

RICARDO CABANAS TREJO - LETICIA BALLESTER AZPITARTE
NOTARIO NOTARIA

Contenidos

1. Resoluciones.
2. Sentencias.
3. Varia Fiscal.
4. Otras noticias de interés.
5. Comentario del mes.

1.- Resoluciones.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO – DGRN-

DIRECCIÓ GENERAL DE DRET I D'ENTITATS JURÍDIQUES –DGDEJ-

252.- Resolución de la DGRN de 19/10/2016. SOCIEDAD CIVIL PROFESIONAL.

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. Por otro lado, la necesidad de que en toda sociedad profesional en la que por su forma no sea necesario un aporte de capital que sería el que fijara la participación de cada socio en la sociedad (en el caso, una sociedad civil), debe determinarse, respecto de los socios de industria, en nuestro caso profesionales, que su aportación sea debidamente evaluada para concretar su eventual participación en beneficios y pérdidas y para fijar igualmente los derechos políticos que, en su caso, el socio profesional ostenta en la sociedad.

253.- Resolución de la DGRN de 03/11/2016. JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. ACREDITACIÓN.

Las formas legalmente establecidas de convocatoria de la junta pueden ser de dos clases: formas públicas, de las que queda constancia cierta de que ha sido hecha la convocatoria, pues la misma es objeto de publicación en diarios de difusión pública, diarios oficiales o, en su caso, en la web de la sociedad; o formas privadas de convocatoria, que, por su forma, sólo pueden ser conocidas por los socios destinatarios. Para las formas públicas en la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales el notario «testimoniará en la escritura el anuncio de convocatoria publicado o protocolizará testimonio notarial del mismo». Por el contrario, cuando se trata de medios privados de convocatoria, aunque se inserte el anuncio de convocatoria en la escritura o en la certificación, no resulta ello suficiente para que el registrador pueda verificar que el mismo ha sido remitido a los socios con la antelación debida y que dicha remisión ha sido efectuada efectivamente a todos los partícipes de la sociedad. En el caso de emplearse medios privados de convocatoria, es necesario que quede constancia en la forma indicada tanto de la fecha como de la forma en que ha sido realizada la convocatoria de la junta, pues dichos datos son necesarios para que el registrador pueda calificar la regularidad de dicha convocatoria, al comprobar por la fecha que la misma se ha realizado con la antelación debida, y que se ajusta a los medios estatutariamente establecidos. Para lograr la inscripción en el presente caso bastaría que se manifestara por el administrador bien que se ha remitido la convocatoria a todos los socios mediante correo certificado con aviso de recibo, o bien que, habiéndola remitido al socio que se indica, no existen más socios.

254.- Resolución de la DGRN de 26/10/2016. REDUCCIÓN DEL CAPITAL. CONVOCATORIA.

El anuncio de convocatoria carece de la debida claridad que le exige el ordenamiento por cuanto la omisión de un dato esencial, como es el hecho de que la reducción del capital social fuera total, afectaba decisivamente a la posición jurídica del socio y le privaba de la información necesaria para ejercer sus derechos de forma adecuada. Ahora bien, es preciso determinar si según las circunstancias del supuesto concreto, la falta de claridad de la convocatoria ha derivado en una violación de la situación jurídica del socio disidente que justifique un reproche de nulidad. En el caso resultaría del todo punto desproporcionado considerar inválida la convocatoria y por

ende los acuerdos sociales adoptados cuando del expediente resulta que el socio disidente conoció —o pudo conocer con antelación suficiente— con exactitud el concreto alcance y efectos de la modificación estatutaria propuesta y de las consecuencias económicas y societarias que de las mismas pudieran resultarle. Por otro lado, la reducción del capital por debajo del mínimo legal no se trata de una causa de disolución automática, sino que debe ser acordada en junta general, en los términos que también contemplan los artículos 365 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, si es que no se optó por alguna otra de las alternativas que prevé el precepto transcrito, por lo que el defecto invocado por el registrador no puede ser mantenido, pues otras son las consecuencias que legalmente se derivan de su existencia, pero en modo alguno aparecen en la legislación mercantil como determinantes de un posible cierre registral.

255.- Resolución de la DGRN de 24/10/2016. MESA DE LA JUNTA. ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN.

Aun cuando en principio el presidente de la junta es la persona llamada a declarar válidamente constituida la misma, determinando qué socios asisten a ella presentes o representados y cuál es su participación en el capital social, ello no significa que tales declaraciones del presidente deban, por la sola calidad de quien las formula, vincular al registrador de modo absoluto, al punto de que éste deba desconocer la realidad de lo acontecido en el seno de la junta cuando se halle amparado por la fe notarial, ignorando totalmente las afirmaciones contrarias de los socios consignadas en el acta y de especial relevancia para calificar la validez de los acuerdos.

256.- Resolución de la DGRN de 07/11/2016. INTERPRETACIÓN ESTATUTOS. CONSEJO ADMINISTRACIÓN.

En la frase empleada en los estatutos para indicar que los consejeros «elegirán entre ellos los cargos de Presidente y Secretario», el hecho de que se haya empleado únicamente la preposición «entre» seguida de un pronombre personal en plural («ellos») denota situación dentro del espacio figurado delimitado por las personas designadas. No se utiliza la expresión «por ellos» y en el inciso final se manifiesta que «... siendo los restantes vocales» lo que presupone la condición de consejeros. Por consiguiente el secretario debe ser miembro del consejo.

257.- Resolución de la DGRN de 18/10/2016. RECTIFICACIÓN COPIA.

En la indicada copia autorizada el notario hace constar que, contrastado en contenido del otorgamiento primero de la copia autorizada mencionada con la matriz, resulta que el contenido de la misma resulta que los citados vendedores transmiten las dos fincas registrales con cuantos elementos le son accesorios e inherentes. El consentimiento para la inscripción de la compraventa en los términos que figuran en la matriz ya ha sido prestado. La copia rectificadora trata, precisamente, de servir de vehículo para adecuar el contenido inexacto del Registro a la voluntad de los interesados. Ahora bien, obviamente en el caso de existir terceros titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la inscripción rectificadora, la rectificación tendrá el límite de que en ningún caso podrá perjudicar los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.

258.- Resolución de la DGRN de 18/10/2016. ESTATUTOS. REPRESENTACIÓN.

El legislador ha impuesto de forma necesaria que sean los estatutos los que configuren la atribución del poder de representación con el único límite, a fin de no desnaturalizar la propia estructura del órgano, de que en todo caso han de exigir la concurrencia de al menos dos administradores, de modo que la apelación a los estatutos no se contempla como facultativa a fin de poder derogar una pretendida regla general, sino como necesaria, con el fin de contener la atribución en concreto del citado poder y

tan sólo limitada por aquella exigencia mínima. Los estatutos sociales calificados se limitan a determinar que la sociedad se regirá por los administradores, sin especificación de la atribución del poder de representación en forma alguna, por lo que debe mantenerse el defecto invocado por el registrador.

259.- Resolución de la DGRN de 17/10/2016. DISOLUCIÓN PLENO DERECHO. REACTIVACION.

La disolución de pleno derecho de una sociedad profesional no adaptada no implica que el período de liquidación revista características distintas de aquellos supuestos en que la disolución se produce a consecuencia de un acuerdo social. Por ello respeta la persistencia de su personalidad jurídica hasta que se produzca la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes de acuerdo al régimen jurídico que hoy recogen los artículos 371 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. Esto supuesto, no existe problema conceptual que imponga que una sociedad de capital disuelta de pleno derecho no pueda ser reactivada siempre que se respeten los límites establecidos legalmente en el artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital.

260.- Resolución de la DGRN de 14/11/2016. CLARIDAD ESTATUTOS. CONVOCATORIA CONSEJO ADMINISTRACIÓN.

Es contraria a la exigencia de claridad de los estatutos una cláusula que regula en términos distintos a los del art. 246 LSC la obligación del presidente del consejo de convocar una reunión del órgano, sin la salvedad de la posible convocatoria directa por consejeros que representen un tercio, pues, en aquellos términos puede interpretarse que los estatutos quieren derogar esa regla legal y sustituirla por otra, pretensión inadmisibles al tratarse de un mínimo imperativo.

261.- Res. DGRN de 17/10/16. EXPEDIENTE NOTARIAL DE RECTIFICACIÓN DE DESCRIPCIÓN DE FINCAS.

El procedimiento del art. 201 de la LH permite rectificar descripciones registrales de cualquier naturaleza (tanto superficie como de linderos) y de cualquier magnitud: por tanto, la sola magnitud del exceso de cabida no puede basar, sin mayor justificación, la denegación de la inscripción. Es necesaria la presentación de la representación gráfica catastral y, si el promotor manifiesta que ésta no coincide con la realidad, la aportación de representación gráfica georreferenciada de la rectificación solicitada.

262.- Res. DGRN de 17/10/16. HERENCIA Y COMPRAVENTA. PRIORIDAD REGISTRAL.

El documento presentado en el diario en primer lugar (la compraventa) gana prioridad no sólo para sí, sino también para los documentos presentados con posterioridad (la herencia) cuando sean necesarios para su despacho a fin de subsanar el concreto defecto de falta de tracto sucesivo del primero, siempre que el disponente del primer documento presentado sea causahabiente del titular registral, y ello aunque tal atribución de prioridad suponga dotar al documento subsanatorio (reconstructor del tracto) de preferencia sobre el intermedio contradictorio (en este caso, un mandamiento ordenando la anotación de demanda de nulidad del testamento) que se presentó antes, pero después del subsanado.

263.- Res. DGRN de 19/10/16. HIPOTECA. INTERESES DE DEMORA ABUSIVOS.

La DGRN confirma que puede otorgarse carácter retroactivo a la STS de 3 de junio de 2016, sobre la abusividad de los intereses de demora que superen en más de dos puntos el ordinario en los préstamos hipotecarios a consumidores, aplicándose a escrituras anteriores a su publicación. El principio de efectividad de la Directiva europea de protección a los consumidores y la STS de 22 de abril de 2015, que aplicó

dicho criterio a los préstamos personales, hacen innecesario, a juicio de la DG, que dicha Sentencia sea reiterada por otras posteriores. No cabe inscribir la hipoteca excluyendo la cláusula de interés de demora sin el consentimiento del interesado, pues, en palabras del órgano administrativo, "la calificación registral actúa como una circunstancia más del proceso de contratación", y la denegación de la inscripción "posibilita un nuevo acuerdo entre las partes", pudiendo *ex novo* pactar una mejora de la cláusula dejada sin efecto porque la calificación registral ha restablecido un equilibrio contractual y el consumidor, con pleno conocimiento de causa, puede prestar un consentimiento libre e informado".

264.-Res. DGRN de 20/10/16. DERECHO DE USO.

No es posible inscribir un derecho de uso sobre la vivienda familiar consignado en un convenio regulador de los efectos del divorcio, objeto de aprobación judicial, sin la esencial característica de un plazo o término específico que concrete su duración. Dicho derecho se atribuye a la esposa al amparo del artículo 96.3 del Código Civil, es decir, no habiendo hijos menores que pudieran justificar la procedencia de ausencia de expresa limitación temporal.

265.-Res. DGRN de 21/10/16. CANCELACIÓN HIPOTECA POR CADUCIDAD.

Debe distinguirse el plazo de la cuenta especial objeto de la hipoteca de máximo (un año prorrogable tácitamente a su vencimiento por periodos sucesivos e iguales, salvo que medie denuncia expresa de una de las partes) y el plazo de caducidad de la hipoteca (ocho años prorrogables por dos más). Éste último permite la cancelación convencional automática del art. 82.2 de la LH sin esperar al transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación del art. 82.5 de la LH.

266.-Res. DGRN de 24/10/16. HERENCIA. GEORREFERENCIACIÓN.

Para inscribir la finca resultante tras una expropiación (como ocurre también con las segregaciones) que no ha accedido al Registro, no es necesaria la previa inscripción de tal procedimiento, bastando con aportar la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento y sin que pueda exigirse representación gráfica de otras porciones que no son objeto del título en cuestión ni causan asiento de inscripción. Tampoco cabe que el registrador aprecie de oficio la existencia de un desplazamiento patológico o generalizado en la cartografía catastral del municipio, pues para ello se precisa que un técnico así lo dictamine con ocasión de la elaboración de una representación gráfica alternativa.

267.-Res. DGRN de 24/10/16. DIVORCIO. CONVENIO REGULADOR.

El convenio regulador de los efectos del divorcio, objeto de aprobación judicial, no es el título formal adecuado para, además de proceder a la liquidación del haber conyugal, llevar a cabo la declaración de diversas obras nuevas sobre algunas de las fincas inventariadas, siendo una de ellas la destinada a vivienda familiar.

268.- Res. DGDEJ de 25/10/16. PH. USO TURÍSTICO.

Se eleva a público un acuerdo de la Comunidad de propietarios que prohíbe el uso turístico de las entidades del edificio. Para las mayorías necesarias, debe aplicarse la redacción del art. 553-25.4 del CCCat vigente en el momento de adoptarse el acuerdo en la Junta, sin que las modificaciones posteriores de la ley (en este caso, la Ley 15/2015), sean más beneficiosas o más restrictivas, puedan afectar a su validez. Por tanto, la legislación vigente en el momento en el que se adoptó (por el transcurso de un mes desde la notificación a los propietarios no asistentes sin que ninguno se opusiera) exige únicamente que no hubiera abstenciones ni votos en contra por parte de los propietarios asistentes, siendo necesario que los demás sean individualmente notificados y no se opongan en plazo (consentimiento tácito).

269.-Res. DGRN de 25/10/16. DONACIÓN. PODER GENERAL. AUTOCONTRACCIÓN.

Es posible que el donatario comparezca también como representante de la donante en virtud de poder general que contempla específicamente la autocontratación y el conflicto de interés, facultándole para hacer y aceptar donaciones puras y condicionales, sin que pueda exigirse que el poder designe específicamente los bienes sobre los cuales puede actuar el apoderado. Las circunstancias realmente decisorias, tales como la extralimitación o la falta al deber de fidelidad, necesariamente deben ventilarse en sede judicial y quedan al margen de las funciones de notarios y registradores, que deben atenerse a los estrictos términos en los que el mandato representativo haya sido redactado.

270.-Res. DGRN de 25/10/16. ELEVACIÓN A PÚBLICO. SUBAPODERAMIENTO. JUICIO DE SUFICIENCIA.

La sociedad vendedora comparece representada por persona que actúa mediante un poder que para tal acto ha sido conferido en su favor por otro apoderado, pero mediante consulta al Registro mercantil el registrador de la propiedad comprueba que aquél carece de facultad para subapoderar. No es necesario, como pretende la calificación, que el notario emita juicio de suficiencia de facultades representativas no sólo respecto de la escritura de sustitución del poder, sino también en relación con la inicial escritura de apoderamiento: de hecho, ni siquiera es necesario que se le exhiba al notario, siendo extremos que quedan bajo la fe pública del notario autorizante de la escritura de sustitución del poder. Por otro lado, la elevación a público de un documento privado de compraventa es un acto debido y no constituye en ningún caso un acto de comercio, por ende el mandato conferido al subapoderado no tiene naturaleza de comisión mercantil.

271.-Res. DGRN de 26/10/16. HIPOTECA A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA.

No es exigible la fijación de un tipo máximo hipotecario para los intereses de demora al estar determinado por ley y además por carecer la Administración tributaria de la facultad de fijar un tipo concreto máximo que, en un determinado momento de la vida de la hipoteca, pudiera ser inferior al legalmente aplicable (referenciado al interés legal del dinero), dejando sin garantía una parte de esa obligación accesoria.

272.-Res. DGRN de 26/10/16. LIBRO DEL EDIFICIO.

Su depósito en Registro es exigible salvo que la normativa autonómica lo exima (por ejemplo, en supuestos de autopromoción).

273.-Res. DGRN de 26/10/16. HIPOTECA. TIPO DE SUBASTA.

La alteración del tipo de subasta de la finca cuya hipoteca está ya inscrita no sólo no altera el rango de ésta (lo que exigiría el consentimiento de los titulares de cargas intermedias), sino que ni siquiera tiene la consideración de circunstancia susceptible de provocar una novación en la obligación garantizada, puesto que opera en el ámbito estrictamente procesal. En el caso concreto, por razón de una depreciación sustancial de la finca hipotecada, se trata de un derecho del acreedor a la ampliación de la hipoteca.

274.-Res. DGRN de 26/10/16. HERENCIA. PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR.

El testamento formula una partición hecha por el testador, en la que concurren todas y cada de las fases de inventario, avalúo y adjudicación de los bienes: sólo falta la liquidación de la sociedad conyugal, que no puede verificarse hasta la apertura de la sucesión, ya que no se conocen hasta ese momento la totalidad de las deudas líquidas. No es necesaria, por tanto, la concurrencia en la partición del otro heredero, ni siquiera por tratarse de la adjudicación del derecho que corresponde al testador en un bien

ganancial, ya que, prestando el consentimiento el cónyuge supérstite, se entiende referida a la mitad de su valor.

275.-Res. DGRN de 27/10/16. HERENCIA. INSTITUCIÓN CONDICIONAL.

La testadora instituye herederos a sus hermanos si a su fallecimiento se encuentra en su domicilio y está bajo sus cuidados, instituyendo en caso contrario a la persona que le cuide o institución donde resida. Dicho testamento no puede interpretarse por uno solo de los herederos sino que deben hacerlo todos los llamados a la sucesión y, a falta de acuerdo, decidirán los tribunales de Justicia. Para probar el cumplimiento de la condición basta con acta de notoriedad del art. 209 del RN, con citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, a los efectos de que puedan realizar las manifestaciones u oposiciones que puedan amparar su derecho.

276.-Res. DGRN de 02/11/16. PARTICIÓN HEREDITARIA.

Para inscribir la partición hereditaria realizada por el contador partidor designado en el procedimiento judicial de división es necesario protocolizar ante notario el decreto del letrado de la Administración de Justicia en el que se aprueban sin oposición. En la RDGRN de 27/03/14, el propio juez que aprobó la partición dispuso la inscribibilidad directa del testimonio.

277.-Res. DGRN de 02/11/16. DONACIÓN. ACEPTACIÓN EN VIDA DEL DONANTE.

La aceptación de la donación no produce efecto si no se hace en vida del donante (en este caso, uno de los dos esposos casados en separación de bienes que fallece en el ínterin transcurrido desde el otorgamiento de la escritura de donación hasta la ratificación por parte de la donataria). Ello porque, en tanto la aceptación no llega a conocimiento del donante, subsiste durante su vida la posibilidad de revocación, que no se transmite a su muerte a sus herederos. Estos adquieren el derecho a la herencia desde el momento mismo de la muerte del donante, incluyendo los bienes donados en vida cuando la aceptación ha sido extemporánea.

278.-Res. DGRN de 03/11/16. REFERENCIA CATASTRAL.

La no aportación de la referencia catastral del inmueble transmitido no constituye, ni antes ni después de la Ley 13/2015, defecto que impida la inscripción del título.

279.-Res. DGRN de 07/11/16. OBRA NUEVA Y DIVISIÓN HORIZONTAL. GEORREFERENCIACIÓN.

Como regla general, no es necesario, para inscribir una obra nueva con las coordenadas de la superficie ocupada por ella, la previa inscripción de la delimitación geográfica y coordenadas de la finca sobre la que se asienta. Ahora bien, es posible que se necesite cuando se albergue una duda fundada acerca de si la edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara. Por tanto, si se pretende tramitar un procedimiento jurídico especial con notificación y citación a colindantes y posibles terceros afectados, deben especificarse las circunstancias concretas que concurren en el expediente. Nuevamente, la DG niega que el registrador aprecie de oficio la existencia de un desplazamiento patológico de la cartografía catastral: sólo el técnico puede hacerlo en representación gráfica alternativa. Por otro lado, de acuerdo con el art. 28 del TR de la Ley del Suelo, sólo es preciso que el técnico certifique que la descripción de la obra terminada se ajusta al proyecto, y no a la realidad existente como pretende la calificación. Las coordenadas de la superficie ocupada por la obra, por último, pueden aportarse mediante certificación catastral o mediante certificado de un técnico (en formato GML u otro), sin que tenga que ser el mismo que dirigió el proyecto.

280.-Res. DGRN de 07/11/16. COBERTURA HIPOTECARIA. INTERESES DE DEMORA.

El principio de accesoriedad no es aplicable a los intereses de demora, que no derivan directamente del contrato sino de la conducta ulterior de incumplimiento, y por tanto puede pactarse su cobertura hipotecaria mediante una cifra máxima de responsabilidad aunque su obligación de pago no resulte de la propia escritura de préstamo hipotecario (y se aplique supletoriamente el art. 1108 del CC, que los calcula al tipo fijado para el interés legal del dinero).

281.-Res. DGRN de 17/11/16. GEORREFERENCIACIÓN. ART. 199 LH.

Tras la tramitación del procedimiento del art. 199 de la LH y la oposición de un colindante, lo procedente es que el conflicto sobre el derecho de propiedad de una parte de la base gráfica aportada se resuelva por acuerdo entre las partes enfrentadas o, en su defecto, en la vía judicial.

282.-Res. DGRN de 17/11/16. GEORREFERENCIACIÓN. AGREGACIÓN.

Para inscribir una agregación debe aportarse representación gráfica georreferenciada de la finca resultante de la operación. Si la agregación en la porción restante tras una segregación ya efectuada con el fin de cesión para viales, aunque estuviera pendiente de formalizar, únicamente debe aportarse, para su constancia en el folio registral, la porción que es objeto de inscripción en cada momento.

Por otro lado, la DG entiende que, en el ámbito del art. 9 de la LH (esto es, únicamente para completar la descripción literaria de la finca mediante la indicación de la referencia catastral), no deben generalizarse trámites como el del art. 199 de la LH, cuando no resulte afectado colindante alguno. En particular, es posible la inscripción de representación gráfica sin tramitación previa de dicho procedimiento cuando las diferencias superficiales no excedan del 10% de la cabida inscrita y no se impide la perfecta identificación de la finca ni su diferenciación respecto de los colindantes.

282.-Res. DGRN de 17/11/16. INMATRICULACIÓN. ART. 205 LH.

En casos de aceptación de herencia, si con posterioridad se otorga título traslativo de los bienes hereditarios a un tercero, el plazo de un año al que se refiere el art. 205 se puede computar desde la fecha de fallecimiento del causante de la herencia, y no necesariamente desde el otorgamiento de la escritura. Puesto que el título previo al inmatriculador debe ser también calificado por el registrador, es necesario acompañar a la escritura el certificado de defunción del causante y el de últimas voluntades, así como su testamento (art. 14 LH).

284.- Res. DGDEJ de 21/11/16. HERENCIA. INEFICACIA SOBREVENIDA POR DIVORCIO DE LA INSTITUIDA.

Se otorga escritura de adjudicación hereditaria por la esposa del causante, instituida heredera y que se presenta como "viuda" del testador, pero con posterioridad el hermano del difunto presenta una instancia privada en el Registro, con firma legitimada ante la registradora, solicitando que se hiciera cambiar el estado civil de aquél y aportando certificación del Registro civil que declaraba disuelto el matrimonio por sentencia judicial de divorcio, lo que provoca la calificación negativa de la herencia. El art. 422-13 del CCcat ordena la ineficacia de la institución a favor del cónyuge si, después del otorgamiento, los cónyuges se divorcian, salvo que del contexto resulte que el testador lo habría ordenado incluso en el caso de crisis matrimonial. Esta última excepción exige que la voluntad del testador resulte del contexto del propio testamento y no de una conducta posterior y ajena al mismo (no revocar el testamento con posterioridad al divorcio). Los actos concluyentes consisten en la realización de conductas positivas, no pudiendo deducirse de una abstención voluntad alguna.

285.- Resolución de la DGDEJ de 25/10/2016.

La única cuestión que se plantea en este recurso, relacionado con el ejercicio de las facultades atribuidas por un poder preventivo de conformidad con el artículo 222-2 CCC, es la de determinar si los actos de disposición de inmuebles que realiza el apoderado en nombre del poderdante en uso de un poder preventivo requieren autorización judicial o no. Parece claro que la sanción de anulabilidad será procedente cuando el acto impugnado requiera autorización judicial, y que si el acto no la requiere no será anulable por esta razón, y eso tanto si es un acto excluido de la lista del artículo 222-43.1 como si es un acto de los de la citada relación pero excluido de la autorización en virtud del artículo 222-43.2. Por ello, la función calificadora del registrador, que debe valorar en cada caso y con cuidado y proporcionalidad los supuestos de hecho y los textos legales, no es necesario que vaya más allá haciendo un juicio de valor sobre una hipotética causa de anulabilidad que no se desprende de la dicción clara y literal de la ley aplicable.

2.- Sentencias.

TRIBUNAL SUPREMO -TS-
AUDIENCIA PROVINCIAL -AP-
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA -JPI-
JUZGADO MERCANTIL -JM-

76.- SAP de Toledo [1] de 20/10/2016 Rec. 401/2015. AUTOR CONVOCATORIA.

Situación de afección en una sociedad con dos administradores mancomunados uno de los cuales ha fallecido. El que queda puede convocar JG, pero sólo para nombrar el administrador que falta. En el caso se excedió de ese objeto al acordar el cambio del sistema y seguir administrador como único, con clara infracción del art 171 LSC.

77.- SAP de Guipúzcoa [2] de 29/09/2016 Rec. 2168/2016. MARCA. COMPETENCIA DESLEAL.

No puede existir confusión cuando los actos del demandado están amparados por la Ley de Marcas, cuando el uso de la marca Rafa .Gorrotxategi está amparado en la inscripción de la misma, en la autorización por parte del titular de la marca Gorrotxategi , y en todo caso la consignación del nombre de su actual titular, constituye un elemento descriptivo e identificativo completamente distinto. Esto no excluye la posibilidad de aplicar la protección complementaria que resulta de la LCD , y para ello será preciso demostrar que la parte demandada se excede de las pautas que resultan de la protección que ofrece la legislación marcaría y por tanto se apartan de los derechos , así como de la propia finalidad que persigue la ley de marcas.

78.- SJM de Donostia [1] de 28/09/2016 Rec. 226/2016. CONVOCATORIA JUNTA GENERAL. IMPUGNACIÓN.

Según el art. 206.5 LSC "no podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho"; tales defectos de forma hay que relacionarlos con los "la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley" a los que se refiere el art. 204.3.a) de la LSC, entre los que están los defectos de convocatoria, y entre ellos los relativas a la forma y plazo previo de la convocatoria. En el caso la parte actora tendría que haber denunciado esos defectos de forma oportunamente para poder después alegarlos con motivo de una impugnación; es evidente que la celebración de la Junta es un momento oportuno para denunciar tales defectos; se puede considerar también que si los defectos son denunciados y después existe una retirada de esa denuncia, la misma ha de considerarse no hecha a los efectos del art. 206.5 LSC. En el caso es aceptado por ambas partes que la tutora de la demandante impugnó la convocatoria en el acto de la celebración de la Junta; lo que es

un hecho controvertido es si esa impugnación fue o no retirada posteriormente. Según resulta del acta de la junta el secretario expone que era urgente el tomar determinado acuerdo y por eso la reunión la ha convocado el Presidente, y que la tutora aceptó la explicación. En el acta no consta la aprobación de la Junta en el propio acta, ni tampoco se ha acreditado que esta aprobación se haya producido posteriormente, sin embargo es el propio demandante quien aporta el acta como documento en el que funda sus pretensiones, y nada indica en su demanda acerca de que el contenido de esa acta sea incorrecto. Constando en el acta esa conformidad, le corresponde a la parte actora acreditar que ello no fue así y eso no se corresponde con actos propios como la aportación del acta.

79.- SAP de Guipúzcoa [2] de 22/09/2016 Rec. 2282/2016. OBJETO SOCIAL. DISOLUCIÓN.

Constituye objeto social la construcción y ejecución obras de todo tipo, así como la compraventa de terrenos e inmuebles. La mercantil es propietaria de un terreno sito en Formentera sobre el que ha llevado una serie de actuaciones administrativas y judiciales para lograr una calificación que permita acometer una actividad de promoción inmobiliaria rentable. No resulta discutido que no ha llevado a cabo ninguna actividad constructora sobre el indicado terreno, que constituye la única propiedad de la misma, pero no significa que haya existido inactividad de la mercantil. Aun cuando la mercantil no haya desarrollado una actividad de construcción, sí ha desarrollado una actividad íntimamente ligada con lo que constituye su objeto social, comprensivo de la construcción y venta de terrenos e inmuebles, al estar orientada a obtener una calificación urbanística del terreno que permita obtener la máxima rentabilidad económica. Por último, no se puede hablar de imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, entendido como imposibilidad de obtener ganancias repartibles a través del ejercicio de la actividad social que constituye su objeto, cuando todavía no ha determinado de manera definitiva la calificación urbanística del terreno propiedad de la mercantil y se desconoce, por tanto, la rentabilidad que pueda obtenerse con la construcción (si es posible y en qué términos) o la transmisión del mismo.

80.- SAP de Lugo [1] de 16/09/2016 Rec. 91/2016. JUNTA UNIVERSAL.

Sociedad con dos socios al 50 %. Con posterioridad se aumenta el capital mediante aportación de empresa suscrito en su totalidad por uno de los socios con carácter ganancial, pero el otro socio sostiene que la empresa aportada en realidad era de ambos por mitad. El problema es de prueba de la junta universal. En el caso se había aportado la certificación del administrador social, y la correspondiente inscripción registral, por lo que según la doctrina jurisprudencial correspondería la carga de la prueba de la inasistencia a la junta universal a los demandantes, si bien, ante la peculiaridad que presenta el caso enjuiciado, en el que la certificación de la celebración de la junta universal y de su contenido por el administrador único, le beneficia a él exclusivamente al documentar la aportación por este y su esposa de una empresa de su titularidad al capital de la sociedad limitada y, por tanto, atribuirle en la ampliación del capital todas las nuevas participaciones que representan el 99% del capital social, debe valorarse con especial cuidado la carga probatoria teniendo en cuenta que, ante la petición de prueba documental que realiza la parte demandante, relativa a que el administrador social único aporte el acta de la citada junta universal con la finalidad de demostrar que no consta la firma del actor, se contesta que el libro de actas se perdió, impidiendo la constatación de que la firma del actor se había plasmado en el acta o incluso la realización de un cotejo de firmas, si fuere negada su autenticidad. De este modo habría de concluirse que la facilidad probatoria que para los demandados supondría aportar el acta de la junta no puede perjudicar a los actores y ante la

posibilidad de que el administrador único hubiese podido alterar los términos acordados por los socios en su propio beneficio no debería considerarse suficiente con la certificación cuando se pone en duda la celebración de la junta universal y de su contenido. Sin embargo esta posición procesal de los impugnantes no se ve confirmada por el resto de la actividad probatoria, sino que resulta claramente contradicha por la declaración testifical del asesor fiscal, quien recibió el encargo de ambos hermanos de redactar una ampliación de capital en los términos que figuran en la escritura pública que tuvo acceso al registro; y por la propia declaración del hijo de los actores quien reconoció que tuvo conocimiento desde la fecha en que se produjo de la ampliación de capital que suponía reunir en una las dos sociedades de los hermanos para que cumplieran con las nuevas exigencias sufridas por el cambio legislativo de la normativa de transporte. Ello lleva a entender que la junta universal existió. En este sentido debe tenerse en cuenta lo declarado por la reciente STS (1ª) de 15-03-2015 en la que se indica que si bien la constitución de las juntas universales sin cumplir los requisitos legalmente establecidos constituye infracción del orden público, se excepciona dicha doctrina cuando las juntas universales no se reúnen de hecho, los temas se tratan en conversaciones telefónicas o aprovechando encuentros familiares y las actas se redactan después de aquellas o de estos y son firmadas por los partícipes de forma sucesiva en sus respectivos domicilios porque quien interviene en esta forma del adoptar el acuerdo no puede luego impugnarlo por ser contrario al orden público una vez transcurridos 10 años, considerándose que todos los socios consintieron la modificación aunque sin cumplir las formalidades exigidas.

81.- SJM de Donostia [1] de 07/09/2016 Rec. 197/2016. TRANSFORMACIÓN. DERECHO SEPARACIÓN. IMPUGNACIÓN.

En el caso, se plantea la procedencia de ejercitar el derecho de separación ante un acuerdo de transformación de SRL en SA, dándose la circunstancia que no llegó a inscribirse en el RM. La sentencia no acepta la alegación de falta de legitimación pasiva, por ser indiferente que la demandada se siga considerando SRL o que el actor entienda que es SA, pues de ello deriva su pretendido de derecho; la sociedad es la misma sea cual sea la forma jurídica que adopte y la personalidad no deriva de su condición de SA o SRL, sino de su hecho fundacional. Por otro lado el carácter constitutivo la inscripción de la transformación no debe de considerarse que impida que el derecho de separación, pues nace con la adopción del acuerdo y que, en este orden, el acuerdo pueda producir ciertos efectos. Es cierto que después el acuerdo no fue inscrito y que, incluso la sociedad demandada, como SRL, vino a convocar una Junta que tenía por objeto la ratificación del acuerdo de transformación, que no fue acordado por razón de los defectos apuntados por el Registrador Mercantil. Un acuerdo social puede ser tanto revocado como sustituido por otro. La revocación consistirá en la derogación o anulación de un acuerdo social previamente adoptado. Una decisión del órgano soberano por el que se deja sin efecto el previamente acordado, el cual no es reemplazado sino eliminado. La fundamentación de esta decisión residiría en eliminar un contenido, el objeto de una decisión incompatible o imposible de cumplir, fruto de la concurrencia de vicios formales o sustantivos. En cambio la sustitución de un acuerdo es el resultado de reemplazar una decisión previa de la junta por otro posterior, el cual presenta el mismo objeto, el mismo contenido, pero que por la concurrencia de esos vicios formales o sustantivos, debe procederse a corregir el defecto en aras a evitar la nulidad del mismo. Se trata de eliminar la causa de nulidad en aras a mantener la validez del acuerdo, suprimir la tacha que podría conducir a la impugnación. En todo caso, se trate de un supuesto o de otro, lo relevante es que tanto la revocación como la sustitución van a producir efectos ex tunc, en consonancia con la realidad jurídica que

ha plasmado el legislador, al establecer que los acuerdos revocados o sustituidos no producen efectos y por tanto no son merecedores de un proceso judicial, a salvo de lo preciso para la remoción de los efectos que hubieran generado. La consecuencia práctica de ello es que el acuerdo revocado o sustituido no produce efectos, no tendrá eficacia, cosa que sí se predicará del nuevo acordado por la junta. En el presente supuesto, la sociedad demandada no ha adoptado ningún acuerdo en orden a revocar o sustituir el acuerdo de transformación, sino uno relativo a la no ratificación del mismo, siendo que un acuerdo social no precisa de ser ratificado por la propia sociedad para su validez o eficacia, ni tampoco la no ratificación implica su ineficacia. Otra cuestión es que se entienda que el acuerdo adoptado adolezca de defectos que haga que no se le pueda considerar como válidamente adoptado y, por ende, generador de derecho, como el derecho de separación, que es lo que sostiene el Registrador Mercantil al denegar el nombramiento de Auditor para llevar a cabo la valoración de las participaciones sociales. Estos defectos son, por otro lado, también aceptados por la sociedad, como se desprende del indicado acuerdo de no ratificación del acuerdo de transformación en base a los defectos apreciados y también son aceptados por el demandante, como hizo constar su representante en la Junta en que se adoptó el acuerdo de transformación. La nueva regulación plantea el problema de si al no poder ser ya tachados los acuerdos de nullos ni anulables, sino simplemente impugnables, se estaría consagrando su completa validez, aun viciados, hasta tanto no se impugnen por quienes están legitimados para ello y si la decisión de no ejercer en plazo la acción por quienes restringidamente ostentan la facultad impugnadora determina la sanación del acuerdo viciado, que resulta inatacable. De esta manera, lo que primaría para el legislador no es tanto un abstracto interés público en el control de la válida formación y legalidad del acuerdo, sino la defensa de los particulares intereses que pudieran verse perjudicados por el mismo, cuya protección incumbe exclusiva y potestativamente a quienes la Ley legitima para el ejercicio de la acción. No puede aceptarse esta postura, no solo para los acuerdos cuyo contenido es contrario al orden público, sino también para los acuerdos cuyo contenido, no siendo contrario al orden público, infringe normas materiales imperativas, como puede ser el acuerdo de transformación que nos ocupa en cuyo trámite de adopción, como señala el Registrador y admiten las partes se infringen diversos preceptos de la regulación societaria. Debe recordarse al respecto que el régimen legal de impugnación se circunscribe a los acuerdos sociales y, por tanto, viene referido a la voluntad social formada en el seno de órganos colegiados. Consecuentemente, su ámbito se centra en el proceso interno de formación de dicha voluntad, sujeto a diversos requisitos procedimentales, formales y extrínsecos, a fin de proteger los diversos intereses afectados y, especialmente, garantizar el ejercicio por los socios de su derecho a intervenir de forma informada en el proceso. El incumplimiento de estos requisitos legales y estatutarios determina la irregular formación de la voluntad social y hace impugnabile el acuerdo social subsiguiente. Si el contenido del acuerdo se opone a normas materiales imperativas resulta lógico que no distinga la Ley y sea asimismo impugnabile, en coherencia con el carácter forzoso de la norma y el interés en evitar cuanto antes las consecuencias perjudiciales para la sociedad que derivarían de su ejecución. Ahora bien, el hecho de que no se impugnen no significa que deban ser tenidos por válidos o eficaces hasta que lo sean, pues la obligatoriedad de la ley no puede hacerse depender de la voluntad particular de quienes adoptan el acuerdo o deciden no impugnarlo. La voluntad social, como toda voluntad, queda sujeta a los límites materiales que para su autonomía establece el ordenamiento jurídico, sin que su formación a través de un órgano colegiado pueda suponer especialidad o privilegio. De entender que un acuerdo potencialmente nulo por vulnerar norma imperativa, sin

embargo, no lo es por no haber sido impugnado, supondría que la LSC habría derogado en este aspecto la regla del art. 6.3 CC, lo cual no puede considerarse producido. Es decir, los acuerdos sociales quedan comprendidos en aquella norma, que no cabe considerar derogada o modificada por la LSC. Ésta es una ley especial que no puede extenderse a materias no comprendidas en su ámbito, pues lo impide la función delimitadora que el CC tiene como derecho común respecto de los restantes cuerpos legales. Por lo expuesto, el acuerdo puede ser nulo e ineficaz independientemente de que haya sido impugnado o no y en el presente caso, el acuerdo de transformación debe de reputarse nulo e ineficaz por vulnerar normas imperativas y no solo porque así lo entienda el Registrador Mercantil, sino porque ello es aceptado explícita o implícitamente por las dos partes del pleito. Siendo así, la nulidad e ineficacia del acuerdo impide que del mismo pueda nacer el derecho de separación de la parte demandante.

82.-STS de 10/10/16 Rec. 2605/2014. Responsabilidad medioambiental. Operaciones societarias que conllevan sucesión universal. Segregación.

Una sucursal en España de una compañía británica inicia en una finca de su propiedad el desarrollo de diversas actividades contaminantes, como la trituración, lavado, carga-descarga y depósito de mineral de pirita, transmitiendo posteriormente dicho patrimonio minero a una sociedad anónima española mediante escritura de aumento de capital social. Declarada esta última en quiebra, la finca se adjudica mediante convenio de dación en pago a otra compañía integrada por ex trabajadores de aquélla, sufriendo sucesivas transmisiones tanto la finca como la rama de actividad que generó la responsabilidad medioambiental.

Son los causantes de la contaminación, de forma solidaria, y subsidiaria-mente los poseedores de los suelos contaminados y los propietarios no poseedores (sin perjuicio de su derecho a repercutir el coste de las actuaciones a los primeros), quienes tienen la obligación de desarrollar las tareas de limpieza y recuperación reguladas en la legislación autonómica, dando cumplimiento al principio de "quien contamina paga".

Seguidamente, la resolución distingue los procesos societarios que implican o no sucesión universal, integrando en la primera categoría la fusión y la escisión total y parcial. La cesión de un bloque del patrimonio de una sociedad a otra (segregación o escisión parcial impropia, regulada en la Ley 3/2009 de MESM), se diferencia de la fusión en tener por fin no una concentración, sino una disgregación de las fuerzas económicas útil para la creación de sociedades filiales; de la fusión y de la escisión total, en que la sociedad que se segrega no se extingue; y de las tres operaciones, en que no son sus socios, sino ella misma, la que recibe como contraprestación las acciones o participaciones de la beneficiaria, con lo que provoca una subrogación real.

El Alto tribunal concluye que la entidad a la que se aportó finalmente la rama de actividad restante de la sucursal británica, le sucedió universalmente en la totalidad de los activos y pasivos correspondientes a la misma, incluso en algunos de esos pasivos que no figuraron expresamente en la operación, pero no en las obligaciones que tenía como causante de la contaminación en la finca, ya que había sido objeto de una aportación anterior a otra sociedad todo el patrimonio minero.

3.- Varia Fiscal.

TRIBUNAL SUPREMO –TS-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA –TSJ-

AUDIENCIA NACIONAL –AN-

TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL -TEAC-

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS –DGT-

60. Consulta Direcció General de Tributs de 22/02/16, 273E/15 (publicada el 23/11/16). ITPAJD.

En la aportación de rama de actividad de un negocio de arrendamiento de inmuebles a una sociedad de nueva constitución se incluye un inmueble gravado con un préstamo hipotecario, por tanto se aporta tanto el activo como el pasivo (la deuda). Al tratarse de una operación de reestructuración, no tributa en ITPAJD por adjudicación en pago de asunción de deudas.

61.- Consulta Direcció General de Tributs de 17/05/16, 269E/15 (publicada el 23/11/16). ITPAJD.

Una pareja compra un piso por mitad y en proindiviso, prestando uno al otro el importe correspondiente. Al disolver la comunidad, el adquirente (prestamista) compensa al otro (prestatario) parte en metálico y parte mediante la condonación del préstamo vigente. Al haber exceso de adjudicación, tributa por AJD sobre el valor total del inmueble. No se aplica, por tanto, el criterio de que no existe exceso de adjudicación cuando la compensación se efectúa mediante la asunción del préstamo hipotecario vigente correspondiente al otro comunero.

62.- STSJ (Contencioso-administrativo) de la Comunidad de Madrid de 06/07/16. IRPF. Prestación por maternidad.

Decisión aislada y contraria a la doctrina de la AEAT que considera que la prestación por maternidad abonada por la Seguridad Social se encuentra exenta de IRPF.

4.- Otras noticias de interés.

5.- Comentario del mes.

DOCTRINA RECIENTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN MATERIA SOCIETARIA Y MERCANTIL (publicado en CUADERNOS DE DERECHO Y COMERCIO, núm. 65, 2016)

Breve examen de algunas de las resoluciones más relevantes en materia societaria y de concurso de acreedores durante el año 2015. En especial a propósito de los activos esenciales, órgano de administración, derechos de los socios y modificaciones estructurales. Incluye, también, una reflexión más general sobre el alcance del control que corresponde al Registro Mercantil.

Procede el acotamiento previo material y temporal del estudio, pues se cuentan por decenas las Resoluciones que cada año dicta la DGRN en materia societaria. El primer criterio delimitador ha de ser el tiempo, sólo las Resoluciones del último año 2015, y las pocas que llevamos del 2016, que además coinciden con un cambio en la persona del Director General, relevo que siempre ofrece el reto –morboso- de rastrear posibles cambios de criterio, como claramente se produjeron en su momento con el anterior Director General.

Respecto del contenido se distribuyen las seleccionadas en varios grupos. Sólo se abordan cuestiones relacionadas con la competencia de la Junta General -JG- y los activos esenciales, diversos temas sobre el órgano de administración, otros a propósito del estatuto del socio, el régimen del capital social, los procesos de fusión/escisión, y un colofón final para tratar asuntos "varios". Terminaré la parte societaria con una reflexión más general sobre el alcance de la calificación del RM. En la selección y tratamiento de los temas se ha dado prioridad a la reforma a la ley 31/2014, de 3 de diciembre. Para concluir aludiré muy brevemente a algunas Resoluciones recientes en el ámbito del concurso.

Empezando por el tema de los activos esenciales, una de las novedades más destacadas

de la reforma del gobierno corporativo fue el reconocimiento de la competencia de la JG de cualquier sociedad de capital para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, con una presunción en el caso de superar el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. Advertí entonces que íbamos a topar con problemas en los Registros, sobre todo de la Propiedad, al menos hasta que se generalizara –y aceptara- algún tipo de declaración ritual sobre la ausencia de ese carácter. Sin excluir que el problema ya surgiera antes en la Notaría, a la vista de alguna opinión partidaria de recabar información contable para verificar, en el momento de la firma de la escritura, si era aplicable la presunción.

Hasta ahora una docena larga de Resoluciones jalonan la confirmación de esa sospecha. Normalmente porque ninguna declaración se hizo al respecto en la escritura, otras por no aceptar el Registrador la declaración de un simple apoderado, y en ocasiones porque aparece una posible evidencia en sentido contrario a la manifestación, algunos Registradores han querido aplicar la norma en las circunstancias más variadas, no sólo una compraventa por precio elevado. Unas veces ha sido una dación en pago, otras la constitución de una hipoteca, una venta por precio irrisorio, incluso la constitución de una sociedad con un capital ínfimo, con el argumento de que el dinero también constituye un activo esencial.

Vaya por delante que no le corresponde a la DGRN resolver sobre la eficacia última en la esfera externa de esta atribución de competencia a la JG, tarea encomendada a los Tribunales, pero sí determinar cómo deben comportarse los funcionarios públicos subordinados a ella. La regla que sienta el Centro Directivo es que el carácter esencial del activo escapa a la apreciación del Notario o del Registrador, salvo casos notorios, y no debe recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto y el carácter del activo. Cuestión distinta es que la DGRN considere muy conveniente la manifestación en la escritura, pero la misma no es exigible para inscribir el negocio.

Pero la DGRN desliza una afirmación muy relevante, pues tampoco considera exigible esa intervención de la JG en casos en que sea aplicable la presunción legal derivada del importe de dicha operación. Entiéndase, sólo por razón de la presunción, es decir, cuando no sea notorio el carácter esencial del activo, pero sí la aplicación de aquella, y sólo por razón del comportamiento exigible a estos funcionarios, sin entrar en los efectos de la presunción en el ámbito interno, incluso en el externo si el tercero fuera conocedor de ella, pero esto corresponde al Juez.

Sin embargo, como es habitual en la doctrina de la DGRN, salva finalmente la ilusión de la competencia plena del Registrador al admitir hipotéticamente que en ocasiones quizá disponga de información suficiente para apreciar ese carácter. El problema está en el alcance de esta reserva, pues la primera Resolución de la serie (11/06/2015) no coincide exactamente con las posteriores. A todas éstas se ha añadido un párrafo final, a modo de resumen de doctrina, que admite el control cuando la contravención resulte *”por aplicación de la presunción legal”*, y esto a pesar de haber declarado pocos párrafos antes –igual que en la primera Resolución- que esta presunción no exige necesariamente la intervención de la JG, es decir, después de haber declarado justo lo contrario.

Ya veremos en el futuro qué juego ofrece el estrambote, aunque debo admitir que en uno de los supuestos más delicados hasta ahora planteados la DGRN ha resuelto en el sentido más conforme con la primera declaración, y no con el pretendido resumen. Se trata de una de las últimas Resoluciones (14/12/2015) donde uno de los administradores solidarios vende la finca y declara que no es activo esencial ni se aplica la presunción. Vigente el asiento de presentación el otro administrador presenta en el RP dos actas notariales declarando todo lo contrario. Para la DGRN no hay elementos que permitan

calificar el activo como esencial y revoca la nota del RP.

El otro problema es el de la relevancia externa de las competencias estatutarias de la JG en asuntos de gestión. En la Resolución de 17/09/2015 se plantea el tema a propósito de la inscripción de una cláusula de los estatutos que exigía la autorización de la JG para constituir garantías reales a favor de otras personas. La DGRN insiste en su doctrina tradicional de admitir la inscripción, sólo cuando se precise en los estatutos el carácter interno de la exigencia. Personalmente no veo la necesidad de hacerlo, pues se trata de un efecto natural, inalterable por razón del asiento, pero resulta obligado desde el momento en que la DGRN también sostiene como doctrina que son posibles excepciones, es decir, supuestos en los que se podría configurar como una limitación con relevancia externa, y en tal sentido se ha de inscribir sin la restricción estatutaria, se supone con el consiguiente efecto de cognoscibilidad legal de los asientos (es la famosa Resolución del caso “Solán de Cabras”, Resolución de 25/04/1997).

El cruce de ambas doctrinas puede llevar a que algún día nos encontremos con unos estatutos que no recojan esa limitación expresa de eficacia, pero se hayan redactado de forma algo más sibilina, como definición o concreción de los activos esenciales sujetos a la competencia de la JG, quizá rebajando el umbral de la presunción ¿será entonces una intervención de la JG en asuntos de gestión? ¿o una competencia propia de la JG por mandato estatutario inscrito y como tal oponible en ausencia de salvedad expresa? Si el caso llega a darse será interesante ver cómo resuelve la DGRN, pues si admite la inscripción sin auto-constricción alguna le propinaría –según sus propios postulados- un auténtico mazazo a las facultades representativas de los administradores, pero si la impone entonces es la tesis que sostuvo en el caso “Solán de Cabras” la que podría quedar en entredicho.

Por lo demás la DGRN ha insistido en la inalterabilidad del régimen legal de representación de los administradores mancomunados, al rechazar la inscripción de unos estatutos que habilitaban la actuación individual para operaciones de cierta cuantía (Resolución de 23/07/2015, este resultado se ha de conseguir por la vía de la representación voluntaria mediante un poder recíproco solidario). También ha reiterado que una sociedad mercantil puede realizar un acto de disposición a título gratuito, aunque las cautelas que formula por razón del objeto social y la protección del capital social (insisto en las segundas, pues afectan a la JG), dejan claro que es una situación que –como regla- el Registrador también puede controlar (Resolución de 20/01/2015).

Si pasamos a las cuestiones relacionadas con el órgano de administración, en algunos puntos la DGRN desarrolla, matiza y hasta rectifica su doctrina anterior. Así, a propósito de la inscripción de la renuncia la Resolución de 06/03/2015 reitera en un supuesto ciertamente curioso el criterio que aplica desde mediados de los años noventa de conformarse con la convocatoria formal de una JG. En el caso se trataba de una JG convocada con otro objeto, a la que asiste el 100% del capital social. El administrador renuncia, pero los socios rechazan nombrar un nuevo administrador por no estar en el orden del día, y también evitan constituirse en JG universal para hacerlo. Para la DGRN el administrador ha cumplido con presentar la renuncia en la misma asamblea y es responsabilidad de los socios superar la situación de acefalia. En esta misma línea facilitadora la Resolución de 30/07/2015 rectifica expresamente el criterio que venía aplicando respecto del apoderado y decide no exigir la notificación a la sociedad para inscribir su renuncia.

En el extremo temporal opuesto del inicio del cargo la Resolución de 14/09/2015 hace una aplicación muy precisa de la regla general de que el nombramiento de los administradores surte efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción

en el Registro Mercantil -RM- aparece configurada como obligatoria, pero no tiene carácter constitutivo. Siendo así en el terreno de los principios, la práctica revela grandes dificultades para inscribir –sobre todo en el Registro de la Propiedad- algún acto o negocio suscrito por la sociedad cuando actúa por medio de un representante aún no asentado en el RM. Sin embargo, cuando se trata del RM, la exigencia de la previa inscripción tiene mayor sentido por razón de tracto sucesivo (art. 11.3 RRM), pero estrictamente por razón de tracto, y esto no ocurre cuando la falta de inscripción no incide sobre la validez de alguno de los actos generadores del acuerdo final cuya inscripción se pretende. En el caso de esta Resolución el problema estaba en que la JG había sido convocada por un administrador único que fue nombrado en una JG anterior, acuerdo que no accedió al RM, mientras que en este figuraban todavía inscritos los dos administradores mancomunados que fueron cesados en aquella JG y sustituidos por el administrador único. Por razón de esa falta de inscripción no puede pretenderse que la segunda JG estuviera mal convocada, y mucho menos que la convocatoria correspondiera a los administradores inscritos, pero cesados. Aunque la argumentación que emplea la DGRN me resulta algo excesiva, pues ningún problema se plantea respecto de terceros o por razón de oponibilidad, lo importante es que revoca la nota y reconduce el posible conflicto a las cautelas del art. 111 RRM.

En relación con la estructura del órgano de administración la DGRN mantiene su habitual línea de rigidez, con pocas desviaciones del paradigma. En concreto, respecto de la convocatoria de JG por los administradores mancomunados, insiste en la disociación entre la titularidad del poder de representación, que admite la actuación sólo por dos de ellos, y el poder de gestión, que corresponde al conjunto de los administradores y exige, por eso, la convocatoria conjunta por todos (Resoluciones de 23/03/2015, de 27/07/2015). Para la misma modalidad orgánica otras Resoluciones confirman la negativa a inscribir una revocación de poder hecha sólo por uno de los administradores mancomunados, pues la posibilidad que en otras ocasiones admite de revocación sólo por uno de ellos, está limitada al supuesto muy acotado de apoderamiento conferido individualmente a los mismos administradores (Resoluciones de 16/09/2015, de 15/04/2015). Creo que es una interpretación bastante peligrosa para el administrador mancomunado en conflicto con el otro y con el apoderado, pues la gestión de la sociedad queda de hecho en manos de este último, pero la responsabilidad sigue siendo de los administradores, hasta el punto de no tener otra vía de defensa que la renuncia al cargo.

En cambio la DGRN sí que se ha mostrado más flexible en asuntos que presenta una impronta casi ontológica, pero que despacha con criterio liberal como simples cuestiones formales. En concreto acepta la inscripción de un poder general que incluye la facultad de elevar a público acuerdos de los órganos colegiados, pero, también, las decisiones de los no colegiados, aunque fueran unipersonales (Resolución de 27/07/2015). Pero hay que ser rigurosos en la utilización del poder. Aunque en ocasiones se solapan (el ejemplo del socio único constituido en JG, Resolución de 12/03/2015), no debemos confundir la mera elevación a público de un acuerdo con el hecho de que la ejecución de un acuerdo se materialice en un determinado acto o negocio, pues en este segundo caso el representante ha de estar en condiciones de celebrarlo por sí mismo. Por ejemplo, si el apoderado de esta Resolución debe firmar una escritura de compraventa, como tal apoderado ha de tener la facultad de vender, pues, en su ausencia, no vale la vía indirecta de hacerlo como elevación a público de la decisión del administrador único de vender. De todos modos, en la práctica puede ser un expediente útil cuando interese dejar constancia fehaciente de esas decisiones, al no haber libro de actas (pensemos en la “sensible” dispensa del deber de lealtad en caso de

administradores solidarios o mancomunados).

Pero los temas más interesantes son los relacionados con la Ley 31/2014, en particular la retribución de los administradores. Aparte de las Resoluciones que reiteran la doctrina tradicional de la DGRN sobre la determinación estatutaria del sistema de retribución (Resoluciones de 15/07/2015 y de 21/01/2016) o admiten la fijación de una suma concreta en los estatutos (Resolución de 19/02/2015), el tema que ha suscitado mayor interés –y polémica- en la práctica es el de la remuneración del consejero ejecutivo. Con criterio que personalmente comparto, entiende la DGRN que es en el contrato entre el consejero delegado y la sociedad donde se detallarán todos los conceptos por los que puede obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, de acuerdo con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la JG, pero esa política de retribuciones detallada no necesariamente debe constar en los estatutos. Tanto es así que la retribución por el desempeño de estas funciones resultaría compatible con el carácter gratuito del cargo (Resoluciones de 30/07/2015, de 05/11/2015). Sin embargo, la sentencia del Juzgado Mercantil de Barcelona [9] de 27/11/2015 proc. 746/2015, en un supuesto de impugnación judicial directa de una calificación negativa del RM, y para unos estatutos algo distintos, pues expresamente excluían el acuerdo de la JG, parece aplicar en estos casos el principio estricto de la reserva estatutaria, lo que colisiona abiertamente con el criterio de la DGRN. Esperemos a ver cómo evoluciona en el futuro.

En otro orden de cosas, todavía no contamos con una Resolución sobre la práctica seguida en algunos RM de exigir una manifestación –o acreditación- sobre el cumplimiento del requisito de haber celebrado un contrato con el consejero delegado para inscribir su nombramiento. En mi opinión es un asunto interno, que no afecta a las relaciones con terceros, y cuyo incumplimiento sólo puede perjudicar a la propia sociedad y al consejero afectado (especialmente por razones fiscales), pero no impide la efectividad del nombramiento.

Para terminar con este bloque, resulta de gran interés la Resolución de 28/04/2015 sobre inscripción de un poder general con previsión –también- genérica del auto-contrato. El notario invoca en su recurso que el art. 230.2.3º Ley de Sociedades de Capital se refiere al auto-contrato del administrador, no del apoderado, y si el administrador puede contratar directamente con la persona del apoderado, también puede salvar el auto-contrato del mismo apoderado, pues aquella norma no le afecta. La DGRN insiste en su doctrina tradicional de que el órgano de administración no puede otorgar una dispensa que sólo compete a su principal, la sociedad, que la ha de prestar por medio de la JG. Pero resulta algo confusa cuando alude a la confirmación de esta doctrina por la Ley 31/2014, pues, después de haber declarado que en la nueva regulación la dispensa deber ser singular para casos concretos, termina admitiendo la posibilidad de una dispensa general para auto-contratar concedida al apoderado, sólo con la autorización de la JG. Quizá se trate de un simple descuido de la DGRN que no debemos tomar muy en serio, o que la DGRN no traslada al apoderado las exigencias propias de los deberes de los administradores, sino sólo las del auto-contrato. De ser así, resultaría muy chocante que el apoderado pudiera disfrutar de una autorización abierta que tiene vedada el mismo administrador que le apodera, y por eso la salvedad no procedería directamente de la competencia orgánica de éste (no puedes dar lo que no tienes), sino de la autorización de la JG que el administrador simplemente canaliza, en la que sería una discutible conexión JG/apoderado, extraña al riguroso reparto competencial que la DGRN siempre ha defendido (Resolución de 04/02/2011, pero Resolución de 19/07/2011).

Al hilo de esto, también respecto del administrador hay que distinguir las cuestiones

relacionadas con el fenómeno representativo del auto-contrato, susceptibles de control notarial/registral, de aquellas otras mucho más genéricas relacionas con el deber de evitar situaciones de conflicto de interés y su posible dispensa. Si el administrador realiza una transacción con la sociedad representada por otro administrador, habrá conflicto, pero no auto-contrato, y que el primero haya sido o no objeto de dispensa es una circunstancia que no corresponde controlar al Notario o el Registrador, aunque pueda afectar a la eficacia del negocio, como evidencia la nueva regulación de las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232 LSC), pero su control corresponde el Juez. De lanzarnos por esta pendiente, Notarios y Registradores tendríamos que acabar verificando los vínculos personales entre los administradores (si podemos ¿cómo saber que son pareja “afectuosa”?), y hasta la observancia del deber de abstención del socio afectado en la JG, como escrutadores preventivos de las decisiones de la mesa de la JG. No creo que sean asuntos de nuestra incumbencia, y la solución clásica de incorporar al documento la pertinente declaración de salvaguarda, sinceramente ya me parece un poco ridícula.

En relación con el estatuto del socio, la Resolución de 30/07/2015 vuelve a insistir en su tesis conocida de que la expresión “*derechos individuales*” del socio del art. 292 LSC no se refiere a derechos especiales o privilegiados, pues, al no distinguir la norma, han de incluirse en aquel concepto todos los derechos esenciales que configuran la posición jurídica de socio y que no pueden ser suprimidos o modificados por acuerdo mayoritario de la JG. En el caso se trataba de incorporar a los estatutos sociales una cláusula que permitía el reparto de dividendos o la devolución del capital en la reducción mediante adjudicaciones en especie. Para la DGRN la regla del pago en dinero es renunciabile en al acto fundacional, pero no derogable después por mayoría, y se hace necesario el consentimiento de los socios afectados, que en este caso debían ser todos.

No estoy muy de acuerdo con esta doctrina, pues si un derecho es inderogable, lo será por su propia naturaleza, no porque lo diga esa norma. El *plus* que añade la norma ha de estar vinculado a la diversidad, ya sea pre-existente o generada por virtud del acuerdo, y tiene su contrapunto en el régimen de las clases en la SA, régimen que ya no presupone tras la Ley 31/2014 una previa división formal en clases, pues basta con el trato discriminatorio dentro de la clase única. Mientras en la SA el art. 293 LSC aplica en estos casos un régimen de tutela colectiva mediante un acuerdo separado, pero mayoritario, en la SRL la tutela es individual por requerir el consentimiento del afectado.

En cambio la Resolución de 30/07/2015, aunque invoca la misma doctrina de los derechos individuales, rechaza su aplicación en un supuesto de indudable interés práctico. Se trataba de una cláusula estatutaria que exigía una mayoría reforzada para cesar al administrador. Pues bien ¿qué mayoría es necesaria para modificar los estatutos y rebajar la anterior mayoría? Excuso decir que la misma JG, a continuación de la reforma estatutaria, acordó al cambio de administrador con la nueva –y menguada– mayoría. Para el RM la misma mayoría reforzada exigida por la cláusula es necesaria para su modificación, a modo de una cláusula implícita de auto-protección. Con buen criterio no lo entiende así la DGRN, pues tendría que haberse previsto expresamente en los estatutos, y por eso se aplican las mayorías generales.

Por seguir con las cuestiones relacionadas con la Ley 31/2014, de la Resolución de 13/10/2015 resulta la necesidad de que conste en la certificación que ha tenido lugar la votación separada por asuntos en la JG.

Para terminar con estos temas, un par de Resoluciones abordan cuestiones relacionadas con prestaciones accesorias. La Resolución de 22/10/2015 sólo para recordar que es

necesario el consentimiento individual del obligado para suprimirlas, por mucho que detrás de la supresión haya un despido del socio obligado a prestar el servicio. Más discutible la Resolución de 05/06/2015 al considerar que la prohibición impuesta a los socios de ejercer por cuenta propia o ajena actividades que coincidan con el objeto social constituye una prestación accesorio, y por eso se debe especificar si hay retribución o tiene carácter gratuito. No veo la necesidad de destacar lo obvio en los estatutos, pues, si no se pactado expresamente una retribución, por pura lógica ha de ser gratuita. De todos modos, les aseguro que he visto muchas prohibiciones de competencia en estatutos inscritos, donde no se habla de prestación accesorio.

Pasando ya a los temas de capital, abundan las cuestiones de orden contable y con supuestos de hechos muy acotados. En la de 29/01/2015 se marcan las diferencias entre las salvedades del informe del auditor cuando se trata del depósito de cuentas –donde resultan admisibles- y el caso del aumento del capital con cargo a reservas, donde las salvedades pueden afectar a la consistencia de las reservas aplicadas en el aumento. Este inconveniente sí que resulta obstativo. Mucho más compleja y técnica es la Resolución de 07/01/2015 a propósito de una reducción para compensar pérdidas, cuando del balance resultaba una partida de pasivo de signo positivo por subvenciones. Tras un largo y cuidado razonamiento la DGRN llega a la conclusión de que esta partida no se debe equiparar con una reserva a efectos de impedir esa reducción.

Pero los problemas que encuentro más interesantes son los de catalogación y consiguiente subsunción en un determinado régimen jurídico, algunas veces en abierto contraste con lo pretendido por los interesados. En ocasiones es un encuadramiento de último recurso, por la necesidad de dar cobertura a un supuesto realmente insólito. Así en la Resolución de 23/11/2015 se pretende la subsanación a la baja de un previo aumento del capital, por error en la valoración de lo aportado. La DGRN reconoce que errar es humano, y ese error provoca una situación irregular en la que el capital social no está totalmente desembolsado, pero esa rectificación, al tratarse de una cifra de capital inscrita, ha de hacerse con plenas garantías para tercero, y eso obliga a cumplir las propias de una reducción del capital, aunque formalmente no se presente así. La DGRN se muestra liberal con la modalidad que puede escogerse, y no excluye la paradoja de una restitución de aportaciones, obviamente inexistente, sólo para hacer que el socio aportante responda de la diferencia como si se tratara de una devolución.

Otras veces la disputa viene por el encasillamiento en una u otra modalidad típica, pues cada una arrastra un régimen jurídico diferente. En la Resolución de 07/05/2015 el recurrente sostiene que una reducción de capital donde se amortizan unas acciones previamente adquiridas por una SA constituye una reducción con cargo a beneficios o reservas libres, y no por amortización de acciones propias (en la norma, a título gratuito), y por eso no han de aplicarse las normas generales de protección de acreedores. Por el contrario, destaca la DGRN que la escritura daba cuenta del traspaso a una reserva indisponible, pero no acredita que la reducción hubiera sido con cargo a reservas o beneficios libres, y por eso los acreedores tienen derecho de oposición. Por otro lado, la DGRN afirma que los requisitos de publicidad de la reducción en la SA son imperativos, con independencia de que en el caso concreto los acreedores no puedan oponerse.

También en la SRL es interesante la Resolución de 16/11/2015 para una reducción mixta por compensación de pérdidas y dotación de reservas, sin carácter indisponible, que la DGRN habría aceptado si se hubieran establecido voluntariamente mediadas tuitivas alternativas y atípicas, como la asunción voluntaria de responsabilidad por los socios, sin amparo estatutario.

Pero si alguna Resolución es de lectura apasionante y altamente recomendable por la

singularidad y complejidad del supuesto de hecho, que obligan a la DGRN a proceder con una precisión casi quirúrgica, es la de 08/05/2015. Se trata de una reducción mixta en una SA por condonación de dividendos pasivos y por restitución de aportaciones. El problema es que la misma JG acuerda a continuación transformarse en SRL.

En principio la respuesta parece sencilla a la vista del art. 17.2 Ley de Modificaciones Estructurales -LME-, que aplica en estos casos a la modificación del capital el régimen de la sociedad de destino. Pero, claro, sin condonación de dividendos pasivos no podemos hablar de SRL. La DGRN tiene que romper la unidad de la reducción y someter cada tramo a un régimen jurídico distinto, el primero al de la SA, el segundo al de la SRL. Respeto del primero, admite la condonación con cargo a reservas sin derecho de oposición, siempre que se dote al mismo tiempo la oportuna reserva especial que pasaría sin solución de continuidad a la SRL sometida al mismo vínculo de indisponibilidad, o mejor de disponibilidad condicionada a los requisitos propios de la reducción del capital, que en el futuro serán los de la SRL.

Para la otra reducción se aplica el régimen de la SRL, pero en este caso no se había dotado la reserva indisponible por cinco años propia de esta forma social, sino que se hizo en los mismos términos de disponibilidad condicionada previstos para la condonación previa. Es decir, los propios de la SA, no los de la SRL. Para la DGRN una SRL no puede escoger el régimen de indisponibilidad de su reserva, pero en atención a que la transformación era necesaria por haber quedado como SA por debajo del capital mínimo legal, admite en este caso la inscripción. A pesar de esta excepcionalidad en la que insiste la DGRN, no deja de constituir un interesante precedente de aplicación flexible que puede dar juego en el futuro.

En relación con el tema de modificaciones estructurales, ha seguido la DGRN la línea ya iniciada en el año 2014 de precisar el alcance de la nueva regulación del derecho de oposición de los acreedores. En la Resolución de 04/11/2015 el obstáculo a la inscripción de la escisión surge porque en la misma escritura los administradores declaran que un acreedor se ha opuesto a la escisión, pero se trata de un acreedor hipotecario. Para el RM no le corresponde a la propia sociedad decidir sobre la suficiencia de la garantía del acreedor que se ha opuesto. Obviamente es así, pero eso no significa que la eventual discrepancia obstaculice la inscripción de la operación. Como señala la DGRN la escisión se inscribe y el acreedor deberá hacer uso de su derecho en vía judicial, con la posibilidad de instar la oportuna nota marginal. Pero la Resolución también es interesante porque niega la sustantividad de la reducción de capital en la sociedad escindida, tanto en sus requisitos propios de publicidad, como en el régimen del derecho de oposición de los acreedores, pues la aplicación en bloque del régimen propio de la reducción habría conducido al resultado contrario de impedir la inscripción. Con acierto destaca la DGRN que esta reducción se inserta como un medio o instrumento natural de la escisión –no esencial, es posible escindir con cargo a reservas– cuyo régimen queda embebido en el de la escisión.

Sobre los requisitos de la operación, la Resolución de 21/10/2015 exige el informe de auditoría cuando existe una solicitud de designación de auditor para las cuentas anuales por parte de una minoría de socios, anterior a la formulación y depósito del proyecto de fusión, y por consiguiente a la convocatoria y celebración de la correspondiente JG, cuyo nombramiento efectivo fue posterior. Para la DGRN es la propia operación de fusión la que se debe retrasar hasta el cumplimiento de este requisito, pues, aunque referida a las cuentas anuales, la auditoría se convierte en requisito de la propia fusión por el hecho de haber adoptado el balance de ejercicio como balance de fusión. La duda que nos queda es si la sociedad podría haberlo evitado con un balance de fusión específico, cerrado poco tiempo antes del balance de ejercicio, respecto del cual no

existe la obligación de auditar. Por otro lado, y superando ciertos desajustes entre la LME y el RRM, también exige la DGRN la incorporación a la escritura de los balances de todas las sociedades involucradas y del correspondiente informe de auditor, salvo que estén ya integrados en la cuentas anuales depositadas con anterioridad.

En el ámbito de las fusiones especiales y simplificadas resulta de enorme interés la Resolución de 19/01/2015, que aplica un precepto de la LME –art. 51.1- cuya redacción no constituye precisamente un modelo de claridad. Se trataba de una fusión por absorción de sociedad íntegramente participada sin acuerdo de la JG de la sociedad absorbente. La duda es si basta la publicación en un diario, o es necesario, además, la del BORME. Para el RM el régimen especial del art. 51 no empuja la aplicación del más general art. 43 LME, para el notario recurrente justo lo contrario. La DGRN se inclina por esta segunda postura al reconocer la especialidad del supuesto, y por eso el anuncio –único- debe hacer referencia al derecho de oposición de los acreedores de todas las sociedades involucradas, así la absorbente como la absorbida.

Me van a permitir que traiga a colación dos Resoluciones de las que tengo conocimiento bastante directo, pues en ambas fui el recurrente, y en las dos –todo hay que decirlo- con muy poco éxito. La primera Resolución de 09/04/2015 sirve para poner de manifiesto el extremo formalismo que gobierna la práctica registral de estas operaciones, pues mi recurso no negaba el control del RM sobre los términos de la comunicación a los acreedores, sino la pretendía autonomía en la escritura de la declaración sobre la puesta a disposición. Es decir, si el texto del anuncio publicado o de la comunicación remitida ya dice –como no puede ser de otro modo- que los acreedores tienen a su disposición el texto íntegro del acuerdo y el balance de fusión ¿es necesario declarar en la escritura que se han puesto a su disposición? ¿no resulta ya del mismo anuncio? ¿no es un formalismo inútil declarar que has cumplido con aquello que precisamente cumples comunicando? Ciertamente que la sociedad después puede no facilitar el acceso efectivo a la información requerida, pero con toda seguridad encontrará algún pretexto para decir que fue por culpa del solicitante, y por eso su administrador declarará sin recato en la escritura que ha cumplido con la puesta a disposición. Que sea verdad o no, es algo que corresponde decidir a un Juez, y el RM no podrá intervenir, aunque el acreedor quejoso se deje ver por el RM. A estos efectos sólo interesa, una vez más, la fórmula sacramental. En mi recurso puse de manifiesto que el entonces proyecto de RRM no exigía esa declaración independiente, porque realmente no resulta de la LME, y por eso debía entenderse superado en este punto el RRM, que como sabemos sigue sin estar adaptado a la LME. La DGRN no lo entendió así.

La otra Resolución se refiere a la fecha de efectos contables de la fusión, en particular por la posible existencia de un grupo y la necesidad de aplicar entonces la NRV 21 del PGC. Con carácter general la posibilidad de que el RM valore si concurre una "*combinación de negocios*" o se trata, en cambio, de una "*operación entre empresas del grupo*", ha recibido una respuesta poco clara por parte de la DGRN. En una primera Resolución de 08/05/14, en un caso de escisión parcial de una sociedad unipersonal mediante traspaso de parte de su patrimonio a la sociedad de nueva creación, cuyo socio único sería el mismo que el de la escindida, para la DGRN resultó evidente que el RM no podía considerarla una fusión intragrupo. Sin embargo, en la Resolución posterior de 21/10/14, en un supuesto de escisión total de anónima en favor de dos anónimas beneficiarias de nueva creación y atribución de las acciones de las beneficiarias a los socios de la escindida en la misma proporción, la DGRN se enmienda a sí misma, y considera que sí concurre aquella situación, en términos que el RM puede valorar.

En la Resolución que me ocupa de 24/04/2015 la DGRN insiste en esta segunda línea revisionista de su criterio inicial. En el caso una misma persona física ostentaba la

participación mayoritaria en la dos sociedades absorbida y absorbente, de las que también era administrador único, siendo la sociedad absorbente el otro socio de la absorbida, pero en la sociedad absorbente hay otro socio distinto con una participación nada irrelevante. El error de haber detallado en el proyecto de fusión la identidad de los socios de ambas sociedades les obligó a tener que cambiar la fecha de efectos contables –afortunadamente eran JG universales-, y hablo de error porque no es un dato necesario respecto de la absorbente, y de haberse omitido el RM no habría puesto el inconveniente, por puro desconocimiento. Adviértase que es una ignorancia querida por el legislador, porque si se tratara realmente de un extremo que debe controlar el RM, esa información debería suministrarse en todo caso, y no es así.

Quede claro que ahora no se trata de valorar efectivamente si la situación es o no de grupo, sino de concretar si el RM está en condiciones de imponer esa calificación en contra de la manifestación de los propios interesados, y de hacerlo sobre la base de una información que tampoco resulta del contenido del RM, y a la que no ha de acceder como regla. Puestos a deducir de las dos Resoluciones últimas un criterio general válido para el futuro, resultaría que la DGRN nos dice por un lado que el RM puede verificar esa circunstancia, pero al mismo tiempo, y de forma un tanto paradójica, nos dice por otro lado que será muy difícil que pueda apreciarla. No queda claro si esa dificultad deriva de la ausencia –como regla- de la información necesaria para determinar el supuesto de hecho, o porque disponiendo de alguna información, han de ser muchas y muy contundentes las evidencias que permitan afirmar la existencia de un grupo. Cuánto indicios y de qué tipo, no lo podemos saber con exactitud. Como consejo práctico, por si acaso, eviten dar en el proyecto de fusión información innecesaria.

Para terminar este bloque con los asuntos “varios”, muy brevemente hay que referirse a la Resolución de 23/12/2015, de gran calado dogmático, aunque referida a un depósito de cuentas. En la memoria de todos está el revuelo que hace años provocó la DGRN con el tema de la personalidad jurídica de la sociedad civil (Resolución de 31/03/1997 y su revisión en la Resolución de 14/02/2001), y por eso reconforta tanto leer ahora en una Resolución del mismo Centro Directivo que la sociedad mercantil en formación e irregular goza de personalidad jurídica, de donde resulta que debe depositar las cuentas de los ejercicios anteriores, cuando pretenda el depósito de las cuentas correspondientes al primer ejercicio como sociedad inscrita.

También son interesantes algunas Resoluciones en materia de reactivación societaria, en especial la Resolución de 07/01/2016, que deja clara la necesidad de esperar a las resultas de la separación del socio para inscribir la reactivación misma. La situación, sin embargo, resulta incómoda para la sociedad, sobre todo si el procedimiento de separación se prolonga en el tiempo, pues, como reconoce implícitamente la DGRN, esa inscripción no es constitutiva, y por eso la sociedad abandona el estado de liquidación desde el acuerdo, del mismo modo que el liquidador es sustituido en ese momento por el administrador, aunque el RM proclame lo contrario, circunstancia que no deja de ser un inconveniente, aunque no muy distinto al que sufre cualquier administrador no inscrito. Desde una perspectiva distinta un par de Resoluciones a propósito de las sociedades profesionales disueltas y canceladas de oficio (Resoluciones de 20/07/2015 y de 11/01/2016), nos recuerdan que esas sociedades canceladas y, por eso, expulsadas del RM, siguen existiendo como personas jurídicas plenas, sólo que en estado de liquidación, y aún así con la posibilidad de reactivarse, aunque por acuerdo unánime. Conviene tenerlo presente para la problemática societaria del llamado “cierre en falso del concurso ” (en este tema, conviene destacar por su enorme interés el Auto aclaratorio del JM de Oviedo [1] de 31/02/2015 procd. 92/2014).

Entre las más recientes la Resolución de 03/02/2016 libera a las sociedades de la prisión

que podría representar la cláusula estatutaria de traslado del domicilio social por el órgano de administración, redactada con arreglo a la posibilidad entonces vigente restringida al término municipal, al entender que se trata de una remisión dinámica al siempre cambiante régimen legal, también cuando los estatutos hayan empleado otros términos (en el caso, hablar de “población”).

Entro ya en el tema específicamente registral del alcance de la calificación, sobre todo en relación con los requisitos de validez de los acuerdos y de los actos inscribibles. Se trata de plantear hasta dónde ha de llegar el control de la validez de los actos societarios, dando por supuesto que en otras ocasiones el RM también debe controlar requisitos que no inciden propiamente sobre esa validez. La pregunta es más pertinente después de la reforma por la Ley 31/2014, pues el nuevo art. 204 LSC establece una serie de motivos por los que no procederá la impugnación de los acuerdos.

Está claro que el relieve impugnatorio de estos defectos “menores” no depende de la previa calificación del RM cuando se trate de acuerdos inscribibles. Por tanto, un acuerdo no queda convalidado por su mera inscripción cuando el defecto sea relevante, y así lo valore el Juez en una impugnación futura (dejo de lado supuestos especiales, como el art. 47.1 LME), ni la calificación negativa del RM ha de constituir para el Juez un indicio de la superior relevancia del defecto. Tanto es así, que la calificación habría de ser revisada por el propio RM, si habiéndose interpuesto la demanda de impugnación, el Juez considera en la cuestión incidental que el defecto no es invalidante.

El problema podrá darse cuando el discrepante no impugne el acuerdo, pero el RM tampoco inscriba sobre la base de ese mismo defecto, lo que obligará a tener que recurrir la calificación negativa, ya sea mediante un recuso gubernativo, ya sea directamente en el Juzgado. Pero el ámbito de esta contienda, aunque desenvuelta finalmente en un Tribunal, no es propiamente la validez del acuerdo en toda su extensión y entre las partes interesadas (pensemos que puede recurrir el Notario, sin intervención de socios o de la sociedad), sino exclusivamente la calificación del RM, cuya limitación de medios no permite una valoración exhaustiva de todas las circunstancias del caso.

Súmese a esto la incerteza que la falta de inscripción puede tener sobre la eventual convalidación del acuerdo por caducidad de la acción de impugnación. En el pasado se puso de manifiesto el peligro de resucitar la tesis de la imprescriptibilidad, al dejar que la acción permaneciera viva indefinidamente por falta de inscripción del acuerdo, sobre todo cuando el defecto se hubiera calificado como insubsanable por el RM, pues, por muy insubsanable que sea, sin contrariedad con el orden público el acuerdo también era susceptible de convalidación. El acuerdo podía quedar instalado en un extraño limbo, pues, si al contradictor ya le conviene el extrañamiento registral y evita impugnar, la sociedad habrá de dar un paso al frente en un juicio declarativo contra no se sabe muy bien quién, para conseguir que un Juez declare que el acuerdo es válido, y por ello inscribible, aunque ninguno de los legitimados lo haya puesto en cuestión. Para evitar que la falta de publicidad registral convierta la refutación en imperecedera ha sido frecuente en la práctica distinguir entre socios y terceros, con el argumento de que el cómputo legal desde la inscripción sólo está destinado a proteger a estos últimos, cuya única fuente de conocimiento es la publicidad obtenida a través del RM.

Por eso vale la pena plantear si el decaimiento de las posibilidades de impugnación ha de traducirse en una mayor facilidad de acceso al RM, ante el riesgo de dejar fuera del mismo un acuerdo que no sería susceptible de anulación judicial, forzando muchas veces la repetición de un costoso procedimiento societario, sólo para salvar la negativa del RM a inscribir un acuerdo que nadie ha cuestionado. En otras palabras, si la premisa

ha de ser el control exhaustivo, de máximos, que permita excepcionalmente la inscripción por infracciones que el mismo RM valore como menores, o si la premisa ha de ser favorable a la inscripción con un control sólo de mínimos, aunque se constate una infracción, y sólo excepcionalmente el rechazo cuando falte con total claridad un requisito esencial. En ambos casos partimos de una regla con muchas excepciones, pero con la segunda muchas de las dudas se resolverán a favor de la inscripción, mientras con la primera serán en sentido contrario.

¿Qué ha hecho la DGRN? ¿puede hablarse de un cambio de tendencia? ¿incluso, de un nuevo paradigma por paso de una premisa a otra? En absoluto. La DGRN no desconoce la reforma legal, o expresado con más rigor, pues obviamente no es imaginable que la ignore, la DGRN admite que esta reforma en el ámbito de la impugnación judicial, también tiene reflejo en el ámbito del RM. Sin embargo, no parece que la DGRN se muestre dispuesta a implantar –por ahora- grandes cambios, y mucho menos en sus postulados. No pretende hacerlo porque, para ella, en realidad la reforma no supone una innovación de orden sustantivo, sino meramente procesal. La diferencia no está en que ahora se deba ser más benévolo que antes con las infracciones menores, y menos aún cambiar el paradigma controlador del RM. La benevolencia habrá de ser la misma, lo que ocurre es que ahora se habilita un mecanismo procesal específico para evitar el abuso procesal inherente a su impugnación, o simplemente se impide esta última (como ocurre con la vulneración del derecho de información durante la JG de SA).

La DGRN ve la reforma legal como una confirmación de su propia doctrina que distingue entre infracciones que conllevan indefectiblemente la nulidad de los acuerdos adoptados, e infracciones en las que, al no existir perjuicio posible para socios o terceros, no procede la sanción de nulidad. Otra vez, recordemos que declarar la nulidad compete a los Tribunales, y lo único que hace la DGRN es trasladar al ámbito registral un principio de conservación del negocio que aplican aquellos. La cuestión no se plantea por el reconocimiento de ese principio, sino por la aplicación que hace del mismo la DGRN. Quizá la reforma legal incremente el nivel de tolerancia “judicial” ante determinadas infracciones, y es probable que esa evolución se deje ver entonces en la doctrina futura de la DGRN, y por esta vía en la práctica de los RRMM. Pero, de momento, el paradigma controlador sigue siendo el mismo y la DGRN no piensa abjurar de él. Sobre todo porque no considera relevante el aquietamiento de los socios, fiel a su idea de que la protección de los derechos del socio no recae exclusivamente en su iniciativa (Resolución de 02/10/2015).

Supuesto lo anterior, sólo nos queda formar grupos de casos para ver en cada uno qué flexibilidad aplica la DGRN en la valoración de las infracciones, y lo que no es menos importante, desentrañar la razón de haberse mostrado más flexible. No es lo mismo que la flexibilidad descansa en una auto-restricción que el RM debe imponerse al calificar, que hacerlo por la simple acumulación de contingentes circunstancias particulares, que el RM puede valorar en su calificación, siempre desde la premisa de controlarlo todo. Y la verdad que el examen de esos grupos tampoco resulta demasiado reconfortante, al menos para mí.

En uno de los ámbitos más expuestos a controversia, como es la convocatoria de la JG, contamos con algunas Resoluciones interesantes. Así, en la Resolución de 06/02/2015 constata que la convocatoria estuvo mal hecha por falta de la debida claridad, al no haber destacado en el anuncio que las participaciones se creaban con una prima de emisión que septuplicaba el importe del nominal, en el contexto de una operación acordeón con reducción a cero del capital, pero salva la inscripción porque constaba que la socia disidente había retirado una copia del informe de auditoría, del que resultaba la prima. Coincidió con el resultado final, pero no con el diagnóstico, pues, en

mi opinión, el paradigma controlador debe ser otro. En el caso la retirada del informe como cuestión de hecho resulta irrelevante a efectos registrales, pues en este ámbito la premisa ha de ser que no le corresponde al RM decidir sobre la debida claridad del anuncio.

En otra Resolución de 13/01/2015 el problema se plantea con la forma de la convocatoria, por una duda en la interpretación de los estatutos y por la constancia de la recepción de la comunicación por parte del socio disidente. De nuevo la DGRN acepta la inscripción porque concurre una circunstancia de hecho muy concreta. En el caso el socio disidente cometió el típico error de principiante de comunicar por burofax que la convocatoria estaba mal hecha, con lo cual claramente daba acuse de recibo de la misma, lo que permite a la DGRN concluir que se han cumplido las garantías de información de la convocatoria. De nuevo mi discrepancia es de principio, pues, aunque el socio –o su asesor- no hubieran cometido ese error táctico, el acuerdo era inscribible, pues son los Tribunales los que deben resolver sobre la interpretación de los estatutos.

En el caso de la Resolución de 29/11/2015 la DGRN rechaza el defecto de convocatoria consistente en no haber destacado específicamente la posibilidad de solicitar el envío gratuito de los documentos sometidos a aprobación. La DGRN valora especialmente el hecho de que asistieron todos los socios y los acuerdos se tomaron por mayoría suficiente. En mi opinión el resultado habría de ser el mismo, aunque no asistieran todos los socios, pues corresponde a los Tribunales valorar las consecuencias de aquella omisión.

Si discrepo de la DGRN en los casos en los que esta revoca la nota de calificación, no por razón del resultado, sino del razonamiento que sigue, pueden imaginar que mi discrepancia es más profunda cuando la DGRN rechaza la inscripción y confirma la nota. Rechazo que se produce normalmente porque no concurren suficientes evidencias singulares que permitan resolver en sentido contrario. Como normalmente lo que pongo en duda es la capacidad del RM para valorar esas cuestiones, pues entiendo que debe limitarse a constatar el hecho de la convocatoria, y poco más, realmente considero irrelevantes esas cuestiones de hecho en el procedimiento registral, aunque resulten decisivas en una hipotética impugnación judicial.

Por ejemplo, en la Resolución de 18/02/2015 se había omitido en la convocatoria de JG que debía aprobar las cuentas anuales cualquier alusión al derecho de información de los accionistas. Aunque el capital presente y que vota a favor representa el 99'60 % del capital y el socio ausente no había impugnado, la DGRN confirma el defecto. En otra Resolución de 27/11/2015 la JG es convocada por anuncio en el BORME y en la página web, pero no se trataba de la página inscrita y publicada. Recordemos que la sucesión de reformas en esta materia generó cierta confusión, y la sociedad fue víctima de ella. La DGRN confirma el defecto, aunque habían pasado más de cinco años y nadie impugnó. Recordemos que no se trata de un acuerdo inscribible, pues las cuentas se depositan, no se inscriben, con lo cual la caducidad parece inamovible.

En la Resolución de 21/09/2015 el problema es con el plazo, al seguir figurando en los estatutos el de 15 días, cuando ahora es de un mes en la SA. Algo parecido con la Resolución de 16/06/2015, donde la convocatoria se hizo por anuncio en el diario que determinan los estatutos inscritos, cuando se ha producido un cambio normativo que ahora no lo permite. Estas dos Resoluciones plantean además el apasionante tema de la legitimación registral y su acoplamiento dinámico a las incesantes reformas legales, especialmente cuando éstas no imponen un deber expreso de adaptación.

En la Resolución de 09/09/2015 la DGRN no considera suficientes los indicios presentados de que el socio no asistente había tenido conocimiento de la convocatoria. En la Resolución de 21/10/2015 la sociedad cambia el sistema estatutario de

convocatoria por carta o burofax, por una publicación en BORME y un diario, al existir problemas hereditarios y litigios pendientes, que llevaban a desconocer la identidad de algunos socios. Para la DGRN se tendría que haber remitido la comunicación al domicilio del socio fallecido. Inevitablemente uno se pone en el lugar del administrador, al pensar que si envía la comunicación a ese domicilio, constándole el fallecimiento, se expone a una impugnación posterior por convocatoria maliciosa.

El supuesto de la Resolución de 15/06/2015 queda envuelto en la tupida tela de araña registral, pues la convocatoria se había hecho con arreglo al sistema previsto en una modificación estatutaria, que aún no estaba inscrita, precisamente por una calificación negativa relativa a un defecto de convocatoria en esa JG anterior. La inscripción de una reforma de los estatutos no es constitutiva, y por tanto se trata del sistema vigente en la sociedad, sin que la calificación negativa genere presunción alguna de invalidez. Resulta curioso que la única alternativa sea convocar con arreglo a los estatutos inscritos, pero que la sociedad no considera vigentes. La legitimación registral no debe llevar a que la sociedad tenga que desconocer sus propios actos, y mucho menos cuando no han sido impugnados.

Por último, la resolución de 27/01/2016 plantea el problema de la forma cuando la convocatoria es de origen judicial y no se ha respetado el sistema estatutario. Aunque la DGRN es propensa a valorar los detalles conocidos en el expediente para salvar de algún modo la convocatoria (Resoluciones de 24/11/1999, de 28/02/2014), en este caso no localiza detalles bastantes, a pesar de que la administradora y socia había incumplido manifiestamente el mandato que le comunicó el Juzgado de convocar, obligando al Juez a encomendar dicho señalamiento al socio instante, que optó por publicar en lugar de comunicar individualmente, quizá por desconocer la identidad y el domicilio de todos los socios. Parece que el único socio que no asistió a la JG fue el administrador. Es de suponer que estos problemas desaparecerán en el futuro, al menos cuando la convocatoria corra a cargo del RM, y no se puede negar que la DGRN es coherente con sus premisas. En la Resolución de 20/11/2015, de consulta sobre diversas cuestiones relativas a la convocatoria de la JG, después de un larga disquisición sobre la prueba de la condición de socio, que está muy bien cuando se trata de confeccionar en la reunión la lista de asistentes, pero resulta por completo inútil cuando hay que averiguar antes quiénes son los socios y dónde enviarles el llamamiento, llega a la conclusión de que si no es posible convocar en la forma prevista, no cabe el recurso al sistema legal supletorio. Se declarará concluso el expediente y que los interesados se apañen sin JG.

Otro grupo de casos atiende ya al desarrollo de la propia JG, y normalmente se refiere a decisiones del órgano de control de la reunión -mesa de la JG-, aparentes discrepancias con el contenido de los asientos, y en algún caso extremo a la valoración de supuestas intenciones fraudulentas de los socios mayoritarios. Aquí podemos hablar de un principio general algo distinto al del anterior grupo, pues el criterio de la DGRN es que no le corresponde al RM enjuiciar esas decisiones, y por tanto es más probable la revocación de la nota, pero -otra vez - tampoco excluye que en ocasiones pueda hacerlo, siempre que tenga acceso a determinada información, o se acumulen sospechas. Por encima de aquella regla que insinúa una mínima contención, haya otra super-regla que permite calificarlo “todo”, aunque ese “todo” muchas veces dependa de circunstancias azarosas, pues la Ley no exige que el RM tenga siempre conocimiento de las mismas, y por eso si las conoce muchas veces será por casualidad, o por la habilidosa táctica del socio disidente que consigue revelárselas. A estas alturas de la exposición, y como vamos justos de tiempo, excuso decirles cuál es mi postura.

Por reseñar algunas, en la Resolución de 04/03/2015 reitera la soberanía –con reservas- de la mesa de la JG para decidir sobre la válida constitución de la JG y la suficiencia de

un poder, ante la pretensión del RM de que se justificara la representación de una comunidad hereditaria por una renuncia al derecho de asunción preferente. Tampoco procede que el RM califique la constitución de la JG por el hecho de que figure en el asiento como sociedad unipersonal –o no- y la identidad del socio único (Resoluciones de 05/02/2015 y de 23/01/2015).

Como Resolución interesante por el supuesto de hecho hay que citar la de 02/10/2015 en un aumento del capital por compensación de créditos, donde uno de los créditos derivaba de un préstamo de un socio hecho pocos días antes de la JG. Para el RM no había tal préstamo, sino una aportación dineraria, con vulneración del derecho de asunción preferente. No debe sorprendernos la calificación del RM, pues la Resolución de 07/06/2012 había legitimado al RM para apreciar estas situaciones de fraude, precisamente con un ejemplo similar al asunto ahora resuelto. Con buen criterio la DGRN revoca la nota, pero sería precipitado hablar de un cambio de opinión, pues se reitera en la doctrina de aquella, y en realidad las circunstancias del caso concreto hacían impensable otra solución (JG universal y por unanimidad). Ya veremos qué dice la DGRN cuando esas circunstancias no sean tan favorables.

En el debe de la DGRN sí que se ha de anotar la Resolución de 16/03/2015, con independencia de que la DGRN tenga toda la razón en la cuestión de fondo, pero decidir cómo y a quién se aplica el deber de abstención es competencia de la mesa, sólo fiscalizable por el Juez. En el caso el error de la mesa era manifiesto, pues se había descontado el voto del socio liquidador en la votación de su separación del cargo, error que quizá vino provocado por una confusión con los temas de prohibición de competencia y su dispensa.

Para terminar me van permitir una breve alusión a la doctrina de la calificación conjunta, que realmente constituye la prueba del nueve en estas cuestiones. La calificación conjunta en el RM no se refiere al mismo tipo de incompatibilidad entre documentos que acontece en el RP, sino a la irrupción de otros que ponen en duda el contenido de los títulos en virtud de los cuales se ha solicitado antes la inscripción, casi siempre presentados por socios disidentes. A finales de los años noventa y principios del actual milenio la DGRN quiso ordenar y acotar esa doctrina, sistematizándola a la baja. Sin embargo, una Resolución del anterior Director General de 05/06/2012, sobre la base de distinguir entre una doctrina tradicional en la que priman los principios de la legalidad y de legitimación, y otra doctrina moderna donde prevalece la simple mecánica registral por el principio de prioridad, optó por recuperar la primera y remitir a la aplicación por el RM “*de las reglas de la sana lógica y de los criterios hermenéuticos habituales*”, para detectar esas situaciones de conflicto, donde lo más prudente es no hacer nada, aunque el primer título cumpla con todos los requisitos necesarios para ser inscrito.

No se incurra en la petición de principio de invocar la neutralidad del RM, pues el rechazo del primer título, cuando resulte inscribible por sí mismo y por el contenido de los asientos, ya supone una toma de partido a favor de la parte interesada en el mantenimiento del contenido registral, que no se ve afectado o con su eficacia disminuida, a pesar de haber llegado al RM un nuevo título modificador, perfectamente inscribible al amparo de la misma legitimación registral que tanto se quiere respetar.

Dicho esto, no parece que el actual Director General tenga intención de revisar el cambio de orientación que impuso su predecesor, y buena prueba es la Resolución de 24/07/2015, donde no se llega a plantear un problema de calificación conjunta, pero sí que da cuenta de esta doctrina. Para la DGRN esta doctrina viene definida exclusivamente por la Resolución citada de junio de 2012 y las posteriores basadas en ella. Las Resoluciones incómodas que daban más importancia al principio de prioridad,

y con ello hacían más previsible la decisión del RM, al no depender de su “*sana lógica*”, ni siquiera sirven de antecedente.

Para concluir con la parte dedicada al Derecho de Sociedades, una advertencia que tiene algo de disculpa. Quede claro que no estoy diciendo que en todos estos casos la convocatoria estuviera bien hecha, la mesa de la JG hubiera acertado con su decisión, o el título presentado en primer lugar fuera inatacable. En absoluto. Sólo digo que corresponde a los Jueces decidir y sólo a instancia de quien tenga legitimación para impugnar, pero el control de mínimos que debe cumplir el RM había quedado satisfecho, y el mejor servicio a la seguridad del tráfico pasaba por inscribir, publicar y dejar que corrieran sin ninguna duda los plazos de caducidad.

Respecto de la doctrina concursal de la DGRN. El mayor número de Resoluciones se refiere a la cancelación de asientos (hipoteca, anotación de embargo), y el problema suele darse por las garantías que han de observarse respecto del acreedor perjudicado por esa cancelación, por la regla general propia del procedimiento registral que exige la intervención del titular del asiento para su eventual modificación o cancelación. Aunque esta regla debe adaptarse a las distintas fases del procedimiento concursal, no desaparece, y la DGRN exige una participación mínima del titular registral afectado, criterio que en ocasiones choca con el de los JJMM. Por eso no son pocas las Resoluciones en la materia.

En la Resolución de 29/09/2015 se trataba de inscribir una venta en ejecución del plan de liquidación, ordenando el Juez la cancelación de los embargos e hipotecas sobre las fincas. En relación con los embargos la DGRN insiste en su doctrina de que la competencia del JM para cancelarlos queda sometida, entre otras condiciones, a la audiencia previa de los acreedores afectados, si bien en la fase de liquidación esa audiencia queda cumplida con la pertinente notificación, siendo suficiente con que el JM declare que se ha practicado. El RP ha de pasar por ello (la Resolución de 22/09/2015 deja claro que esa notificación se hará en los términos que ordene el JM). En cuanto a las hipotecas, debe constar expresamente en el mandamiento que se ha dado conocimiento a los acreedores hipotecarios, no sólo del plan de liquidación, sino también de las medidas tomadas en relación con la satisfacción del crédito con privilegio especial, pues no basta con estar personados en el procedimiento. Conocimiento potencial no equivale a conocimiento real.

De enorme interés son las Resoluciones de 06/07/2015 y 08/07/2015 donde el problema se plantea respecto de una cancelación de hipoteca ordenada por el JM, antes de la enajenación de los bienes hipotecados (en uno de los casos se daba, además, la circunstancia de que la hipoteca garantizaba un crédito público de otra sociedad). Para la DGRN no plantea problemas la cancelación anticipada de embargos, pero en absoluto es admisible la de una hipoteca, pues el concurso limita, pero no excluye la operatividad de este derecho. La DGRN no desconoce la muy mermada posición del crédito hipotecario tras las últimas reformas legales, pero aún así destaca que en el supuesto de pluralidad de garantías reales sobre el mismo bien, aunque los créditos que excedan del valor razonable del bien no sean calificados como créditos con privilegio especial, esa calificación no comporta la cancelación registral automática de tales garantías, pues de la lista de acreedores no derivan cancelaciones. Presta atención la DGRN a las dudas interpretativas que ha podido generar el actual art. 149.5 Ley Concursal -LC-, en el sentido de permitir una especie de cancelación irrestricta de las hipotecas, salvo en el supuesto –obvio– de subrogación. Para la DGRN no es así, pues debe sobreentenderse que el JM sólo puede ordenar la cancelación en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 155 LC, es decir, en la realización de la garantía sin subrogación. Por eso no es posible cancelar antes de la enajenación. Por otro lado, también exige para la cancelación que la

resolución judicial por la que se hubiera aprobado el plan de liquidación haya alcanzado firmeza.

Por contraste con anterior doctrina, la Resolución de 19/10/2015 destaca que abierta la fase de liquidación, con ocasión de autorizar la venta directa, el JM puede decretar la cancelación de los embargos administrativos anteriores al concurso, toda vez que no se trata de créditos con privilegio especial

En un ámbito distinto, la Resolución de 02/06/2015 insiste en la necesidad de que conste el pronunciamiento por parte del JM sobre el carácter necesario de la finca embargada para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, aunque se trate de un embargo a favor de la HP y las diligencias sean anteriores a la declaración de concurso.

En relación estrictamente con el funcionamiento del RP, la Resolución de 25/05/2015 insiste en su doctrina de que el RP puede consultar por su cuenta el RM para verificar la situación del deudor, cuando del mismo RP no resulta la situación de concurso.

Un curioso problema con el título formal se plantea con las Resoluciones de 29/09/2015 y de 06/10/2015. En la primera no admite la inscripción sólo sobre la base del auto autorizando la venta directa y exige la correspondiente escritura pública en la que conste el negocio traslativo, completada por el título formal que acredite la autorización judicial. En cambio en la segunda admite la inscripción por medio del auto que formaliza la adjudicación.

A propósito del convenio la Resolución de 08/06/2015 destaca que una vez aprobado los acreedores pueden iniciar ejecuciones, sin ninguna duda los no afectados por el convenio o los créditos contra la masa, y consiguientemente obtener una anotación de embargo. Menos claro los que sí están vinculados por el convenio, pues no parece excluirlo como regla, pero advierte también que las quitas o esperas aprobadas dentro del convenio impiden el ejercicio de acciones separadas, pues la infracción del convenio sólo puede arbitrarse mediante la solicitud de incumplimiento del convenio dirigida al propio JM.

Por último, la Resolución de 23/10/2015 exige para anotar el concurso en una finca ganancial, que conste haber notificado al cónyuge del concursado el auto de declaración de concurso.

