

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 722** *Resolución de 17 de diciembre de 2012, 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 I de Pontevedra, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.*

En el recurso interpuesto por don J. M. R. M. en representación de la compañía «Boupamar, S.A.» contra la nota de calificación extendida por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Pontevedra, don Vicente Artime Cot, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

Hechos

I

Por el Notario de Barcelona, don Carlos Cabades O'Callaghan, se autorizó el día 19 de julio de 2012 escritura pública por la que se elevan a público los acuerdos adoptados por unanimidad por la junta general universal de la sociedad «Boupamar, S.A.» celebrada el día 2 de julio de 2012. Dichos acuerdos consisten, entre otros, en la disolución de la sociedad y apertura del proceso de liquidación, confirmación de la revocación del órgano de administración concursal a la vista de determinada publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil de Pontevedra» (sic), cese del administrador de la sociedad y nombramiento de liquidador con amplias facultades.

Del contenido del Registro resulta la anotación letra A de fecha 24 de noviembre de 2008 por la que se hace constar la declaración de concurso voluntario en virtud de auto de fecha 22 de octubre de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra. Resulta la inscripción 19 de fecha 14 de abril de 2010 por la que se hace constar que mediante auto de fecha 16 de julio de 2009 se deja sin efecto la fase de convenio, se abre la fase de liquidación y se declara el cese del administrador único que se sustituye por la administración concursal. Finalmente resulta la inscripción 20 de fecha 31 de octubre de 2011 por la que se hace constar que mediante auto de fecha 11 de octubre de 2011 se decreta la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, se aprueba la rendición de cuentas formuladas por la administración concursal, y se acuerda la extinción de la sociedad y el cierre de su hoja.

II

Presentada la referida documentación en Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Pontevedra, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Pontevedra. Notificación 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: 106/5838 F. Presentación: 02/08/2012 Entrada: 1/2012/7.180,0 Sociedad: Boupamar SA Autorizante: Cabadés O'Callaghan, Carlos Protocolo: 2012/2117 de 19/07/2012. Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–Según consta en la inscripción 19.^a del Historial Registral de la compañía «Boupamar, S.A.» dicha sociedad fue disuelta y cesado su administrador único por auto del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra

número 2, de fecha 9 de octubre de 2009, dictado en procedimiento concursal número 342/2008; y, según consta en la inscripción 20.^a, en virtud de auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra, de fecha 11 de octubre de 2011, se decretó la conclusión del concurso de acreedores de la sociedad por inexistencia de bienes, se aprobó la rendición de cuentas formulada por la administración concursal y se acordó la extinción de la sociedad y el cierre de su hoja. (Fundamentos de Derecho: Arts. 6, 11 y 58 del R.R.M. y Art. 178 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal.) Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación (...). Pontevedra, a 21 de agosto de 2012 (firma ilegible y sello del Registro) Fdo.: Vicente Artime Cot. El Registrador».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. M. R. M. en representación de la compañía «Boupamar, S.A.» interpone recurso en virtud de escrito de fecha 20 de septiembre de 2012, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que en marzo de 2012 se tuvo constancia de la existencia de varios créditos a favor de la sociedad «Boupamar, S.A.» Que ante esta situación se consideró imprescindible para la sociedad nombrar un liquidador para que actuara en su nombre a fin de cobrar los créditos. Que desde la publicación en el «BORME» del cese de los administradores concursales se revocan sus facultades por lo que la sociedad vuelve a tener capacidad jurídica y precisa nombrar un órgano de administración. Que el folio de la sociedad no debió cerrarse porque la redacción del artículo 178 de la Ley Concursal en la fecha de declaración de conclusión del concurso (14 de noviembre de 2011), no lo establecía y no es hasta el 1 de enero de 2012 que la redacción del artículo incorpora el apartado tercero que así lo establece. Que la supuesta inexistencia de bienes que llevó a la conclusión del concurso queda desvirtuada por el informe pericial que se adjunta lo que impone reabrir la hoja registral e inscribir la escritura presentada pues de lo contrario se produce una grave indefensión a su representada y a los acreedores de la propia sociedad que, al no poder cobrar los derechos de crédito, tampoco pueden liquidar sus deudas.

El escrito de recurso se acompaña con dos documentos a efectos de apoyar la pretensión del recurrente, relativos a la situación registral y la existencia de activo sobrevenido.

IV

El Registrador emitió informe, del que resulta que el notario autorizante no realizó alegaciones, el día 16 de octubre de 2012, elevando el expediente a este Centro Directivo ratificándose en su calificación.

V

Esta Dirección General acordó, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento Hipotecario, solicitar del registrador Mercantil instructor la práctica de diligencias que han sido cumplimentadas en fecha 15 de noviembre (con entrada el día 20) y 26 de noviembre (con entrada el día 3 de diciembre) de 2012.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 371, 376, 395, 396, 398 y 400 de la Ley de Sociedades de Capital; 145, 178 y 179 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; 109, 121, 122 y 123 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2000, 10 de marzo de 2001 y 27 de diciembre de 2011 y las Resoluciones de este Centro Directivo de 5 de marzo de 1996 y 13 de abril de 2000.

1. Se debate en este expediente si estando cerrada la hoja de una sociedad en el Registro Mercantil a consecuencia de lo ordenado por el juez de lo Mercantil en auto de conclusión del concurso puede inscribirse una elevación a público de acuerdos sociales por los que se nombra liquidador de la sociedad a fin de hacer efectivos determinados créditos que, se afirma, se han puesto de manifiesto.

Como cuestión previa es preciso recordar una vez más que constituyendo el objeto de este recurso exclusivamente la nota de calificación del registrador, no pueden tenerse en consideración cualesquiera documentos no presentados en tiempo y forma (artículo 18.7 del Código de Comercio y 59 del Reglamento del Registro Mercantil) tal y como recoge el artículo 326 de la Ley Hipotecaria y ha afirmado reiteradamente esta Dirección General (por todas, Resolución de 7 de julio de 2012). En consecuencia ni se puede entrar en la valoración de una documentación que no ha sido objeto de presentación y calificación ni mucho menos puede entrarse a valorar la validez de inscripciones ya practicadas y que se encuentran protegidas por el conjunto de presunciones establecidas en el Código de Comercio y bajo la salvaguarda de los Tribunales (artículo 20 del Código de Comercio).

2. Sin perjuicio de lo anterior y con la finalidad de evitar equívocos sobre los fundamentos de la presente (dadas las afirmaciones del escrito de recurso) es de hacer constar que, en contra de lo que afirma el recurrente, el artículo 178 de la Ley Concursal ha previsto, desde su redacción original, el cierre del folio de las sociedades en concurso una vez finalizado el procedimiento por inexistencia de bienes. La Ley 22/2003, de 9 de julio entró en vigor (por así disponerlo su disposición final trigésimo quinta) el día 1 de septiembre de 2004. El artículo 178 en su apartado tercero decía lo siguiente: «3. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme».

Posteriormente y como consecuencia de la reforma llevada a cabo por el artículo 17.41 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, se modificó dicho párrafo (con entrada en vigor el día 4 de mayo de 2010, conforme a su disposición final tercera) que pasó a tener la siguiente redacción: «3. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto el secretario judicial expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme».

La redacción vigente del precepto (que procede del artículo único 102 de la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, con entrada en vigor el día 1 de enero de 2012 por así establecerlo su disposición final tercera sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria undécima) es la siguiente: «3. La resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme».

Como es de ver por el simple contraste de redacciones y con independencia de las mejoras técnicas sucesivamente introducidas la norma ha permanecido inalterada en lo que respecta a su aspecto esencial: que producida la conclusión de concurso de persona jurídica por insuficiencia de bienes procede su extinción y la cancelación de las inscripciones en el Registro que corresponda.

3. Procede ahora analizar la cuestión central de este expediente y determinar si es posible inscribir el nombramiento del liquidador por acuerdo de la Junta tras el cierre de la hoja ordenado por el juez de lo Mercantil.

Esta Dirección General tiene declarado (Resolución de 5 de marzo de 1996 y muchas otras posteriores) que la cancelación de asientos en el folio correspondiente a una sociedad no implica per se la extinción de la misma pues la extinción, como efecto jurídico, no puede anticiparse al agotamiento de las relaciones jurídicas de la sociedad.

Por esta razón la cancelación de asientos, en cuanto operación de mecánica registral, no puede suponer un obstáculo para la práctica de los asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica implique.

El vigente texto de la Ley de Sociedades de Capital así lo recoge pues la inscripción de la escritura de extinción de la sociedad (artículo 395) y la subsiguiente cancelación de asientos (artículo 396) no impide la práctica de las operaciones jurídicas que sean precisas (artículo 400), especialmente por la existencia de activo sobrevenido (artículo 398) lo que implica en cualquier caso la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad y la posibilidad de actuar en su nombre aunque siempre en el contexto liquidatorio de la sociedad. Y es que como resulta del artículo 371 «2. La sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza» lo que a contrario implica que mientras exista patrimonio que liquidar subsiste la personalidad jurídica.

Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo al afirmar que la personalidad jurídica no concluye con las formalidades de las operaciones liquidatorias sino cuando se agotan todas las relaciones jurídicas de la sociedad (Sentencia de 27 de diciembre de 2011).

Esta misma idea late en el texto de la Ley Concursal cuyo artículo 178 hemos visto que prevé la declaración judicial de extinción de la sociedad así como el cierre de la hoja registral pero cuyo artículo 179 (en la redacción dada por la Ley 38/2011, de aplicación a los concursos en tramitación de acuerdo a su disposición transitoria undécima aunque la redacción anterior era, en este punto, sustancialmente idéntica) establece bajo el título «reapertura del concurso» que: «2. La reapertura del concurso de deudor persona jurídica concluido por liquidación o insuficiencia de masa será declarada por el mismo juzgado que conoció de éste, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24, procediendo también la reapertura de la hoja registral en la forma prevista en el Reglamento del Registro Mercantil».

A semejanza de la existencia de activo sobrevenido en el supuesto de funcionamiento ordinario de la sociedad, que se traduce en la continuación de las labores de liquidación, cuando la sociedad se extinguió como consecuencia de la existencia de una situación concursal, el precepto señala un efecto similar. Pero a diferencia del supuesto ordinario en el que dichas operaciones se llevan a cabo en el ámbito interno de la sociedad y de conformidad con las reglas ordinarias ahora, y como no puede ser de otro modo, la aparición de activo sobrevenido produce el efecto de reanudar las operaciones liquidatorias en el ámbito del procedimiento concursal y bajo la dirección del mismo Juzgado que conoció anteriormente.

Consecuencia inevitable es que dichas operaciones a realizar en el ámbito del procedimiento concursal sean llevadas a cabo por las personas legalmente previstas al respecto. Dicen así los apartados 1 y 3 del artículo 145 de la Ley Concursal (en su redacción anterior a la Ley 38/2011, vide su disposición transitoria sexta): «1. La situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente Ley... 3. Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal para proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley». Por su parte el artículo 376.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece lo siguiente: «2. En los casos en los que la disolución hubiera sido consecuencia de la apertura de la fase de liquidación de la sociedad en concurso de acreedores, no procederá el nombramiento de los liquidadores». De aquí que la redacción actual del artículo 179.2 de la Ley Concursal prevea la apertura del folio de la sociedad en el Registro Mercantil a fin de que se pueda publicar el auto de reapertura y de nombramiento de administración concursal.

Como se desprende de la regulación legal la existencia de activo sobrevenido produce el efecto de reanudar el procedimiento ante el mismo Juzgado y en la misma fase liquidatoria en que se encontraba, liquidación que se lleva a cabo por la administración

concurzal. Ciertamente la reapertura debe ser objeto de solicitud por parte interesada (vide artículo 178.3 de la Ley Concursal) por aplicación del principio de rogación pero en cualquier caso y ante su falta lo que no se produce es la conclusión definitiva del procedimiento concursal y la reanudación del régimen ordinario de las sociedades establecido en la Ley de Sociedades de Capital como pretende el recurrente. Como ha quedado acreditado la declaración de fin del concurso y de extinción de personalidad jurídica lo es bajo la premisa de que el conjunto de las relaciones jurídicas del deudor estén asimismo extinguidas. Si no es así la titularidad sigue siendo de la persona jurídica cuya personalidad subsiste sin perjuicio de que la reapertura del procedimiento precise declaración del juez competente (artículo 178.2 de la Ley Concursal).

4. Es evidente que el recurso no puede prosperar y que la pretensión del escrito de recurso de que por aparición de activo sobrevenido se considere que la sociedad en concurso ha dejado de estarlo y se proceda como si aquél no existiera carece de toda base legal.

La protesta de indefensión es igualmente improcedente pues, como queda acreditado, es precisamente dentro del procedimiento previsto legalmente, dentro del procedimiento concursal donde se deben ventilar las cuestiones relativas al patrimonio de la sociedad deudora precisamente como garantía para sus acreedores y para la propia sociedad concursada.

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

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 vigésimo cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 17 de diciembre de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.