

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5644 *Resolución de 18 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de Toledo, de una escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de una sociedad relativos al nombramiento de administrador de una sociedad a una persona jurídica y designación por ésta de la persona física para ejercer el cargo.*

En el recurso interpuesto por don José Antonio González Ortiz, Notario de Bilbao, contra la calificación negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Toledo, doña María del Pilar del Olmo López, de una escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de la sociedad «Sistemas Energéticos Alcohujate, S.A.U.» relativos al nombramiento de administrador de una sociedad a una persona jurídica y designación por ésta de la persona física para ejercer el cargo.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Bilbao, don José Antonio González Ortiz, el día 26 de enero de 2016, con el número 96 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados por el administrador único («Gamesa Energía, S.A.U.») de la mercantil «Sistemas Energéticos Alcohujate, S.A.U.» por los que se sustituía a su representante físico en la sociedad administrada.

II

Presentada el día 27 de enero de 2016 en el Registro Mercantil de Toledo copia telemática de dicha escritura, fue objeto de la siguiente calificación negativa: «Dña. Pilar del Olmo López, Registradora Mercantil de Toledo Mercantil, 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: 90/745 F. presentación: 27/01/2016 Entrada: 1/2016/464,0 Sociedad: Sistemas Energéticos Alcohujate, S.A. Hoja: TO-21638 Autorizante: González Ortiz, José Antonio Protocolo: 2016/96 de 26/01/2016 Fundamentos de Derecho: 1.–El artículo 426 del Reglamento del Registro Mercantil en su punto número 1 establece: «Artículo 426. Régimen económico: 1. El coste de la publicación en la Sección 1) del Boletín Oficial del Registro Mercantil será satisfecho por los interesados, quienes, a estos efectos, deberán anticipar los fondos necesarios al Registrador Mercantil a quien soliciten la inscripción. Quedan exceptuados los datos de los asientos practicados de oficio por el Registrador, cuya publicación será gratuita. La falta de la oportuna provisión tendrá la consideración de defecto subsanable»; por lo que falta la provisión de fondos que previene dicho artículo. 2.–El administrador único de la sociedad que es administrador único de esta sociedad y que interviene a través de su representante persona física, no puede elevar a público los acuerdos de esta sociedad ya que el competente es su administrador único, es decir, «Gamesa Energía SA» o un apoderado con facultades para ello. 3.–En todo caso esta sociedad no puede designar al representante persona física de su administrador único ya que a quien compete es la sociedad que es administrador único. En relación con la presente calificación: (...) Toledo, dos de febrero de dos mil dieciséis».

III

Con fecha 2 de febrero de 2016 fue notificada la anterior calificación, a los efectos del artículo 322 de la Ley Hipotecaria, al notario autorizante de la escritura en su correo corporativo. Contra los defectos señalados bajo los números 2 y 3 de la mencionada calificación negativa, el notario autorizante presentó, el día 5 de febrero de 2016, en el Colegio Notarial del País Vasco, registro de entrada número 80, escrito de recurso que, recibido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, se remitió al Registro Mercantil de Toledo, donde tuvo entrada el día 19 de febrero de 2016. En este mismo día se solicitó al citado notario, por correo certificado con acuse de recibo, que aportara el documento objeto de dicha calificación mediante original o por testimonio del mismo. Dicha documentación fue remitida a la Dirección General de los Registros el día 25 de febrero de 2016 y, por ésta, al Registro Mercantil de Toledo, donde tuvo entrada el día 7 de marzo de 2016. El recurso se basa en lo siguiente: «(...) b) Nada que objetar al primer fundamento, dado que se ha satisfecho la provisión solicitada, por lo que este defecto está subsanado. c) En cuanto al segundo y tercero de los fundamentos de derecho de la nota registral, la Sr. Registradora no ha entendido la escritura, pues ella misma se contradice en su nota de calificación señalando que la que debe otorgar la escritura de elevación a público adoptado por el Administrador Único sobre sustitución de su representante físico es la sociedad «Gamesa Energía S.A.U.», como así ocurre en la propia escritura, por lo que la escritura resultaría correcta e inscribible, pero la titular del Registro no lo acepta, y como notario autorizante no puedo subsanar o rectificar la escritura, pues no sé lo que debo rectificar y además con una posible responsabilidad profesional, pues la sociedad «Sistemas Energeticos Alcohuate S.A.U.» no puede actuar, dado que sus órganos de administración están paralizados. En esta materia son claras las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de Septiembre de 2.010 y 10 de Julio de 2.013, pues se señala que en caso de que se nombre administrador de una sociedad a una persona jurídica, en cumplimiento del artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital, esta debe nombrar a una persona física para ejercer el cargo. Y dicho nombramiento de representante físico lo puede hacer el Administrador Único nombrado por medio de cualquier apoderado que tenga facultades para ello, es decir, su Consejero Delegado si tuviera constituido Consejo de Administración la sociedad administradora o cualquier apoderado con facultades suficientes para tal designación. Es más en el trabajo reciente de E. R. «(...) el consejero delegado o apoderado con facultades suficientes, puede nombrarse a sí mismo como persona física que represente a la persona jurídica nombrada administrador en el ejercicio del cargo, ya que como señala la resolución de 2013, no existe inconveniente alguno, no apreciándose problemas de autocontratación. Y también el consejero delegado podrá designar a un tercero, mientras que el apoderado no podrá hacerlo salvo que estuviera expresamente facultado para ello o para nombrar cargos y sustituir las facultades conferidas.» d) Tampoco se debe olvidar que la naturaleza jurídica de la designación de persona física que debe ejercer el cargo de Administrador en caso de que ese cargo lo ostente una persona jurídica no deja de ser otra cosa que un apoderamiento especial, pero no por ello desnaturalizado del concepto de poder, y por tanto no debe ser aceptado por la persona física como algunos Registradores Mercantiles están exigiendo. Es más si se exigiese esa aceptación nos encontraríamos con dos aceptaciones en el Registro Mercantil, una por parte de la persona jurídica nombrada Administrador y otra por parte de la persona física designada para ejercer el cargo, y, mayor abundamiento, también sería exigible por parte de la persona física cesada en cumplimiento del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil». Por último, solicitaba el establecimiento por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado de una doctrina diáfana, a la vista de la multiplicidad de criterios calificadores.

IV

Mediante escrito, de fecha 8 de marzo de 2016, la registradora Mercantil acordó mantener la calificación y emitió informe, elevando el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 212 bis, 225 y siguientes y 233 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital; 143 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de febrero de 2009, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de marzo de 1991, 3 de junio de 1996, 1 de junio de 2005, 22 de septiembre de 2010, 18 de mayo de 2012 y 10 de julio de 2013.

1. Este recurso versa sobre la expedición las certificaciones de acuerdos sociales y su elevación a público en aquellos casos en que una sociedad mercantil tiene un órgano de administración que a su vez es una persona jurídica.

2. Fue el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, el que impuso, por primera vez en nuestro Derecho, la exigencia de que cuando se nombrara administrador a una persona jurídica fuera preceptiva la determinación de la identidad de la persona física que hubiera designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo.

Aunque el precepto era claro en cuanto a la procedencia de nombramiento -«que aquélla haya designado como representante suyo»-, esta Dirección General tuvo que ir perfilando este supuesto desde una primera Resolución de 11 de marzo de 1991 hasta las posteriores de 3 de junio de 1996, 22 de septiembre de 2010 y 18 de mayo de 2012 en un triple sentido: a) Es la persona jurídica designada administrador, y no la sociedad administrada, quien tiene la competencia para nombrar a la persona física o natural que ejerce las funciones propias del cargo; b) en segundo término, que por exigencias prácticas y operativas ha de ser una única la persona física designada no siendo válida la designación de varios ni aunque existan administradores solidarios o mancomunados en la administradora, y c), por último, que esa persona física actuará en nombre de la persona jurídica administradora y con carácter permanente para el ejercicio estable de las funciones inherentes al cargo de administrador.

La propia Ley de Sociedades de Capital creyó necesario elevar esta materia de la categoría reglamentaria a rango legal y en su artículo 212 bis introducido por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, dejó establecido que en caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, sería necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

3. En el presente supuesto encontramos tres sociedades en juego: La primera de ellas, «Sistemas Energéticos Alcohujate, S.A.U.» tiene un administrador único, que es otra sociedad, la mercantil «Gamesa Energía, S.A.U.», a su vez administrada por «Gamesa Corporación Energética, S.A.». Por tanto, existen dos personas físicas representantes: don G. G. A., que representa a «Gamesa Energía, S.A.U.» en «Sistemas Energéticos Alcohujate, S.A.U.», y don J. A. G. F., que es quien representa a «Gamesa Corporación Tecnológica S.A.» en «Gamesa Energía, S.A.U.».

El acuerdo consiste en la sustitución del representante, persona física, de la sociedad administradora -«Gamesa Energía, S.A.U.»- en la sociedad administrada -«Sistemas Energéticos Alcohujate, S.A.U.»-, por lo que debe provenir, sin duda alguna, de dicha persona jurídica administradora en aplicación de la doctrina expuesta. Con la particularidad de que, como señaló la Resolución de la Dirección General de los Registros de 1 de junio de 2005, cuando estamos ante sociedades unipersonales las decisiones del socio único pueden ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad. Y a falta de norma para el caso de que dicho socio único sea una sociedad, debe admitirse la posibilidad de que sea el representante voluntario de dicho socio único el que pueda actuar en nombre de éste en el ejercicio de las competencias certificante y de ejecución de acuerdos. En este sentido, la certificación que expide don J. A. G. F., sería correcta, como también lo sería la elevación a público que lleva a cabo, siempre que actuara en calidad de lo que verdaderamente es, esto es, si sin innecesaria y perturbadora elipsis no se manifestara como «persona física representante de Gamesa Energía S.A., administrador único de la compañía Sistemas Energéticos Alcohujate S.A.», sino como

«persona física representante de Gamesa Corporación Energética S.A.U., a su vez administradora única de Gamesa Energía S.A.U., que es la administradora única de Sistemas Energéticos Alcohujate S.A.».

4. Queda por determinar si dicha persona física representante de la persona jurídica administradora de la que a su vez ejerce el cargo de administrador en una tercera sociedad puede por sí solo decidir la sustitución de la persona física que representa a dicha sociedad administradora, esto es, la que ocupa el segundo plano.

La Resolución de este Centro Directivo de 10 de julio de 2013 abordó esta controversia sentando la doctrina de que, tratándose de sociedades de capital, compete al órgano de administración la gestión y representación de la sociedad como establecen los artículos 225 y siguientes y 233 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. Y por ello, continuaba diciendo, la doctrina es mayoritariamente favorable al entendimiento de que la designación de la persona física compete al órgano de administración de la persona jurídica administradora ya que se trata de un acto de gestión que, además, supone el ejercicio del poder de representación de la sociedad frente a un tercero cual es la sociedad administrada.

5. Entre la escritura y la certificación se advierte una incoherencia fácilmente subsanable, puesto que mientras que en la intervención se da a don J. A. G. F. la función que le es propia (representante físico del administrador único de la sociedad que es administradora de la de la hoja registral), sin embargo, en la certificación se omiten todas esas circunstancias que le habilitan para adoptar y elevar a público las decisiones documentadas.

La certificación tendría que estar expedida por «Gamesa Corporación Tecnológica, S.A.», como administradora única de «Gamesa Energía, S.A.U.», a través de don J. A. G. F. y otorgada por el órgano de administración de «Gamesa Energía, S.A.U.» (que es, como ya sabemos, «Gamesa Corporación Tecnológica, S.A.») a través de su representante persona física, que es el citado don J. A. G. F.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar 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, 18 de mayo de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.