

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**4438** *Resolución de 14 de marzo de 2014, 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 III de Málaga, por la que se rechaza la inscripción de una escritura pública de traslado de domicilio a España de una sociedad extranjera.*

En el recurso interpuesto por doña N. A. M., como apoderada de la Administradora única de la sociedad «Oneiros Inversiones, S.L.», doña E. R. T., contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Málaga, don José Miguel Crespo Monerri, por la que se rechaza la inscripción de una escritura pública de traslado de domicilio a España de una sociedad extranjera.

#### Hechos

##### I

Por el notario de Marbella don Rafael Requena Cabo se autorizó en fecha 13 de diciembre de 2013, escritura pública por la que la compañía «Hancock Company Limited», domiciliada en Gibraltar lleva a cabo las decisiones de su socio único de trasladar el domicilio social a España, modificar la denominación social («Oneiros Inversiones, S.L.») y adoptar los nuevos estatutos.

##### II

Presentada la referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil Málaga... Notificación de calificación don José Miguel Crespo Monerri, Registrador Mercantil de Málaga, 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: 342/1030 F. presentación: 20/12/2013. Entrada: 1/2013/24.254,0. Sociedad: Oneiros Inversiones, S.L. Autorizante: Requena Cabo, Rafael Protocolo: 2013/5632 de 13/12/2013. Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–Al no depositarse simultáneamente las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio terminado, se infringe el art. 309.2 RRM.–2.–Al no justificarse con informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social, se infringe el art. 94.1 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.–3.–Según el Balance de fecha 30 de marzo de 2013, el patrimonio no cubre el capital social, por lo que se infringe el art. 94.1 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Además, en dicho Balance, no coincide la cifra del capital social (art. 58 RRM). Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro. En relación con la presente calificación:... Málaga, a 23 de diciembre de 2013.–El Registrador».

##### III

Contra la anterior nota de calificación, doña N. A. M., en la representación que ostenta, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 17 de enero de 2014, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: 1.º Que respecto de los defectos señalados con los números 1 y 3 se llevarán a cabo modificaciones en una escritura de subsanación; 2.º Que del

artículo 94 de la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, resulta que el informe de experto independiente sólo es exigible respecto de sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a España desde un Estado que no forme parte del Espacio Económico Europeo. Que de conformidad con el Acuerdo de establecimiento del Espacio Económico Europeo se incluyen en su espacio los Estados miembros de la Unión Europea, así como Islandia, Liechtenstein y Noruega. De conformidad con el protocolo firmado en Bruselas el 17 de marzo de 1993 el territorio de Gibraltar forma parte de dicho espacio al formar parte de los territorios en los que se aplica el Tratado de Establecimiento de la Comunidad Económica Europea en cuyo artículo 355 está incluido. Por otro lado el artículo 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea determina que las provisiones del Tratado serán de aplicación a los territorios europeos en los que un Estado miembro es responsable de sus relaciones exteriores como ocurre con Gibraltar de conformidad con la parte preliminar de su Constitución. Que todo lo anterior viene confirmado mediante escrito que se acompaña del Centro Europeo «Europe Direct»; 3.º Que en el ámbito del Derecho Comunitario la transferencia de sede social es consecuencia de la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 49 del TFUE que se ha regulado en parte en la directiva 2005/56 sobre fusiones transfronterizas. Este principio determina que la regulación de los Estados no puede interferir su aplicación real y efectiva una vez reconocidos los requisitos establecidos por la legislación española. Que la sociedad es propietaria de dos inmuebles en España cuyo valor neto es ampliamente superior al capital mínimo exigido por lo que no puede ser exigible un informe de experto independiente; 4.º Que desde la perspectiva del derecho de sociedades si el capital social es superior al mínimo exigible legalmente no puede exigirse ahora un informe que ponga en cuestión la valoración dada por los socios. Que en el supuesto es de tener en cuenta que dicha exigencia implica una violación del principio comunitario de igualdad de trato sancionado en el artículo 12 del Tratado de Constitución; y, 5.º Que desde el punto de vista contable la información aceptada por la Administración de Gibraltar sobre el patrimonio neto debe ser trasladable a la información exigida por la legislación española.

#### IV

El Registrador emitió informe el día 30 de enero de 2014, ratificándose en su calificación y elevando el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que notificado el notario autorizante no realizó alegaciones.

#### Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 96 de la Constitución Española; 92 y 94 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 36 del Reglamento Hipotecario; 5 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de diciembre de 1981; 11 de junio de 1999; 4 de febrero de 2000; 21 de abril de 2003; 19 de febrero de 2004; 5 de febrero y 1 de marzo de 2005; 23 y 29 de mayo de 2006; 22 de febrero de 2012; 31 de octubre de 2013, y 24 de enero y 27 de febrero de 2014.

1. La única cuestión que se plantea en este expediente se reduce, dado el contenido del escrito de recurso, a cómo debe aplicarse el artículo 94 de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a un supuesto de traslado a España de sociedad domiciliada en el territorio de Gibraltar. A juicio del registrador es aplicable el segundo párrafo del número 1 de dicho artículo y por tanto es preciso justificar mediante informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra de capital. Por el contrario la recurrente entiende que, por formar parte del Espacio Económico Europeo, no es exigible dicho requisito.

2. Dice así el precepto en cuestión: «1. El traslado al territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado parte del Espacio Económico Europeo no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad. No obstante, deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España. En particular, las sociedades extranjeras de capital que pretendan trasladar su domicilio social a España desde un Estado que no forme parte del Espacio Económico Europeo deberán justificar con informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social exigido por el Derecho español».

La cuestión debatida se reduce a determinar si el territorio de Gibraltar forma parte o no del Espacio Económico Europeo.

El artículo 2 del Convenio de 2 de mayo de 1992 por el que se establece el Espacio Económico Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia y la Confederación Suiza, por otra parte, dice así: «c) se entenderá por "Partes Contratantes", por lo que respecta a las Comunidades y a los Estados miembros de las CE, las Comunidades y los Estados miembros de las CE, o las Comunidades, o los Estados miembros de las CE. El sentido que deba darse a esta expresión en cada caso deberá deducirse de las correspondientes disposiciones del presente Acuerdo y de las competencias respectivas de las Comunidades y de los Estados miembros de las CE, tal como se desprenden del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero».

Por lo que interesa a este expediente, es la sujeción a los Tratados relativos a las Comunidades Europeas la que ha de determinar la pertenencia al Espacio Económico Europeo. En la actualidad los Tratados que regulan la Unión Europea y que sustituyen a los que regulaban la Comunidad Europea son dos: el Tratado de la Unión Europea y el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (vide artículo 1 del primero de ellos).

El artículo 52.1 del Tratado de la Unión Europea especifica que el mismo es de aplicación en el Reino de España y su número 2, determina que: «El ámbito de aplicación territorial de los Tratados se especifica en el artículo 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

Este último precepto a su vez recoge determinados territorios a los que son de aplicación los Tratados y ciertos territorios en los que no son de aplicación. En ninguna de ambas categorías se encuentra el territorio de Gibraltar.

De conformidad con el escrito de recurso los Tratados son de aplicación en dicho territorio por dos órdenes de razones: Por un lado por lo dispuesto en el número 3 del artículo 355 del Tratado de Funcionamiento que dispone: «3. Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro». Por otro lado por la existencia de determinado protocolo de 1993.

3. Respecto de la primera cuestión, afirma la recurrente que la norma constitucional del territorio de Gibraltar dispone que sus relaciones exteriores son responsabilidad de un Estado Miembro, en concreto el Reino Unido, por lo que se cumpliría así la previsión del Tratado al ser dicho Estado miembro de la Unión.

Así planteada, la cuestión nos reconduce a la aplicación de una norma extranjera, cuestión sobre la que esta Dirección General se ha pronunciado en numerosas ocasiones. Como puso de relieve la Resolución de 1 de marzo de 2005, el elemento básico de toda calificación ha de ser el Derecho aplicable que cuando es extranjero excepciona el juego del principio «iura novit curia» y justifica la necesidad de acreditar que esa validez se da en contraste con el mismo. En definitiva, que al igual que en el ámbito procesal el derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cfr. artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) lo ha de ser en el registral (Resoluciones de 17 de enero de 1955, 14 de julio de 1965 y 27 de abril de 1999) a salvo que el registrador, por conocer esa legislación foránea aplicable decida bajo su responsabilidad prescindir de esa prueba tal como permite el

artículo 36 del Reglamento Hipotecario, con la obligación de dejar constancia expresa de tal proceder en el asiento que practique y a salvo el supuesto de que se justifique el Derecho extranjero por cualquiera de los otros medios previstos en dicho precepto (Resolución de 5 de febrero de 2005).

En este sentido y como ha recordado recientemente este Centro Directivo (Resolución de 27 de febrero de 2014), es doctrina reiterada (vid. Resoluciones de 11 de junio de 1999; 4 de febrero de 2000, y 22 de febrero de 2012), que cuando no resulte dicha circunstancia ni resulte manifestación del Registrador sobre su conocimiento suficiente de la legislación extranjera debe acreditarse en los términos previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, aplicable en la materia que nos ocupa por remisión del artículo 80 del Reglamento del Registro Mercantil.

4. El segundo argumento de la recurrente para afirmar que el territorio de Gibraltar está incluido en el Espacio Económico Europeo hace referencia a la existencia de determinado protocolo de adhesión de 1993. Cualquiera que sea la naturaleza de dicho documento, ni estuvo a disposición del Registrador en el momento de emitir su calificación (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), ni, al parecer, es uno de los Tratados Internacionales que por estar suscritos válidamente por España, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 96 de la Constitución Española), lo que nos reconduce a la cuestión del Derecho extranjero y su acreditación al Registrador.

5. El resto de argumentos que recoge el escrito de recurso han de seguir el mismo destino desestimatorio pues, como resulta de las consideraciones anteriores, hacen cuestión precisamente de lo que debe ser acreditado. Si los datos contables o la valoración de bienes aceptados por un ordenamiento extranjero deben o no ser aceptados para inscribir el traslado de domicilio a España es cuestión que depende precisamente de si se acredita o no la pertenencia al Espacio Económico Europeo como exige la norma española. En fin, por la misma razón debe rechazarse la argumentación sobre el impacto que sobre el supuesto de hecho hayan de tener el principio de igualdad o la libertad de establecimiento, pues en ambos casos es preciso determinar con carácter previo la aplicabilidad de los Tratados.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del Registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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 vigésimocuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 14 de marzo de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.