles y el recurrente ha interpuesto su recurso ante esta Dirección General como si de recurso contra la calificación se tratara.

Puesto que no ha existido protesta alguna de inadecuación de procedimiento esta Dirección General considera que debe dar a la presente el tratamiento propio de los recursos contra la calificación de los registradores de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles.

2. Establecido lo anterior, el recurso no puede prosperar. Como pusieron de relieve las Resoluciones en sede de designación de mediadores de este Centro Directivo de fechas 4 y 9 de marzo y 18 de octubre de 2016, del artículo 232.3 de la Ley Concursal resulta que el registrador Mercantil debe comprobar «el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231», así como «los datos y documentación aportados por el deudor». Si de la documentación aportada (y del contenido del Registro Mercantil o del Registro Público Concursal, en su caso), resultase que el solicitante carece de la legitimación necesaria para solicitar el nombramiento de mediador concursal o que incurre en alguna de las exclusiones legales, puede el registrador rechazar la solicitud sin perjuicio de la posibilidad de subsanación de las deficiencias observadas y enmendables a que se refiere el mismo precepto.

Entre los requisitos que debe analizar el registrador Mercantil está la apreciación de su propia competencia, que viene determinada por las características del deudor solicitante tal y como resulta del artículo 232.3 de la Ley Concursal que, en lo que ahora interesa dice así: «En caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada

telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito».

Consecuentemente el registrador debe en primer lugar verificar si el solicitante es empresario o entidad inscribible pues en caso de serlo debe proceder a la apertura de la hoja que corresponda, siempre que proceda el nombramiento de mediador y que el solicitante haya aportado los documentos precisos para ello.

Junto a los sujetos contemplados como empresarios o comerciantes en la legislación mercantil, la Ley Concursal asimila otros sujetos personas físicas cuya competencia para la designación de mediador concursal es atribuida igualmente al registrador Mercantil. Dice así el artículo 231.1 de la propia ley en su segundo párrafo: «A los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos».

Consecuentemente corresponde al registrador Mercantil la competencia de designación de mediador concursal cuando el solicitante sea persona física que ejerza actividades profesionales, cuando ostente la condición de empresario de acuerdo a la legislación de la Seguridad Social así como cuando ostente la condición de trabajador autónomo.

Si bien estos dos últimos supuestos aparecen en general bien definidos en la legislación aplicable (vid. artículos 137 y 138.3 en relación con los artículos 305 y 306, todos del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), no ocurre lo mismo con el concepto relativo a la actividad profesional llevada a cabo por persona física que carece de una definición material normativa y que, además, puede solaparse con la condición de autónomo. En cualquier caso, corresponderá al registrador la apreciación de si el solicitante acredita suficientemente la condición de profesional a los efectos de determinar su competencia.

3. A la luz de las consideraciones anteriores esta Dirección General debe rechazar el recurso porque de la documentación aportada no resulta que el solicitante ostente condición que atribuya competencia a la registradora Mercantil. No nos encontramos ante ninguno de los supuestos a que hacen referencia los preceptos anteriormente reseñados para que la competencia del nombramiento corresponda a la registradora Mercantil. Como resulta de los hechos el solicitante no acredita su condición de empresario sino exactamente lo contrario al aportar copia de su contrato de trabajo por cuenta ajena así como copia de las últimas nóminas, lo que a su vez es coherente con los datos aportados en el formulario, sin que altere la conclusión anterior el auto de 31 de marzo de 2017 de admisión de comunicación del inicio de negociaciones para obtener un acuerdo extrajudicial por no implicar la condición de empresario del deudor solicitante (artículos 1 y 5 bis de la Ley Concursal).

Consecuentemente corresponderá al notario del domicilio del deudor llevar a cabo la designación.

Como resulta del expediente lo cierto es que el interesado así lo hizo (incluso en dos ocasiones), pero al recibir una respuesta negativa sobre la competencia del notario requerido (respuesta negativa que no fue objeto de recurso), reiteró la solicitud ante el Registro Mercantil. Dadas las consideraciones anteriores esta Dirección General considera que el interesado debe proceder a llevar a cabo una nueva solicitud ante el notario de su domicilio aportando la documentación a que se refiere el artículo 232 de la Ley Concursal.

El notario por su parte debe formar expediente en el que se ha de incluir el conjunto de documentación aportada así como de la documentación que se vaya generando y, al igual que se ha expuesto en los anteriores considerandos, apreciar su propia competencia así como determinar si el deudor solicitante reúne los requisitos precisos para llevar a cabo la solicitud de designación de mediador y si ha aportado la documentación precisa. Apreciada su propia competencia, el notario debe, de

conformidad con el artículo 232.3 de la Ley Concursal, poner en conocimiento del administrado la existencia de las deficiencias que observe en la documentación concediéndole el plazo legal para que las subsane, en su caso. Finalmente el notario ha de dictar resolución estimando o desestimando de forma motivada la pretensión del solicitante notificándola, con pie de recursos, a la persona interesada.

4. Por lo demás es patente que la solicitud no reúne los requisitos necesarios para la apertura de hoja de empresario individual (circunstancia que no impugna el recurrente), y que de la propia solicitud resulta que en la actualidad se encuentra negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación, lo que excluye la apertura de expediente de mediador concursal de conformidad con el artículo 231.4 de la Ley Concursal. Si, como resulta del escrito de recurso, no existe en la actualidad comunicación de negociación con los acreedores de acuerdo de refinanciación, lo que procede es la modificación del formulario de solicitud en cuyo apartado B) «concurencia de las condiciones de acceso al procedimiento», epígrafe 8, consta con toda claridad que el deudor se encuentra negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación.

5. Por otro lado no ha existido un supuesto de indefensión material en la tramitación del expediente por parte de la registradora Mercantil. La resolución impugnada no adolece de causa de nulidad de las previstas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ni puede ser apreciado un defecto de forma que produzca indefensión al recurrente en los términos previstos en el artículo 48.2 del mismo cuerpo legal. Para que así hubiera sido habría sido preciso que el error de la resolución impidiera efectivamente al recurrente apreciar su sentido o los hechos de que deduce las consecuencias jurídicas impugnadas o que de otro modo le hubiese impedido ejercitar los derechos que la Ley le reconoce. La resolución impugnada desestima la solicitud precisamente porque, a juicio de la registradora, carece de competencia para llevar a cabo el nombramiento.

En el supuesto que constituye el objeto de este expediente el recurrente ha podido alegar en fase de recurso los motivos que ha tenido por conveniente en función de la decisión desestimatoria de la registradora que de forma escueta pero patente se considera incompetente, siendo esta la única causa de desestimación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

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, 1 de junio de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.