

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

19263 *Resolución de 27 de octubre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles VI de Barcelona a inscribir el nombramiento de un miembro de consejo de administración.*

En el recurso interpuesto por don B. R. V., en nombre y representación de la sociedad «Consentio Platform, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles VI de Barcelona, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, a inscribir el nombramiento de un miembro del consejo de administración.

Hechos

I

El día 18 de junio de 2021 se otorgó, ante la notaria de Barcelona, doña Blanca Pardo García, actuando en sustitución y para el protocolo de su compañero de residencia, don Enrique Viola Tarragona, con el número 2.046 de protocolo, una escritura de cese y nombramiento de miembros del consejo de administración de la sociedad «Consentio Platform, S.L.».

II

Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«De conformidad con lo previsto en el artículo 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se comunica que la escritura autorizada por el Notario E. Viola Tarragona bajo el número 2021/2046 de protocolo ha quedado inscrita parcialmente con la excepción que luego se dirá.

Sociedad: Consentio Platform S.L.

Datos registrales: Tomo:46558 Folio:140 Hoja:485547 Inscripción: 11

Fecha de Inscripción: 6 de julio de 2021

Suspendida la inscripción del nombramiento de Don F. W. en el cargo de consejero por los siguientes defectos:

1.º Hallarse cerrada la hoja registral de la sociedad por no haberse constituido el depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2019 y no ser el expresado acto ninguno de los exceptuados de dicho cierre (artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital, artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil y reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, Resoluciones de 11 de abril y 13 de julio de 2001, 24 de octubre de 2002, 8 de febrero de 2010, 18 de marzo de 2014 y 18 de mayo de 2016).

2.º No constar el Número de Identificación de Extranjeros (NIE) del consejero nombrado Don F. W. De conformidad con el artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil ha de consignarse en la inscripción el número de identificación fiscal, cuando se trate de personas que dispongan del mismo con arreglo a la normativa tributaria, y de conformidad con los artículos 35, 41, 42 y 43 de la Ley General Tributaria 58/2003 de 17 de diciembre, artículos 18.1 y 20.1 del Real Decreto 1065/2007 de 27 de julio, el

consejero nombrado está obligado a disponer de dicho NIE. (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero de 2.012 y 16 de julio de 2012).

Los defectos consignados tienen carácter subsanable.

Contra la presente calificación puede (...)

Barcelona, a 7 de julio de 2021.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don B. R. V., en nombre y representación de la sociedad «Consentio Platform, S.L.», interpuso recurso el día 4 de agosto de 2021 mediante escrito en los siguientes términos:

«Que en 07.07.2021 le fue notificada a Consentio Platfonn S.L. la calificación registral respecto de la inscripción en el Registro Mercantil de Barcelona de la escritura otorgada en 18.06.2021 por el Notario de Barcelona, D. Enrique Viola Tarragona - sustituido por su compañera Dña. Blanca Pardo García-, número 2046 de protocolo, consistente en el nombramiento de D. F. W., de nacionalidad italiana, como miembro del Consejo de Administración de dicha entidad mercantil, resultando dicha calificación negativa al acordar la suspensión de la inscripción de dicho nombramiento por el defecto de no constar el número de identificación de extranjero del consejero designado. Entendiendo que tal calificación resulta contraria a Derecho, formulamos mediante el presente escrito recurso contra la misma al amparo de lo dispuesto en el art. 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria, y en el término hábil que se determina en dicha norma. Dicho recurso lo sustentamos en los hechos y fundamentos jurídicos que resultan de la siguiente

Alegación:

Única. De las resoluciones que se indican en la indicada calificación negativa registral son de resaltar, por la completa referencia que se hace a otros textos normativos complementarios, las resoluciones de 18.01.2012 y 16.07.2012 de esta Dirección General de los Registros y del Notariado –actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública–. En ambas, de idéntico contenido, se determina finalmente, en síntesis, la necesidad de que los consejeros de nacionalidad extranjera, miembros del Consejo de Administración de entidades mercantiles, obtengan la identificación a efectos fiscales y tributarios, o sea, el denominado NIE, para la inscripción registral del cargo.

La fundamentación de ello se sustenta en la Ley General Tributaria, artículos 41 y 43, que establecen las responsabilidades, bien con carácter solidario o bien subsidiario, que pudieran contraer los Consejeros, integrantes del Consejo de Administración de entidades mercantiles por su actuación personal en contra de la normativa vigente, o sea, para el supuesto de que hubieren consentido el incumplimiento por la sociedad de las obligaciones y deberes tributarios o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen tal incumplimiento.

Consecuentemente a lo expuesto, es de ver, concluyendo, que tal exigencia del NIE, para la efectividad, a través de la inscripción registral, del nombramiento de un Consejero extranjero –no nacional– lo es en orden al hipotético supuesto de que por parte del mismo se incumplieran, en actuación personal, exigencias prescritas en la normativa tributaria para la entidad mercantil de cuya administración resulta ser parte, ya que directa y personalmente ninguna obligación tributaria les es exigible. Nos encontramos así ante una normativa nacional tributaria por la que, en previsión de una irregular actuación personal –que no tiene por qué darse necesariamente– le es vedado a un extranjero el propio ejercicio del cargo de Consejero derivado de su nombramiento a menos que obtenga y acredite estar en posesión de un NIE. Esta exigencia, y en mayor medida respecto de un ciudadano de la Unión Europea, cual es el presente caso

ya que D. F. W. resulta ser de nacionalidad italiana, constituye a nuestro entender un acto discriminatorio, en relación con la regulación existente para los ciudadanos nacionales, y, por ende, también de la UE, y en ello fundamentamos el presente recurso en los términos siguientes:

De la falta de igualdad de trato y discriminación.

Partiendo del hecho incontestable de que el Consejero nombrado para su integración y ejercicio del cargo en la entidad Consentio Platform S.L., D. F. W., resulta ser ciudadano europeo, por su condición de nacionalidad italiana, según acredita con el pasaporte (...), indicado ante el Notario español, D. Enrique Viola Tarragona, en la escritura de 18.06.2021, éste tiene el derecho personal a tener el mismo trato que el conferido para los ciudadanos nacionales de España. Sin embargo, entendemos infringido este principio de igualdad de trato.

1. En efecto, de lo dispuesto en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea acerca del derecho de establecimiento, resulta lo siguiente:

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales”.

A su vez, el artículo 55 indica que:

“Los Estados miembros aplicarán a los nacionales de los demás Estados miembros el trato de nacional en lo que respecta a su participación financiera en el capital de las sociedades definidas en el artículo 54, sin perjuicio de la aplicación de las restantes disposiciones de los Tratados”.

2. La Directiva 2000/43 CE, en relación al concepto de discriminación y al principio de igualdad de trato, refiere lo siguiente en su artículo 2:

“1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por ‘principio de igualdad de trato’ la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico.

2. A efectos del apartado 1:

a) Existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable”.

b) Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios...

4. Toda orden de discriminar a personas por motivos de su origen racial o étnico se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1”.

3. En ilación con todo ello, la Ley de Extranjería 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, refiere en su artículo 23 lo siguiente acerca de los actos discriminatorios:

A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

2. En cualquier caso, constituyen actos de discriminación: (...)

“B) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”.

4. Además, el Reglamento (UE) 2016/1191, de 6 de julio, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos de la Unión Europea, establece que entre Estados miembro deben reconocerse los documentos públicos, sin necesidad de legalizaciones o apostillas:

“1. El presente Reglamento establece, respecto de determinados documentos públicos expedidos por las autoridades de un Estado miembro que deban presentarse a las autoridades de otro Estado miembro, un sistema de:

- a) exención de la legalización o trámite similar, y
- b) simplificación de otros trámites”.

Pues bien, si conforme a tal compendio normativo los ciudadanos europeos, no nacionales, deben tener un libre ejercicio en la gestión de empresas en igualdad de condiciones que las determinadas para los propios nacionales, resulta no concurrir ello en el caso del nacional italiano D. F. W. En efecto, los nacionales españoles tienen determinado un NIF que se corresponde con el propio DNI o pasaporte nacional con la adición de una letra, que se determina digital y automáticamente para cada uno de ellos, de forma que no es posible que concurra moratoria alguna en la determinación de dicho NIF y en consecuencia en la inmediata efectividad de sus nombramientos como Consejeros integrantes del Consejo de Administración de una entidad mercantil en España a través de la inscripción de su cargo en el Registro Mercantil. No existe posibilidad alguna en ellos de que no resulte efectivo su nombramiento de Consejero por falta de identificación del NIF ya que tampoco existe posibilidad de que a través de su propia identificación personal no se obtenga éste.

Por el contrario, y en cuanto al ciudadano europeo de nacionalidad italiana Sr. W., se le exige para la efectividad de su cargo, la obtención de un número de identificación de extranjero que debe entenderse como el correspondiente al número de identificación fiscal del nacional español. No resulta suficiente su acreditación personal de identidad - pasaporte nacional- ni se le confiere la posibilidad de automática e inmediatamente, con uso de la tecnología digital, determinar su número de identificación fiscal a partir del referido de identidad personal que acredita. En suma, es obligado a la realización de un trámite de obtención de un NIE -identificación fiscal- que en ningún caso tiene lugar respecto del ciudadano español.

4. [sic] Para la obtención del indicado NIE en aquellas personas físicas de nacionalidad extranjera que se integren en la administración de una entidad mercantil española, y de acuerdo con las fuentes y direcciones publicadas actualmente en internet por la propia AEAT se requiere exactamente (...), la cumplimentación de un modelo de

escrito o formulario establecido para ello; el pago de una tasa; y la legitimación y apostillado de pasaporte personal, entre otras cuestiones, según es de ver en el mismo.

Elevada consulta ante el Defensor del Pueblo sobre este particular, hemos obtenido la contestación por parte del mismo de fecha 22.07.2021 (...) De lo expuesto en este documento, se desprende claramente que para los extranjeros obligados a disponer de NIE, pero que todavía no lo han obtenido, supuesto éste en el que se encuentra D. F. W. conforme hemos expuesto anteriormente y resulta de la calificación registral objeto del presente recurso, la Agencia Tributaria debe otorgar un número de identificación fiscal transitorio que empieza por la letra M, válido por un plazo de tiempo corto en orden a evitar que puedan verse obstaculizadas las operaciones por el hecho de no haberse completado los trámites administrativos de obtención del NIE. Sin embargo, no es ésta la actuación que se ha dado en el caso que nos ocupa. Ninguna identificación fiscal transitoria, de forma inmediata, se ha dado por la Agencia Tributaria a D. F. W., la que pudiera haberse hecho valer para la inscripción registral de su nombramiento de Consejero, miembro del Consejo de Administración de Consentio Platform S.L. También indica la contestación acompañada del Defensor del Pueblo que, en el caso de las personas físicas que carezcan de nacionalidad española el NIF es el NIE que se otorga por el Ministerio del Interior y que, de acuerdo con la normativa de extranjería, están obligados a solicitar ante la Dirección General de la Policía los extranjeros que por sus intereses económicos profesionales o sociales se relacionen con España. Por tanto, el número de identificación fiscal asignado directamente por la Administración Tributaria tendrá validez en tanto su titular no obtenga el NIE.

Adicionalmente, cabe remarcar que se remitió consulta al Ministerio de Hacienda relación con la posibilidad de realizar los trámites referidos al NIF y NIE de forma telemática y ágil, conforme tanto a la normativa vigente como a la normativa en vías de entrada en vigor (...) Sin embargo, a la presente fecha no se ha recibido respuesta alguna.

Expuesto cuanto antecede, parece resultar obvio el que la Administración Tributaria debiera haber asignado de forma inmediata, con arreglo a la digitalización y automatización de los trámites que prevé nuestra vigente normativa, un número de identificación fiscal transitorio hasta la definitiva asignación de un NIE al ciudadano de la UE, italiano, D. F. W. y que, de haber obrado así, lo que resulta claramente exigible, la escritura otorgada el 18.06.2021 debiera haber obtenido efectiva inscripción registral.

El preámbulo del Decreto 1065/2007 refiere literalmente lo siguiente:

“En tercer lugar, se incluyen las normas relativas al número de identificación fiscal. Además de sistematizar la normativa hasta ahora vigente, lo más significativo es la simplificación de las reglas para la asignación de un número de identificación fiscal a los menores de edad y demás españoles no obligados a tener el documento nacional de identidad, así como para las personas físicas extranjeras, previendo la norma la asignación de oficio del número de identificación fiscal en caso de que resulte necesario para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria”.

A su vez, en el artículo 18 y siguiente de dicho Decreto y en el artículo 20 y 23.1 se regula el procedimiento para obtener el NIF y la automatización de la asignación del mismo, con indicación expresa de que: “...la Administración Tributaria podrá proceder de oficio a darles de alta en el censo de obligados tributarios y asignarles el número de identificación fiscal que corresponda”.

En este sentido, el Notario autorizante de la escritura, quién desarrolla funciones públicas, ya obtiene directa y telemáticamente el NIF provisional para las personas residentes en España. Sin embargo, ello no le resulta hoy posible respecto de los no residentes, aún y a pesar de la normativa anteriormente indicada. En efecto, resultaría muy sencillo para la Agencia Tributaria, por medio de los Fedatarios españoles, el cumplimiento de forma digital y automática de la atribución de un NIF, siquiera provisional, a los ciudadanos extranjeros, dada la abundante y vigente normativa que

regula la digitalización en las actuaciones notariales, de las que hacemos cita aquí, a saber:

– Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

“Artículo 17. Simplificación de procedimientos...”

3. En el caso de documentos emitidos por una autoridad competente, ya sea en España o en otro Estado miembro, no se exigirá la presentación de documentos originales o copias compulsadas ni traducciones juradas, salvo en los casos previstos por la normativa comunitaria...

4. Todos los procedimientos y trámites que supeditan el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio se podrán realizar electrónicamente...”

– Ley de 28 de mayo 1862 Orgánica del Notariado.

“Artículo 17 bis.

1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley no perderán dicho carácter por el solo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del Notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes...”

– Ley 24/2005 de 18 de noviembre, de Reformas para el impulso a la productividad.

“Artículo 107. Implantación obligatoria de sistemas telemáticos.

1. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad, mercantiles y de bienes muebles, dispondrán obligatoriamente de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información.

Artículo 110.

1. Mediante el uso de la firma electrónica regulada en esta Disposición podrán remitirse documentos públicos notariales, comunicaciones, partes, declaraciones y autoliquidaciones tributarias, solicitudes o certificaciones por vía electrónica por parte de un Notario...

3. La firma electrónica avanzada también podrá ser empleada por Notarios y Registradores para el envío de documentos e informaciones a los particulares, con el valor, efectos y requisitos que reglamentariamente se determinen”.

Abundando sobre este particular, también debemos hacer cita de la Directiva 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, y en particular de su artículo 16, epígrafe 3, en el que se indica que: “Los Estados miembros se asegurarán de que las sociedades y demás personas y organismos sujetos a La obligación de presentar actos e indicaciones que deban publicarse de conformidad con el artículo 14, o de participar en dicha presentación, lo puedan hacer por medios electrónicos”.

En esta misma línea de necesaria simplificación de trámites, y digitalización y automatización en los mismos, es de resaltar el actual “Anteproyecto de Ley de Fomento del Ecosistema de las empresas emergentes”. Este Anteproyecto en el epígrafe IV de su exposición de motivos, viene a incidir en la cuestión aquí suscitada, indicando exactamente lo siguiente:

“En cuanto a la inversión extranjera, se establece la no obligatoriedad de obtener el número de identidad de extranjero (NIE) para inversores que no vayan a residir en España, facilitando la solicitud electrónica del número de identificación fiscal (NIF), requisito imprescindible para materializar y documentar la inversión. Esta simplificación consiste en que si se trata de una persona física extranjera se permitirá la identificación con la obtención únicamente del NIF y en el caso de tratarse de una entidad extranjera,

siempre que la nueva entidad se cree a través del Centro de Información y Red de Creación de Empresa (CIRCE), se permite la obtención del NIF para la entidad inversora extranjera por este mismo sistema”.

Creemos que de todo lo expuesto se aprecia claramente que la Administración Tributaria, pudiendo obrar, respecto de la atribución de un NIF a ciudadano extranjero, con total inmediatez, propia de la automatización digital, tal y como se desprende y regula en la normativa de anterior cita, ha elaborado y exigido otra clase de trámite para tal obtención del NIF, que da lugar “de facto” a una quiebra del principio de igualdad de trato exigido para nacionales y no nacionales en la vigente normativa de rango supranacional, esto es, europea. Ello da lugar a que el ciudadano europeo, no nacional, se encuentre sobre dicho particular de obtención del NIF, en situación de clara discriminación respecto del nacional.

5. La norma europea se rige por el “principio de efecto directo”, de orden básico en todo el Derecho europeo, lo que permite a los ciudadanos europeos invocar directamente éste ante los Tribunales, con independencia de que existan otros textos y normas en el Derecho nacional. Tal principio de efecto directo garantiza la aplicabilidad y eficacia del Derecho europeo en los países de la Unión Europea. En el caso aquí tratado, dicho efecto directo tiene lugar, y así lo entendemos, respecto de la normativa citada que atiende a la igualdad de trato entre los ciudadanos europeos y a la no discriminación, en suma. Se trata de principios básicos regulados en el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en las Directivas de que se ha hecho cita, cuyas disposiciones son suficientemente claras y precisas.

Pues bien, concluyendo con todo lo expuesto, y de forma sucinta y precisa, debemos indicar lo siguiente:

A. El Estado español, en la totalidad de su normativa, incluida la de orden tributario, debe inexcusablemente observar la total igualdad de trato y no discriminación entre los ciudadanos nacionales y los ciudadanos extranjeros, estando además vinculado en cuanto a los ciudadanos de la Unión Europea - condición que se da en el nacional italiano D. F. W.- a la específica regulación que sobre dicho particular ha quedado plenamente establecida en el ámbito europeo, sujeta al principio de efecto directo.

B. Las Autoridades españolas -AEAT, Dirección General de la Policía., etc. han implementado una tramitación para la obtención de NIF (equivalente al NIE) por el ciudadano europeo no nacional que difiere sustancialmente de la igual obtención de NIF por el ciudadano nacional, en el sentido de que este último lo obtiene de forma automática para la realización de cualquier acto jurídico en el que, de acuerdo con la normativa interna nacional, resulte exigible la acreditación del mismo, y sin embargo el ciudadano europeo no nacional no lo obtiene de forma automática sino que es obligado a la realización de una diversidad de trámites, lo que impide al mismo la inmediata efectividad en los actos jurídicos que le impliquen, cuya tramitación, además, resulta de hecho no ya tan solo laboriosa sino de considerable dilación o demora en el tiempo. El indicado trámite establecido resulta, por lo demás, no ajustado a la normativa vigente de fomento de los sistemas electrónicos y de automatización digital que posibilitarían la obtención de un NIF por parte del ciudadano europeo no nacional de forma inmediata, siquiera provisional y la total efectividad de sus actos por medio del uso del mismo, cual si fuere ciudadano nacional. Existe en tal sentido una clara desviación.

C. La normativa europea vigente, con efecto directo, determina la existencia de discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra, lo que podría estimarse en cuanto a la exigibilidad de NIF tanto a ciudadanos nacionales como a extranjeros, sitúe a las personas de origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. Sin embargo, como hemos visto, nada justifica ciertamente el que el ciudadano no nacional, no pueda obtener, tal como se exige en la norma, un NIF de forma inmediata para la realización de actos jurídicos, en igualdad de condiciones que el nacional y, desde luego,

los medios que se han establecido para la obtención de dicho NIF por parte de ciudadano extranjero no parecen resultar ser los adecuados y necesarios.

D. La calificación negativa registra] respecto del nombramiento de Consejero en la entidad mercantil Consentio Platform S.L. recayente en el ciudadano europeo, de nacionalidad italiana, D. F. W., por la falta de obtención y acreditación por parte del mismo de un NIE, o sea, de un NIF, tiene su única causa o razón de ser en la indicada reglamentación administrativa establecida por las Autoridades españolas para dicha obtención de NIF, la que se encuentra en total contravención con la exigencia que emana de la normativa europea antedicha referida a la igualdad de trato y a la no discriminación, teniendo en realidad el ciudadano europeo el igual derecho que se da en el ciudadano nacional español para la obtención del NIF, directamente indicado por el Fedatario público español, en cualquier acto escriturario, en igual forma que actualmente se da para el propio ciudadano español, dadas las totales posibilidades de automatización digital existentes para ello. Se produce así en dicha práctica y trámite actualmente establecido una total discriminación entre el ciudadano europeo nacional y el no nacional.

E. El ciudadano europeo, de nacionalidad italiana, D. F. W., tiene a nuestro entender, por todo lo expuesto, total derecho a la efectiva inscripción registral de su nombramiento como Consejero de la entidad mercantil Consentio Platform S.L. con la sola acreditación de su documento nacional de identidad -pasaporte italiano-, a la espera de que por las Autoridades españolas le sea concedido un NIF, o lo que es igual, un NIE, ya sea implementando su automática posibilidad de tal concesión, digitalmente, a través del propio Notario interviniente en el acto jurídico o de cualquier otro modo que se estime oportuno y paritario respecto de la propia obtención por parte del ciudadano español.

Por todo lo expuesto, solicitamos la revocación de la calificación negativa registral de la calendada escritura otorgada ante el Notario de Barcelona, D. Enrique Viola Tarragona, y la inscripción efectiva en este Registro Mercantil de Barcelona del indicado nombramiento de D. F. W.

Fundamentación jurídica

- I. La totalidad de los preceptos y normativa invocada en el presente escrito.
- II. Art. 324 de la Ley Hipotecaria en cuanto al recurso potestativo contra la calificación negativa del Registrador ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
- III. Art. 325 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la legitimación para la interposición del recurso. En el presente caso, existe en Consentio Platform S.L. un interés evidente en asegurar los efectos del nombramiento de Consejero recayente en D. F. W., ciudadano europeo de nacionalidad italiana, acreditándose por el suscrito, según resulta de la propia escritura calificada negativamente respecto de la inscripción registral de dicho cargo, la legal representación de la misma.
- IV. Art. 326 de la Ley Hipotecaria en cuanto al plazo para la interposición del recurso establecido en un mes desde la notificación de la calificación negativa registral, lo que tuvo lugar en 07.07.2021 (...)
- V. Art. 327 de la Ley Hipotecaria en cuanto a los trámites a seguir y al plazo para la resolución del presente recurso.

Por todo ello,
A la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública del Registro Mercantil de Barcelona suplico:

Que habiendo por presentado este escrito y documentos al mismo acompañados, se sirva admitirlo; tenga por formulado por el suscrito, en la representación que tiene conferida y acredita, recurso, en plazo hábil y forma legal, contra la calificación negativa registral que tuvo lugar respecto de la escritura otorgada ante el Notario de Barcelona, D. Enrique Viola Tarragona, en 18.06.2021, número 2046 de protocolo, y previos los

trámites legales correspondientes y atendidas las alegaciones jurídicas que se formulan, dicte resolución por la que estime el presente recurso, revocando a tal efecto la referida calificación negativa registral e inscribiendo el cargo de Consejero de D. F. W.».

IV

El registrador Mercantil y de Bienes Muebles VI de Barcelona emitió informe el día 11 de agosto de 2021 y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 Código de Comercio; 254.2 y 4, 322, 325, 326 y 327 de la Ley Hipotecaria; 3 del Código Civil; la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal; 4.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; 206 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009; 38.1.6 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil; 18.1 y 20.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos; 35, 41, 42 y 43, letras a), b), g) y h) de la Ley 58/2003, General Tributaria; 213, 236, 237, 240, 241 y 242 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero y 16 de julio de 2012, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de septiembre de 2020.

1. La cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar, si para inscribir como miembro del consejo de administración a una persona física de nacionalidad italiana es necesario hacer constar su número de identificación de extranjero, o si dicha exigencia es contraria al principio de igualdad de trato que emana de la normativa europea.

2. Este Centro directivo ha construido una sólida doctrina sobre la materia, que ha tenido reflejo en las Resoluciones de 18 de enero y 16 de julio de 2012, para un supuesto idéntico, y en la Resolución de 15 de septiembre de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, para el caso de una reducción de capital social mediante restitución de aportaciones a un socio persona jurídica extranjera.

3. El artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil regula lo que denomina «constancia de identidad», exigiendo determinados datos cuando haya de hacerse constar en la inscripción la identidad de una persona.

Tratándose de extranjeros se exige que se haga constar el «número de identificación de extranjeros, el de su pasaporte, el de su tarjeta de residencia, o de cualquier otro documento legal de identificación, con declaración de estar vigentes». Añade el precepto que «se consignará el número de identificación fiscal, cuando se trate de personas que dispongan del mismo con arreglo a la normativa tributaria», norma que resulta aplicable tanto a nacionales como a extranjeros.

Por tanto, a los efectos de identificación de personas extranjeras que deban constar en la hoja abierta a la sociedad pueden ser utilizados diversos documentos de forma alternativa: bien su número de identificación de extranjeros, bien el de su pasaporte, o el de su tarjeta de residencia, o cualquier otro documento legal de identificación que puede ser incluso la tarjeta de identidad del país de que se trate.

Sólo cuando lo exija la normativa tributaria será obligatorio el que conste un número de identificación fiscal, número que puede ir unido a un documento legal de identificación del interesado o que puede constar en otro documento que sólo sirva para acreditar

dicho número sin que pueda ser utilizado para la identificación del extranjero en caso de que también sea compareciente.

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

4. La norma que regula en la actualidad la obligatoriedad del número de identificación fiscal para personas físicas y jurídicas es el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, en cuyo artículo 18.1 se dispone que «las personas físicas y jurídicas, así como los obligados tributarios a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, tendrán un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria».

Por su parte el artículo 20.1 del mismo Real Decreto, en lo que se refiere a los extranjeros, viene a establecer que «el número de identificación fiscal será el número de identidad de extranjero que se les asigne o se les facilite de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su normativa de desarrollo».

Por ello el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, en su artículo 206, se refiere al número de identidad de extranjero, indicando que los extranjeros que, tanto en el caso de que obtengan un documento que les habilite para permanecer en España, como para otros supuestos diversos, serán dotados a los efectos de identificación de un número personal, único y exclusivo, de carácter secuencial, que será el identificador del extranjero y deberá figurar en todos los documentos que se le expidan o tramiten, así como en las diligencias que se estampen en su pasaporte o documento análogo.

El apartado 2 del artículo 20 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, dispone: «Las personas físicas que carezcan de la nacionalidad española y no dispongan del número de identidad de extranjero, bien de forma transitoria por estar obligados a tenerlo o bien de forma definitiva al no estar obligados a ello, deberán solicitar a la Administración tributaria la asignación de un número de identificación fiscal cuando vayan a realizar operaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria. Dicho número estará integrado por nueve caracteres con la siguiente composición: una letra inicial, que será la M, destinada a indicar la naturaleza de este número, siete caracteres alfanuméricos y un carácter de verificación alfabético. En el caso de que no lo soliciten, la Administración tributaria podrá proceder de oficio a darles de alta en el Censo de Obligados Tributarios y a asignarles el número de identificación fiscal que corresponda».

5. El registrador exige en su calificación el número de identificación del consejero, de nacionalidad no española.

Para que este número sea exigible será necesario que la persona física concernida tenga relaciones de naturaleza o trascendencia tributarias.

Es claro que un consejero en ningún caso será sujeto pasivo del Impuesto de Sociedades, pues no es siquiera representante de ese sujeto pasivo, sino que tan solo forma parte del órgano de representación del verdadero sujeto pasivo que será, en todo caso, la propia sociedad domiciliada en España y de nacionalidad española.

Tampoco entra en el concepto estricto de obligado tributario, pues de conformidad con el artículo 35 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria son obligados tributarios «las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias», y a un consejero de una sociedad que tributa en España no se le exige el cumplimiento de ninguna obligación tributaria por el mero y estricto hecho de ser consejero de esa sociedad.

Es decir, el consejero, por el simple hecho de serlo, no es contribuyente -lo será la sociedad-, ni tampoco sustituto del contribuyente, ni está obligado a realizar pagos fraccionados, ni a efectuar retenciones, ni a practicar ingresos a cuenta, ni a repercutir, ni a soportar repercusiones, ni a soportar retenciones o ingresos en cuenta, ni es como tal sucesor del obligado tributario, ni beneficiario de supuestos de exención, devolución o bonificaciones tributarias.

6. Ahora bien, no obstante todo lo anterior, es lo cierto igualmente que el mismo artículo 35.5 de la Ley General Tributaria incluye también en el concepto legal amplio de obligado tributario a los que denomina responsables del tributo de conformidad con el artículo 41 de la misma ley.

Y este artículo 41 considera que son responsables tributarios los responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria, junto a los deudores principales, aclarando el artículo 41 (apartado 1, letras a y b) que son responsables subsidiarios del tributo «los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones», e igualmente son responsables subsidiarios «los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas de éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago».

Desde este punto de vista es evidente que el consejo de administración como órgano de representación de la sociedad puede ser responsable de obligaciones tributarias de la sociedad y conforme a ello debería estar obligado a contar con un número de identificación fiscal a los efectos del artículo 41 en relación con el artículo 43 de la Ley General Tributaria.

Lo que ocurre es que el consejo, como tal consejo, carece de personalidad jurídica y el artículo 18 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, sólo impone esa obligación a las personas físicas y jurídicas y a las entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición (v.gr. herencias yacentes, o comunidades de bienes).

Por tanto, dada la consideración legal de los consejeros integrantes del consejo de administración como responsables tributarios por las decisiones de este órgano en las que participen, en los términos antes examinados, de tal consideración surge la obligación de dotar a todos ellos del correspondiente número de identificación fiscal a los efectos que, en su caso, sean procedentes.

7. La conclusión anterior se confirma a la vista de la regulación legal sobre la responsabilidad patrimonial de los administradores y de los miembros del consejo de administración.

En efecto, de conformidad con el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio, determina que «los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales».

Esta responsabilidad existe siempre, sin que sea óbice a la exigencia de la misma, el que «el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General» (cfr. artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

La responsabilidad se concentrará en el administrador único, como órgano unipersonal de representación de la sociedad, en los administradores solidarios o mancomunados, o en el consejero delegado, caso de que exista.

Pero para el caso de no existencia del consejero delegado o incluso existiendo éste, si el consejo toma acuerdos como tal, la Ley de Sociedades de Capital impone una responsabilidad solidaria a todos los miembros del órgano de administración de la cual sólo pueden quedar excluidos aquellos que prueben que no han intervenido en la adopción del acuerdo y su ejecución y que, además, desconocían su existencia o que si la conocían «hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél» (cfr. artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital).

8. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, cabe concluir afirmando la necesidad de que los consejeros, incluidos los de nacionalidad no española, estén dotados del correspondiente número de identificación fiscal para el caso de tener que responder por los actos antijurídicos del consejo de administración que causen un daño a la Hacienda Pública en los términos examinados.

9. En cuanto al resto de alegaciones efectuadas por el recurrente, respecto al posible trato discriminatorio en aplicación de la legislación comunitaria, o en relación con el funcionamiento de la Administración Tributaria, esta Dirección General no es el órgano adecuado para resolverlas, sin perjuicio del derecho que les corresponde para hacerlas valer ante las instancias oportunas.

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

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

Madrid, 27 de octubre de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.