

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8258 *Resolución de 20 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Navarra, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don I. Z. O. y don J. M. O. O. contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Navarra, don Antonio Fernández Martín, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Por la notaria de Pamplona, doña María Pilar Chocarro Ucar, se autoriza en fecha 6 de noviembre de 2012 escritura pública en la que los dos recurrentes constituyen una sociedad de responsabilidad limitada bajo la denominación «OZ2 Concursal, S.L.» De sus estatutos resulta de interés para este expediente el artículo 2 que dice así: «Constituye su objeto social. La intermediación y coordinación en las actividades profesionales propias del ámbito jurídico y económico y, en concreto en el desarrollo de cualesquiera actividades profesionales jurídico económicas, necesarias para el desempeño de las funciones y la tramitación y seguimiento del cargo de administrador concursal, de cualesquiera procedimientos concursales».

II

Presentada la referida documentación en Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Navarra, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 2012/6400. F. Presentación: 21/01/2013 Entrada: 1/2013/495,0 Sociedad: Oz2 Concursal S. L. Autorizante: Chocarro Ucar, María Pilar Protocolo: 2012/1317 de 06/11/2012 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–dada la ambigüedad de la redacción del artículo 2º de los estatutos sociales, la inclusión en la denominación social del término «concursal» y ante la posibilidad de estar incluidas en la misma las funciones recogidas en los artículos 26 y siguientes de la ley Concursal para las que son necesarias los requisitos subjetivos recogidos en el artículo 27 de la propia ley Concursal, se observa: debe establecerse expresamente que queda excluida del objeto social la posibilidad de asumir las funciones propias de un administrador concursal. Artículos 6 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil y artículo 23.b de la ley de Sociedades de Capital. En relación con la presente calificación (...) Pamplona, a 14 de Marzo de 2013. El Registrador».

III

Contra la anterior nota de calificación, don I. Z. O. y don J. M. O. O., interponen recurso en virtud de escrito de fecha 12 de abril de 2013, en el que alegan, resumidamente, lo siguiente: Que el objeto social está perfectamente determinado en la redacción del

artículo 2 de los estatutos que es clara y precisa y pone de relieve que la sociedad se constituye para el desempeño del cargo de administrador concursal; Que no se entiende el motivo por el que no puede incluirse en la denominación el término «concursal» cuando este es precisamente el objeto social; Que evidentemente las funciones previstas en el artículo 26 de la Ley Concursal están incluidas en el objeto social; Que no se entiende en base a qué se afirma que no se reúnen los requisitos subjetivos previstos en el artículo 27 del a misma Ley; Que parece que el verdadero motivo de la nota de defectos es que la sociedad no es profesional pero la exigencia de que el administrador concursal persona jurídica sea profesional no resulta de precepto alguno; y, Que para evitar el problema se incluyó expresamente en el objeto social el hecho del carácter de intermediación, que en definitiva la sociedad tiene como finalidad prestar servicios por medio de profesionales que pueden ser los propios socios, citando la Resolución de 15 de noviembre de 2011. Y que en consecuencia no puede exigirse que se excluya del objeto la asunción de funciones de administrador concursal.

IV

El registrador emitió informe el día 26 de abril de 2013 elevando el expediente a este Centro Directivo ratificándose en su calificación. La notaria autorizante por su parte presentó escrito de alegaciones de fecha 19 de abril de 2013 formando parte del expediente.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 26, 27, 28, 29 y 30 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en su redacción dada por la Ley 8/ 2011, de 10 de octubre; 1, 2, 4, 5, 9 y 17 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales; 178 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 y las Resoluciones de este Centro Directivo de 5 y 16 de marzo y 12 de abril de 2013.

1. Dos son las cuestiones que se plantean en este expediente y que resultan de la nota de defectos cuya redacción ciertamente podría haber sido más precisa pero que no ha impedido a los recurrentes el debido ejercicio de su derecho de impugnación. Reiteradamente esta Dirección General ha puesto de manifiesto (Resoluciones, 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012 y 27 de febrero de 2013) que aunque la argumentación en que se fundamenta haya sido expresada de modo ciertamente escueto, es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra en este caso el contenido del escrito de interposición del recurso.

Las cuestiones que se ventilan han sido fijadas por las partes de la siguiente forma: si la denominación social es concorde con el objeto social y si para ser administrador concursal persona jurídica la Ley Concursal exige que se adopte la forma de sociedad profesional.

La correcta determinación del objeto de este expediente exige algunas precisiones sobre la cláusula que recoge el objeto social. Y es que la redacción de dicha cláusula induce a confusión sobre las actividades que se propone desarrollar la sociedad, como señala la nota de defectos, lo que ya de por sí justificaría el rechazo de la inscripción (artículo 178.1 del Reglamento del Registro Mercantil). Por un lado el artículo 2 determina que constituye su objeto:» La intermediación y coordinación en las actividades profesionales propias del ámbito jurídico y económico», por otro incluye: «y, en concreto, el desarrollo de cualesquiera actividades profesionales jurídico económicas, necesarias para el desempeño de las funciones y la tramitación y seguimiento del cargo de administrador concursal, de cualesquiera procedimientos concursales».

Esta confusa redacción impide determinar si nos encontramos ante una mera sociedad de intermediación para el ejercicio de actividades profesionales o de una sociedad que tiene por actividad, además de la anterior, el ejercicio del cargo de administrador concursal.

En el primer caso ningún reproche cabría hacer, en principio, a la inscripción pues la actividad de intermediación excluiría el ejercicio por sí de actividades profesionales que no formarían parte del objeto social.

En el segundo, la inclusión de actividades de ejercicio del cargo de administración concursal plantea la cuestión de si la sociedad debe adecuarse al régimen imperativo de la Ley que regula las sociedades profesionales.

La confusión viene provocada porque en una sociedad de mera intermediación, la sociedad no desarrolla actividad profesional alguna sino que se limita a poner en contacto a profesionales, que no tienen por qué formar parte de la base social, con los clientes con quien contrata y que le remuneran dicho servicio. Sobraría cualquier referencia a la actividad de ejercicio de administrador concursal pues la capacidad para desarrollar dicha actividad se predicaría de las personas físicas o jurídicas en las que recayese la cualidad profesional exigida por la Ley Concursal. Es la inclusión de dicha referencia en el objeto, entre las actividades que se propone desarrollar la sociedad, lo que impide apreciar de forma clara y directa cuál es en definitiva el objeto social justificando así las dudas sobre cual sea la actividad que desarrollará y el tipo de sociedad que los otorgantes se proponen constituir.

La redacción de la cláusula puede incluso dar lugar a entender que la sociedad tiene por objeto tanto la intermediación en actividades propias de las profesiones de ámbito jurídico y económico como la realización por sí de dichas actividades, situación proscrita por la Ley de Sociedades profesionales en su artículo 2.

No puede aceptarse la pretensión de los recurrentes de que no existe ambigüedad alguna en la redacción de la cláusula pues, como reconocen en su escrito de recurso, la sociedad se constituye con la intención de que ejerza por sí el cargo de administrador concursal por medio de sus socios profesionales lo que, como hemos visto, es completamente incompatible con la afirmación de que la sociedad se limita a actividades de intermediación. Los recurrentes no sólo rechazan toda ambigüedad en la redacción de la cláusula sino que, de existir, la consideran irrelevante porque a su juicio no existe precepto alguno que imponga que el administrador persona jurídica haya de ser sociedad profesional.

2. Determinado que la confusión sobre el objeto existe, y es patente, resta por analizar las demás cuestiones en que las partes disienten. En la medida que la respuesta a la primera cuestión de las planteadas depende de la respuesta que se dé a la segunda procede que este Centro Directivo lleve a cabo en primer lugar el análisis de esta última.

La Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio de 2003, Concursal, afirma en materia de administradores concursales que su finalidad es tanto la mayor profesionalización como el realce de sus funciones y responsabilidad. Al efecto, añade, se adoptan varias medidas afirmando a continuación: «Y la segunda es el reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal, en tanto que algunas de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia.» De estas palabras parece deducirse ciertamente que el legislador ha determinado que sean las sociedades profesionales las únicas personas jurídicas que pueden ejercer el cargo de administrador concursal.

Esta declaración de la Exposición de Motivos es por sí sola completamente insuficiente para llegar a conclusión tan tajante por lo que procede analizar el texto articulado para determinar si cuenta con el debido respaldo normativo. El título segundo de la Ley Concursal está destinado a la administración concursal y recoge la posibilidad de que el administrador concursal sea una persona física profesional (abogado, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas) o bien «una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas» (artículo 27.1). Recoge también que en los Decanatos de los Juzgados existirá «una lista integrada por los profesionales y las personas jurídicas que hayan puesto de

manifiesto su disponibilidad para el desempeño de tal función... A tal efecto, el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y los correspondientes Colegios Profesionales presentarán, en el mes de diciembre de cada año, para su utilización desde el primer día del año siguiente, los respectivos listados de personas disponibles, incluidas las personas jurídicas» y que «las personas jurídicas recogidas en el inciso final del apartado 1 de este artículo podrán solicitar su inclusión, reseñando los profesionales que las integran y, salvo que ya figuraran en las listas, su formación y disponibilidad» (artículo 27.3). Acaba el artículo diciendo: «Los administradores concursales profesionales se nombrarán por el juez...» (artículo 27.4). Por su parte el artículo 28 dispone que «Tampoco podrán ser nombrados administradores concursales, ni designado por la persona jurídica cuando se haya nombrado a ésta como administrador concursal, quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los dos años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados, conforme al artículo 181, por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior» (28.2) y que «Salvo para las personas jurídicas recogidas en el inciso final del artículo 27.1, no podrán ser nombrados administradores concursales en un mismo concurso quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente... (28.4). El artículo 29 por su parte establece que: «Cuando el administrador concursal sea una persona jurídica recaerá sobre ésta la exigencia de suscripción del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.» El artículo 30 dispone que «Cuando la administración concursal corresponda a una persona jurídica en los términos previstos en el inciso final del artículo 27.1, comunicará la identidad de la persona natural que reúna alguna de las condiciones profesionales de los números 1.º y 2.º del apartado citado, que la representarán en el ejercicio del cargo» (30.1), así como que «Las personas jurídicas designadas se someterán al mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones previsto en el artículo 28» y que «Cuando la persona jurídica haya sido nombrada por su cualificación profesional, ésta deberá concurrir en la persona natural que designe como representante (30.4). Por su parte el artículo 37.2 dispone que: «Si el cesado fuera representante de una persona jurídica administrador, el juez requerirá la comunicación de la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo, a no ser que determine que el cese debe afectar a la misma persona jurídica que ostenta el cargo de administrador concursal, en cuyo caso procederá a un nuevo nombramiento».

3. De la regulación legal resulta que sólo las sociedades profesionales están llamadas a ejercer el cargo de administrador concursal.

Es cierto que la Ley Concursal lo podría haber determinado con mayor rotundidad pero lo cierto es que del conjunto normativo examinado resulta claramente que el ejercicio del cargo de administrador concursal es una actividad reservada exclusivamente a determinados profesionales lo que conlleva que tratándose de personas jurídicas han de adoptar imperativamente la forma de sociedad profesional (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012). Cuando el administrador concursal es persona jurídica los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputan a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales tal y como exige el artículo 5.2 de la Ley de Sociedades Profesionales. Es la sociedad a quien se nombra administrador concursal en base a un listado proporcionado por los Colegios Profesionales (lo que implica la colegiación de la sociedad), es la sociedad la que debe responder del ejercicio del cargo y tener suscrito el seguro de responsabilidad correspondiente o prestar oportunas garantías, es la sociedad la que se sujeta al mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones que las personas físicas y es la sociedad a quien se cesa en el ejercicio del cargo si el juez entiende que no procede que se designe otro representante. Como resulta del articulado, la sociedad debe estar integrada por los profesionales personas físicas que reúnan el carácter profesional que la misma exige y es la propia sociedad la que debe reseñar quienes son y qué características reúnen desde que su denominación se incorpora a la lista de candidatos (circunstancias superfluas todas ellas en sociedades que limitan su actividad a poner en contacto a los profesionales con la autoridad judicial).

En definitiva, se exige el carácter profesional precisamente de la persona jurídica que ejercite el cargo de administrador concursal de modo que sea la sociedad el centro

subjetivo de imputación de los actos que conlleven su ejercicio, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo y desarrollados directamente bajo su razón o denominación social. No es posible en consecuencia el ejercicio del cargo por medio de otras opciones sociales que no impliquen dichas circunstancias como ocurre con las sociedades de medios, las de comunicación de ganancias y las de intermediación (Resoluciones de 5 y 16 de marzo de 2013).

4. En cuanto a la cuestión suscitada por la denominación social es preciso tener en cuenta que si bien, como se verá, no es posible hacer reproche alguno a la inclusión de la palabra «concursal» pues el objeto social comprende la actividad relacionada con el ejercicio del cargo de administrador concursal, las consideraciones hechas en apartados anteriores condicionan la respuesta final.

En materia de denominación, esta Dirección General ha reiterado (por todas Resoluciones de 16 de marzo de 2012), que debe partirse del principio de que toda sociedad tiene derecho a un nombre que la identifique dentro del tráfico jurídico (cfr. artículo 7 de la Ley de Sociedades de Capital). Dicha denominación social responde a un principio general de libertad de elección, si bien sujeta a determinadas limitaciones y exigencias: de unidad (no es posible más de una denominación por persona jurídica) de originalidad o especialidad (no puede ser idéntica a la de otra sociedad preexistente) y al de veracidad (no puede inducir a confusión sobre la identidad o naturaleza de la sociedad). Dando por supuesto que la denominación discutida en este expediente responde al criterio de unidad y originalidad, en su sentido más estricto de no coincidencia, debemos examinar si responde al criterio de veracidad. El artículo 406 del Reglamento del Registro Mercantil establece la prohibición de denominaciones que induzcan a error o confusión en el tráfico mercantil sobre la propia identidad de la sociedad. Pero no es sólo este precepto el que disciplina la materia sino que existen en el Reglamento del Registro Mercantil otra serie de normas con la misma finalidad. Así el artículo 405 prohibitivo de denominaciones oficiales, o el 401 prohibitivo de la inclusión en la denominación de una sociedad del nombre o seudónimo de una persona sin su consentimiento o finalmente el artículo 402 prohibitivo de una denominación objetiva que haga referencia a una actividad no incluida en el objeto de la sociedad. Todas estas normas responden al principio de veracidad de la denominación social, en consonancia con la finalidad perseguida por el legislador de evitar confusiones en el tráfico jurídico mercantil en el que se impone la exigencia de la necesaria claridad de las denominaciones sociales a fin de que no se resienta la seguridad de dicho tráfico.

Desde este punto de vista ningún reproche se le puede hacer a la denominación elegida dado que el objeto de la sociedad consiste precisamente en una actividad relacionada con el ejercicio de la actividad de administrador concursal. Ahora bien, como ha quedado acreditado dicha actividad está reservada, para el caso de que su ejercicio se encomiende a una persona jurídica, a las sociedades profesionales cuya norma reguladora exige que: «5. En la denominación social deberá figurar, junto a la indicación de la forma social de que se trate, la expresión «profesional...», circunstancia que no se produce en el supuesto de hecho. No es aceptable en consecuencia la denominación social porque al no recoger la especialidad de que se trata de una sociedad profesional induce a error sobre la clase de sociedad a que se refiere incurriendo en la proscripción prevista en el artículo 406 del Reglamento del Registro Mercantil.

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

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de junio de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.