

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15550 *Resolución de 9 de agosto de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XII de Madrid a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Francisco Bañegil Espinosa, notario de Parla, contra la negativa del registrador Mercantil XII de Madrid, don Adolfo García Ferreiro, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por don Francisco Bañegil Espinosa, notario de Parla, el día 8 de marzo de 2019, con número 283 de protocolo, se constituyó la sociedad «Helin Torrejón 18, S.L.», unipersonal. En dicha escritura se hace constar que para desembolsar las participaciones sociales en que se divide el capital social la socia única, casada en régimen de gananciales, aporta determinados bienes muebles que se reseñan.

II

El 4 de abril de 2019 se presentó copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, y fue objeto de la siguiente calificación negativa:

«Adolfo García Ferreiro, registrador mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos (...)

Fundamentos de Derecho (defectos):

1. Defecto subsanable.

Debe consentir la aportación de bienes muebles el cónyuge de la socia única (arts. 1361, 1375 y 1377 C.c.).

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)

Madrid, a 17 de abril de 2019. El Registrador».

La calificación se notificó al presentante y al notario autorizante el 23 de abril de 2019.

Presentada nuevamente la escritura el 8 de mayo de 2019, junto a otra, de subsanación y complemento autorizada por el mismo notario el 30 de abril de 2019, número 487 de protocolo, fue objeto de inscripción el 23 de mayo de 2019.

III

El 23 de mayo de 2019, el notario autorizante de la escritura calificada, don Francisco Bañegil Espinosa, mediante escrito que entró en el Registro Mercantil el 24 de

mayo de 2019, interpuso recurso contra la calificación, con los siguientes fundamentos jurídicos:

«1.º Respecto de la procedencia del recurso.

La Resolución de 17 de septiembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, que recoge, asimismo, las Resoluciones de 6 de julio de 2009 y 24 de enero de 2011, mantiene que la subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación no impide a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso.

2.º Respecto del ámbito de la calificación.

La exigencia impuesta por la calificación no tiene en cuenta que, como señaló la Resolución de 22 de junio de 2011 el Registro Mercantil no tiene por objeto, respecto de las sociedades de responsabilidad limitada, la constatación y protección jurídica sustantiva del tráfico jurídico sobre las participaciones en que se divide el capital social de aquéllas, de modo que las participaciones sociales tienen un régimen de legitimación y una ley de circulación que operan al margen del Registro Mercantil. Asimismo, la R. de 7 de octubre de 2002 ya recordó que no todo acto, que tenga relación con una sociedad es susceptible de inscripción o anotación registran.

Por tanto, como señala la Resolución de 20 de junio de 1998 no es el Registrador Mercantil el llamado a resolver contiendas sobre la validez o nulidad de los actos sujetos a inscripción cuyo conocimiento corresponde a los tribunales.

El Registro Mercantil, no inscribe, ni publica, el régimen económico matrimonial del socios ni el carácter ganancial o privativo de las participaciones sociales asignadas, limitándose a reflejar la "identidad del socio" –art. 22.a) del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio de Sociedades de Capital–, identidad en la cual únicamente se entiende incluido, conforme al art. 38.2.º del Reglamento del Registro Mercantil, (Real Decreto 1784/1989, de 19 de julio), el estado civil– no su régimen económico matrimonial–, del socio. En consecuencia, la constancia o no del régimen económico matrimonial, ni es un acto inscribible, ni su inclusión u omisión puede motivar decisión alguna relativa a la falta de inscripción del socio, y de las participaciones asignadas a éste en el momento constitutivo.

La circunstancia del carácter ganancial de los bienes muebles aportados no forma parte de las materias que deben ser objeto de calificación por el registrador mercantil.

Esta posición legislativa es coherente con la no inscribibilidad de las diferentes transmisiones en el Registro Mercantil, siendo el único título legitimador del socio la propia escritura pública, en la cual quedará reflejada la titularidad de las participaciones. No existe ni en la Ley de Sociedades de Capital ni en el Reglamento del Registro mercantil, norma análoga a la existente en el artículo 94.3 del Reglamento Hipotecario que prevea el consentimiento del cónyuge.

3.º Respecto a la exigencia del consentimiento del cónyuge.

Si se concluyera contrariamente a lo señalado en el punto anterior, que es el Registrador Mercantil competente para calificar el régimen de disposición de los bienes muebles, y de las participaciones asignadas, debe tenerse en cuenta que los bienes que tengan carácter ganancial y sean aportados a una sociedad limitada, dan lugar a la asignación de determinadas participaciones sociales, las cuales adquieren, por ley, carácter ganancial. Así se desprende del principio general de atribución de ganancialidad del art. 1.361 CC, así como de las manifestaciones concretas de este principio, plasmadas en los arts. 1.347.3.º CC, por haber sido adquiridas estas participaciones a título oneroso a costa del caudal común, y 1.347.5.º, que configura como gananciales las empresas fundadas por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes.

En efecto, en la constitución de una sociedad limitada, el socio puede aportar directamente los fondos necesarios para la constitución, asignándose a las participaciones asignadas el correspondiente carácter ganancial, o bien adquirir con esos fondos determinados bienes muebles que figuren a su nombre, y aportados a la sociedad. En cualquiera de los casos se llegará al resultado de que las participaciones asignadas tendrán la consideración de gananciales.

Solamente en el caso contrario, de que tanto los fondos como los bienes que pudieran ser aportados, se consideren privativos, concurrirá el cónyuge por confesar el carácter privativo de los mismos, y por tanto de las participaciones que se le asignen al socio, bien se acreditará algún principio de prueba de que dichos bienes son privativos

De forma que, tanto se adjudiquen las participaciones expresamente con carácter ganancial, tanto proceda esta calificación de los bienes, por aplicación directa de los criterios legales de ganancialidad, el resultado será el mismo, las participaciones adjudicadas pasan a integrar la sociedad de gananciales, y será la disposición de estas a favor de tercero, la que requerirá, esta sí, la aplicación de la regla de la cogestión del art. 1.375 CC. Así lo ha reconocido, para la disposición de bienes inmuebles la DGRN en Resolución de 23 de enero de 2.003, que remite al momento de la enajenación del bien. Materia esta que, en cualquier caso, discurre al margen del Registro Mercantil.

En cualquier caso, la cuestión de la titularidad y disposición de los bienes muebles no registrables aportados, es cuestión que requiere para su valoración, la apreciación de las circunstancias del caso. Pueden ser bienes adquiridos sin que exista constancia documental, o bien en el que ésta sea una factura en la que únicamente figure el cónyuge aportante. En estos casos, la protección del tráfico, (y la práctica inveterada de los propios registros mercantiles) siempre ha dissociado la titularidad y la legitimación admitiendo la posibilidad de esta última por el titular de dichos bienes, separando dicha legitimación de los posibles efectos internos entre los cónyuges. Esta idea se ve reforzada en el caso de que el cónyuge aportante, tenga la consideración de comerciante, por la posibilidad de vinculación del art. 6 y las presunciones de los artículos 7 y 8 del código de comercio. Asimismo, estos principios, que inspiran los artículos 1.384, 1.385 y 1.386 del código civil, para los casos de numerario para el ejercicio de profesión, títulos-valores, derechos de crédito, o caso de urgencia, son plenamente coherentes, como destaca nuestra mejor doctrina, con la legitimación que el Código civil concede a la posesión de bienes muebles en el artículo 464 del Código Civil. Refuerza esta conclusión la exclusión que hace el propio Código civil en el artículo 1.320 de determinados bienes muebles, los “de uso ordinario de la familia”.

Por otro lado, el propio régimen de la sociedad de gananciales, contempla unos remedios específicos para los casos de disposición indebida de este tipo de bienes en los artículos 1.390 y 1.391 del código civil, lo que viene a demostrar que siguen un régimen no coincidente totalmente con el de codisposición del artículo 1.375 del CC.

De esta manera los actos de aportación de bienes muebles, que aisladamente considerados puedan considerarse actos de disposición, se convierten, en el momento constitutivo en acto de adquisición de participaciones sociales, para el inicio –o la continuación– de una actividad empresarial.

Análogamente la propia Dirección General de los Registros, admite la doctrina del acto complejo, y permite la disposición, por la vía de la constitución de una hipoteca, que garantice la financiación solicitada para la adquisición del bien por uno sólo de los cónyuges para su sociedad conyugal (R 4 de marzo de 1.968)».

IV

Mediante escrito de 31 de mayo de 2019 el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 19, 22, 56 y 64 de la Ley de Sociedades de Capital; 18 y 20 del Código de Comercio; 1259, 1310, 1322, 1347, 1361, 1375, 1377, 1384, 1390 y 1391 del Código Civil; 18, 32, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria; 7 y 8 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000 (Sala Tercera), 7 de septiembre de 1998, 25 de octubre de 1999, 19 de noviembre de 2007, 18 de noviembre de 2011 y 5 de julio de 2012, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de febrero y 2 de abril de 1986, 18 de marzo de 1991, 15 de noviembre de 1995, 18 de octubre de 2005, 6 de agosto de 2014 y 10, 28 y 29 de julio de 2015.

1. Mediante la escritura cuya calificación ha motivado el presente recurso se constituye una sociedad de responsabilidad limitada, unipersonal, y las participaciones en que se divide el capital social son desembolsadas por la socia única, casada en régimen de gananciales, mediante aportación de determinados bienes muebles que se detallan.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, debe consentir la aportación de bienes muebles el cónyuge de la socia única, por aplicación de los artículos 1361, 1375 y 1377 del Código Civil.

El notario recurrente alega, en síntesis, lo siguiente: a) el Registro Mercantil no tiene por objeto, respecto de las sociedades de responsabilidad limitada, la constatación y protección jurídica sustantiva del tráfico jurídico sobre las participaciones sociales, por lo que no es el Registrador Mercantil el llamado a resolver contiendas sobre la validez o nulidad de los actos sujetos a inscripción cuyo conocimiento corresponde a los tribunales. El Registro Mercantil no publica el régimen económico matrimonial del socio ni el carácter ganancial o privativo de las participaciones sociales asignadas. La constancia del régimen económico matrimonial ni es un acto inscribible, ni su inclusión u omisión puede motivar decisión alguna relativa a la falta de inscripción del socio, y de las participaciones asignadas a éste en el momento constitutivo. Por ello el carácter ganancial de los bienes muebles aportados no debe ser objeto de calificación por el registrador mercantil; b) si se concluyera contrariamente a lo señalado en el punto anterior, debe tenerse en cuenta que los bienes que tengan carácter ganancial y sean aportados a una sociedad limitada dan lugar a la asignación de determinadas participaciones sociales, las cuales adquieren, por ley, carácter ganancial (artículos 1361 y 1347, apartados 3.º y 5.º, del Código Civil). Las participaciones adjudicadas pasan a integrar la sociedad de gananciales, y será la disposición de estas a favor de tercero, la que requerirá la aplicación de la regla de la cogestión del artículo 1375 del Código Civil. El propio régimen de la sociedad de gananciales contempla unos remedios específicos para el caso de disposición indebida de este tipo de bienes en los artículos 1390 y 1391 del Código Civil, lo que viene a demostrar que siguen un régimen no coincidente totalmente con el de codisposición del artículo 1375 del Código Civil. De esta manera los actos de aportación de bienes muebles, que aisladamente considerados puedan considerarse actos de disposición, se convierten, en el momento constitutivo, en acto de adquisición de participaciones sociales, para el inicio –o la continuación– de una actividad empresarial.

2. El defecto no puede ser confirmado. Respecto de la constitución de la sociedad el objeto propio de la inscripción en el Registro Mercantil no son los singulares negocios de asunción de las nuevas participaciones creadas, y las consiguientes titularidades jurídico–reales que se derivan de ellos, sino el hecho de que la aportación cubre la cifra del capital social (cfr., respecto del aumento del capital social, las Resoluciones de 18 de marzo de 1991, 15 de noviembre de 1995, 6 de agosto de 2014 y 10, 28 y 29 de julio de 2015). Y, desde este punto de vista, el contrato de sociedad celebrado en el presente caso es en sí mismo válido entre las partes y eficaz, aun cuando por no tener pleno poder de disposición el cónyuge aportante, el desplazamiento patrimonial es claudicante mientras el acto de aportación pueda ser anulado por el consorte.

El negocio de aportación social es indudablemente un negocio de enajenación, un acto dispositivo, habida cuenta de la alteración que comporta en el patrimonio del aportante. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo (cfr., entre otras muchas las Sentencias de 7 de septiembre de 1998 y 25 de octubre de 1999. Como afirma en la primera de ellas, recogiendo doctrina de otras anteriores –como las de de 11 de noviembre de 1970 y 3 de diciembre de 1981–, «si bien la aportación social no puede ser equiparada totalmente a una compraventa, sí constituye un auténtico negocio jurídico traslativo, un negocio de enajenación verdaderamente dispositivo, que por semejanza ha permitido la expresión «apport en société vaut vente», lo que explica la razón de la norma contenida en el artículo 31.2 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, respecto a la obligación del aportante sobre la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación, en los términos establecidos en el Código para el contrato de compraventa» –vid., actualmente, la remisión que el artículo 64 de la Ley de Sociedades de Capital contiene al régimen de la compraventa respecto de la obligación de entrega y saneamiento de la cosa aportada y respecto de la transmisión de riesgos–).

De la escritura objeto de calificación resulta que en la aportación realizada se vulnera la norma del artículo 1377 del Código Civil, que exige el consentimiento de ambos cónyuges para realizar cualquier acto dispositivo a título oneroso sobre bienes gananciales, sin que exista norma que exceptúe la enajenación de bienes muebles, como acontece con el dinero y títulos valores conforme al artículo 1384 del mismo Código. Y tal circunstancia debe ser objeto de la correspondiente advertencia por parte del notario autorizante. Ahora bien, la aportación realizada sólo por el marido no es nula de pleno derecho sino anulable por la esposa o sus herederos si no ha sido expresa o tácitamente confirmada (artículos 1322 y 1310 del Código Civil)

Pero, al no ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil la transmisión del dominio del bien aportado, no puede el registrador denegar el acceso a aquél de una escritura como la calificada en este caso. Y es que, habiéndose realizado el desembolso del capital social, no puede calificarse como nula la sociedad (cfr. artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital), sin perjuicio de que en los supuestos en que la transmisión del dominio del bien aportado sea ineficaz pueda la sociedad reintegrarse por los cauces legalmente establecidos, toda vez que la declaración de nulidad es un remedio subsidiario. Así, la eventual declaración de nulidad de la aportación puede producir, o bien que la sociedad pueda seguir funcionando, porque no quede afectado el mínimo de capital requerido, o bien que la sociedad entre en un periodo de liquidación, pero no la nulidad sobrevenida, porque lo impide el citado artículo 56 de la Ley (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

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, 9 de agosto de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.