

Las trabas de la LOE para liquidar una «promotora»

por

ALBERT TORRA I JUANOLA

Abogado

SUMARIO

1. ¿CÓMO CONOCERÁ EL REGISTRADOR MERCANTIL QUE ESTÁ CALIFICANDO UNA ESCRITURA DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNA «PROMOTORA», PARA EXAMINAR SI EN ELLA CONCURREN LOS REQUISITOS QUE ESTABLECE LA LOE?
2. ¿CÓMO SUBSANAR LA «NO MENCIÓN» DE ESOS REQUISITOS EN LA ESCRITURA DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN?
3. ¿CÓMO CONOCERÁ EL REGISTRADOR MERCANTIL QUE HAN TRANSCURRIDO TODOS LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD RESPECTO DE TODAS LAS PROMOCIONES EJECUTADAS?
4. ¿PUEDE EL REGISTRADOR MERCANTIL DENEGAR EL CIERRE REGISTRAL DE LA HOJA Y LA INSCRIPCIÓN DE LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL PROMOTORA A RESULTAS DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL (178 LC), POR NO ACREDITARSE LA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS O EL TRANSCURSO DE LOS PLAZOS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 20.2 DE LA LOE?
5. ¿CUÁL ES EL MOTIVO POR EL QUE LA LOE EXIGE ACREDITAR LAS GARANTÍAS DE TODAS LAS PROMOCIONES Y EL TRANSCURSO DE TODOS LOS PLAZOS PARA PODER LIQUIDAR?

EPÍLOGO

Si bien una empresa promotora puede disolverse y nombrar un liquidador, e incluso llevar a cabo todas las operaciones de liquidación, la liquidación de la sociedad no podrá inscribirse en el Registro Mercantil hasta que no se cumplan los dos requisitos exigidos por el artículo 20.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE).

El artículo 20.2 de la LOE, establece que: «*Cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 18, no se cerrará en el Registro Mercantil la hoja abierta al promotor individual ni se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que se acredite previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas por esta Ley, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido*».

De la atenta lectura de este artículo y de las remisiones que se efectúan unos a otros, se advierten algunas anomalías de redacción que hacen confuso el entendimiento del mismo y de los plazos que establece la norma, creando una inseguridad jurídica a los promotores.

En concreto, el artículo 20.2 establece una serie de requisitos para que el Registrador Mercantil pueda inscribir en el Registro la liquidación de una sociedad promotora:

- En primer lugar, que *debe de haber transcurrido los plazos de prescripción de las acciones que se «refieren» en el artículo 18.*

La primera dificultad es la «literalidad de las palabras», ya que dice «las acciones a que se refiere...» que —como veremos— son algunas más de las que se regulan o establecen *ex novo* en dicho artículo.

El artículo 18 establece distintos plazos de prescripción de las acciones. En su primer párrafo establece que:

1.º) «*las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños (...)*».

En el artículo 17 se regula la responsabilidad de los diferentes agentes, que responderán en función que los daños deriven de elementos de acabado, de elementos constructivos o de elementos estructurales —el detalle es algo mayor—, durante el plazo de uno, tres o diez años, a contar desde la fecha de la recepción de la obra.

Es decir, el plazo de responsabilidad empieza a correr desde la recepción de la obra. El daño que se origine por vicios o defectos durante el lapso de tiempo de uno, tres o diez años en función de la tipología del mismo, queda sujeto a responsabilidad. No obstante, el artículo 18 establece que producido el daño, empieza a contar desde esa producción el tiempo de dos años de prescripción de la acción.

La *prescripción*, a diferencia de la *caducidad*, puede interrumpirse y deberá de iniciarse de nuevo dicho plazo y transcurrir otros dos años para entender que el perjudicado por los daños si no ha

reclamado judicialmente dentro de ese plazo ya no podrá hacerlo nunca pero, además, para los contratos o promociones no sujetas al Código Civil sino al Código Civil de Catalunya, dicho plazo de prescripción está afecto también a causas de suspensión del cómputo de ese plazo —según se dispone en la Primera Ley del Código Civil de Catalunya—.

2.º) y lo anterior, lo es «(...) *sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual*», sea éste derivado del propio contrato de arrendamiento de servicios, contrato de obra o compraventa final de la edificación realizada al consumidor final.

En materia de contratos, debemos referirnos también a todas aquellas acciones que se pueden interponer tanto al amparo de la regulación del Código Civil, como de la regulación propia de algunas Comunidades Autónomas y la jurisprudencia que interpreta dichas normas (unas y otras), con los respectivos plazos de prescripción que se señalen para cada una de las acciones que las normas prevean.

El artículo 18, en su segundo párrafo, se refiere a la acción de repetición —regulada también por el anterior art. 17— la cual tendrá también un plazo de prescripción de dos años a contar desde la sentencia firme o desde el pago extrajudicial. Es igualmente predicable lo dicho anteriormente respecto de la prescripción y, además, de que ambos inicios que prevé no son disyuntivos, sino que pueden ser coincidentes o yuxtapuestos —por existir sentencia firme y haberse efectuado un pago parcial o total de la sentencia de modo extrajudicial sin necesidad de ejecutar la sentencia—, dificultando también en parte el correcto cómputo del transcurso del plazo de prescripción. En resumen, para cumplir ese primer requisito del artículo 20.2, respecto de una promotora que haya efectuado distintas promociones, deberemos de contar como mínimo el transcurso de un plazo de diez años desde la recepción de la última obra, más otros dos años del plazo de prescripción de las acciones. Para el caso de que la obra haya tenido algún siniestro, en el que se ha interpuesto demanda judicial con sentencia firme condenatoria a alguno de los agentes, deberemos esperar, además del tiempo que tarde en ventilarse judicialmente el asunto, otros dos años para la prescripción del plazo de la acción de repetición de los agentes condenados, contados desde la sentencia o pago extrajudicial. Es decir, un mínimo de doce a catorce años.

- En segundo lugar, establece el requisito de que *se acredite al Registrador Mercantil la constitución de las garantías a que se refiere esta ley, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido.*

Ciertamente, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de septiembre de 2000, establece la forma de acreditar las garantías que se prevén en el artículo 20.1 de la LOE, pero nada dice de cómo acreditar las garantías que prevé el artículo 20.2.

Cabe pensar que podrán acreditarse de la misma forma que las anteriores garantías ya que, en parte, son las mismas y se supone que las anteriores ya estarán acreditadas en la forma que prevé dicha Instrucción, por lo que solamente bastará acreditar al Registrador Mercantil las anteriores escrituras de declaración de obra nueva o cualquiera de las otras formas previstas para acreditarlas.

Es decir, se establece un doble requisito: el primero *temporal*, que no podrá inscribirse la liquidación cuando respecto de las promociones ejecutadas no hayan transcurrido los plazos de prescripción de la responsabilidad y, el segundo *material*, deber de acreditar ante el Registrador Mercantil todas las garantías de las promociones efectuadas.

A resultados de lo expuesto anteriormente, abordamos las siguientes cuestiones:

1. ¿CÓMO CONOCERÁ EL REGISTRADOR MERCANTIL QUE ESTÁ CALIFICANDO UNA ESCRITURA DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNA «PROMOTORA» PARA EXAMINAR SI EN ELLA CONCURREN LOS REQUISITOS QUE ESTABLECE LA LOE?

Ciertamente, una mercantil puede tener como objeto social inscrito la promoción de todo tipo de construcciones, no siendo infrecuente que forme parte de un objeto social más amplio (mediación inmobiliaria, venta de promociones, etc.), por lo que éste podrá aparecer en primer lugar o en el último e incluso haberse previsto como objeto social, mas no haberse desarrollado nunca, o sí. Por ello, no parece eficaz que el registrador tome conocimiento por la constancia del mismo en el objeto social inscrito en el registro.

También es frecuente que una empresa, pese a dedicarse a tres o cuatro actividades que constan en el objeto social, solamente conste un epígrafe de ellos en el IAE y en el CNAE, por lo que tampoco este medio parece eficaz.

Parece que solamente podrá conocer con certeza que está ante una promotora si esa actividad aparece mencionada en la propia escritura de liquida-

ción de dicha sociedad, es decir, mediante una declaración unilateral y subjetiva de la sociedad que pretende inscribir su disolución y liquidación. ¿Qué credibilidad tendría esa declaración para el Registrador?

No creemos que por el mero hecho de constar dicha actividad en el objeto social constitutivo o ampliado, el registrador deba de calificar negativamente la escritura, argumentando que no se acreditan los requisitos de la LOE. En su caso, entendemos sería un defecto subsanable.

2. ¿CÓMO SUBSANAR LA «NO MENCIÓN» DE ESOS REQUISITOS, EN LA ESCRITURA DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN?

Efectivamente, ni la LSA, ni la LSRL, ni el RRM tienen previsto en sus articulados la necesidad de acreditar los requisitos de la LOE, por lo que dichas calificaciones negativas estarían amparadas en los requisitos del 20.2 de la LOE y en la presunción realizada por el Registrador de que la mercantil se ha dedicado a la actividad de la promoción por constar dicha mención en su objeto social, más seguramente, serían objeto de múltiples impugnaciones.

Para el caso de que la mercantil se hubiera dedicado a la actividad de la promoción, podrá subsanar el documento y acreditar los requisitos exigidos por la LOE, que como veremos será una tarea ardua.

Pero, para el caso de no haberse dedicado nunca a dicha actividad, ¿cómo subsanará y acreditará el hecho negativo de no haberse dedicado nunca a dicha actividad? ¿Bastará la declaración de la propia mercantil en ese sentido? ¿Estará el liquidador capacitado para efectuar esa declaración y subsanación de defectos? Si su cargo no consta inscrito, no podrá acreditarse como tal ante los organismos pertinentes. ¿Deberá entonces hacerlo el administrador cesado por la disolución no inscrita?

Si no estuviera facultado o capacitado o para el caso de que fuera un defecto insubsanable, ¿deberá convocarse nuevamente la Junta de Accionistas o de Socios para hacer constar esa declaración —positiva o negativa— como un punto del orden del día y poder así constar en el certificado de los acuerdos de la Junta que se elevan a públicos?

De la literalidad del artículo 20.2 de la LOE que se refiere sólo a «liquidación», quizá el problema de la inscripción del cargo de liquidador desaparece si los acuerdos de la Junta se limitan a acordar la disolución de la mercantil y nombramiento de liquidador/es ya que, en ese caso, no vemos ningún impedimento para calificar negativamente la inscripción, ya que no se ha liquidado la mercantil, sino que inicia el periodo de liquidación para el que disponen de tres años. Concentrándose los problemas apuntados sólo cuando se pretenda inscribir una sola escritura de disolución y liquidación (dado que la califica-

ción negativa se presume que será de todo el documento inscribible) o cuando tras las operaciones de liquidación se pretenda inscribir la liquidación.

3. ¿CÓMO CONOCERÁ EL REGISTRADOR MERCANTIL QUE HAN TRANSCURRIDO TODOS LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD RESPECTO DE TODAS LAS PROMOCIONES EJECUTADAS?

Para poder intentar responderla es necesario preguntarse primero: ¿Cómo puede alguien ajeno a la sociedad —sea un particular, sea el Registrador Mercantil, sea el Juez del concurso— conocer las promociones que una mercantil ha efectuado?

Parece claro que, ante la inexistencia de un registro informático —sea del ámbito geográfico que sea— en el que todos los Ayuntamientos publiquen o informen de las Licencias de Obras mayores y/o menores otorgadas en su término municipal al que poder consultar y solicitar una certificación de su contenido identificando las diversas licencias concedidas y las promociones que ha desarrollado con la finalidad de acompañarla a la Escritura de Liquidación de la mercantil para de ese modo acreditar las promociones efectuadas, tanto al particular como al Registrador le quedan pocas opciones de conocimiento.

Ciertamente, las Haciendas Locales disponen de dicha información, pero no parece efectivo por su enorme complejidad tener que dirigirse a todas y cada una de las Haciendas Locales de todos los municipios de España y del extranjero (puesto que también allí pueden haber efectuado promociones), para interesar una certificación positiva o negativa de las promociones en las que ha tomado parte la mercantil que decide disolverse y liquidarse.

Dado que el 20.2 de la LOE exige que sean «(...) de *todas y cada una de las edificaciones* (...)», la información que reúna tales características debe ser completa y exhaustiva y, para poder dar cumplimiento a tan exagerado redactado, deberá comprender tanto una *certificación positiva* de las promociones efectuadas como, en su caso, una *certificación negativa* que acredite que en dicho municipio no ha efectuado ninguna promoción, so capa de no ser completa al no comprender todas las promociones.

Quizá bastara con limitar esas certificaciones al ámbito geográfico en el que tenga su domicilio u oficinas permanentes, pero ello no sería completo ya que, una mercantil puede operar en cualquier lugar del mundo —para eso tiene personalidad jurídica propia—, pudiendo hacerlo bien directamente, bien a través de una UTE permanente o específica, bien de una *joint venture*, bien verse implicada en la titularidad de una promoción como consecuencia de la compraventa de activos o de sociedades o de acciones, etc.

Si a los anteriores problemas geográficos le unimos los derivados del tiempo, veremos que esa hipotética y posible certificación de las promociones efectuadas debería referirse, como mínimo, a todas las de los últimos doce años (plazo mínimo de prescripción de todas las acciones de responsabilidad previstas por la LOE), pero puede abarcar bastantes más. Tanto las mercantiles como las administraciones públicas están obligadas a guardar la información contable y fiscal de los últimos cinco años y no suelen guardarla más allá de esa fecha, por lo que se desestima como posible solución tomar conocimiento de las promociones por los modelos y declaraciones tributarias.

Ciertamente, para justificar el requisito de las garantías referidas a las promociones, cabría aportar copia de los seguros decenales suscritos; información que podría solicitarse al Consorcio de Compensación de Seguros y Reaseguros y presentarla como certificación de: póliza de los seguros suscritos, compañía aseguradora y promoción asegurada. Si ello no fuera posible a través del Consorcio debería acudir, conocida la anterior información, a todas y cada una de las aseguradoras (habilitadas en España) para que certifiquen positivamente y, en su caso, negativamente de los seguros decenales que les consten pero, a pesar de todo ello, estamos ante la misma problemática que teníamos anteriormente, ¿cómo acreditar al registrador que esas promociones de la que tengo seguro decenal son todas las que he efectuado? A lo sumo, si la información es completa y exhaustiva acreditaré las realizadas en España, no las del extranjero...

Analizada la cuestión, vemos que uno de los requisitos del artículo 20.2 de la LOE es de imposible cumplimiento e imposible de acreditar mediante pruebas o documentos objetivos externos a la propia mercantil, salvo que se admita la única prueba plausible: la declaración subjetiva. La propia declaración unilateral de la mercantil que exprese y dé conocimiento a terceros de todas y cada una de las promociones que ha efectuado o en las que ha intervenido en algún momento, es la única prueba consistente para poder acreditar tan magno requisito legal.

Efectivamente, sólo la mercantil podrá expresar con conocimiento de causa y detalle todas y cada una de las promociones en las que ha participado, pero, ¿cómo recuperar y acreditar toda la información de hace más de diez años?

Creo que la única solución efectiva para poder cumplir el requisito examinado es que en la propia escritura pública de liquidación de la mercantil conste una declaración efectuada por el/los administradores de la mercantil y, eventualmente el/los liquidadores de la misma, por medio de la cual expresen todas y cada una de las promociones en las que la mercantil ha participado, dando cuenta de la ubicación de la misma, fecha de certificado, póliza de seguro suscrito, compañía aseguradora, periodo de vigencia, etc... Para ello, sería necesario que dicha certificación fuera suscrita no sólo por los actuales

órganos de administración o liquidación de la sociedad, sino también por todos los antiguos administradores (salvo casos de fallecimiento, incapacidad, etc.), pues son ellos quienes bajo su responsabilidad conocen las promociones que hicieran antaño y los responsables de tomar los seguros decenales (aunque su responsabilidad personal por los actos anteriores esté ya extinguida).

Asimismo, dado que la «Certificación de promociones efectuadas» (medio de prueba que propone este artículo) en tanto declaración subjetiva y unilateral de la mercantil es la única prueba plausible para poder cumplir el redactado del artículo (salvo que el legislador proceda a modificar su actual redactado), dicha declaración si no fuera exacta y completa —al constar en una escritura pública— debería de serle predicable el delito de «falsedad en documento público»; ya que, el falseamiento de las promociones efectuadas de no tener una severa consecuencia penal, invita a que no se incluyan todas ellas. Dicha declaración debería estar bajo la tutela de los tribunales que decidirán sobre la veracidad o falsedad de la misma y, asimismo, el Registro Mercantil debería dar publicidad a dicha «Certificación de promociones efectuadas» para que, cualquier particular, una vez liquidada la sociedad —que es de lo que estamos tratando— pueda conocer con certeza si esa mercantil liquidada realizó total o parcialmente una determinada promoción y quien ostentaba el seguro decenal.

Respecto de la utilidad de la publicación de la «Certificación de promociones efectuadas» volveremos más tarde.

4. ¿PUEDE EL REGISTRADOR MERCANTIL DENEGAR EL CIERRE REGISTRAL DE LA HOJA Y LA INSCRIPCIÓN DE LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL PROMOTORA A RESULTAS DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL (178 LC), POR NO ACREDITARSE LA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS O EL TRANSCURSO DE LOS PLAZOS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 20.2 DE LA LOE?

Parece que así debiera ser, ya que la LOE no contempla ni matiza regla alguna para las situaciones concursales, luego esos requisitos también les serían aplicables. Indudablemente, el Registrador podrá calificar negativamente el mandamiento judicial, expresando si los defectos son o no subsanables. ¿Estará capacitado el administrador concursal para expedir la «Certificación de promociones efectuadas»?

Dado que la LC no obliga a expresar en la demanda de concurso voluntario ni necesario, las promociones efectuadas en los últimos doce años, parece que ni el administrador concursal ni el Juez del concurso estará capacitado para subsanar esos defectos.

De nuevo, la única forma efectiva de poder acreditar esas promociones y garantías será mediante la declaración unilateral de la mercantil concursada efectuada por el/los anteriores administradores.

5. ¿CUÁL ES EL MOTIVO POR EL QUE LA LOE EXIGE ACREDITAR LAS GARANTÍAS DE TODAS LAS PROMOCIONES Y EL TRANS-CURSO DE TODOS LOS PLAZOS PARA PODER LIQUIDAR?

Si como hemos visto, no existe ninguna forma de acreditar los dos anteriores requisitos que establece la LOE, ¿para qué se exigen? Quizá era para que la mercantil respondiera por las futuras responsabilidades que puedan derivarse de las promociones que hayan ejecutado.

Si el Registro Mercantil no publica la «certificación de las promociones efectuadas» que se propone como medio de conocimiento, o bien no queda depositada en el registro para su consulta por terceros —al igual que los acuerdos de fusión—, ¿para qué sirve la publicación? ¿Para qué tantas trabas a su liquidación? Y si ha transcurrido la finalidad para la que se creó, ¿acaso no podrá liquidarse nunca?

EPÍLOGO

Efectuada la consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), sobre cómo acreditar los requisitos del artículo 20.2 de la Ley 38/1999 (LOE); en fecha 1-10-2008, la «Subdirección General del Notariado y de los Registros» responde que: «(...) *esta Dirección General considera que no es de su competencia resolver cuestiones como las planteadas en su escrito por estar sujetas a calificación de los Registradores Mercantiles*». Despachando la consulta efectuada, se recomienda que se consulte directamente con el Registrador Mercantil.

No fue esa la respuesta que la DGRN dio frente a la consulta efectuada por la Dirección General de Seguros sobre cómo acreditar los requisitos del 20.1 de la LOE —que motivó la Instrucción de 11-9-2000—, ni tampoco fue esa la respuesta frente a las consultas que, posteriormente, motivaron la Resolución-Circular de 3-12-2003, ambas sin perjuicio de la calificación registral.

Llegados a este punto, todavía es más necesario que se reforme la ley eliminando dichas trabas —por innecesarias, al ser de imposible aplicación—, o bien que la Administración informe a los ciudadanos sobre el modo de acreditar los requisitos exigidos, ya que no hacerlo vulnera la seguridad jurídica. Dado que los requisitos estudiados no son recientes, sólo se aventura a pronosticar que —pese a estar vigentes— quizá nadie ha reparado en ellos,

ni se han exigido por los liquidadores, ni por los jueces, ni por los administradores concursales, ni por los registradores mercantiles, ni han sido motivo de calificaciones negativas, ni de recursos gubernativos, es decir: a nadie le interesa su aplicabilidad.

RESUMEN

LOE. LIQUIDACIÓN

Para que en el Registro Mercantil conste inscrita la disolución y liquidación de una sociedad mercantil promotora, el artículo 20.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) impone unos requisitos que en la práctica son de imposible cumplimiento y acreditación. Descartados los registros públicos y oficiales para acreditar la información requerida, el único medio de prueba plausible y posible es una declaración subjetiva y unilateral efectuada por la misma promotora. El Registrador Mercantil sólo podrá conocer las promociones efectuadas, el transcurso de los plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad y las garantías de todas las promociones efectuadas mediante la certificación de promociones efectuadas realizada por la propia mercantil, debiendo tomar como cierta dicha declaración unilateral y subjetiva al no existir otro modo de acreditación de los requisitos exigidos ex lege para su inscripción. Salvo que el legislador modifique la LOE, si no se acredita el cumplimiento de los requisitos, los registradores deberían denegar la inscripción de disolución, aunque fuere solicitada por una resolución judicial. Cualquier interesado debería poder consultar la certificación que se propone, cumpliendo así la función de garantía de los usuarios y consumidores.

ABSTRACT

BUILDING PLANNING ACT. LIQUIDATION

In order for the winding-up and liquidation of a property development company to be entered in the Mercantile Registry of Spain, section 20.2 of the Building Planning Act (BPA) sets a number of requirements that are, in practice, impossible to meet and whose compliance it is impossible to prove. Since public and official registration authorities are ruled out as creditable sources of the required information, the only plausible, possible means of proof is a subjective, unilateral statement given by the company itself. The mercantile registrar is informed of the development schemes the company has run and the status of deadlines for the lapse of liability and guarantees in all development schemes the company has run by means of a certificate issued by the company itself, and the registrar must accept this unilateral, subjective statement as true, because there is no other means of showing proof of compliance with the requirements set by law for registration. Unless the BPA is amended, if a registrar is not shown proof of compliance with the requirements, the registrar must refuse to register the fact that a company has been wound up, even if the judicial authorities have asked the registrar to do so. Any person with an interest ought to be able to consult the proposed certificate, so that the function of user and consumer guarantee could be fulfilled.

(Trabajo recibido el 19-09-08 y aceptado para su publicación el 29-05-09)