

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5315 *Resolución de 21 de abril de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles IV de Málaga a inscribir una escritura de poder.*

En el recurso interpuesto por don Antonio Jesús Láinez Casado de Amezúa, notario de Cártama, contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles IV de Málaga, doña María del Carmen Pérez López-Ponce de León, a inscribir una escritura de poder.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por don Antonio Jesús Láinez Casado de Amezúa, notario de Cártama, el día 17 de diciembre de 2015, número 1.565 de protocolo, el administrador único de la sociedad limitada «Vera Carrasco Inversiones, S.L.», constituida el mismo día con el número anterior de protocolo, y en cuyos estatutos sociales se señalaba como fecha de comienzo de las operaciones sociales la del 1 de enero de 2016, confirió un poder general a determinadas personas.

II

Presentado telemáticamente el título para su inscripción, fue calificado negativamente en primer término el día 28 de diciembre de 2015, expresándose como defecto no indicarse quién era el notario autorizante de la citada escritura. Subsanaada dicha deficiencia, el día 30 de diciembre de 2015 fue presentada de nuevo telemáticamente copia autorizada de dicha escritura en el referido Registro Mercantil de Málaga, y fue objeto de nueva calificación negativa el día 18 de enero de 2016, en los siguientes términos: «María del Carmen Pérez López Ponce, Registrador Mercantil de Málaga, 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: 368/903 F. presentación: 18/12/2015 Entrada: 1/2015/25.041,0 Sociedad: Vera Carrasco Inversiones SL Autorizante: Láinez Casado de Amezúa, Antonio Jesús Protocolo: 2015/1565 de 17/12/2015 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–De conformidad con lo dispuesto en el art. 3.º de los estatutos sociales de la escritura de constitución, la fecha de comienzo de las operaciones de la sociedad, es el día 1 de enero de 2016, por lo que los apoderados que se nombran no pueden actuar con fecha anterior a la fecha de comienzo de las operaciones. (ver escritura de constitución) arts. 11 y 58 R.R.M. En relación con la presente calificación: (...) Málaga, a 18 de Enero de 2016 (firma ilegible) El registrador».

La calificación fue notificada al notario autorizante el día 21 de enero de 2016.

III

El día 3 de febrero de 2016, el notario autorizante interpuso recurso contra la anterior calificación con base en los siguiente fundamentos de Derecho: «1.º) Lo que se presenta a inscripción es el nombramiento de apoderados, por el Administrador Único de la sociedad limitada legalmente constituida, que aceptó debidamente el cargo y no la actuación de los apoderados. arts. 95.5.ª, 175.5.ª del R.D. 1786/1996, de 19 de julio, que aprueba el Reglamento Registro Mercantil. El incumplimiento de la obligación de inscribir no determina

por si 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 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), y Resoluciones de 13 de noviembre de 2007, 23 de febrero de 2001 y 17 de diciembre de 1997, para los cargos de sociedades, entre otras, y de 15 de febrero, 9 de abril, 3 de junio y 19 de junio de 2003 y 2 de enero de 2005 para los apoderados o representantes voluntarios de sociedades y la de 13 de octubre de 1992. 2.º) Deduzco de dicha calificación, pues sólo se fundamenta en los artículos 11 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil, que la eficacia jurídica del nombramiento de apoderado/s, con facultades generales amplias, quedaría supeditado o condicionado a la «fecha de comienzo de las operaciones sociales»; dotando a esta fecha de una importancia y trascendencia que, conforme a la legislación vigente, entiendo, salvo mejor criterio, no parece tener y así planteo a esa Ilma. Dirección General fijar los efectos y el significado de la expresión «fecha de comienzo de las operaciones sociales» y su trascendencia a efectos prácticos. Por un lado, la expresión «fecha de comienzo de las operaciones sociales», no es definida legalmente, pero tampoco lo es el mismo concepto de: «operaciones sociales», ninguno está expresamente definido por la vigente Ley de Sociedades de Capital aprobada por el R.D. Legislativo 1/2010, de 02 de julio (en adelante LSC). Dicha expresión aparece más bien como un concepto formal, de publicidad a terceros, o meramente contable, como anuncio del inicio de la actividad social a los particulares, empresas, Administraciones Públicas y en especial a la Administración Tributaria. Asimismo la importancia de hacer constar la fecha de comienzo de las operaciones sociales estimo podría resultar en su vinculación con la fecha del cierre del ejercicio social que exige el art. 26 de la LSC, a efectos prácticos de señalar o determinar la duración del primer ejercicio social. A.–La LSC sólo hace referencia a estas expresiones en: a) El art. 24, que indica lo siguiente: Artículo 24. Comienzo de las operaciones. 1. Salvo disposición contraria de los estatutos, las operaciones sociales darán comienzo en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución. 2. Los estatutos no podrán fijar una fecha anterior a la del otorgamiento de la escritura, excepto en el supuesto de transformación. b) En el artículo 384, que dice: Artículo 384. Operaciones sociales. A los liquidadores corresponde concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad. c) Y en el artículo 37, n.º 3, en el apartado referente a la sociedad en formación, dentro de la sección II, del capítulo III sobre «inscripción registral», que dice: «(...) 3. Salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, se entenderá que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos». La interpretación de este apartado podría servir de apoyo para colegir que si en la escritura se indica explícitamente una fecha concreta para el comienzo de las operaciones, posterior a la del otorgamiento, hasta que no llegue dicha fecha, el/los administrador/es no está/n facultado/s para realizar ningún acto, ni contrato, o le/s está prohibido realizar cualquier clase de actos. En mi opinión, el/los administrador/es, una vez aceptado el cargo, puede/n realizar toda clase de actos y contratos en nombre de la sociedad, bajo su responsabilidad personal, hasta que llegue la fecha fijada como fecha de comienzo de las operaciones sociales, a partir de ésta se estaría bajo el amparo de la responsabilidad social y limitada. Esta interpretación que sostengo, sería congruente además con el contenido del art. 38 LSC, que dice: «Artículo 38.–Responsabilidad de la sociedad inscrita. 1. Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por aquellos actos y contratos a que se refiere el artículo anterior así como por los que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. 2. En ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los dos artículos anteriores. (...)». Otra cosa sería que la escritura o los estatutos prohiban expresamente al órgano de Administración realizar actos y/o contratos; bien hasta una determinada fecha, que se establezca como fecha de comienzo de las operaciones sociales, bien hasta que se cumplan determinadas aportaciones, condiciones o requisitos. D.–La fecha de comienzo de las operaciones

sociales, no aparece como requisito indispensable mínimo, ni para otorgar la escritura de constitución social, ni como contenido mínimo de los estatutos sociales (arts. 22 y 23 LSC). En resumen: - No existe definición legal, ni determinación de su alcance. - No se exige que conste, ni en la escritura, ni en los estatutos sociales. - La expresión fecha de comienzo de las operaciones sociales, no está regulada en nuestra vigente legislación a modo de «conditio legis» o condición indispensable de la que se hace depender la eficacia de la actuación de los órganos de representación social; en definitiva, de la sociedad limitada; por lo que la actuación del/de los administrador/es será válida, sin perjuicio de la responsabilidad, en que en su caso, se incurra. - De haber querido el legislador dicha restricción, sería de tal naturaleza que habría sido debidamente detallada y prevista de forma expresa, lo que no ha hecho. - En esta interpretación que postulo, hago míos los pronunciamientos de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la que se oponía la ausencia de inscripción previa en el Registro administrativo, con la fecha de comienzo de las operaciones sociales para negar la inscripción de la escritura de constitución social en el Registro Mercantil, y de la cual transcribo en la parte que interesa lo siguiente: «(...) la significación propia de la previsión estatutaria de la fecha de comienzo de las operaciones sociales como mera determinación del momento en que los constituyentes convienen en dar inicio a la actividad social en el sentido amplio de esta expresión, sin perjuicio del tratamiento jurídico que corresponda a las actuaciones desde entonces realizadas en función del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos legales previstos para la constitución de la Sociedad; son consideraciones que excluyen la, pretendida incompatibilidad entre la fijación del momento de otorgamiento de la escritura constitutiva como fecha de comienzo de las operaciones y la exigencia de previa inscripción en el Registro administrativo correspondiente para el desenvolvimiento de la actividad principal de la sociedad (Res. 10-V-1992)».

IV

Mediante escrito, de fecha 17 de febrero de 2016, la registradora Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe indica que el día 5 de febrero de 2016 se presentó telemáticamente una diligencia aclaratoria referida a la escritura de poder, en la que se expresa lo siguiente: «Que por error en la escritura de poder que por la presente se subsana no se hizo constar que la fecha de entrada en vigor de dicho poder era a partir del día uno de enero de dos mil dieciséis», por lo que el día 10 de febrero de 2016 se había practicado la inscripción del referido poder, si bien se admitía el recurso «a efectos doctrinales», conforme a la doctrina de la Resolución de este Centro Directivo de 21 de abril de 2014.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 22, 23, 24, 37 y 38 de la Ley de Sociedades de Capital; 11 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2012, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1992, 21 de abril de 2014 y 6 de marzo y 23 de diciembre de 2015.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de un apoderamiento conferido el día 17 de diciembre de 2015 por el administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada, constituida el mismo día con número inmediatamente anterior de protocolo, en cuyos estatutos sociales se fija como fecha de comienzo de las operaciones sociales la del 1 de enero de 2016.

La registradora rechaza la inscripción solicitada porque, a su juicio, «los apoderados que se nombran no pueden actuar con fecha anterior a la fecha de comienzo de las operaciones (...) arts. 11 y 58 R.R.M.».

2. Como cuestión previa, de índole formal, debe tenerse en cuenta que este recurso se ha interpuesto habiendo sido inscrito el título calificado después de haber sido objeto de subsanación.

A tal efecto, debe ponerse de relieve que, conforme al artículo 325 de la Ley Hipotecaria, según la redacción resultante de la modificación efectuada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (aplicable a la calificación de los registradores mercantiles, según la disposición adicional vigésima cuarta de esta última Ley), la subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso (cfr. las Resoluciones de 14 de julio y 15 de octubre de 2007, 6 de julio de 2009, 5 de octubre de 2010, 7 de julio de 2011 y 21 de abril de 2014, entre otras).

Se trata de una norma que reconoce la posibilidad de recurso para revisar la calificación con el alcance legalmente previsto, y no sólo a efectos doctrinales -como acontecía conforme al artículo 112 del Reglamento Hipotecario antes de la reforma-. Obedeció dicha modificación a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 22 de mayo de 2000, sobre dicho precepto reglamentario, según la cual «el objeto del recurso gubernativo... no es el asiento registral sino el acto de calificación del Registrador, de manera que, practicado dicho asiento, no se trata de anularlo sino de que se declare que la calificación del Registrador, al denegar la inscripción por concurrir defectos subsanables, no fue ajustada a derecho, y ello es posible jurídicamente, aunque el asiento se haya practicado una vez subsanados los defectos apuntados por el Registrador, y tiende, entre otros fines, a evitar que la carga o gravamen, impuesto por la incorrecta calificación, lo soporte el interesado o el Notario autorizante de la escritura pública». Por ello, debe ser resuelto el recurso no obstante haber sido inscrito el título mediante la subsanación exigida por la calificación impugnada.

3. Ciertamente, como apunta el notario en su escrito de recurso, tanto la expresión «fecha de comienzo de las operaciones sociales» como el mismo concepto de «operaciones sociales» no están expresamente definidos por la vigente Ley de Sociedades de Capital. Ahora bien, cabe recordar unas afirmaciones realizadas por este Centro Directivo en Resolución de 10 de junio de 1992, de evidente utilidad para el presente caso: «...El Registrador suspende la inscripción por estimar que la Sociedad no puede dar comienzo a las operaciones propias del objeto social hasta no estar inscrita en el Registro administrativo correspondiente, resultando, por tanto, incorrecta la previsión estatutaria que señala como fecha de comienzo de operaciones la del otorgamiento de la escritura pública. La existencia de actuaciones que sin ser las de prestación del servicio de transporte deben reputarse indubitadamente como incluidas en el objeto social de la Entidad en cuestión, en tanto que trámites imprescindibles encaminados a hacer posible en su día el desenvolvimiento de la actividad específica de transporte, y que no quedan sujetas a la exigencia de previa autorización administrativa; la significación propia de la previsión estatutaria de la fecha de comienzo de las operaciones sociales como mera determinación del momento en que los constituyentes convienen en dar inicio a la actividad social en el sentido amplio de esta expresión, sin perjuicio del tratamiento jurídico que corresponda a las actuaciones desde entonces realizadas en función del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos legales previstos para la constitución de la Sociedad; son consideraciones que excluyen la pretendida incompatibilidad entre la fijación del momento de otorgamiento de la escritura de previa inscripción en el Registro administrativo correspondiente para desenvolvimiento de la actividad principal de la Sociedad...».

Así las cosas, y teniendo en cuenta el verdadero significado de la expresión «fecha de inicio de operaciones sociales», pretender que los actos de giro o tráfico directamente encaminados a realizar el objeto social queden en absoluto paralizados hasta la fecha de inicio de aquéllas (en el sentido que ya en su día precisó esta Dirección General en la citada Resolución como «mera determinación del momento en que los constituyentes convienen en dar inicio a la actividad social en el sentido amplio de esta expresión»), sería tanto como impedir que la sociedad pudiera ir desplegando una actividad, o actuación, que no sólo es presupuesto, sino en muchos casos previa condición esencial para que pueda

llevar a cabo, ulteriormente y con éxito, la actividad a la que propiamente encamina su objeto social y que requiere muchas veces numerosos actos preparatorios, los cuales, como en toda persona jurídica, han de ser realizados por sus representantes, sean los orgánicos o los voluntarios. Por ello tiene razón el recurrente cuando en su escrito afirma que la expresión fecha de comienzo de las operaciones sociales no está contemplada en nuestra vigente legislación a modo de «conditio legis», o condición indispensable de la que se hace depender la eficacia de la actuación de los órganos de representación social, por lo que tal actuación -de los representantes en general, cabría añadir- será válida sin perjuicio de la responsabilidad en que en su caso puedan aquéllos haber incurrido, algo por completo ajeno a las funciones que son propias del Registro Mercantil, por lo que no se ve qué obstáculo puede impedir la inscripción de la escritura calificada.

4. Llevar al extremo el criterio expresado en la nota de calificación vendría a suponer que la sociedad constituida habría de permanecer cual actor paralizado e impasible hasta que llegara esa fecha de inicio de ejercicio social (cuya trascendencia antes ha quedado delimitada), de modo que no podría llevar a término toda aquella serie de actos habituales tras la fundación de la sociedad y de los que bien puede depender el éxito de la futura actividad social por desarrollar, que no es otra que el adecuado y fructífero cumplimiento del objeto social.

Por lo demás, de los antecedentes del caso no resulta que se haya hecho constar salvedad alguna a la actuación del administrador en la inscripción de la escritura fundacional y en la de su nombramiento, por lo que no consta que sólo pueda aquél comenzar a desempeñar su cargo una vez la sociedad de comienzo a sus operaciones, con lo que carecería de sentido hacer algo distinto respecto de un apoderado por aquél designado, negando así su acceso al Registro Mercantil y los efectos derivados de la publicidad, tan útiles para el tráfico jurídico.

Y, si bien no estamos ante un caso de irregularidad social o de sociedad en formación, no es menos cierto que con mayor razón en un caso como el presente, en que el proceso constitutivo ha concluido y la entidad creada ha adquirido la personalidad jurídica del tipo social adoptado, no cabe negar la posibilidad de actuación de los representantes de la sociedad, por lo que «servata distantia», y para excluir que quepa en sede de inscripción plantear restricciones a la actuación del apoderado nombrado, cabe traer a colación estas consideraciones formuladas por este Centro Directivo en su reciente Resolución de 23 de diciembre de 2015, y que avalan los argumentos pro inscripción del apoderamiento conferido y de la válida actuación de los apoderados (sin perjuicio de su ulterior responsabilidad): «...de ciertos preceptos legales resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica -o, al menos, de cierta personalidad-, suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones, conforme al artículo 38, párrafo primero, del Código Civil (cfr. artículos 33 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, a los que remiten los artículos 125 del Código de Comercio); igualmente, resultaba ya del tenor del artículo 116, párrafo segundo, del Código de Comercio. La inscripción en el Registro Mercantil sólo es necesaria para que las sociedades de capital adquieran «su» especial personalidad jurídica -la personalidad jurídica correspondiente al tipo social elegido, no la personalidad jurídica en abstracto- (artículo 33 de la Ley de Sociedades de Capital), que añade la limitación de responsabilidad de los socios, y para excluir la responsabilidad solidaria de los administradores (junto a la de la propia sociedad), conforme al artículo 120 del Código de Comercio...».

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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, 21 de abril de 2016.-El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.