

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 1543** *Resolución de 20 de enero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Valencia a inscribir una escritura de cambio de socio único de dicha sociedad.*

En el recurso interpuesto por don M. D. M., en nombre y representación y en su condición de Director general y apoderado de la sociedad «Agrinorway Ibérica, S.L.», Unipersonal, contra la negativa del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Valencia, don Carlos Javier Orts Calabuig, a inscribir una escritura de cambio de socio único de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Benidorm, don Pablo Madrid Navarro, como sustituto de su compañero de la misma ciudad, don Luis María Sánchez Bernal, el día 20 de agosto de 2013, por la que el Administrador único de la sociedad «Agrinorway Ibérica, S.L.», unipersonal, declara el cambio de socio único de dicha sociedad como consecuencia de la adquisición de todas las participaciones sociales por la sociedad de nacionalidad noruega, «Agrinos, A.S.», mediante escritura de compraventa otorgada el día 19 de octubre de 2011.

II

El día 24 de septiembre de 2013 se presentó en el Registro Mercantil de Valencia copia autorizada de dicha escritura de declaración de cambio de socio único, y el día 27 de septiembre de 2013 fue objeto de calificación negativa, que a continuación se transcribe, emitida por el registrador don Carlos Javier Orts Calabuig: «Carlos Javier Orts Calabuig, Registrador Mercantil de Valencia, previo examen y calificación del documento que se dirá, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: Asiento: 1010 Diario: 763 Entrada: 1/2013/31504 Sociedad: Agrinorway Ibérica, S.L. Notario/Protocolo: Pablo Madrid Navarro, como sustituto de su compañero don Luis María Sánchez Bernal, por imposibilidad física del mismo y para su protocolo 2013/1020 Fundamentos de Derecho No resulta del precedente documento en el que se formaliza el cambio de socio único, el NIE/NIF del nuevo socio único, la entidad Noruega «Agrinos, A.S.», conforme a lo establecido en el RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que exige el NIE.NIF a los extranjeros que por sus relaciones económicas profesionales o sociales se relacionan con España. REDGRN de 18/1/2012.–Defecto de carácter suspensivo. Se han cumplido en su integridad los trámites previstos en el artículo 18 del Código de Comercio y 6 y 15 del Reglamento del Registro Mercantil. Asimismo, como ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado reiteradamente, no puede desconocerse a tales efectos la independencia que tiene cada registrador al ejercitar su función calificadora bajo su propia exclusiva responsabilidad conforme al citado art. 18 del Código de Comercio (RDGRN de 5 de julio de 2011). En relación con la presente calificación (...) Valencia a 27 de septiembre de 2013.–El Registrador n.º III».

III

Don M. D. M., en nombre y representación y en su condición de Director general y apoderado de la sociedad «Agrinorway Ibérica, S.L.», Unipersonal, interpuso recurso contra la anterior calificación mediante escrito, de fecha 18 de octubre de 2013, que causó entrada en el Registro de Mercantil y de Bienes Muebles de Valencia el día 21 de octubre de 2013, con las siguientes alegaciones: «Primera.–La sociedad a la que se exige la presentación de un NIE, socia única de la sociedad a la que represento, Agrinos, A.S., es una sociedad Noruega que no ejerce directamente actividad económica en España sino que ha adquirido para ello una filial unipersonal (Agrinorway Ibérica, S.L.U.) como se prueba con el Anexo I que es la declaración de inversión extranjera en España, luego Agrinos, A.S., no es residente en el territorio español ni ejerce en el mismo actividad económica ninguna. La documentación de los ciudadanos extranjeros residentes en España se regula, nada menos que en una Ley Orgánica como un derecho/deber, no como una obligación: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: «Artículo 4 Derecho a la documentación 1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España. 2. Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada. Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos en que se podrá obtener dicha tarjeta de identidad cuando se haya concedido una autorización para permanecer en España por un período no superior a seis meses. 3. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana». (Artículo 4 redactado por el apartado seis del artículo único de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social («B.O.E.» 12 diciembre). Vigencia: 13 diciembre 2009) El Capítulo III (art 36 a 43 de dicha LO) al referirse a las «autorizaciones para la realización de actividades lucrativas» en ningún momento incluye al inversor extranjero, porque la inversión extranjera, como es nuestro caso, tiene un régimen distinto, debiendo destacarse que en los países de la Unión Europea y, como Noruega, de la Asociación Europea de Libre Comercio, el principio jurídico es la libertad de movimiento de capitales, que no puede ser restringida o condicionada por medidas de efecto equivalente no establecidas legalmente. Por tanto la exigencia de un NIE para un inversor extranjero no residente en territorio español sólo puede venir establecida expresamente o en la normativa de inversiones extranjeras o en la normativa que regula la expedición del propio NIE. Segunda.–Debe observarse que el deber de obtener un documento tiene que ser desarrollado reglamentariamente y que tal desarrollo reglamentario se produjo por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (que derogó el RD 2393/2004, de 30 de diciembre), cuyo texto se refiere, evidentemente y en una mera interpretación gramatical y sistemática, al régimen de los ciudadanos extranjeros que residen o ejercen actividades económicas en España. Una sociedad extranjera no ejerce actividad ni reside en España, por definición. El Título XIII, Capítulo 1, regula la «Documentación de los Extranjeros», pero debe entenderse en el ámbito del Reglamento y de la Ley Orgánica que desarrolla, pues no es asumible que esta norma pretenda un «efecto extraterritorial» de modo que todo extranjero que tenga contacto profesional o empresarial con España ya tenga que cumplir la manía nacional de «documentarse». Dicho Capítulo se compone tan sólo de dos artículos (...) «Artículo 205 Derechos y deberes 1. Los extranjeros que se encuentren en

territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar, en vigor, la documentación con la que hubieran efectuado su entrada en España, la que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España. 2. Los extranjeros están obligados a exhibir los documentos referidos en el apartado anterior cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes, en ejercicio de sus funciones. 3. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.» «Artículo 206 Número de identidad de extranjero 1. Los extranjeros a cuyo favor se inicie un procedimiento para obtener un documento que les habilite para permanecer en territorio español que no sea un visado, aquéllos a los que se les haya incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería y aquellos que por sus intereses económicos, profesionales o sociales se relacionen con España serán dotados, a los efectos de identificación, de un número personal, único y exclusivo, de carácter secuencial. 2 El número personal será el identificador del extranjero, que deberá figurar en todos los documentos que se le expidan o tramiten, así como en las diligencias que se estampen en su pasaporte o documento análogo, salvo en los visados. 3. El número de identidad del extranjero, NIE, deberá ser concedido de oficio, por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, en los supuestos mencionados en el apartado 1, salvo en el caso de los extranjeros que se relacionen con España por razón de sus intereses económicos, profesionales o sociales, que deberán interesar de dicho órgano la asignación del indicado número, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que no se encuentren en España en situación irregular. b) Que se comuniquen los motivos por los que solicitan la asignación de dicho número. Los extranjeros que se relacionen con España por razón de sus intereses económicos, profesionales o sociales podrán solicitar personalmente el NIE a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, directamente o a través de las Oficinas de Extranjería o Comisarías de policía. En el caso de que el extranjero no se encuentre en territorio español en el momento de la solicitud, solicitará la asignación de NIE a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, a través de las Oficinas Consulares de España en el exterior. El procedimiento habrá de ser resuelto en el plazo máximo de cinco días desde la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. 4. Lo dispuesto en el apartado anterior será también de aplicación para la solicitud de los certificados de residente y de no residente.» Todo el tenor del artículo demuestra que está pensado para personas físicas y no jurídicas. Conforme al criterio de ese Registro, esté o no amparado en Circulares o Instrucciones de la AEAT (que no se citan en la calificación y que son inoponibles al ciudadano y más si son contrarias al tenor de la Ley Orgánica y del Reglamento, y más si son contrarias al principio de libertad de circulación de capitales), un inversor extranjero en Bolsa, por ejemplo un Fondo de Inversión, ¿debería también solicitar un NIE antes de comprar acciones u obligaciones y para ello enviar a un apoderado con poder bastante, apostillado o legalizado consularmente u otorgado en un consulado español en el extranjero antes de invertir? La respuesta de sentido común y lógica, pero también jurídica tiene que ser un rotundo no, especialmente porque con eso se volvería al régimen de inversiones extranjeras en España anterior a la normativa de 1986, modificada en 1991. De hecho, se ha presentado al Sr. Notario autorizante el NIE del nuevo Administrador Único, ciudadano noruego, que ha seguido la tramitación reglamentariamente establecida. Tercera.—La norma que regula la inversión extranjera directa en España no son ni la LO ni el RD antes citados, sino el Real Decreto 1816/1991, de 20 diciembre, sobre transacciones económicas en el exterior (con sus modificaciones vigentes) y en el mismo no se exige, ni tampoco en el impreso de inversión, la obtención de un NIE. Si el Ministerio Competente no exige un NIE para comunicar la inversión no entendemos por qué la AEAT y el Registro

establecen engorrosas obligaciones formales para el socio único extranjero. Con ello sólo se consigue mantener el régimen excesivamente burocrático a pesar de los supuestos esfuerzos del legislador por reducir los trámites para la creación y gestión de empresas que permitan dinamizar la economía española».

IV

Mediante escrito, de fecha 21 de noviembre de 2013, el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Valencia, don Carlos Javier Orts Calabuig, elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo. En dicho informe manifiesta que se dio traslado del recurso al notario autorizante, sin que se haya recibido alegación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 23 de la Ley del Notariado; 18 del Código de Comercio; 19 bis, 254.2 y 4, 322, 325, 326 y 327 de la Ley Hipotecaria; 3 del Código Civil; la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal; los artículos 4.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; 101 y 105 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009; 38 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil; 127 del Reglamento Hipotecario; 3.1, 4.2, 18.1, 20.1 y 23.1 del Real Decreto 1065/2007 de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos; 35, 41 y 43.1.g) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; 13.1 de la Ley de Sociedades de Capital; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de septiembre de 1993, 20 de abril y 2 de octubre de 1998, 14 de julio y 20 de octubre de 2000, 22 de marzo de 2001, 1, 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 y 2 de abril, 4 de mayo, 13 y 28 de octubre y 18 de noviembre de 2005, 25 de julio de 2006, 31 de enero, 21 de marzo y 25 de octubre de 2007, 14 de abril, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 26 de enero y 10 de mayo de 2011, 18 de enero, 28 de febrero, 22 de mayo y 16 y 20 de julio de 2012 y 15 y 25 de febrero de 2013.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura otorgada el día 20 de agosto de 2013 por la que se declara el cambio de socio único de una sociedad de responsabilidad limitada española como consecuencia de la adquisición de todas las participaciones sociales por una sociedad extranjera mediante escritura de compraventa otorgada el día 19 de octubre de 2011.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, en la escritura presentada debe constar el número de identidad de extranjero (N.I.E.) o número de identificación fiscal (N.I.F.) correspondiente a la socia única –una sociedad noruega-, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

2. El artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil regula lo que denomina «constancia de identidad», exigiendo determinados datos cuando haya de hacerse constar en la inscripción la identidad de una persona. Tratándose de personas físicas extranjeras se exige que se haga constar el «número de identificación de extranjeros, el de su pasaporte, el de su tarjeta de residencia, o de cualquier otro documento legal de identificación, con declaración de estar vigentes». Añade el precepto que «se consignará el número de identificación fiscal, cuando se trate de personas que dispongan del mismo con arreglo a la normativa tributaria», norma que resulta aplicable tanto a nacionales como a extranjeros. Y si se trata de personas jurídicas, según el mismo artículo

reglamentario, se indicarán los datos de identificación registral y «el número de identificación fiscal, cuando se trate de entidades que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria», exigencia ésta también aplicable a las personas jurídicas extranjeras.

Por tanto, a los efectos de identificación de personas jurídicas extranjeras que deban constar en la hoja abierta a la sociedad sólo cuando lo exija la normativa tributaria será obligatorio que conste un número de identificación fiscal.

3. La norma que regula en la actualidad la obligatoriedad del número de identificación fiscal para personas físicas y jurídicas es el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, en cuyo artículo 18.1 se dispone que «las personas físicas y jurídicas, así como los obligados tributarios a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, tendrán un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria». Según el artículo 3.1 del mismo Reglamento, el Censo de Obligados Tributarios estará formado por la totalidad de las personas o entidades que deban tener un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 18. Y el artículo 4.2, relativo al contenido de dicho Censo, incluye entre los datos de éste el número de identificación fiscal español asignado a las personas jurídicas extranjeras. Por su parte el artículo 23.1 del mismo Reglamento establece que las personas jurídicas «que vayan a ser titulares de relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria deberán solicitar la asignación de un número de identificación fiscal. En el caso de que no lo soliciten, la Administración tributaria podrá proceder de oficio a darles de alta en el Censo de Obligados Tributarios y a asignarles el número de identificación fiscal que corresponda».

4. En el presente caso, la escritura calificada contiene un acto del que se derivan relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria, pues a la socia única de que se trata la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias. Así, y aparte la obligación de contribuir por los dividendos que perciba, el artículo 35.5 de la Ley General Tributaria incluye también en el concepto legal amplio de obligado tributario a los que denomina responsables del tributo de conformidad con el artículo 41 de la misma Ley. Y este artículo 41 establece que son responsables tributarios los responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria, junto a los deudores principales, aclarando el artículo 43 –apartado 1, letra g)– que son responsables subsidiarios del tributo «las personas o entidades que tengan el control efectivo, total o parcial, directo o indirecto, de las personas jurídicas o en las que concurra una voluntad rectora común con éstas, cuando resulte acreditado que las personas jurídicas han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta para eludir la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública y exista unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial. La responsabilidad se extenderá a las obligaciones tributarias y a las sanciones de dichas personas jurídicas».

5. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, cabe concluir afirmando la necesidad de que sociedad extranjera que sea socia única de una sociedad de responsabilidad limitada española esté dotada del correspondiente número de identificación fiscal para el caso de tener que tributar por dividendos o responder de forma subsidiaria, en los términos examinados.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y mantener la calificación impugnada en los términos expresados en los fundamentos de Derecho que anteceden.

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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de enero de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.