

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3539 *Resolución de 27 de febrero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Navarra por la que se rechaza la inscripción de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don A. V. V., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Ardo Marcilla DC, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el Registrador mercantil y de bienes muebles de Navarra, don Antonio Fernández Martín, por la que se rechaza la inscripción de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Por el Notario de Pamplona, don Matías Ruiz Echevarría, se autorizó, el día 9 de octubre de 2013, escritura pública de constitución de sociedad de responsabilidad limitada. En dicha escritura pública el recurrente comparece en representación del socio único, una sociedad de nacionalidad belga, y en representación de dos personas físicas de nacionalidad belga que son nombrados administradores solidarios. Respecto de la sociedad belga representada, el Notario autorizante hace constar que el compareciente ejerce la representación en virtud de escritura de poder autorizada por el Notario de Ardoie, don Jo Debyser, el día 23 de septiembre de 2013, cuya copia autorizada, debidamente apostillada, le exhibe (como se verá no es relevante la reseña en cuanto a las personas físicas representadas).

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Navarra Mercantil Nota de calificación El registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/asiento: 2013/6398 De fecha: 13/11/2013 Entrada: 1/2013/8.163,0 Sociedad: Ardo Marcilla DC, S.L. Autorizante: Ruiz Echeverría, Matías Protocolo: 2013/728 de 09/10/2013 Fundamentos de Derecho (defectos). 1. Falta acreditar la inscripción y vigencia de la sociedad belga “Ardo NV”, mediante la correspondiente certificación original del Registro donde figure inscrita, debidamente apostillada y traducida al español (arts. 5, 6 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil). 2. Los administradores solidarios, de nacionalidad extranjera, deben ser identificados mediante su número de identificación de extranjero –N.I.E.–, ya que se trata del documento destinado a identificarlo, sirviendo asimismo como número de identificación fiscal. Fundamentos de Derecho: Artículos 38 del Reglamento del Registro Mercantil, 210 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, y 20 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, así como Resoluciones de 18 de enero de 2012 y 16 de julio de 2012 de la Dirección General de los Registros y el Notariado). Sin perjuicio de proceder a la

subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación (...) Pamplona, a 19 de Noviembre de 2013 (firma ilegible). El registrador».

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. V. V., Abogado, en nombre y representación de la sociedad «Ardo Marcilla DC, S.L.», interpuso recurso en virtud de escrito, de fecha 19 de diciembre de 2013, en el que alegó, resumidamente, lo siguiente: Que, en cuanto al primer defecto, no es preciso aportar certificado del Registro Mercantil de Bélgica por cuanto de la escritura presentada resulta que ha comparecido con un poder otorgado ante un Notario belga cuya copia, debidamente apostillada y traducida, ha sido aportada al Notario español, por lo que la existencia de la sociedad belga ha de presumirse, pues el poder ha sido otorgado ante un Notario de ese país siendo el capacitado para atestiguar y valorar estos extremos; Que, a mayor abundamiento, dicho poder ha sido considerado suficiente por el Notario español; Que el artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil no es aplicable al caso, pues se refiere a la inscripción de un documento extranjero, lo que no constituye el supuesto de hecho; y, que en cuanto al segundo defecto, ya ha sido subsanado por aportación de los números de identificación de extranjero de los administradores nombrados.

IV

El Registrador emitió informe el día 7 de enero de 2014, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que, notificado el Notario autorizante, realizó alegaciones mediante escrito de fecha 30 de diciembre de 2013.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 9, 11, 12 y 1216 del Código Civil; 281 y 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 3 y 4 de la Ley Hipotecaria; 33, 34, 36 y 37 del Reglamento Hipotecario; 5 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil; 1.2 del Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); 2.c) del Reglamento (UE) número 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2011 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2006; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de diciembre de 1981, 11 de junio de 1999, 4 de febrero de 2000, 21 de abril de 2003, 19 de febrero de 2004, 5 de febrero y 1 de marzo de 2005, 23 y 29 de mayo de 2006, 22 de febrero de 2012, 31 de octubre de 2013 y 24 de enero de 2014.

1. Dado que el recurrente, en su escrito de recurso, pone de manifiesto que el segundo de los defectos señalados por el registrador Mercantil en su nota ha sido debidamente subsanado, este expediente debe ceñirse al primero de los defectos, único respecto del que el recurrente mantiene su pretensión revocatoria.

2. En concreto, la cuestión se centra en determinar si puede tener acceso al Registro Mercantil una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada en la que el compareciente actúa en representación del socio único que es una sociedad de nacionalidad belga. Actúa en virtud de un poder otorgado ante Notario belga y que el Notario español autorizante reseña y considera suficiente a los efectos de constitución de la sociedad. Téngase en cuenta que la controversia no se refiere a la suficiencia del

poder, que no se cuestiona, sino al hecho de si resulta acreditada la «vigencia» de la sociedad extranjera así como los datos de su inscripción. En la escritura de constitución autorizada por el Notario español se hace referencia en la comparecencia a que la sociedad representada tiene la denominación de «Ardo NV», a su nacionalidad belga, a su domicilio, a su código de identificación en el censo de entidades del Gobierno de Navarra y a su inscripción en el registro de empresas con número que se especifica. Además se hace referencia a: la escritura de constitución de la sociedad belga (fecha de autorización y fecha de publicación en el «Moniteur» belga junto a un número de referencia); transformación en sociedad anónima mediante escritura pública (consta su fecha, fecha de publicación en el «Moniteur» y número de referencia); modificación de denominación social (consta fecha de la escritura, fecha de publicación y número de referencia) y modificación de estatutos (consta fecha de escritura, nombre del Notario autorizante y fecha de publicación).

3. Es indudable, y el recurrente no lo discute, que los requisitos de inscripción en el Registro Mercantil español vienen determinados por la norma española (Resolución de 4 de febrero de 2000), así como que entre las menciones que debe contener la inscripción en el Registro Mercantil de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada se encuentran las relativas a la identidad de las personas que la constituyen. Así resulta de los artículos 19 y 22 de la Ley de Sociedades de Capital que exigen que la escritura de constitución incluya «la identidad del socio o socios» y más específicamente del artículo 175.1.1.ª del Reglamento del Registro Mercantil al afirmar que en la inscripción primera de las sociedades de responsabilidad limitada debe hacerse constar: «La identidad del socio o socios fundadores».

Por su parte, el artículo 38 del propio Reglamento especifica el modo de hacer constar la identidad que, tratándose de personas jurídicas, incluye las menciones relativas a su razón social o denominación, los datos de identificación registral, el domicilio, el número de identificación fiscal y la nacionalidad, si fueren extranjeras.

Como se ve, el precepto unifica los datos de identificación relevantes a efectos de inscripción ya se trate de personas jurídicas españolas o extranjeras con la única especialidad en este último supuesto de que es preciso especificar la nacionalidad.

Salvo dicha circunstancia, la norma no prevé especialidad alguna por la concurrencia en la constitución de un elemento extranjero persona jurídica como socio fundador. La cuestión por tanto se centra en determinar cuál es el medio adecuado para acreditar las circunstancias que debe contener la inscripción cuando concurre tal elemento extranjero.

4. En nuestro ordenamiento jurídico la sociedad de capital debe constituirse en escritura pública (artículo 19 de la Ley de Sociedades de Capital), por lo que corresponderá al Notario autorizante, de conformidad con la normativa que regula su función, asegurarse de que el instrumento público contiene los datos necesarios para que se practique la oportuna inscripción en el Registro Mercantil. Al efecto prevé el artículo 165 del Reglamento Notarial lo siguiente: «Cuando alguno de los otorgantes concorra al acto en nombre de una Sociedad, establecimiento público, Corporación u otra persona social, se expresará esta circunstancia, designando, además de las relativas a la personalidad del representante, el nombre de dicha entidad y su domicilio, datos de inscripción y número de identificación fiscal en su caso, e indicando los datos del título del cual resulte la expresada representación...».

Como resulta del precepto, el ordenamiento considera que el traslado que de dichos particulares hace el Notario autorizante de la escritura de constitución de la sociedad (art. 156.6.º del propio Reglamento Notarial), son suficientes para acreditar los datos que deben constar en la inscripción correspondiente. Y esto es así aun cuando el título del que derive la actuación del representante no sea el de otorgamiento de la constitución de la sociedad ya sea por tratarse de un apoderamiento o de otro instrumento posterior del que resulte la relación de representación. La actuación profesional del Notario en el tráfico jurídico y las presunciones de veracidad e integridad de que se inviste al instrumento público por la Ley (art. 17 bis de la Ley del Notariado) son considerados por el

ordenamiento como garantía para permitir un tráfico ágil y seguro, circunstancia que devendría imposible si cada uno de los datos que han de reflejarse en la inscripción correspondiente hubiesen de justificarse con la aportación del título en el que se establecieron o modificaron (modificación de denominación, de datos registrales, de domicilio...).

La cuestión se traslada a determinar si este esquema de cosas se altera cuando, como en el caso presente, el representante de una sociedad extranjera que concurre a la constitución de una sociedad de capital española lo hace en virtud de un título de representación igualmente extranjero.

5. Esta Dirección General ha señalado en numerosas ocasiones cómo nuestro ordenamiento, en aplicación del principio de legalidad establece una rigurosa selección de los títulos inscribibles que han de ser sometidos a la calificación del registrador, exigiendo que se trate de documentos públicos o auténticos (arts. 3 de la Ley Hipotecaria y 33 y 34 de su Reglamento). Igualmente tiene establecida una dilatada doctrina relativa a la idoneidad de los documentos otorgados en el extranjero para producir una modificación del contenido del Registro español. Dicha doctrina, expresada ya en la Resolución de 11 de junio de 1999 y confirmada por muchas otras posteriores (*vid.* «Vistos»), pone de manifiesto cómo, con independencia de la validez formal del documento de acuerdo a las normas de conflicto aplicables (art. 11 del Código Civil), y de su traducción y legalización (arts. 36 y 37 del Reglamento Hipotecario), es preciso que el documento supere un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro. Esta doctrina se fundamenta en que, como exige el artículo 4 de la Ley Hipotecaria, «también se inscribirán los títulos otorgados en país extranjero que tengan fuerza en España»; lo que exige determinar cuándo concurre dicha circunstancia. Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga [*vid.*, en el mismo sentido, el art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el art. 2.c) del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 –Bruselas I refundido].

Este juicio de equivalencia debe hacerse en función del ordenamiento extranjero aplicable por corresponderle determinar el alcance y eficacia de la actuación del autorizante lo que a su vez impone que dicha circunstancia sea debidamente acreditada, fuera del supuesto en que el registrador no lo considere preciso (art. 36 del Reglamento Hipotecario).

Para que el documento con fuerza en España pueda modificar el contenido del Registro es preciso además que esté otorgado de conformidad con las normas aplicables al fondo, o lo que es lo mismo, que sea válido pues sólo los documentos válidos pueden acceder al Registro y alterar su contenido (art. 18 de la Ley Hipotecaria). El artículo 36 del Reglamento Hipotecario dispone: «Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado».

Si la norma de conflicto impone la aplicación de la norma extranjera ésta debe ser debidamente acreditada ante el registrador por los medios previstos por el ordenamiento. Al respecto dispone el artículo 36 del Reglamento Hipotecario: «La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles. El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente».

6. Este esquema de cosas es también aplicable desde el punto de vista del Derecho de Sociedades y del Registro Mercantil español. Así resulta de la exigencia de documento público que contiene el artículo 18 del Código de Comercio para inscribir en el Registro Mercantil y de la remisión que al régimen del Registro de la Propiedad hace el artículo 5.3 del Reglamento del Registro Mercantil: «En caso de documentos extranjeros, se estará a lo establecido por la legislación hipotecaria».

En consecuencia para que un documento extranjero acceda al Registro Mercantil español será preciso, amén de la traducción (en su caso) y legalización, que supere el test de idoneidad o equivalencia y que sea calificado como válido de conformidad con la norma material aplicable lo que implica, si esta es extranjera, su acreditación ante el Registrador mercantil (fuera del supuesto previsto en el inciso final del art. 36 del Reglamento Hipotecario).

Cifándonos al supuesto de persona que actúa en representación de una sociedad extranjera la norma de conflicto aplicable es la española, ya que tanto las cuestiones relativas al Derecho de Sociedades como a la representación están excluidas expresamente [(art. 1.2.f) y g)] del ámbito del Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). El artículo 9.11 del Código Civil establece que «la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción...».

En consecuencia, y salvo que el registrador Mercantil afirme conocer el derecho extranjero deberá acreditarse por cualquiera de los medios previstos la existencia y validez de la sociedad extranjera así como del título representativo de la persona que actúe en su nombre.

Ambas cuestiones están enormemente facilitadas por dos órdenes de motivos. En primer lugar porque tratándose de Estados miembros de la Unión Europea el Derecho de Sociedades está altamente armonizado; ya desde la primera directiva en materia de sociedades se establecieron mecanismos de salvaguarda que permiten por un lado que las sociedades constituidas e inscritas dentro de su espacio puedan operar en el tráfico dada la oponibilidad reconocida a las inscripciones llevadas a cabo en los respectivos Registros Mercantiles y que por otro, limitan enormemente la posibilidad de declaración de nulidad de una sociedad inscrita así como de los efectos de una eventual declaración judicial de nulidad (arts. 3, 6, 11 y 12 de la Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968).

Por otro lado, el artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil afirma que: «También podrá acreditarse la existencia y válida constitución de empresarios inscritos, así como la vigencia del cargo y la suficiencia de las facultades de quienes los representan, mediante certificación, debidamente apostillada o legalizada, expedida por el funcionario competente del Registro público a que se refiere la Directiva del Consejo 68/151/CEE o de oficina similar en países respecto de los cuales no exista equivalencia institucional».

De este último precepto resulta meridianamente que el hecho de acreditar la inscripción en el Registro Mercantil de origen mediante certificación del mismo es suficiente a los efectos de apreciar la existencia y validez de la sociedad en cuyo nombre se actúa, pero de lo anterior no se infiere, como resulta del propio tenor del precepto, que dicha circunstancia no pueda acreditarse por cualquiera de los otros medios previstos en el ordenamiento y en lo que ahora nos interesa, por el traslado que haga el Notario español de los datos relativos a su inscripción al igual que ocurre cuando el título representativo es un documento público español. Ahora bien para que el documento público extranjero produzca un efecto semejante al documento público español es preciso que se acredite que se trata de un documento equivalente en los términos que han quedado expuestos (Resoluciones de 19 de febrero de 2004, 23 de mayo de 2006 y 31 de octubre de 2013).

Las mismas consideraciones pueden hacerse en relación al título de representación de modo que fuera de los casos en que resulten de la expresada certificación deberá acreditarse su existencia, validez y suficiencia. La suficiencia del poder de representación

está cubierta en aquellos supuestos en los que el Notario español haya llevado a cabo el juicio a que se refiere el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en la redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, por cuanto como tiene declarado está Dirección General, dicho juicio ampara la suficiencia del título extranjero (Resolución de 29 de mayo de 2006). Dicho juicio empero no cubre la acreditación del derecho extranjero a efectos de apreciar la validez del título representativo por estar dicha cuestión sujeta a la Ley del país cuya nacionalidad ostente la sociedad en cuestión (art. 9.11 del Código Civil). Esta apreciación es imperativa incluso cuando el título representativo extranjero conste inscrito en el Registro Mercantil correspondiente pues salvo que el ordenamiento jurídico aplicable contenga una norma de presunción de validez similar a la establecida en el artículo 20 de nuestro Código de Comercio («El contenido del Registro se presume exacto y válido»), circunstancia que a su vez debe ser objeto de prueba, deberá acreditarse el conjunto de normas del derecho extranjero y de hechos que permitan al registrador calificar su validez.

7. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente, una sociedad anónima de nacionalidad belga («naamloze vennootschap»), constituye una sociedad limitada unipersonal de nacionalidad española ante Notario español. El Notario reseña los datos de identificación de la sociedad, incluidos los relativos a su inscripción en el Registro Mercantil o de empresas, necesarios para practicar la inscripción en el Registro Mercantil. Su representante actúa en virtud de un poder no inscrito en el Registro Mercantil belga (pues nada dice al respecto el título presentado) y que el Notario autorizante reseña por exhibición de copia autorizada y apostillada llevando a cabo el juicio de suficiencia correspondiente.

De conformidad con las consideraciones más arriba expuestas resulta que la reseña realizada por el Notario español de los datos de identidad y de inscripción en el Registro belga y tomados de la documentación que se le ha exhibido, escritura de poder ante Notario belga, habría resultado suficiente para acreditar el hecho de la existencia y válida constitución de la sociedad extranjera otorgante. Ahora bien como igualmente ha quedado expuesto para que dicho traslado sea equivalente al que hace un Notario español respecto de un documento público español habría sido preciso que resultase la equivalencia entre el título extranjero exhibido y los documentos públicos españoles en los términos por extenso analizados. En la escritura pública de constitución presentada en el Registro Mercantil nada se dice al respecto por lo que está plenamente justificada la calificación del registrador.

Del mismo modo, y en cuanto a la actuación representativa en virtud del poder extranjero, no resulta del título presentado ni consta en este expediente en modo alguno, la acreditación del derecho extranjero que permita calificar la equivalencia documental ni su validez en los términos previstos en el ordenamiento (arts. 36 del Reglamento Hipotecario, 5 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil y 168 del Reglamento Notarial). Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 11 de junio de 1999, 4 de febrero de 2000 y 22 de febrero de 2012), que cuando no resulte dicha circunstancia ni resulte manifestación del registrador sobre su conocimiento suficiente de la legislación extranjera debe acreditarse en los términos previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario. Lo que ocurre en este concreto supuesto es que el registrador explícitamente restringe su calificación y exigencia de aportación de certificación a la inscripción y vigencia de la sociedad extranjera sin que haga mención alguna al título representativo por lo que esta Resolución no puede hacer extensivo su contenido a una cuestión que el registrador expresamente ha dejado al margen (art. 326 de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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, 27 de febrero de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.