

## III. OTRAS DISPOSICIONES

### MINISTERIO DE JUSTICIA

**11910** *Resolución de 15 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil de Granada a inscribir la escritura de reducción del capital social de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don J.M.S.J., como administrador único de «Xamai España 2019, S.L.», contra la negativa de la registradora mercantil de Granada, doña María Cristina Palma López, a inscribir una escritura de reducción del capital social de dicha sociedad.

#### Hechos

I

En escritura autorizada el 9 de enero de 2020 por el notario de Málaga don Miguel Esteban Barranco Solís, con número 42 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad «Xamai España 2019, S.L.» el 26 de septiembre de 2019, por los que se reduce el capital social con la finalidad de restituir aportaciones a uno de los socios, no otorgante de dicha escritura, cuyas circunstancias identificativas, según consta en la certificación de tales acuerdos, son las siguientes: "Orchard Holliding, LLC", domiciliada en (...) Washington D.C., EE.UU., debidamente constituida con arreglo a las leyes de Washington D.C., (District of Columbia) en los Estados Unidos de Norte América, y registrada en el Departamento de Asuntos Regulatorios y de Consumo del Gobierno del Distrito de Columbia de Washington, con número de certificado 140269...».

II

Presentada dicha escritura el 18 de febrero de 2020 en el Registro Mercantil de Granada, causando el asiento 642, diario 152, fue objeto de la calificación negativa que a continuación se transcribe:

«La registradora 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 conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho.

Hechos: ...

Fundamentos de derecho (Defectos):

1. No consta el NIE español, ni tampoco su nacionalidad al tratarse de una sociedad extranjera, de la mercantil "Orchard Holdings LLC", entidad a la que se le restituyen sus aportaciones, ya que deberán de constar completas sus circunstancias de identidad de conformidad con lo dispuesto en el art. 331.1 de la LSC, y art. 202 y 38.2 del RRM. El Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, 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 -actualmente debe de entenderse referido al art. 29.2 b)- 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". Por su parte el artículo 20.1 del mismo Real Decreto en lo que se refiere a los extranjeros, viene a establecer que "el

número de identificación fiscal será el número de identidad de extranjero que se les asigne o se les facilite de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su normativa de desarrollo".

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15° del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro.

En relación con la presente calificación:

Todos los defectos son subsanables salvo aquellos en los que expresamente se manifieste lo contrario.

Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones...

Puede impugnarse directamente ante el Juzgado de lo Mercantil...

Cabe interponer recurso...

Granada, a 2 de marzo de 2020. La Registradora.»

### III

El 19 de junio de 2020, don J.M.S.J., como administrador único de «Xama España 2019, S.L.», interpuso recurso contra la anterior calificación mediante escrito en el que alega lo siguiente:

«Primero. Falta de NIE español.

La primera incidencia resaltada por el Registrador es referente a la falta de NIE español de una entidad extranjera como es Orchard Holding LLC. Como su nombre indica, su estructura societaria y demás elementos no es una entidad presente o establecida en España por lo que el NIE no es necesario. Tampoco lo era cuando se realizaron las inversiones en la entidad española y por tanto no consta en el libro de socios y se ha llevado a cabo la operación sin identificar dicho dato por no existir y no ser necesario.

Se cita el art. 29.2 b) de la Ley 58/2003 respecto al NIE de la entidad Orchard Holding LLC que ni tan siquiera es administradora o tiene cargo societario alguno y únicamente fue socia y retira la titularidad de sus participaciones sociales por medio de este acuerdo de reducción de capital. Dicha reducción de capital no conlleva nada más y nada menos que retirar lo que era propio por lo que el fondo del asunto no contempla efecto tributario alguno y en todo caso es un fenómeno tributario no registral.

La normativa tributaria, como cualquier norma es de general aplicación, pero los criterios y jerarquías de aplicación conllevan a que las normas del ámbito notarial, registral y mercantil son de preferencia aplicación. De estas normas se verifica que la identificación de los comparecientes es lo esencial y esta sociedad no es compareciente por lo que no es necesario su identificación por NIF para que el acto y operación llevada a cabo tenga efectos reales y efectivos y lleve a cabo su inscripción con efectos a terceros, especialmente porque de otra manera se bloquea el normal giro Mercantil y muy especialmente la aprobación de cuentas anuales que serán inadmitidas por el citado Registro Mercantil e impedirán la publicidad exigida normativamente.

No es que estemos propugnando la prevalencia y privilegio del giro mercantil sobre las normas tributarias, sino que es obstativo de la vida de la entidad a todos sus niveles, con el peligro de cierre de su hoja registral, respecto de la norma formal y necesaria de incorporar un NIF español respecto de una entidad extranjera que no ha comparecido en el documento notarial a inscribir en el Registro Mercantil. Pero sí instamos que es necesario encontrar y aplicar las normas de manera que no se impida materialmente la aplicación de todas ellas y desde luego es necesario llevar a cabo la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil para dar publicidad a la reducción de capital aprobada y elevada a público. Lo contrario impediría la vida misma de la sociedad y con ello decaería cualquier otro requisito necesario o exigido porque simplemente la entidad societaria devendrá en que no tenga vida y giro en el tráfico mercantil.

El Tribunal Supremo, ya consideró irrelevante la negativa a firmar el acta a efectos de entender válidamente constituida la junta como universal en su Sentencia de 16 de julio de 1994, declarando expresamente en la Sentencia de 29 de diciembre de 1999, lo siguiente: "mas en todo caso, aun cuando el acta de la Junta Universal no haya sido firmada por todos los socios, como prescribe el apartado 4.2 in fine del art. 97 RRM, no supone la pérdida de virtualidad del acta, sino un mero defecto que no alcanza a su validez, sin desdeñar que dichas firmas suponen una garantía de la veracidad del acta, en cuanto ratifican la presencia y aceptación de los socios", criterio éste confirmado por otras sentencias de fecha posterior del mismo Tribunal, como la de 18 de marzo de 2002. Además, como indica la Sentencia del mismo órgano de 28 de febrero de 1989, "la certificación de acuerdos sociales emitida por quien tiene competencia para ello y sin dudarse sobre su firma, pues que aparece legitimada por Notario, ha de derivar sus efectos hacia la propia sociedad y hacia todos los accionistas". Y nos atrevemos a afirmar como desarrollo de la misma con efectos a cualesquiera tercero una vez quede inscrita en el Registro Mercantil.

Igualmente, si la Dirección General del Registro y Notariado tuvo ocasión de pronunciarse sobre la misma cuestión en la Resolución de 17 de febrero de 1992 que el "primero de los defectos impugnados -no constar que el acta de la Junta ha sido firmada por los socios- carece de sólido fundamento, y ello por un doble motivo: a) Porque, aun cuando el acta no haya sido efectivamente firmada por todos los socios [como inequívocamente exige el art. 97.4 RRM, cuando de Juntas universales se trata], no por ello queda comprometida la validez y regularidad de los acuerdos adoptados, ni queda excluida la posibilidad de expedir certificaciones de su contenido. Tal omisión supone un mero defecto en el modo de documentar los acuerdos de los órganos sociales colegiados, que no trasciende a su validez intrínseca y aunque estas firmas implican indudablemente una garantía añadida de la veracidad del acta en cuanto ratifican la asistencia de todos los socios y la aceptación por ellos del orden del día, su omisión no restringe ni compromete la eficacia probatoria del acta en cuanto a estos extremos, que se funda en su adecuada aprobación y autorización (obsérvese a este respecto que las firmas de todos los socios en el acta de la Junta universal, ni siquiera se confunden con las formas de autorización a que se refiere el art. 99.2 RRM, y cuya omisión es la que impide expedir certificaciones de su contenido). b) Porque aunque tales firmas sean un dato necesario para la formación del acta, el hecho de su efectiva constancia o de su omisión no ha de recogerse en la certificación que sirve de base a la elevación a públicos de los acuerdos sociales, toda vez que -como se ha señalado- no afecta a la validez y regularidad de aquéllos (tal como se desprende de los arts. 107 y 112.2 del Reglamento del Registro Mercantil". Quiere ello decir que cualquier otro defecto formal, como la falta de NIF, no puede comprometer e impedir los efectos propios del acto u operación mercantil llevada a cabo sobre la que no existe lugar a dudas.

En definitiva propugnamos que la falta de acreditación del NIF no necesariamente conduce a denegar, en primer lugar, la autorización de la escritura, como así ha sucedido quedando autorizada notarialmente, sino también por las mismas razones, la inscripción por el Registrador correspondiente, porque, de lo contrario, perderían sentido las siguientes normas:

– Art. 24 Ley del Notariado.

En las escrituras públicas a las que se refieren este artículo y el artículo 23 de esta Ley, el Consejo General del Notariado suministrará a la Administración tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de esta Ley, la información relativa a las operaciones en las que se hubiera incumplido la obligación de comunicar al Notario el número de identificación fiscal para su constancia en la escritura, así como los medios de pago empleados y, en su caso, la negativa a identificar los medios de pago. Estos datos deberán constar en los índices informatizados.

– Arts. 27 y 51 R.D. 1065/2007, que se refieren precisamente al modo de actuación notarial en el caso de escrituras autorizadas sin acreditación del NIF.

Art. 27: 2. En particular, deberá incluirse o comunicarse el número de identificación fiscal en las siguientes operaciones con trascendencia tributaria:... b) Cuando se pretenda adquirir o transmitir valores representados por medio de títulos o anotaciones en cuenta y situados en España. En estos casos, las personas o entidades que pretendan la adquisición o transmisión deberán comunicar, al tiempo de dar la orden correspondiente, su número de identificación fiscal a la entidad emisora o intermediarios financieros respectivos, que no atenderán aquella hasta el cumplimiento de esta obligación, de acuerdo con el art. 109 Ley 24/1988, del Mercado de Valores.—... c) Cuando se formalicen actos o contratos ante notario que tengan por objeto la declaración, constitución, adquisición, transmisión, modificación o extinción del dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles o cualquier otro acto o contrato con trascendencia tributaria. En estos casos, se deberá incluir en las escrituras o documentos el número de identificación fiscal de las personas o entidades que comparezcan y los de las personas en cuya representación actúen. - Cuando se incumpla esta obligación los notarios deberán presentar a la Administración tributaria la declaración informativa regulada en el artículo 51".

Art. 51: "Obligación de informar sobre personas o entidades que no han comunicado su número de identificación fiscal o que no han identificado los medios de pago empleados al otorgar escrituras o documentos donde consten los actos o contratos intervenidos por los notarios,

1. El Consejo General del Notariado deberá presentar de forma telemática a la Administración tributaria una declaración informativa mensual, en la que se incluirá el nombre y apellidos de los comparecientes o de las personas o entidades en cuya representación actúen en el otorgamiento de escrituras o documentos en los que se formalicen actos o contratos que tengan por objeto la declaración, constitución, adquisición, transmisión, modificación o extinción del dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles o cualquier otro acto o contrato con trascendencia tributaria, en las que se den las siguientes circunstancias:

- a. Que no hayan comunicado su número de identificación fiscal.
- b. Que no hayan identificado los medios de pago empleados por las partes, cuando la contraprestación haya consistido en todo o en parte en dinero o signo que lo represente.

2. Cada declaración informativa se presentará antes de finalizar el mes y comprenderá las operaciones realizadas durante el mes precedente."

Por tanto, la propia norma establece la forma de llevar a cabo posible la operación mercantil llevada a cabo: reducción de capital, y la identificación en su caso por trascendencia tributaria del afectado aunque no compareciente como es Orchard Holding LLC., correspondiente a la obligación de informar por vía del art. 51 RD 1065/2007 respecto a la falta de acreditación de NIF o en su caso de la propia operación a los efectos oportunos.

F.L, citando el argumento empleado por OCP en su Comunicación 1/2008, viene a identificar que la obligación notarial y registral es de actividad y no de resultado (decía la comunicación que toda obligación parte de la actividad profesional o empresarial del otorgante basándose en sus manifestaciones), de modo que, en este caso, el notario lo hará constar así en el instrumento público que autorice o inscriba, así como lleve a cabo las demás obligaciones o acciones que correspondan.

A.M. afirma que la cuestión fundamental es el titular real lo que de manera clara y evidente ha dejado constancia el título notarial, así como aquí se aporta documentación suficiente para dicha acreditación. Y ello siguiendo a las recomendaciones GAFI que identifica una obligación de actividad y no de resultado, lo que ha sido aclarado en el título por declaración del titular real.

Por tanto ni formalmente, la falta de acreditación del NIF de la entidad Orchard Holliding LLC, ni materialmente, la existencia de una operación oculta a la Hacienda Pública o a las medidas de control de blanqueo de capitales, conllevan la suspensión y no inscripción de la operación mercantil de reducción de capital llevada a cabo.

Segundo. Además de lo anterior, no podemos olvidar que una vez si fuera ello necesario se comunicara a la Agencia Tributaria, ésta procederá de oficio a otorgar NIF de oficio conforme al art. 19 RD 1065/2007, llevando a cabo la finalidad buscada por el Registro Mercantil. 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.

En definitiva tenemos que advertir que la norma citada por el Sr. Registrador para suspender la inscripción, además de ser tributaria y no técnicamente mercantil o registral que impida la inscripción correspondiente, no es directamente aplicable sin una interpretación conjunta con el Reglamento de desarrollo y por tanto habiéndose habilitado vías de actuación diferentes a la tomada por el Sr. Registrador (obstativa de inscripción del título notarial) como es la comunicación a la Agencia Tributaria del título notarial y además existir la opción de otorgar NIF exigido por la propia Agencia Tributaria no puede impedirse el giro en el tráfico habitual mercantil de la sociedad Xamai España 2019 S.L., que es lo que ocurriría en caso de no inscribirse la reducción de capital que consta en el título que se presenta a inscripción.

Tercero. Se ha suspendido el plazo de presentación de este recurso por disposición del RD 463/2020 y por tanto se presenta en plazo y forma una vez que se ha dispuesto la continuidad de los plazos correspondientes».

#### IV

El 7 de julio de 2020, la registradora elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 24 de la Ley del Notariado; 331 de la Ley de Sociedades de Capital; 35.4 y 29.2.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; 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; 38 y 202 del Reglamento del Registro Mercantil; 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; 62.b) del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, 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, 3, 25 y 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, 15 y 25 de febrero y 10 de diciembre de 2013, 20 de enero de 2014 y 12 de diciembre de 2016.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura otorgada el 9 de enero de 2020 mediante la cual se elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad «Xamai España 2019, S.L.» el 26 de septiembre de 2019, por los que se reduce el capital social con la finalidad de restituir el valor de sus aportaciones a uno de los socios, que -según se indica en la certificación de tales

acuerdos- es una sociedad extranjera domiciliada en los Estados Unidos de Norteamérica, constituida con arreglo a las leyes de Washington, D. C..

El defecto objeto de impugnación consiste en que, según expresa la registradora en su calificación, no consta el número de identidad de extranjero (N.I.E.) de la sociedad a la que se restituyen sus aportaciones, exigencia que, a su juicio, resulta de lo establecido en los artículos 331.1 de la Ley de Sociedades de Capital, 38.2 y 202 del Reglamento del Registro Mercantil, y 18.1 y 20.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

2. Dada la función de garantía que, entre otras, desempeña el capital social, el rigor de las exigencias legales para su reducción ha de observarse escrupulosamente en la medida que puede comprometer las expectativas de cobro de los acreedores sociales, riesgo que existe claramente cuando la reducción del capital social comporta disminución del patrimonio neto por realizarse devoluciones a los socios. El sistema ordinario de reducción con restitución del valor de aportaciones sociales gira, básicamente, en torno a la imposición de una responsabilidad temporal y solidaria de los socios junto con la sociedad hasta el importe de las cantidades percibidas por las devoluciones de sus aportaciones (cfr. artículo 331, apartados 1 a 3, de la Ley de Sociedades de Capital), lo que exige una perfecta identificación de los mismos y la concreción de las cantidades percibidas por cada uno de ellos con su correspondiente publicidad registral (artículo 331.4 de la Ley de Sociedades de Capital y las Resoluciones de este Centro Directivo de 3 y 25 de enero de 2011, 10 de diciembre de 2013 y 12 de diciembre de 2016, entre otras). Por ello, el Reglamento del Registro Mercantil, en el artículo 201.3, dispone que «cuando la reducción de capital hubiera tenido por finalidad la restitución de aportaciones, en la escritura se consignarán además: (...) 2.º La identidad de las personas a quienes se hubiere restituido la totalidad o parte de las aportaciones sociales (...)». Y, según el artículo 202.3.º del mismo Reglamento (además de lo establecido en el citado artículo 331.4 de la Ley de Sociedades de Capital), ésta es una de las circunstancias que deben hacerse constar en la inscripción, de modo que deberán quedar reflejados en el asiento los datos de identidad exigidos por el artículo 38 del citado Reglamento.

Tratándose de personas físicas extranjeras este artículo 38 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 conforme a 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, como por ejemplo la que deriva del artículo 62.b) del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, según el cual estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, en la reducción de capital social, los socios por los bienes y derechos recibidos.

En consecuencia, 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, 15 de septiembre de 2020.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.