

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

12174 *Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación realizada por el registrador mercantil y de bienes muebles VIII de Barcelona de la escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales, relativa a designación de cargos de la sociedad.*

En el recurso interpuesto por don J. J. M., secretario del Consejo de Administración de la entidad «Hama Technics, S.L.» contra la calificación realizada por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles VIII de Barcelona, don Nicolás Nogales Colmenarejo el día 4 de abril de 2012, de la escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales otorgada en Barcelona el 23 de marzo de 2012 ante el notario, don Joan Rubies Mallol, relativa a designación de cargos de la citada sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el 23 de marzo de 2012, número 1313 de protocolo, por don Joan Rubies Mallol, notario de Barcelona, se elevan a público acuerdos sociales adoptados en junta general de la sociedad «Hama Technics, S.L.» en los que, dada la caducidad de los cargos de administradores de la sociedad, se acuerda designar por un período de cinco años cuatro nuevos miembros del Consejo de Administración, dos de los cuales son de nacionalidad alemana, quedando designado uno de ellos como presidente del Consejo de Administración, y cuyos datos de identificación se hacen constar tomándolos de sus respectivos pasaportes, vigentes en la fecha del otorgamiento.

II

Dicha escritura fue presentada el día 26 de marzo de 2012 en el Registro Mercantil de Barcelona, causando el asiento de presentación número 3281 del Diario 1133, siendo calificada la misma con la siguiente nota: «El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio –con la conformidad de los cotitulares–, ha acordado suspender la práctica de la inscripción solicitada, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Hechos: Diario/Asiento: 1133/3281. F. Presentación: 26 de marzo de 2012. Entrada: 32057709. Sociedad: Hama Technics, S.L. Documento Calificado: escritura otorgada el día 23 de marzo de 2012, ante el notario de Barcelona don Joan Rubies Mallol, número 1313 de protocolo. Fecha de la Calificación: 03/04/2012. Fundamentos de Derecho (Defectos). No consta en el documento presentado el N.I.E. de los Consejeros designados DON C. T. y DON J. H. (artículos 38.1.6.º y 192.1 del Reglamento del Registro Mercantil, artículos 18.1 y 20.1 del Real Decreto 1065/2007 de 27 de julio, artículo 101 del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 18 de enero de 2012). Los defectos consignados tienen carácter subsanable. La anterior nota de calificación (...). Barcelona, a 4 de Abril de 2012. El Registrador. Nicolás Nogales Colmenarejo, Registrador Mercantil número VIII de Barcelona».

III

La citada calificación fue notificada de conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria al notario autorizante el día 4 de abril de 2012, siendo recibida el 14 de abril de 2012.

IV

Contra la calificación indicada don J. J. M., secretario del Consejo de Administración de la sociedad «Hama Technics, S.L.» interpone recurso mediante escrito de 3 de mayo de 2012, en el que formula las siguientes alegaciones: «Previa.—El 26 de marzo de 2012 se presentó ante el Registro Mercantil de Barcelona para que éste practicara su inscripción, escritura de Reección de cargos de Administradores de la mercantil Hama Technics, S.L., de fecha 23 de marzo de 2012 otorgada ante el notario don Joan Rúbies Mallol, protocolo n.º 1133. Sin embargo, el registrador calificó negativamente dicho documento (y por tanto no procedió a su inscripción) debido a que no constaban presentados los N.I.E. de dos miembros del Consejo de Administración, los señores C. T. y J. H., los cuales no es la primera vez que son reelegidos en sus cargos, máxime cuando constaban debidamente identificados mediante sus respectivos números de pasaporte y, como más adelante se expondrá, la actividad que aquéllos desempeñan para con la mercantil no les incluye dentro del grupo de los llamados «obligados tributarios» previsto en la Ley General Tributaria y, en consecuencia, no es procedente la aplicación de la normativa referente a la obtención del N.I.E. por parte de personas extranjeras. Primera.—Los señores T. y H., los cuáles como se ha expuesto anteriormente no es la primera vez que son reelegidos en sus cargos de miembros del Consejo de Administración de «Hama Technics, S.L.», fueron renovados mediante acuerdo recogido en el Certificado del Acta de la Junta General Ordinaria de 1 de marzo de 2012 de la mercantil «Hama Technics, S.L.», por un plazo de 5 años, junto con otros miembros, como miembros del Consejo de Administración de la mercantil referida. Dicho cargo, según se establece en el artículo 19 de los estatutos sociales de la referida sociedad, es gratuito, es decir, que los miembros del Consejo de Administración no reciben compensación económica alguna por el desempeño de las funciones atribuidas como miembros del Consejo de Administración. En aras de lo expuesto, es preciso añadir que las funciones atribuidas por los estatutos y por la Ley de Sociedades de Capital a los miembros del Consejo de Administración son desempeñadas por los mismos en nombre y representación de la sociedad, es decir, que las competencias atribuidas a los miembros del Consejo de Administración son para que éstos actúen en nombre y representación de la sociedad, no en su propio nombre y representación. Por tanto, y según lo establecido en el artículo 35 de la Ley General Tributaria, los señores T. y H. no pueden tener la consideración de obligados tributarios, ya que del ejercicio derivado del cargo para el que han sido designados no se origina el cumplimiento de obligaciones tributarias ni tampoco se derivan relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria, ya que éstas se originan para con la sociedad y no con las personas que la representan. A mayor abundamiento, tal y como se establece en el artículo 23 de la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado, recientemente modificada por la Ley 36/2006 de 29 de noviembre de Prevención del Fraude Fiscal y a la que hace referencia la Resolución de 3 de Diciembre de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (publicada en 15 de enero de 2008 en el Boletín Oficial del Estado número 13), solamente en caso «de escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, los comparecientes acreditarán ante el notario autorizante sus números de identificación fiscal y los de las personas o entidades en cuya representación actúen, de los que quedará constancia en la escritura». Es decir, que únicamente será obligatorio acreditar el número de identificación fiscal (N.I.E.) en caso de escrituras públicas relativas a modificaciones de

los derechos reales sobre bienes inmuebles u otros con trascendencia tributaria, no siendo por tanto obligatorio para escrituras de reelección de cargos del Consejo de Administración de una sociedad, como sucede en el presente caso. Es más, en la Resolución de 18 de enero de 2012 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 9 de febrero de 2012, se establece que 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, ya sea el propio N.I.E, como el pasaporte debidamente acreditado por la autoridad competente y vigente en ese momento, añadiendo que solamente cuando la normativa tributaria lo exija será obligatorio el N.I.E. En este sentido, el artículo 35 de la Ley General Tributaria es tajante, ya que no incluye como sujeto del que puedan desprenderse obligaciones de índole tributaria a un miembro del Consejo de Administración, y, por tanto, no cabe considerar a éste como un sujeto pasivo del impuesto de sociedades, ya que no es ni siquiera representante de ese sujeto pasivo, sino que tan sólo forma parte del órgano de representación del verdadero sujeto pasivo que será en todo caso la sociedad domiciliada en España y con nacionalidad española. Como consecuencia todo lo expuesto, y teniendo en cuenta que no nos encontramos ante una escritura pública relativa a actos o contratos que versen sobre derechos reales relativos a bienes inmuebles u otros con trascendencia tributaria y que del ejercicio derivado del cargo de administrador no se origina el cumplimiento de obligaciones tributarias ni tampoco se derivan relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria, máxime cuando se trata de dos personas cuya residencia no se encuentra en territorio español, esta parte entiende que no es procedente la obligatoriedad de la acreditación del número de identificación fiscal (N.I.E.) por parte de los señores T. y H., y que por ello no puede denegarse la práctica de la inscripción registral. Segunda.—Paralelamente, cabe añadir que el Reglamento del Registro Mercantil establece en su artículo 38 que «cuando haya de hacerse constar en la inscripción la identidad de una persona física, se consignarán los siguientes datos: (...) 6.—Documento nacional de identidad. Tratándose de extranjeros, se expresará 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». Al mismo tiempo, el artículo 192.1 del mismo cuerpo legal dispone que «en la inscripción del nombramiento de los administradores se hará constar la identidad de los nombrados y la fecha del nombramiento para el que lo hubieran sido y el cargo para el que hubiere sido nombrado el miembro del Consejo de Administración». Pues bien, la identidad de los señores T. y H. fue debidamente acreditada con sus respectivos pasaportes, vigentes en el acto y debidamente expedidos por las correspondientes autoridades de su país de residencia, así como también se hizo constar la fecha del nombramiento, el plazo para el que fueron nombrados y el cargo, tal como consta acreditado en el Certificado del Acta de la Junta General Ordinaria de 1 de marzo de 2012 de la mercantil «Hama Technics S.L.», debidamente recogida en la referida escritura de reelección de cargos. Por consiguiente, habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil para con la identidad de los señores T. y H., esta parte entiende la misma ha quedado suficientemente acreditada y que ello no es motivo por el que no pueda practicarse la inscripción registral. En virtud de lo expuesto, a la Dirección General de los Registros y del Notariado solicito,- Que tenga por presentado este escrito y, en sus méritos tenga por interpuesto en tiempo y forma recurso potestativo contra la nota de calificación negativa de 4 de abril de 2012, notificada a esta parte el 10 de abril de 2012, por efectuadas las manifestaciones en él contenidas y acuerde la práctica de la inscripción del nombramiento de los miembros del Consejo de Administración de la mercantil Hama Technics S.L., sin necesidad de la obtención por parte de éstos del número de identificación fiscal».

V

La registradora emitió su informe el día 23 de mayo de 2012 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 23 de la Ley del Notariado; 18 del Código de Comercio; 322, 325, 326, 327 y 254.2 y 4 de la Ley Hipotecaria; 3 del Código Civil; 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal; 4.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; 101 y 105 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre; 38.1.6 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil; 18.1 y 20.1 del Real Decreto 1065/2007 de 27 de julio; 35, 41, 42 y 43, letras a), b), g) y h) de la Ley 58/2003, General Tributaria; 213, 236, 237, 240, 241 y 242 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital; las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1988, 30 de diciembre de 1989, 2 de marzo de 1991 y 22 de mayo de 1999; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de septiembre de 1993, 20 de abril de 1998, 14 de julio y 20 de octubre de 2000, 1 de febrero, 4 de mayo y 28 de octubre de 2005, 25 de julio de 2006, 31 de enero, 21 de marzo y 25 de octubre de 2007, y 18 de enero de 2012.

1. La cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar si, en caso de nombramiento de dos consejeros de nacionalidad extranjera, cuyos datos de identificación se establecen por lo que ya consta en sus respectivos pasaportes, es necesaria para su inscripción en la hoja de la sociedad la constancia o acreditación de su N. I. E.

El registrador suspende la inscripción mediante una calificación en la que, en esencia, expresa, entre otros, como fundamento de Derecho los artículos 38.1.6 y 192.1 del Reglamento del Registro Mercantil y los artículos 18.1 y 20.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

2. Es esta una cuestión ya resuelta por este Centro Directivo en su reciente Resolución de 18 de enero de 2012. Como entonces se sostuvo en dicha Resolución, 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. 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 que conste un número de identificación fiscal, número que puede ir unido a un documento legal de identificación del interesado o que puede constar en otro documento que sólo sirva para acreditar dicho número sin que pueda ser utilizado para la identificación del extranjero en caso de que también sea compareciente.

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

3. La norma que regula en la actualidad la obligatoriedad del número de identificación fiscal para personas físicas y jurídicas es el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, en cuyo artículo 18.1 se dispone que «las personas físicas y jurídicas, así como los obligados tributarios a que se refiere el

artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, tendrán un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria». Por su parte el artículo 20.1 del mismo Real Decreto, en lo que se refiere a los extranjeros, viene a establecer que «el número de identificación fiscal será el número de identidad de extranjero que se les asigne o se les facilite de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su normativa de desarrollo». Por ello el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en su artículo 101, se refiere al número de identidad de extranjero, indicando que los extranjeros que, tanto en el caso de que obtengan un documento que les habilite para permanecer en España como para otros supuestos diversos, serán dotados a los efectos de identificación de un número personal, único y exclusivo, de carácter secuencial, que será el identificador del extranjero y deberá figurar en todos los documentos que se le expidan o tramiten, así como en las diligencias que se estampen en su pasaporte o documento análogo.

En este sentido, como señaló la reciente Resolución de este Centro Directivo de 11 de abril de 2012, es cierto que la identidad de documentación y numeración no siempre ha de producirse porque la persona física extranjera aun estando obligada a obtener el número de identificación no lo haya hecho de forma transitoria o porque no esté obligada a obtenerlo, en cuyo caso, como se ha señalado, la normativa tributaria prevé dotarle de un número de identificación fiscal (vid. artículo 20.2 del Real Decreto 1065/2007). En dicho supuesto, habrá de reflejarse en la inscripción tanto el número del documento que haya servido para identificarle (distinto de la tarjeta de identidad de extranjero) como el que le haya atribuido la Administración Tributaria (vid. Resolución de 18 de enero de 2012). Salvo que estemos en presencia de esta excepción, se aplica la regla general.

4. Este es el número de identificación del consejero, de nacionalidad no española, que el registrador exige en su calificación. Pero para que este número sea exigible será necesario que la persona física concernida tenga relaciones de naturaleza o trascendencia tributarias.

Es claro que un consejero en ningún caso será sujeto pasivo del impuesto de sociedades, pues no es siquiera representante de ese sujeto pasivo, sino que tan solo forma parte del órgano de representación del verdadero sujeto pasivo que será en todo caso la propia sociedad domiciliada en España y de nacionalidad española. Tampoco entra en el concepto estricto de obligado tributario, pues de conformidad con el artículo 35 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria son obligados tributarios «las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias», y a un consejero de una sociedad que tributa en España no se le exige el cumplimiento de ninguna obligación tributaria por el mero y estricto hecho de ser consejero de esa sociedad. Es decir, el consejero, por el simple hecho de serlo, no es contribuyente –lo será la sociedad-, ni tampoco sustituto del contribuyente, ni está obligado a realizar pagos fraccionados, ni a efectuar retenciones, ni a practicar ingresos a cuenta, ni a repercutir, ni a soportar repercusiones, ni a soportar retenciones o ingresos en cuenta, ni es como tal sucesor del obligado tributario, ni beneficiario de supuestos de exención, devolución o bonificaciones tributarias.

5. Ahora bien, no obstante todo lo anterior, es lo cierto igualmente que el mismo artículo 35.5 de la Ley General Tributaria incluye también en el concepto legal amplio de obligado tributario a los que denomina responsables del tributo de conformidad con el artículo 41 de la misma Ley. Y este artículo 41 considera que son responsables tributarios los responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria, junto a los deudores principales, aclarando el artículo 41 (apartado 1, letras a y b) que son responsables subsidiarios del tributo «los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan

o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones», e igualmente son responsables subsidiarios «los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas de éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago».

Desde este punto de vista es evidente que el Consejo de Administración como órgano de representación de la sociedad puede ser responsable subsidiario de obligaciones tributarias de la sociedad y conforme a ello debería estar obligado a contar con un número de identificación fiscal a los efectos del artículo 41 en relación al artículo 43 de la Ley General Tributaria. Lo que ocurre es que el consejo, como tal consejo, carece de personalidad jurídica y el artículo 18 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, sólo impone esa obligación a las personas físicas y jurídicas y a las entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición (v.gr. herencias yacentes, o comunidades de bienes). Por tanto, dada la consideración legal de los consejeros integrantes del Consejo de Administración como responsables tributarios por las decisiones de este órgano en las que participen, en los términos antes examinados, de tal consideración surge la obligación de dotar a todos ellos del correspondiente número de identificación fiscal a los efectos que, en su caso, sean procedentes.

6. La conclusión anterior se confirma a la vista de la regulación legal sobre la responsabilidad patrimonial de los administradores y de los miembros del Consejo de Administración. En efecto, de conformidad con el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio, los administradores de hecho o de derecho responden frente a los acreedores sociales del «daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley... o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo». Esta responsabilidad existe siempre sin que sea óbice a la exigencia de la misma, por parte de los acreedores el que «el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General» (cfr. artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital). La responsabilidad se concentrará en el administrador único, como órgano unipersonal de representación de la sociedad, en los administradores solidarios o mancomunados, o en el consejero delegado, caso de que exista. Pero para el caso de no existencia del consejero delegado o incluso existiendo éste, si el consejo toma acuerdos como tal, la Ley de Sociedades de Capital impone una responsabilidad solidaria a todos los miembros del órgano de administración de la cual sólo pueden quedar excluidos aquellos que prueben que no han intervenido en la adopción del acuerdo y su ejecución y que, además, desconocían su existencia o que si la conocían «hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél» (cfr. artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital).

7. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, cabe concluir afirmando la necesidad de que los consejeros, incluidos los de nacionalidad no española, estén dotados del correspondiente número de identificación fiscal para el caso de tener que responder de forma subsidiaria, que no directa, por los actos antijurídicos del Consejo de Administración que causen un daño a la Hacienda Pública en los términos examinados. Procede por ello confirmar el criterio del registrador, no siendo posible la inscripción del consejero de nacionalidad extranjera si antes no obtiene su correspondiente identificación a efectos fiscales y tributarios.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 16 de julio de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.