

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12824 *Resolución de 1 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil de Córdoba a inscribir una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Manuel Melero Marín, notario de Baena, contra la negativa del registrador mercantil de Córdoba, don Rafael Castiñeira Fernández Medina, a inscribir una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Baena don Manuel Melero Marín, el 21 de mayo de 2020, con número 226 de protocolo, se constituyó la sociedad «Baena Salud, S.L.».

Respecto de uno de los socios fundadores, don A. M. M., en dicha escritura el notario autorizante expresa lo siguiente: «se encuentra casado bajo el régimen legal de separación de bienes con doña R.M.N.L., según escritura de capitulaciones autorizada el día 26 de febrero de 2018, por el Notario de Zaragoza, don Augusto Ariño García-Belenguer, con el número quinientos cincuenta y ocho de protocolo, según copia autorizada electrónica que he tenido a la vista».

Asimismo, expresa que don M. M. M. interviene en nombre y representación de la Entidad Mercantil "Energy Innovation 2019, S.L." en su calidad de persona física representante de la Administradora Única, la sociedad "Next Virginia Corporate, S.L.", «cargo para el que fue nombrado y aceptó por tiempo indefinido por acuerdo de la Junta General Extraordinaria y Universal de la Sociedad, en sesión celebrada el día 4 de mayo de 2020, y elevado a público mediante escritura autorizada en Zaragoza, el día 13 de mayo de 2020, por el Notario Don Augusto Ariño García- Belenguer, bajo el número 836 del protocolo, la cual se encuentra pendiente de inscripción en el Registro Mercantil de Zaragoza, de cuya falta advierto. No obstante la falta de inscripción antes dicha, yo el Notario de conformidad con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 2014 hago constar que he comprobado que la Junta General, que resolvió sobre el cambio de administrador fue válidamente celebrada con el carácter de universal, que fue válidamente adoptado el acuerdo por el que se nombra la nueva administradora, que fue debidamente notificado el anterior administrador quien compareció en la propia escritura antes citada, y que fue válidamente hecha la designación de la persona física representante de la Sociedad nombrada administradora única, y consentido el cargo por la administradora única nombrada, así como por la persona física designada para la representación de ésta».

II

Presentada la citada escritura en el Registro Mercantil de Córdoba, fue objeto de calificación negativa emitida por el registrador en los siguientes términos:

«Rafael Castiñeira Fernández-Medina, Registrador Mercantil de Córdoba, 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: (...)

Fundamentos de derecho (Defectos):

1. No consta la reseña identificativa de la escritura de capitulaciones matrimoniales de la socia fundadora (sic) Don A. M. M., así como los datos de inscripción de la misma en el Registro Civil correspondiente. Artículo 266 del Reglamento del Registro Civil. -

2. Ha de inscribirse previamente la escritura de nombramiento de la entidad Next Virginia Corporate, S.L. representada por don M. M. M. como Administradora Única de la entidad Energy Innovation 2019, S.L. Artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil.

3. Por referidos defectos se suspende la inscripción solicitada, al considerarlos subsanables.

En relación con la presente calificación:

Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones (...)

Córdoba, a 15 de junio de 2020. El Registrador.»

III

Mediante escrito que causó entrada en el referido Registro Mercantil el 3 de julio de 2020, el notario autorizante de la escritura, don Manuel Melero Marín, interpuso recurso contra la anterior calificación en el que alega lo siguiente:

«(...) Hechos:

(...) IV. Que el presente recurso versa, en primer lugar, sobre el primero de los defectos señalados en la citada calificación, en lo que se refiere a la falta de reseña relativa a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el socio fundador, Don A. M. M. El motivo del recurso se fundamenta en la constancia en la diligencia de ratificación de la citada reseña. Concretamente consta lo siguiente «(...) según escritura de capitulaciones autorizada el día 26 de febrero de 2018, por el Notario de Zaragoza, don Augusto Ariño García-Belenguer, con el número quinientos cincuenta y ocho de protocolo, según copia autorizada electrónica que he tenido a la vista".

V. Asimismo versa el presente recurso sobre el segundo de los defectos contenidos en la repetida calificación, relativo a la necesidad de inscripción previa de la escritura de nombramiento de la entidad Next Virginia Corporate S.L., representada por don M. M. M., como Administradora única de la entidad Energy Innovation 2019, S.L. El presente recurso se basa en la consideración por parte del Notario que suscribe de no ser precisa la citada inscripción previa, a diferencia del criterio del registrador que parece pretende aplicar el principio de tracto sucesivo, toda vez que en la diligencia de ratificación de la escritura en cuestión se hizo constar de manera expresa por el Notario autorizante de la misma los datos necesarios para apreciar la válida designación del representante legal de la sociedad interesada, invocando incluso alguna resolución de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado, actual DGSJYFP, que recoge la doctrina seguida por la misma en esta materia.

Así, consta que el Notario autorizante había "comprobado que la Junta General, que resolvió sobre el cambio de administrador fue válidamente celebrada con el carácter de universal, que fue válidamente adoptado el acuerdo por el que se nombra la nueva administradora, que fue debidamente notificado el anterior administrador quien compareció en la propia escritura antes citada, y que fue válidamente hecha la designación de la persona física representante de la Sociedad nombrada administradora única, y consentido el cargo por la administradora única nombrada, así como por la persona física designada para la representación de ésta".

Fundamentos de Derecho:

Vista la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de septiembre de 2018, así como las en ella citadas.

Es reiterada doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antigua Dirección General de los Registros y del Notariado) que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción (cfr. artículos 22.2 del Código de Comercio, 4 y 94.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil y 214.3, 233 y 234 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y, entre otras, Resoluciones de 17 de diciembre de 1997, 23 de febrero de 2001 y 13 de noviembre de 2007, para los cargos de sociedades, y Resoluciones de 15 de febrero, 9 de abril, 3 de junio y 19 de julio de 2003, 2 de enero de 2005 y 27 de mayo de 2017, para los apoderados o representantes voluntarios de sociedades).

No obstante, el no condicionamiento de la previa inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento del cargo representativo o poder general para la inscripción del acto de que se trata no puede excusar la necesaria acreditación de la existencia y validez de la representación alegada, en nombre del titular registral, para que el acto concreto pueda ser inscrito sin la directa intervención de dicho titular registral (cfr. artículos 1, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria). La circunstancia de que sea obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos de cargos sociales o poderes generales (cfr. artículo 94.1.5.ª del Reglamento del Registro Mercantil) no significa que dicha inscripción en el Registro Mercantil deba realizarse necesariamente con carácter previo para la inscripción en el Registro de la Propiedad o Mercantil de los actos o contratos otorgados en ejercicio de dicha representación, pues, a diferencia de otros supuestos (cfr. artículo 383 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual, la falta de publicidad de la sociedad adquirente en el Registro Mercantil sí es obstáculo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la adquisición realizada a su favor, o el artículo 249.3 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, conforme al cual, no sería inscribible en el Registro de la Propiedad lo actuado por un consejero delegado no inscrito, habida cuenta del carácter constitutivo de la inscripción de dicho cargo), y a diferencia también de lo que sucedía con la redacción del Reglamento del Registro Mercantil anterior de 1956 (cfr. artículo 95), en la legislación actual, con las excepciones contempladas en la misma, no hay ningún precepto que imponga aquella inscripción en el Registro Mercantil con carácter general y previo a la inscripción en el Registro de la Propiedad o Mercantil.

La inscripción del nombramiento o poder en el Registro Mercantil no es precisa para la válida existencia del nombramiento o poder, aunque sí para su plena eficacia frente a terceros, incluso de buena fe (cfr. artículos 21 del Código de Comercio y 9 del Reglamento de Registro Mercantil). La falta del dato de la inscripción en el Registro Mercantil como revelador de la válida existencia de la representación alegada, puede ser suplida por la reseña en el título inscribible de aquellos datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante social o apoderado general por haber sido nombrado con los requisitos y formalidades legales y estatutarias por órgano social competente y vigente en el momento del nombramiento (vid. Resolución de esta Dirección General de 4 de junio de 1998).

En consecuencia, el hecho de que el nombramiento del administrador de la sociedad surta efectos desde su aceptación sin necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil, a pesar de ser ésta obligatoria, no excusa de la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo. Es decir, para que el nombramiento de administrador produzca efectos desde su aceptación, háyase o no inscrito dicho nombramiento en el Registro

Mercantil, es preciso justificar que dicho nombramiento es además válido por haberse realizado con los requisitos, formalidades y garantías establecidas por la legislación de fondo aplicable. No se trata, en resumen, de oponibilidad o no frente a tercero, de buena o mala fe, del nombramiento de administrador no inscrito, sino de acreditación de la validez, regularidad y plena legitimación del que actúa en representación de la persona jurídica interesada en base a un nombramiento que no goza de la presunción de validez y exactitud derivada de la inscripción en el Registro Mercantil y que, por tanto, en principio responde a una situación contraria a la que publica dicho Registro Mercantil con efectos frente a todos desde su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» (artículos 21.1 Código del Comercio y 9 del Reglamento del Registro Mercantil), y por tanto también frente al que conoce la falta de inscripción de dicho nombramiento pues consta en la propia escritura.

Por tal razón en estos casos de falta de inscripción del nombramiento de administrador en el Registro Mercantil, la reseña identificativa del documento o documentos fehacientes de los que resulte la representación acreditada al notario autorizante de la escritura deba contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral (vid. artículos 12, 77 a 80, 108, 109 y 111 del Reglamento del Registro Mercantil); todo ello para que pueda entenderse desvirtuada la presunción de exactitud de los asientos del Registro Mercantil y que, en el presente caso, se hallan en contradicción con la representación alegada en la escritura calificada. Así lo exige también la transparencia debida en el ejercicio de la representación, ya sea voluntaria u orgánica, a los efectos legalmente prevenidos: identificación de los sujetos en el tráfico jurídico, control de cobros y pagos, prevención del blanqueo de capitales, responsabilidad civil, administrativa y penal de los administradores y en general el control público de las transmisiones de activos.»

IV

El registrador elevó el expediente a esta Dirección General con su informe mediante escrito de 14 de julio de 2020. En dicho informe expresa lo siguiente:

«En cuanto al defecto del apartado 1. En el escrito de recurso solo se impugna el defecto “en lo que se refiere a la falta de reseña relativa a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el socio fundador, don A. M. M.” (sic) por lo que, constatado que tal reseña existía, el registrador que suscribe no puede sino reconocer el error y allanarse.

No es objeto de recurso el segundo inciso de ese primer defecto, relativo a la falta de acreditación de la inscripción de la referida escritura de capitulaciones en el Registro Civil, por lo que no procede entrar en mayores consideraciones».

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1259 del Código Civil; 18, 20, 21 y 22 del Código de Comercio; 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; 32, 214, 215, 233, 234 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital; 1, 9, 18, 19 bis, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria; 51, 127 y 383 del Reglamento Hipotecario; 4, 7, 9, 11, 12, 77 a 80, 81, 94, 108, 109, 111 y 192 del Reglamento de Registro Mercantil; 143, 145, 164, 165 y 166 del Reglamento Notarial; 266 del Reglamento del Registro Civil; la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de mayo de 2008; la Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de septiembre de 2011 y 20 y 22 de noviembre de 2018; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 1979, 1 de junio de 1993, 10 de febrero

de 1995, 12 de abril de 1996, 17 de diciembre de 1997, 26 de mayo y 4 de junio de 1998, 13 de febrero, 4 de junio, 13 de julio y 23 de diciembre de 1999, 17 de febrero de 2000, 3 y 23 de febrero y 21 de septiembre de 2001, 14 de enero, 21 de marzo y 12 de abril de 2002, 15 de febrero, 9 y 29 de abril, 3 de junio y 19 de julio de 2003, 2 de enero, 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 y 2 de abril, 12 y 23 de septiembre, 24 de octubre y 18 de noviembre de 2005, 20 de septiembre, 30 y 31 de mayo y 6 y 20 de diciembre de 2006, 1 de junio y 13 de noviembre de 2007, 8 de mayo y 2 y 3 de diciembre de 2010, 17 de enero, 21 de febrero, 5 de abril y 22 de junio de 2011, 27 de febrero (2.^a), 28 de febrero, 1 de marzo, 22 de mayo, 11 de junio (2.^a), 5 de octubre (2.^a), 30 de octubre y 6 de noviembre de 2012, 15 de febrero, 3 y 24 de junio, 8 y 9 de julio, 8 de octubre y 12, 16, 17, y 20 de diciembre de 2013, 28 de enero y 22 de abril de 2014, 2 de febrero de 2015, 29 de septiembre de 2016, 15 de diciembre de 2017 y 18 de septiembre y 7 de noviembre de 2018 y 17 de septiembre de 2019 y 10 de octubre y 18 de diciembre de 2019; y la Resolución de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de febrero de 2020.

1. Según el primero de los defectos expresados por el registrador en la calificación objeto del presente recurso, no consta la reseña identificativa de la escritura de capitulaciones matrimoniales de uno de los socios fundadores (casado bajo el régimen de separación de bienes) «así como los datos de inscripción de la misma en el Registro Civil correspondiente. Artículo 266 del Reglamento del Registro Civil».

En su informe, el registrador reconoce que en la escritura calificada sí que se reseñan las referidas capitulaciones, por lo que rectifica la calificación sólo respecto de ese extremo, pero mantiene «el segundo inciso de ese primer defecto, relativo a la falta de acreditación de la inscripción de la referida escritura de capitulaciones en el Registro Civil» porque entiende que no es objeto del recurso.

Ciertamente, no debe decidirse ahora sobre este segundo extremo, dados los términos literales del recurso, si bien procede recordar que, según la doctrina de este Centro Directivo, para la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, cuyo socio fundador, que aporta dinero, declara estar casado en régimen de separación de bienes, no es necesario que se acredite dicho régimen económico matrimonial (Resolución de 29 abril 2003).

2. El segundo de los defectos invocados por el registrador consiste en que, a su juicio, conforme al artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil, debe inscribirse previamente en tal Registro el nombramiento de la administradora única («Next Virginia Corporate, S.L.», representada por la persona física que se indica) de una de las sociedades fundadoras («Energy Innovation 2019, S.L.», inscrita en el Registro Mercantil de Zaragoza).

El notario recurrente alega que la aplicación del principio de tracto sucesivo no puede impedir la inscripción solicitada, toda vez que en la escritura en cuestión hizo constar de manera expresa los datos necesarios para apreciar la válida designación del representante legal de la sociedad interesada.

3. Este segundo defecto no puede ser mantenido.

Es reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas la Resolución de 18 de diciembre de 2019) que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción (cfr. artículos 22.2 del Código de Comercio y 4 y 94.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil, 214.3, 233 y 234 de la Ley de Sociedades de Capital, y, entre otras, Resoluciones de 17 de diciembre de 1997, 23 de febrero de 2001 y 13 de noviembre de 2007, para los cargos de sociedades, y Resoluciones de 15 de febrero, 9 de abril, 3 de junio y 19 de julio de 2003, 2 de enero de 2005 y 27 de mayo de 2017, para los apoderados o representantes voluntarios de sociedades).

La circunstancia de que sea obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos de cargos sociales o poderes generales (cfr. artículo 94.1.5.^a del Reglamento del Registro Mercantil) no significa que dicha inscripción en aquel Registro deba realizarse necesariamente con carácter previo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos o contratos otorgados en ejercicio de dicha representación, pues, a diferencia de otros supuestos (cfr. artículo 383 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual, la falta de publicidad de la sociedad adquirente en el Registro Mercantil sí es obstáculo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la adquisición realizada a su favor, o el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital, conforme al cual, no sería inscribible en el Registro de la Propiedad lo actuado por un consejero delegado no inscrito, habida cuenta del carácter constitutivo de la inscripción de dicho cargo), y a diferencia también de lo que sucedía con la redacción del Reglamento del Registro Mercantil anterior de 1956 (cfr. artículo 95), en la legislación actual, con las excepciones contempladas en la misma, no hay ningún precepto que imponga aquella inscripción en el Registro Mercantil con carácter general y previo a la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y estas mismas consideraciones son aplicables a la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución de una sociedad otorgada por el administrador de otra sociedad -como fundadora- con cargo no inscrito en el referido Registro.

Es cierto que, según el artículo 11.3 del Reglamento del Registro Mercantil, «Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos». Pero, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., entre otras, las Resoluciones de 2 de febrero de 1979, 26 de mayo y 4 de junio de 1998, 23 de diciembre de 1999, 14 de enero y 21 de marzo de 2002, 21 de febrero y 22 de junio de 2011, 22 de abril de 2014 y 20 de febrero de 2020), en un registro de personas como es el Registro Mercantil, registro de empresarios, algunos principios registrales como el de tracto sucesivo no pueden tener el mismo alcance que en un registro de bienes donde los derechos que sobre ellos recaigan o bien son incompatibles o gozan entre sí de preferencia en razón del momento de su acceso al registro. Por ello, aunque el artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil haga una formulación de tal principio – formulación que no aparece con rango legal –, su aplicación ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. Así la regla del apartado 3 del artículo 11 del referido Reglamento constituye obstáculo para inscribir, en la hoja de la sociedad que se constituye, los actos otorgados por los administradores de la misma cuyo cargo no conste inscrito en esa misma hoja; pero no puede impedir la inscripción de la sociedad que se constituye por el hecho de que una de las sociedades fundadoras intervenga mediante un administrador no inscrito en la hoja de esta última, pues la aceptación de la tesis del registrador supondría reconocer carácter constitutivo a la inscripción de tal cargo, lo que no aparece establecido en precepto alguno.

Por lo demás, no es necesario entrar en las consideraciones que la Resolución de este Centro Directivo de 18 de septiembre de 2019 -citada por el recurrente- contiene sobre la aplicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, pues no sólo es que el registrador no ha opuesto ninguna objeción basada en esta norma, sino que además resulta indudable que, en el presente caso, el notario ha emitido, conforme a dicho precepto legal, el juicio que le compete sobre la validez y vigencia de las facultades de representación y su congruencia con el acto o negocio jurídico pretendido; así, el notario no sólo reseña los datos identificativos del documento fehaciente exhibido para acreditar el nombramiento de administradora sino que emite el juicio sobre la suficiencia de las facultades de dicha administradora para el otorgamiento de la escritura dado el carácter orgánico de su representación, y hace constar que ha comprobado la validez de dicho nombramiento, en los términos antes transcritos (vid. apartado I de los «Hechos»).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada únicamente en relación con el segundo de los defectos en la misma expresados, único al que debe ceñirse la presente resolución.

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 octubre de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.