

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12452 *Resolución de 28 de junio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XIII de Barcelona a inscribir un acuerdo de aumento de capital social y el nombramiento de un miembro del consejo de administración.*

En el recurso interpuesto por don J. Q. P., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Consentio Platform, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XIII de Barcelona, don José Ignacio Garmendia Rodríguez, a inscribir un acuerdo de aumento de capital social y el nombramiento de un miembro del consejo de administración.

Hechos

I

El día 29 de noviembre de 2021, se otorgó ante el notario de Barcelona, don Enrique Viola Tarragona, con el número 3.473 de protocolo, una escritura de elevación a público de acuerdos de aumento de capital social por compensación de créditos y de nombramiento de un miembro del consejo de administración de la sociedad «Consentio Platform, S.L.».

II

Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El Registrador que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación del documento, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, he resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 1368/820.

Fecha de la presentación: 25/01/2022.

Entrada: 42009365.

Sociedad: Consentio Platform S.L.

Documento calificado: Escritura de fecha 29/11/2021, Notario don Enrique Viola Tarragona, n.º 3.473 de protocolo.

Fecha de la calificación: 11/02/2022.

Fundamentos de Derecho (defectos).

1.º No se acredita la autoliquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. (Artículos 19, 45,I.B.) 11 y 54,1 de la Ley reguladora del citado Impuesto, artículos 54, 98, y 122 de su Reglamento, artículos 254,1 y 256 de la ley Hipotecaria, artículo 107 del Reglamento Hipotecario, artículos 32,2 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 80 y 86,1 del Reglamento de Registro Mercantil y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24/06/2010, 26/01/2012, 19/10/2016).

2.º Deben inscribirse previa o simultáneamente el/los aumento/s de capital de los que resulten las cifras del capital social, número de participaciones sociales y clases en que se divide, que presuponen el acuerdo de aumento que por la presente escritura se eleva a público, por tanto hasta la cifra de 8.300,667 euros, cantidad de la que parten los acuerdos que se adoptan; por cuanto no es posible inscribir modificaciones de capital que partan de situaciones distintas de las que el Registro publica.

Téngase en cuenta que según Registro consta inscrito un capital de 7.134,00 euros dividido en 7.134.000 participaciones, de 0,001 euro de valor nominal cada una de ellas, numeradas correlativamente de la 1 a la 4.865.000 y de la 4.870.001 al 7.139.000. Dicho capital se haya además distribuido en las siguientes clases de participaciones: clase A, números 1 al 4.144.000, clase C de la 4.921.001 a la 6.160.000, y clase B, de la 4.144.001 a la 4.865.000, de la 4.870.001 a la 4.921.000 y de la 6.160.001 a la 7.139.000; asimismo se observa que deberá presentarse, en su caso, la escritura otorgada el día 26 de abril de 2021, ante el Notario Don Enrique Viola Tarragona, número 1.412 de protocolo, que se cita en la intervención de la escritura. (Arts. 23.d) y 285 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, arts. 7, 11.2, 183, 184 y 200.4.º del Reglamento del Registro Mercantil y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15-6-2002, 25-2-2004 y 19-04-2017).

Conforme lo expresado téngase en cuenta asimismo que en el presente documento se comprende la referencia a unas participaciones números 7.139.001 a 8.305.667 de clase D, que no se contemplan en los estatutos sociales inscritos.

Una vez practicada la inscripción del/de los documentos previos, en su caso solo la escritura número 1412/2021 antes citada, procederá la completa calificación del presente documento. (Artículos 6 y 11 del Reglamento del Registro Mercantil).

3.º Debe indicarse el NIF español de Flexport, INC, de nacionalidad estadounidense, suscriptora de parte del aumento de capital por compensación de créditos. (Artículos 314 de la Ley de Sociedades de Capital y 38 y 198.4.1 del Reglamento del Registro Mercantil, Ley 10/2010 de 28 de abril y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de febrero de 2005, 6 de agosto de 2014, 12 de diciembre de 2016 y y de 15/09/2020).

4.º Acuerdo Cuarto de Nombramiento de Consejero: Existe discordancia en cuanto a la composición del Consejo de Administración formado por cinco miembros, que se expresa en el último párrafo del citado acuerdo, y los consejeros con cargo inscrito y vigente sumados al nuevo consejero nombrado, que compondría un consejo de administración de cuatro miembros. En caso de haberse procedido a un nuevo nombramiento, éste deberá inscribirse previamente, y, a tal efecto, téngase en cuenta que fue presentada en este Registro escritura comprensiva de renuncia y nombramiento de cargos, otorgada el día 18/06/2021, ante el mismo Notario señor Viola Tarragona, número 2.046 de protocolo, causando el Asiento de Presentación 3777 del Diario 1354, que sigue vigente –por razón de la interposición [sic] de recurso contra la nota de calificación de dicho documento, de fecha 6 de julio de 2021–; escritura número 2.046/2021 que fue asimismo inscrita parcialmente sólo en cuanto al cese de un anterior consejero. (Artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil).

5.º Acuerdo Cuarto de Nombramiento de Consejero Falta consignar la fecha de aceptación expresa del cargo por parte de Don J. R. P. como consejero de la Sociedad. (artículo 141 del Reglamento del Registro Mercantil)

Los defectos consignados tienen carácter subsanable.

Se advierte que se observa error respecto a los datos señalados de la entidad “Basil Capital Ventures, S.L.”, al indicar que su domicilio social se halla ubicado en “(...) Madrid”, dado que según datos del Fichero de entidades inscritas se halla domiciliada en Madrid, (...)

Contra la presente calificación (...)

El registrador José Ignacio Garmendia Rodríguez Registrador Mercantil núm. 13 de Barcelona».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. Q. P., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Consentio Platform, S.L.», interpuso recurso el día 1 de abril de 2022 mediante escrito en los siguientes términos:

«Que con fecha de 1 de marzo de 2022 mi representada ha sido notificada de la calificación registral negativa respecto de la inscripción en el Registro Mercantil de Barcelona de la escritura otorgada en fecha de 29 de noviembre de 2021 por el Notario de Barcelona D. Enrique Viola Tarragona al número 3.473 de su protocolo, en virtud de la que, según es de ver en la indicada escritura:

“Primero. Se aumenta el capital social en la - suma de trescientos cincuenta euros con treinta y seis milésimas de euro (350,036 €), quedando fijado en la suma de ocho mil seiscientos cincuenta euros con setecientas tres milésimas de euro (8.650,703 €), mediante la creación de trescientas cincuenta mil treinta y seis nuevas participaciones sociales, de una milésima de euro (0,001 €) de valor nominal cada una de ellas, de la Clase B, números 8.305.668 al 8.655.703, ambos inclusive.

Las nuevas participaciones sociales se crean con una prima de asunción global de quinientos veintiséis mil seiscientos cuarenta y nueve euros con novecientas sesenta y cuatro milésimas de euro (526.649,964 €), siendo la prima por participación la que resulta de la Certificación social incorporada.

Segundo. Las nuevas participaciones sociales, previa renuncia por parte de los socios a su derecho de preferencia, han sido íntegramente asumidas, en la proporción que se expresa, por las personas mencionadas en la certificación incorporada, quienes han desembolsado el total valor nominal de las participaciones respectivamente asumidas, así como la prima correspondiente, lo que hace una suma total de quinientos veintisiete mil euros (527.000,00 €) mediante compensación de los créditos líquidos, vencidos y exigibles con las mismas contraídas por la Sociedad, por las cuantías y en las fechas que se indican en la certificación e informe incorporados.

El acuerdo de aumentar el capital social mediante compensación de créditos contra la propia Sociedad, conforme a lo dispuesto en el artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital, fue adoptado a la vista del informe del Órgano de Administración, de fecha 4 de agosto de 2021, en concordancia con la contabilidad social, con expresión de los datos de identidad de los acreedores aportantes y las cuantías y las fechas en que habían sido contraídos los créditos objeto de compensación, así como el carácter de líquidos, vencidos y exigibles de los mismos.

Dicho informe es el que figura anexo a la Certificación social incorporada.

Tercero. Se modifica, como consecuencia de las anteriores operaciones, el artículo 4.º de los Estatutos sociales, que quedará redactado en los términos que resultan de la Certificación incorporada, que se da aquí por reproducida en aras a la brevedad.

Cuarto. Se aumenta el capital social en la suma de quinientos cincuenta y cinco euros con quinientos cincuenta y seis milésimas de euro (555.556 €), quedando fijado en la suma de nueve mil doscientos seis euros con doscientos cincuenta y nueve milésimas de euro (9.206,259 €), mediante la creación de quinientas cincuenta y cinco mil quinientas cincuenta y seis nuevas participaciones sociales, de una milésima de euro (0,001 €) de valor nominal cada una de ellas, de la Clase D, números 8.655.704 al 9.211.259, ambos inclusive.

Las nuevas participaciones sociales se crean con una prima de asunción global de novecientos noventa y nueve mil cuatrocientos cuarenta y cinco euros con doscientas cuarenta y cuatro milésimas de euro (999.445,244 €), siendo la prima por participación la que resulta de la Certificación social incorporada.

Quinto. Las nuevas participaciones sociales, previa renuncia por parte de los socios a su derecho de preferencia, han sido íntegramente asumidas, en la proporción que se expresa, por la Sociedad relacionada en la certificación incorporada, que ha

desembolsado el total valor nominal de las participaciones respectivamente asumidas, así como la prima correspondiente, lo que hace una suma total de un millón euros con ochenta céntimos de euro (1.000.000,80 €) mediante aportación dineraria.

Me acredita el desembolso dinerario mediante certificación de Entidad financiera que me entrega y que, debidamente reintegrada, dejo incorporada a la matriz de la presente escritura, para su traslado a las copias.

Sexto. Se modifica, como consecuencia de las anteriores operaciones, el artículo 4.º de los Estatutos sociales, que quedará redactado en los términos que resultan de la Certificación incorporada, que se da aquí por reproducida en aras a la brevedad.

Séptimo. Manifiesta el compareciente haberse hecho constar en el Libro Registro de socios la titularidad de las nuevas participaciones sociales, de acuerdo con el artículo 314 de la Ley de Sociedades de Capital.

Asimismo me requiere para que deje constancia, mediante Diligencia redactada a continuación o en Acta independiente, de la exhibición del NIF obtenido por Flexport Inc.

Octavo. Se nombra Consejero de la Sociedad, por plazo indefinido, a don J. R. P., cuyos datos de identidad obran en la Certificación incorporada.

El nombrado aceptó al cargo en su favor deferido y manifestó no hallarse incurso en incompatibilidad alguna mediante carta, según resulta de la Certificación social incorporada, a la que me remito.

Noveno. A efectos de lo dispuesto en la Legislación sobre Inversiones Extranjeras, manifiesta el compareciente que se cumplimentarán y presentarán, allí donde fuere menester, las correspondientes Declaraciones de Inversión Extranjera en Sociedades no Cotizadas, en impreso modelo D1-A.”.

Que, entendiendo que dicha calificación no se ajusta a Derecho, dicho sea con el debido respeto y en estrictos términos de defensa de mi representada, mediante el presente escrito, en tiempo y forma, paso a formular recurso contra la indicada calificación al amparo de lo previsto en el artículo 324 y siguientes del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en lo sucesivo, Ley Hipotecaria), con base en los siguientes

Motivos

Previo. De carácter procedimental (...).

Primero. Respecto de la falta de acreditación de autoliquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Señala en primer lugar el Registrador (véase fundamento jurídico primero de la calificación impugnada) que “No se acredita la autoliquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Artículos 19, 45. I.B.) 11 y 54.1 de la Ley reguladora del citado Impuesto, artículos 54, 98, y 122 de su Reglamento artículos 254.1 y 256 de la Ley Hipotecaria, artículo 107 del Reglamento Hipotecario, artículos 32.2 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 80 y 86.1 del Reglamento de Registro Mercantil, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24/06/2010, 26/01/2012, 19/10/2016)”.

Cierto es que no se acredita la liquidación del Impuesto, pero, necesario es señalar que, (...) ello no ha sido posible por cuanto, a pesar de ser Consentio Platform, S.L. el sujeto pasivo del impuesto y no ser obligado tributario Flexport, INC, al no disponer esta última de NIF español (como analizaremos en el apartado tercero del presente recurso, su obtención no le es exigible), la cumplimentación del trámite no es posible.

En ilación con lo que seguidamente analizaremos en el epígrafe tercero del presente recurso, debe permitirse la liquidación del impuesto a esta parte –sujeto pasivo– aun no haciendo constar NIF español de Flexport, INC por cuanto, como veremos, no es obligada a su obtención.

En cualquier caso, la falta de acreditación de la liquidación del citado impuesto no es óbice para su inscripción por cuanto, en fin, no estamos ante un fenómeno tributario registral, de modo que debe revocarse la calificación negativa que nos ocupa.

Segundo. Respecto de la necesidad de inscripción previa o simultánea de los previos aumentos de capital.

Como es de ver de la calificación impugnada, se rechaza la inscripción de la escritura que ahora nos ocupa por cuanto, razona el Registrador (véase fundamento jurídico segundo de la calificación impugnada) que “Deben inscribirse previa o simultáneamente el/los aumento/s de capital de los que resulten las cifras del capital social, número de participaciones sociales y clases en que se divide, que presuponen el acuerdo de aumento que por la presente escritura se eleva a público, por tanto hasta la cifra de 8.300,667 euros, cantidad de la que parten los acuerdos que se adoptan; por cuanto no es posible inscribir modificaciones de capital que partan de situaciones distintas de las que el Registro publica.”, añadiendo que “Téngase en cuenta que según Registro consta inscrito un capital de 7.134,00 euros dividido en 7.134.000 participaciones, de 0,001 euro de valor nominal cada una de ellas, numeradas correlativamente de la 1 a la 4.865.000 y de la 4.870.001 al 7.139.000. Dicho capital se haya además distribuido en las siguientes clases de participaciones: clase A números 1 al 4.144.000, clase C de la 4.921.001 a la 6.160.000, y clase B, de la 4.144.001 a la 4.85.000, de la 4.870.0001 a la 4.921.000 y de la 6.160.001 a la 7.139.000;”, para finalizar indicando que “asimismo se observa que deberá presentarse, en su caso, la escritura otorgada el día 26 de abril de 2021, ante el Notario don Enrique Viola Tarragona, número 1.412 de protocolo, que se cita en la intervención de la escritura. (Arts. 23.d y 285 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, arts. 7, 11.2, 183, 184 y 200.4.º del Reglamento del Registro Mercantil y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15-6-2002, 25-2-2004 y 19-04-2017). Conforme lo expresado téngase en cuenta asimismo que en el presente documento se comprende la referencia a unas participaciones números 7.139,001 a 8.305.667 de clase D, que no se contemplan en los estatutos sociales inscritos. Una vez practicada la inscripción del/de los documentos previos, en su caso solo la escritura número 1412/2021 antes citada, procederá la completa calificación del presente documento. (Artículos 6 y 11 del Reglamento del Registro Mercantil)”.

Tal defecto se encuentra ya subsanado por cuanto, (...) ha sido solicitada la inscripción registral de la escritura notarial con número de protocolo 1412 del Notario don Enrique Viola Tarragona.

Tercero. Respecto de la necesidad de obtención de NIF español por parte de la compañía Flexport, Inc.

Además de por los motivos que anteriormente se analizan, rechaza la inscripción el Registrador por cuanto (véase fundamento jurídico tercero de la calificación impugnada) “Debe indicarse el NIF español de Flexport, Inc, de nacionalidad estadounidense, suscriptora de parte del aumento de capital por compensación de créditos. (Artículos 314 de la Ley de Sociedades de Capital y 38 y 198.4.1 del Reglamento del Registro Mercantil, Ley 10/2010, de 28 de abril y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de febrero de 2005, 6 de agosto de 2014, 12 de diciembre de 2016 y de 15/09/2020)”.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 314 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, Ley de Sociedades de Capital), “La escritura que documenta la ejecución deberá expresar los bienes o derechos aportados y, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada o de las anónimas no cotizadas, si el aumento se hubiera realizado por creación de nuevas participaciones sociales o por emisión de nuevas acciones, la identidad de las personas a quienes se hayan adjudicado, la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas, así como la declaración del órgano de administración de que la titularidad de las participaciones se ha hecho constar en el Libro-registro de socios o de que la titularidad de las acciones nominativa se ha hecho constar en el Libro-registro de acciones nominativas.”. Pues bien, como es de ver en la escritura cuya inscripción en el Registro Mercantil se interesó por esta parte y fue rechazada, se hizo constar tanto la identidad de las personas a las

que se adjudicaron las nuevas participaciones sociales –mediante la modalidad de compensación de créditos– (véanse páginas 17 a 24 de la escritura en relación con el acuerdo “tercero” transcrito en el encabezamiento del presente escrito) como la declaración del Consejo de Administración en el sentido exigido en el segundo inciso del precepto anteriormente señalado (véanse páginas 25 a 29 de la escritura).

Por su parte, y en relación con las escrituras de aumento del capital social, indica el artículo 198.4.1.º del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en lo sucesivo, Reglamento del Registro Mercantil) que “4. En la escritura se expresará además: 1.º Que el aumento acordado ha sido íntegramente desembolsado en los términos previstos, y, en los casos de aumento de capital por creación de nuevas participaciones, la identidad de las personas a quienes se hayan adjudicado, la numeración de las participaciones atribuidas a cada una de ellas y la circunstancia de haberse hecho constar la titularidad de las mismas en el Libro Registro de socios. Si el aumento de capital no se hubiera asumido íntegramente dentro del plazo fijado al efecto se hará constar expresamente.”, señalando el artículo 38 del mismo texto legal que “1. Cuando haya de hacerse constar en la inscripción la identidad de una persona física, se consignarán los siguientes datos: (...) 2. Tratándose de personas jurídicas se indicará: 1.º La razón social o denominación. 2.º Los datos de identificación registral. 3.º La nacionalidad, si fuesen extranjeras. 4.º El domicilio, en los términos expresados en el número 5.º del apartado anterior. 5.º El número de identificación fiscal, cuando se trate de entidades que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria”.

En síntesis, y en lo que aquí interesa, rechaza el Registrador la inscripción de la escritura que nos ocupa por no hacerse constar en la misma “el NIF español de Flexport, INC, de nacionalidad estadounidense, suscriptora de parte del aumento de capital por compensación de créditos.”, toda vez que, como es de ver de la escritura en cuestión, se hacía constar en la misma que el NIF de dicha sociedad estaba “pendiente de obtención” (véanse páginas 19 y 27 de la escritura). Sin embargo, como hemos visto, ninguna disposición normativa exige a Flexport, INC la obtención del NIF español para poder operar en territorio nacional, tampoco se puede desprender de las normas anteriormente transcritas que la obtención del número de identificación fiscal sea exigible para que pueda hacerse constar la inscripción del aumento de capital en relación con la adquisición o suscripción de participaciones sociales por parte de una entidad mercantil, si bien es cierto que en el inciso 5.º del apartado 2 del artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil se recoge que deberá hacerse constar el NIF si es exigible a dicha sociedad obtenerlo con arreglo a la normativa tributaria.

Pues bien, lo primero que tenemos que señalar es que Flexport, Inc no es sujeto pasivo de impuestos en España, motivo por el cual, prima facie, no es exigible a dicha sociedad la obtención de NIF español. A pesar de que expresamente nada se indica en la Resolución de calificación impugnada en relación con la exigencia de obtención del NIF español por parte de la citada compañía, pudiera entenderse, prima facie, que los motivos que pudieran haber llevado al Registrador a exigir tal cuestión pudieran descansar en una incorrecta interpretación por el mismo de las normas tributarias. Y así lo indicamos por cuanto, recuérdese, el artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil únicamente exige la consignación del NIF en la escritura a registrar cuando se trate de una entidad que deba disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria. Analicemos, pues, qué prevé la norma tributaria.

Conforme lo previsto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en lo sucesivo, Ley General Tributaria) –que, recordemos, como su propia exposición de motivos señala es el eje central del ordenamiento tributario donde se recogen sus principios esenciales y se regulan las relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes–, “1. Son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias.” (artículo 35). De la lectura de dicho precepto, y teniendo en cuenta que Flexport, Inc no es sujeto pasivo de impuestos en España, lógico es que no resulta ser

obligado tributario, de modo que únicamente cabría atribuirle eventual responsabilidad tributaria a éste –y, por ende, obligación de disponer de NIF– si resultara ser sujeto pasivo de impuestos.

Téngase en cuenta que Flexport, Inc no ostenta cargo societario alguno y únicamente se convierte en socia, por lo que el fondo del asunto en ningún caso contempla efecto tributario alguno y, en todo caso, de contemplarlo, estamos ante un fenómeno tributario no registral.

Cierto es que, de conformidad con lo previsto en la Orden EHA/451/2008, de 20 de febrero, por la que se regula la composición del número de identificación fiscal de las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica.–Boletín Oficial del Estado de 26-02-2008 (nos referimos a su preámbulo), “La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece en su disposición adicional sexta que toda persona física o jurídica, así como las entidades sin personalidad a que se refiere el apartado 4 de su artículo 35, tendrán un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria. Este número de identificación fiscal será facilitado por la Administración General del Estado, de oficio o a instancia del interesado.”, pero no es menos cierto que la Disposición Adicional Sexta de la Ley General Tributaria únicamente indica la obligación de obtención de NIF español en aquellos supuestos en los que la actuación de la empresa no nacional pueda tener trascendencia tributaria, lo cual no ocurre en el supuesto que nos ocupa, como hemos visto.

A mayor abundamiento, y en cualquier caso, aun en el supuesto de considerar la Dirección General a la que me dirijo que la obtención del NIF español por parte de Flexport, Inc es necesaria para poder inscribir la escritura que nos ocupa, no podemos sino denunciar que la obligación formal de la obtención del NIF, por cuanto no se justifican en modo alguno el procedimiento, los requisitos y documentación exigida para su consecución si de persona jurídica extranjera se refiere (como ocurre en el supuesto que nos ocupa), es contraria al derecho de la Unión Europea, como seguidamente explicaremos.

De conformidad con lo previsto en el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea “1. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.”. Es decir, el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ya recoge la prohibición de restringir los movimientos de capitales no sólo entre Estados miembros de la Unión Europea, lo que resulta lógico, sino, en fin, también entre Estados miembros y terceros países. Pues bien, como seguidamente explicaremos, la obligación de obtención de NIF español, por el propio trámite en sí, a una empresa extranjera para que ésta pueda llevar a cabo actos de inversión en España e inscribir los mismos en el Registro Mercantil, no constituye, si no, vulneración del precepto antecitado.

Como no desconoce la Dirección General a la que me dirijo, la obtención de NIF español por parte de una entidad mercantil extranjera requiere de un trámite que ha de realizarse ante la AEAT, que precisa de la aportación de los siguientes documentos:

1. Certificado de que la compañía existe y está activa, con apostillado por el Convenio de La Haya o legalizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores.
2. Poder específico que debe realizarse ante Notario a favor de una persona española que le faculte para solicitar el NIF en nombre de la entidad extranjera. Asimismo, debe constar que la persona que firma el poder tiene facultades suficientes para hacerlo; con apostillado por el Convenio de La Haya o legalizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores.
3. Traducción jurada al español de dichos documentos.

Sin embargo, estos no son los trámites que se exigen para la obtención del NIF cuando se trata de una entidad mercantil de nacionalidad española, puesto que, como es sabido, únicamente se requiere de un trámite sencillo ante la AEAT a los efectos de su obtención. La discriminación que se produce, en este caso, a la empresa extranjera es

absolutamente incuestionable, pues se impone a la misma la carga de obtener un número de identificación fiscal español a pesar de que ésta no opere activamente en el territorio nacional español y, a la postre, el trámite en cuestión es absolutamente farragoso y contrario al espíritu normativo de la Unión Europea, como seguidamente explicaremos.

De conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo., de 20 de junio de 2019. por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades (en lo sucesivo, Directiva 2019/1151) – Directiva que, cabe señalar, no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español en el plazo que se establece en la misma, esto es, en el plazo previsto en el artículo 2 de la misma (antes del día 1 de agosto de 2021)–, se modifica el artículo 13 undecies de la Directiva 2017/1132, que queda redactado como sigue: “Presentación en línea de documentos y de información societarios. 1. Los Estados miembros velarán por que los documentos e información a que se refiere el artículo 14, incluida cualquier modificación posterior, puedan presentarse en línea ante el registro en el plazo previsto por el Derecho del Estado miembro en el que esté registrada la sociedad. Los Estados miembros velarán por que dicha presentación pueda completarse íntegramente en línea, sin necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar la presentación en línea. a reserva de lo dispuesto en el artículo 13 ter, apartado 4, y, en su caso, el artículo 13 octies, apartado 8.

2. Los Estados miembros se asegurarán de que el origen y la integridad de los documentos presentados en línea pueda verificarse electrónicamente.

3. Los Estados miembros podrán exigir que determinadas sociedades o todas ellas presenten en línea todos o algunos de los documentos e información a que se refiere el apartado 1.

4. El artículo 13 octies, apartados 2 a 5, se aplicarán mutatis mutandis a la presentación en línea de documentos e información.

5. Los Estados miembros podrán seguir permitiendo otras formas de presentación que no sean las mencionadas en el apartado 1, incluso por medios electrónicos o en papel, por parte de sociedades, notarios u otras personas u organismos habilitados en virtud del Derecho nacional para tratar esas formas de presentación.”. Por referencias al mismo, recordamos que, de conformidad con el artículo 14 de la Directiva 2017/1132, “Actos e indicaciones que deben publicar las sociedades. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que la publicidad obligatoria relativa a las sociedades se refiera al menos a los actos e indicaciones siguientes: a) la escritura de constitución y los estatutos, si fueran objeto de un acto separado; b) las modificaciones de los actos a que se refiere la letra a), comprendida la prórroga de la sociedad; c) después de cada modificación de la escritura de constitución o de los estatutos, el texto íntegro del acto modificado, en su redacción actualizada; d) el nombramiento, el cese de funciones, así como la identidad de las personas que, como órgano legalmente previsto, o como miembros de tal órgano: i) tengan el poder de obligar a la sociedad con respecto a terceros y representarla en juicio; las medidas de publicidad precisarán si las personas que tengan poder de obligar a la sociedad pueden hacerlo por sí solas o deben hacerlo conjuntamente, ii) participen en la administración, la vigilancia o el control de la sociedad; e) al menos anualmente, el importe del capital suscrito, cuando la escritura de constitución o los estatutos mencionen un capital autorizado, a menos que todo aumento de capital suscrito implique una modificación de los estatutos; j) los documentos contables por cada ejercicio presupuestario, que deben publicarse de conformidad con las Directivas 86/635/CEE (1) y 91/674/CEE (2) del Consejo y la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (3); g) todo cambio de domicilio social; h) la disolución de la sociedad; i) la resolución judicial que declare la nulidad de la sociedad; j) el nombramiento y la identidad de los liquidadores, así como sus poderes respectivos, a menos que estos poderes resultasen expresa y exclusivamente de la ley o de los

estatutos; k) el cierre de la liquidación y la cancelación del registro en los Estados miembros en que esta produzca efectos jurídicos.”.

Y es que, en fin, conforme señala la propia Directiva 2019/1151 en lo que podemos tildar de exposición de motivos, “(28) Con el fin de reducir los costes y la carga administrativa y la duración de los procedimientos para las sociedades, los Estados miembros deben aplicar en materia de Derecho de sociedades el principio de ‘solo una vez’, que, como demuestran, por ejemplo, el Reglamento (UE) 2018/1724, el Plan de Acción de la Comisión sobre Administración Electrónica o la Declaración de Tallin sobre la administración electrónica, está asentado en la Unión. La aplicación del principio de ‘solo una vez’ implica que las sociedades no tengan que presentar la misma información a la administración pública más de una vez. Por ejemplo, las sociedades no deben presentar la misma información al registro nacional y al boletín nacional. En su lugar, el registro debe suministrar la información ya presentada directamente al boletín nacional. Del mismo modo, cuando una sociedad se constituya en un Estado miembro y quiera registrar una sucursal en otro Estado miembro, debe poder utilizar los documentos o la información previamente presentados en un registro. Además, cuando una sociedad se constituya en un Estado miembro, pero tenga una sucursal en otro Estado miembro, debe poder presentar determinados cambios de su información societaria solo ante el registro en el que esté registrada, sin necesidad de presentar la misma información ante el registro en el que esté registrada la sucursal. En su lugar, datos tales como la modificación de la denominación o del domicilio social de la sociedad deben intercambiarse electrónicamente entre el registro en que esté registrada la sociedad y el registro en que esté registrada la sucursal a través del sistema de interconexión de registros”.

Pues bien, nos encontramos con que el sistema nacional español, como señalamos, es absolutamente restrictivo y obliga a la solicitud de forma presencial del NIF (a pesar de que, teóricamente, la AEAT permite un trámite telemático, en la práctica no se lleva a cabo y se requiere el trámite presencial), siendo hartamente complicado la obtención de cita para la expedición del NIF. Sepa la Dirección General a la que me dirijo que ello no es cuestión baladí, sino que de tal problemática incluso se ha hecho eco la Comisión Europea (...) organismo éste que, en respuesta a un correo electrónico que fue remitido por esta parte a dicha Comisión, como es de ver, señalaba que “La Comisión se toma muy en serio estos obstáculos y ha emprendido una serie de acciones de cumplimiento en virtud de la Directiva de servicios para garantizar que los Estados miembros, incluida España, proporcionen toda la información reglamentaria y pongan a disposición los procedimientos administrativos, incluso en línea, para que las empresas puedan llevar a cabo sus actividades en el mercado único. (...) En cuanto a la constitución de empresas en línea y la posterior inscripción en línea en los registros mercantiles, la Directiva (UE) 2019/1151 sobre el uso de herramientas y procesos digitales en el derecho de sociedades lo hizo posible en todos los Estados miembros, incluido España. La fecha límite para incorporar la Directiva a la legislación española era el 1 de agosto de 2021. Sin embargo, España no comunicó las medidas de transposición dentro del plazo, por lo que la Comisión está dando seguimiento a este tema con España.”.

Nos encontramos, así pues, con que la normativa europea permite la realización de los trámites para la obtención del Número de Identificación Fiscal de forma telemática pero, sin embargo, la normativa nacional es totalmente contradictoria a la europea (recordemos, en tanto que España resulta ser Estado miembro, las Directivas le son de obligado cumplimiento).

Es absolutamente inverosímil que, cuando se trata de una sociedad mercantil de nacionalidad española, el Notario –fedatario público– ya obtiene directa y telemáticamente el NIF provisional de la sociedad pero no ocurra así con las extranjeras. Y es absolutamente inverosímil, también, que a pesar de existir abundante normativa

que exige la simplificación de los procedimientos notariales y permite la digitalización de los mismos, ello no sea posible llevarlo a cabo. Véase, a saber:

– Artículo 17 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio: “4. Todos los procedimientos y trámites que supeditan el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio se podrán realizar electrónicamente (...)”.

– Artículo 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado, de 28 de mayo de 1862: “1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias.”.

– Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el impulso de la productividad:

a. Artículo 107: “1. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad, mercantiles y de bienes muebles, dispondrán obligatoriamente de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información.”.

b. Artículo 110: “Mediante el uso de la firma electrónica regulada en esta Disposición podrán remitirse documentos públicos notariales, comunicaciones, partes, declaraciones y autoliquidaciones tributarias, solicitudes o certificaciones por vía electrónica por parte de un Notario (...)”.

3. La firma electrónica avanzada también podrá ser empleada por Notarios y Registradores para el envío de documentos e informaciones a los particulares, con el valor, efectos y requisitos que reglamentariamente se determinen”.

Asimismo, abundando sobre este particular, también debemos hacer cita del artículo 16.3 de la antecitada Directiva 2017/1132, precepto éste que, con meridiana claridad en cuanto a lo que en el mismo se indica, reza “Los Estados miembros se asegurarán de que las sociedades y demás personas y organismos sujetos a la obligación de presentar actos e indicaciones que deban publicarse de conformidad con el artículo 14, o de participar en dicha presentación, lo puedan hacer por medios electrónicos”.

Bien, expuesto cuanto antecede nos permitimos señalar que a pesar de que las distintas normas que resultan de aplicación permiten la digitalización de los trámites, el sistema instaurado en España, que mantiene la competencia exclusiva de la AEAT para la expedición del NIF, no permite la realización del trámite de forma telemática si no es a través de un Notario pero, paradójicamente, no es posible la firma de documento notarial alguno por parte de los otorgantes o intervinientes mediante firma digital; con los evidentes perjuicios que ello genera a personas (físicas o jurídicas) que no residen en el territorio nacional. Es decir, para obtener el NIF español de una entidad mercantil extranjera, cuyo procedimiento se puede efectuar de forma telemática, la paradoja con la que nos hallamos es que se requiere de la presencia física del apoderado de la compañía en España para la realización del trámite y, no solo ello, de su presencia física, también, en España para la realización de cualquier tipo de acto jurídico que requiera de escritura notarial, lo que contradice las disposiciones normativas de la Unión Europea.

Así pues, no podemos sino recordar, como en reiteradas ocasiones ha venido perpetuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, Sentencia de 4 de diciembre de 1974), y, en fin, en otras tantas nuestro Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de 25 de septiembre de 2020 v de 11 de noviembre de 2020), que cuando el Estado se demore en la transposición de una directiva al ordenamiento interno, entonces la directiva será directamente aplicable durante el tiempo que transcurra desde la finalización del plazo para la transposición y hasta que ésta se realice efectivamente. Es lo que se conoce como “principio de efecto directo vertical” de las Directivas de la Unión Europea. En el caso que aquí nos ocupa, dicho efecto directo se predica de la

aplicabilidad de la Directiva 2019/1151 que, como hemos señalado, exige a los Estados miembros que los trámites de naturaleza societaria puedan ser realizados telemáticamente, lo que significa que debe permitirse a los intervinientes en cualquier tipo de acto jurídico realizado ante Notario que puedan otorgar la correspondiente escritura de forma telemática, insertando en la misma la correspondiente firma digital, toda vez que el sistema instaurado actualmente (contrario incluso a la normativa nacional) no es sólo contrario a la invocada Directiva sino, también, al propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Pues bien, concluyendo con todo lo expuesto, debemos sintetizar lo siguiente:

a. Que no es exigible a Flexport, Inc la obtención de NIF español por cuanto no es ésta una entidad mercantil que realice actividad alguna en territorio español. El acto que nos ocupa no tiene naturaleza tributaria registral alguna en lo que a Flexport, Inc se refiere.

b. El Estado español, en la totalidad de su normativa, incluida aquélla de carácter tributario, debe observar inexcusablemente la total igualdad de trato y no discriminación entre entidades mercantiles nacionales y extranjeras, tal y como señala el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, siendo contrario a la normativa europea la imposición de trámites distintos para la obtención de NIF en lo que se refiere a sociedades mercantiles extranjeras respecto de las nacionales (discriminación indirecta).

c. El sistema notarial instaurando impide la realización de trámites notariales de forma telemática, lo que se encuentra en total contravención con la exigencia que emana de la normativa europea referida a la realización telemática de los trámites societarios (todos ellos).

d. La escritura que nos ocupa, por lo tanto, debe ser efectivamente inscrita en lo que se refiere al acuerdo societario que nos ocupa en el presente epígrafe, sin perjuicio de que se consignen los datos del NIF español de la misma tan pronto como éste sea concedido por la AEAT.

Por todo lo expuesto, solicitamos la revocación de la calificación negativa registral de la calendada escritura otorgada ante el Notario de Barcelona, D. Enrique Viola Tarragona, y la inscripción efectiva en este Registro Mercantil de Barcelona del acuerdo societario que nos ocupa.

Cuarto. Respecto de la discordancia en cuanto a la composición del Consejo de Administración.

Como es de ver en la calificación registral que nos ocupa, entiende el Registrador Mercantil de Barcelona que no es posible inscribir la escritura que nos ocupa por cuanto "Existe discordancia en cuanto a la composición del Consejo de Administración", haciendo referencia a que se rechazó parcialmente la inscripción de la escritura otorgada en fecha de 18 de junio de 2021 por el Notario de Barcelona D. Enrique Viola Tarragona en lo que al nombramiento de D. F. W. como miembro del Consejo de Administración de Consentio Platform, S.L. se refiere.

Sin embargo, siendo ello cierto, no es menos cierto que esta parte formuló la correspondiente demanda contra la resolución de fecha de 27 de octubre de 2021 dictada por la Dirección General a la que me dirijo, y en la que se desestima el recurso interpuesto por mi principal contra la calificación negativa de inscripción registral del nombramiento del cargo de consejero de D. F. W., de nacionalidad italiana, por no constar su número de identificación de extranjeros (NIE); de la que conoce el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Barcelona en el procedimiento verbal de Impugnación resoluciones de Registradores 22/2022 -D3.

Bien, no podemos sino hacer alusión al principio jurídico del *fumus boni iuris* a los efectos de fundamentar que la acción a la que se hace referencia en el párrafo que antecede no ha sido interpuesta de forma temeraria, sino que, en fin, la probabilidad de su completa estimación es realmente alta, y ello en tanto en cuanto ni existe norma alguna que obligue a la obtención de NIE por parte de ciudadanos de Estados miembros

de la Unión Europea ni, mucho menos, pueden entenderse ajustados a la normativa europea los procedimientos nacionales que se siguen para la obtención del referido número de identidad de extranjero. Es por ello que, y en atención al periculum in mora, en el interés de no paralizar la actividad societaria de Consentio Platform, S.L. –de facto, ningún acto podría ser inscrito registralmente mientras no se resuelva el procedimiento judicial que indicamos– y a los efectos de evitar los innumerables perjuicios que ello ocasionaría a la sociedad, debe procederse a la inscripción de los acuerdos que nos ocupan, al menos de forma cautelar, toda vez que, de lo contrario, la actividad de la sociedad se vería seriamente afectada no siendo descabellado, incluso, advertir del peligro de cierre de la misma».

IV

El registrador Mercantil y de Bienes Muebles XIII de Barcelona emitió informe el día 5 de abril de 2022, manteniendo la nota de calificación a excepción del defecto señalado como número 2, dado que la escritura otorgada el día 26 de abril de 2021 ante el notario de Barcelona, don Enrique Viola Tarragona, con el número 1.412 de protocolo, que se citaba en dicha nota, había sido inscrita el día 31 de marzo de 2022, y elevó el expediente a esta dirección general.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 254 de la Ley Hipotecaria; 73 y 314 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 19, 23, 45 y 54 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; 54, 62, 88, 122 y 123 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; 38 y 198 del Reglamento del Registro Mercantil; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 2010, 26 de enero, 11 de abril, y 18 de mayo de 2012, 26 de marzo de 2014 y 19 de octubre de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de septiembre de 2020 y 27 de octubre de 2021.

1. La presente resolución tiene por objeto una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad limitada, por el que se procede al aumento de capital social por compensación de créditos, con prima de emisión y el nombramiento de consejero del consejo de administración.

En el presente recurso, sólo son objeto de estudio los defectos 1 (falta de autoliquidación), 3 (constancia del número de identificación fiscal –NIF– del socio persona jurídica extranjera que suscribe un aumento de capital por compensación de créditos) y 4 (nombramiento de consejero por existir discordancia en cuanto al número total de los mismos). El defecto 2 ha sido subsanado al haberse inscrito la escritura que faltaba; y respecto al número 5 (fecha de la aceptación por el consejero de su cargo) el recurrente no hace alegación alguna al mismo.

2. En cuanto al primero de ellos, no acreditarse la autoliquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el defecto debe ser confirmado ya que existe una doctrina reiterada y uniforme de este centro directivo (vid. resoluciones de 24 de junio de 2010, 26 de enero de 2012 y 19 de octubre de 2016) en dicho sentido, y que puede resumirse del siguiente modo:

«El registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no sólo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos

tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la Administración tributaria ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquél consideró aplicable, de modo que el registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral».

Los artículos 254.1 de la Ley Hipotecaria, 54 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y 122 y 123 del Reglamento de dicho impuesto, imponen un cierre absoluto a los documentos que incluyan actos o negocios jurídicos sujetos a dicho impuesto, como es el aumento de capital (artículos 19.1.1.º de la Ley y 54.1.1.ª de su reglamento) y siendo el sujeto pasivo la sociedad (artículos 23 de la Ley y 62.a) de su reglamento).

Respecto a la manifestación del recurrente de no poder rellenar el impreso de autoliquidación por carecer de número de identificación fiscal el socio que suscribe el aumento de capital social; excede de las competencias de esta dirección general determinar cómo debe rellenarse el modelo fiscal de autoliquidación.

3. El segundo defecto recurrido es la necesidad, o no, de que el socio, persona jurídica de nacionalidad estadounidense, suscriptora de un aumento de capital social por compensación de créditos, haga constar un número de identificación fiscal –NIF– español.

El artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil regula lo que denomina «constancia de identidad», exigiendo determinados datos cuando haya de hacerse constar en la inscripción la identidad de una persona, como ocurre en el presente caso, por tratarse de un aumento de capital social por compensación de créditos (cfr. artículo 200.3.º del Reglamento del Registro Mercantil).

Tratándose de extranjeros se 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.

Por tanto, a los efectos de identificación de personas extranjeras que deban constar en la hoja abierta a la sociedad pueden ser utilizados diversos documentos de forma alternativa: bien su número de identificación de extranjeros, bien el de su pasaporte, o el de su tarjeta de residencia, o cualquier otro documento legal de identificación que puede ser incluso la tarjeta de identidad del país de que se trate.

Sólo cuando lo exija la normativa tributaria será obligatorio el que conste un número de identificación fiscal.

Por ello, corresponde examinar las normas tributarias de las que pueda derivar la necesidad de que la mercantil extranjera suscriptora de nacionalidad extranjera, cuya identidad deba hacerse constar en el Registro Mercantil, tenga que estar dotado de un número de identificación fiscal.

4. La disposición adicional sexta de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en su apartado 1, dispone: «Número de identificación fiscal. 1. Toda persona física o jurídica, así como las entidades sin personalidad a que se refiere el apartado 4 del artículo 35 de esta ley, tendrán un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria. Este número de identificación fiscal será facilitado por la Administración General del Estado, de oficio o a instancia del interesado. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de asignación y revocación, la composición del número de identificación fiscal y la forma en que deberá utilizarse en las relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria».

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, 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».

El artículo 23 del Real Decreto 1065/2007, en su apartado 1, dispone: «Solicitud del número de identificación fiscal de las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica. 1. Las personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica 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».

El artículo 27 de dicho Real Decreto señala: «Utilización del número de identificación fiscal en operaciones con trascendencia tributaria. 1. De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional sexta de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, los obligados tributarios deberán incluir su número de identificación fiscal en todos los documentos de naturaleza o con trascendencia tributaria que expidan como consecuencia del desarrollo de su actividad, y deberán comunicarlo a otros obligados de acuerdo con lo previsto en este reglamento o en otras disposiciones. En caso de no disponer de dicho número deberán solicitar su asignación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 19, 20 y 23 de este reglamento. Asimismo, los obligados tributarios deberán incluir en dichos documentos el número de identificación fiscal de las personas o entidades con las que realicen operaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en este reglamento o en otras disposiciones. 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 artículo 109 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Así mismo, el número de identificación fiscal del adquirente deberá figurar en las certificaciones acreditativas de la adquisición de activos financieros con rendimiento implícito. Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a las adquisiciones o transmisiones de valores que se realicen a través de las cuentas a las que se refiere el artículo 28.7 de este Reglamento. 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».

También debemos traer a colación el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que grava la renta obtenida en territorio español por entidades no residentes (artículo 1), y considera como hecho imponible los rendimientos de capital mobiliario, como son los dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de entidades residentes en España [artículo 13.1.f)] y las ganancias patrimoniales [artículo 13.1.i)]; y el artículo 53 impone a los fedatarios públicos que intervengan o medien en la suscripción de valores o cualesquiera otros títulos y activos financieros, la obligación de comunicar a la administración tributaria la relación nominal de los intervinientes, con indicación de su número de identificación fiscal.

Como puede comprobarse de la normativa expuesta, la legislación tributaria utiliza conceptos muy amplios, como el de «naturaleza o trascendencia tributaria», en los que

se impone la necesidad de hacer constar el número de identificación fiscal, tanto de personas físicas, como jurídicas, o incluso entidades sin personalidad jurídica, sin distinción entre nacionales o extranjeros.

5. En cuanto al último defecto recurrido, si para inscribir el nombramiento de un consejero, existiendo discordancia en cuanto al número total de miembros del consejo de administración existentes, sería el quinto según la certificación, y cuarto según el Registro Mercantil, ha de examinarse el concreto acto cuya inscripción se pretende, partiendo de que la divergencia resulta de un asiento de presentación vigente de cese y nombramiento, que fue objeto de la Resolución de 27 de octubre de 2021 que está recurrida judicialmente.

El único acuerdo adoptado es el de nombramiento de un consejero por la junta general, y sólo al final del mismo se añade: «En consecuencia el Consejo de Administración pasa a estar formado por cinco (5) miembros, en lugar (4) conforme a los estatutos de la sociedad».

En relación a la identificación de los miembros de un consejo de administración, esta Dirección General ha señalado la obligación de hacer constar quiénes son los consejeros que asisten a las reuniones del consejo (Resolución de 26 de marzo de 2014) e incluso que la persona física representante del consejero persona jurídica coincide con la inscrita en el Registro Mercantil (Resolución de 18 de mayo de 2012), pero estas exigencias sólo son predicables respecto a acuerdos del consejo de administración, para comprobar la correlación entre los consejeros asistentes y los que constan en el Registro Mercantil.

Pero como hemos señalado, la inscripción solicitada es sólo del acuerdo de la junta general de nombramiento de un nuevo consejero, lo que no plantea problemas en los términos en que está redactada la nota, cuestión diferente es cuando se pretenda la inscripción de acuerdos que pueda adoptar ese consejo de administración, en cuyo caso podrá existir o no esa divergencia.

No obstante, al no haberse recurrido el defecto 5, fecha de aceptación expresa del cargo por el consejero nombrado, y no poderse pronunciar esta Dirección General sobre el mismo, no puede practicarse la inscripción del cargo de consejero.

En consecuencia, esta dirección general ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación respecto del primer y segundo defectos, y estimar el recurso en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho, en cuanto al nombramiento del consejero, pero siendo necesaria para su inscripción la fecha de la aceptación, al no haber sido recurrido este último defecto.

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, 28 de junio de 2022.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.