

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8606 *Resolución de 18 de abril de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por la notaria de Jijona, contra la negativa del registrador mercantil II de Alicante a inscribir la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por la Notaria de Jijona, doña María de los Reyes Sánchez Moreno, contra la negativa del Registrador Mercantil II de Alicante, don Julián Muro Molina, a inscribir la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por la Notaria de Jijona, doña María de los Reyes Sánchez Moreno, el 17 de enero de 2011 se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada por dos personas físicas, con un capital social de 3000 euros, regida por un administrador único, con la particularidad de que, respecto de los Estatutos Sociales, dicha escritura se limita a expresar que la sociedad «se regirá por los Estatutos aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 3 de diciembre,...» y en la misma se especifica únicamente la denominación, el capital, el domicilio y el objeto de la sociedad, así como el día de comienzo de las operaciones sociales, la designación de un administrador único, el carácter gratuito de este cargo y su duración por tiempo indefinido. Además, la certificación de denominación social expedida por el Registro Mercantil Central no se había solicitado ni expedido telemáticamente sino que se había obtenido en soporte papel por el interesado el 19 de octubre de 2010.

II

La copia autorizada de dicha escritura se presentó en el Registro Mercantil de Alicante el 21 de enero de 2011 y fue objeto de calificación negativa el día 27 de enero, con los siguientes Fundamentos de Derecho:

«... 1.–Deben incorporarse a la escritura los Estatutos Sociales. Artículo 18.2 del Código de Comercio. Se hace constar que al no estar otorgada la escritura el mismo día de la obtención de la certificación negativa de denominación del Registro Mercantil Central ni haberse expedido telemáticamente la citada certificación (artículo 5.2.a Real Decreto Ley 13/2010 de 3 de diciembre), no procede la aplicación del plazo de calificación e inscripción contemplado por el artículo 5.2 letra b del meritado Real Decreto.

En relación con la presente calificación:

Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones...

Puede impugnarse directamente ante el Juzgado de lo Mercantil...

Cabe interponer recurso en este Registro Mercantil para la Dirección General de los Registros y del Notariado...

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del R.M.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro. Alicante veintisiete de enero de dos mil once.»

Dicha calificación se notificó a la Notaria autorizante el mismo día.

III

La Notaria interpuso recurso que causó entrada en el Registro Mercantil de Alicante el día 3 de febrero de 2011. Los argumentos de la recurrente son los siguientes:

a) Reconociendo que es necesario incorporar a la escritura los Estatutos Sociales, en la escritura calificada sí que «han sido incorporados por remisión a la Orden Ministerial JUS 3185/2010».

b) La incorporación de documentos a la escritura es un concepto notarial que no siempre ha de entenderse en el sentido literal del término. Y ello es así en casos como el presente, en que el deber de incorporación debe entenderse cumplido por la remisión a la citada Orden Ministerial, que goza de una publicidad superior a la que le atribuiría el Notario al incorporarla en su escritura, pues a tales efectos ya figura publicada en el correspondiente Boletín Oficial del Estado.

c) En el Reglamento Notarial se encuentran varios ejemplos en que una eventual incorporación a la escritura es sustituida por otro mecanismo distinto pero equivalente cuando éste goza de la suficiente publicidad. Así, el artículo 159 no exige testimoniar el contenido de las capitulaciones matrimoniales cuando el régimen pactado sea uno de los regulados en la Ley, en que bastará hacer constar cuál de ellos es. El artículo 164, al regular la intervención a través de representante, exige la reseña de los datos identificativos del documento del que surge la representación, salvo que ésta emane de la Ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia. El artículo 168 exige a las autoridades y funcionarios públicos de justificar al Notario su cargo cuando al Notario le conste por notoriedad (y al Notario le constará por notoriedad cuando resulte publicado su nombramiento en el correspondiente Boletín Oficial). Es además una práctica extendida que la existencia de las Administraciones Públicas Territoriales intervinientes en la escritura no se acredite, en tanto que la creación de dichas Administraciones Públicas goza de la publicidad que les confiere su creación por Ley. Y para acreditar la existencia y funcionamiento del resto de personas de Derecho Público, bastará citar en el instrumento la disposición legal o administrativa que las crea, sin necesidad de su transcripción, cuando se encuentre publicada en el oportuno Boletín Oficial.

d) Es indudable que el Real Decreto-Ley 3/2010 de 13 de diciembre no ha pretendido alterar lo dispuesto en el artículo 18.2 del Código de Comercio, pero sí que está contemplando otra forma de incorporación ligada a la agilidad del otorgamiento que pretende conseguir y basada en la publicidad que a los Estatutos proporciona su aprobación por Orden Ministerial y consiguiente publicación de los mismos en el Boletín Oficial del Estado, Estatutos cuya validez se presupone sea cual sea la forma social y las circunstancias en que haya sido constituida la sociedad y, por tanto, se cumplieran o no para la sociedad a que este recurso se refiere, los requisitos que establece el artículo 5.2 a) del citado Real Decreto-Ley 3/2010.

e) Acerca de la constancia en la nota de calificación de que no procede la aplicación del plazo de calificación e inscripción contemplado en el artículo 5.2.b del Real Decreto, solo procede constatar por nuestra parte que no ha sido efectivamente respetado.

IV

El Registrador emitió su informe mediante escrito de 5 de febrero de 2011 y remitió el expediente a este Centro Directivo, en el que causó entrada el día 16 de febrero.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo; 22.1.d) de la Ley de Sociedades de Capital; 17 bis de la Ley del Notariado; 176 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; 193 del Reglamento Notarial; la

Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, por la que se aprueban los Estatutos-tipo de las sociedades de responsabilidad limitada; y las Resoluciones de esta Dirección General de 24 de enero de 1986 y 9 de diciembre de 1993.

1. En el supuesto del presente recurso se constituye una sociedad de responsabilidad limitada mediante una escritura autorizada el 17 de enero de 2011 en la que los otorgantes se limitan a expresar que la sociedad «se registrará por los Estatutos aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 3 de diciembre, ...» y en la misma se especifica únicamente la denominación, el capital, el domicilio y el objeto de la sociedad, así como el día de comienzo de las operaciones sociales, la designación de un administrador único, el carácter gratuito de este cargo y su duración por tiempo indefinido.

Además, se incorpora a dicha escritura una certificación negativa de denominación social expedida en soporte papel por el Registro Mercantil Central el 19 de octubre de 2010.

El Registrador se niega a practicar la inscripción solicitada porque falta la incorporación de los Estatutos Sociales a la escritura. Además, considera que, al no estar otorgada la escritura el mismo día de la obtención de la certificación negativa de denominación del Registro Mercantil Central ni haberse expedido telemáticamente dicha certificación, no procede la aplicación del plazo de calificación e inscripción establecido por el apartado dos del artículo 5 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre.

2. Empezando por la segunda de las cuestiones planteadas en la calificación objeto de impugnación, debe tenerse en cuenta que el citado Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, contiene un conjunto de medidas de distinta índole cuyo objetivo es incrementar la inversión productiva, la competitividad de las empresas españolas y la creación de empleo. Algunas de tales medidas se dirigen a la agilización y reducción de costes del proceso constitutivo de las sociedades de capital, especialmente las de responsabilidad limitada con capital social no superior a 30000 euros que no tengan entre sus socios personas jurídicas y cuyo órgano de administración se estructure como un administrador único, varios administradores solidarios, o dos administradores mancomunados.

Concretamente, por lo que interesa en este recurso, el apartado dos del artículo 5 de dicho Real Decreto-Ley establece que para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital social no sea superior a 3100 euros y cuyos Estatutos se adapten a los aprobados por el Ministerio de Justicia, se seguirán –además de las previstas en el apartado uno del mismo artículo– las siguientes reglas:

a) El Notario autorizará la escritura de constitución en el mismo día en el que, aportados todos los antecedentes necesarios para ello, reciba la certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central.

b) El Registrador Mercantil procederá a la calificación e inscripción dentro del plazo de las 7 horas hábiles siguientes a la recepción telemática de la escritura.

c) Se aplicarán como aranceles notariales y registrales la cantidad fija de 60 euros para el Notario y 40 para el Registrador.

Como pone de manifiesto la exposición de motivos, la reforma pretende que con carácter general, la constitución de sociedades de responsabilidad limitada se efectúe en un periodo temporal reducido de entre 1 y 5 días. Con ello se hace compatible el modelo de seguridad jurídica preventiva con la imprescindible agilidad en el proceso constitutivo de sociedades mercantiles en la línea de los objetivos perseguidos por el Real Decreto-Ley 13/2010 en relación con esta materia.

Para el logro de tal objetivo se parte de unos presupuestos relativos al tipo societario, a la condición de persona física de los socios, al capital social, al sistema de organización de la administración de la sociedad y, en su caso, a la adaptación de los Estatutos Sociales a alguno de los aprobados por el Ministerio de Justicia, de modo que a tales presupuestos y requisitos se anudan específicos efectos para conseguir el pretendido ahorro de trámites y de costes en la constitución de tales sociedades. Por ello, habida cuenta de la finalidad de tales normas, claramente expresada en la referida disposición legal, deberán ser interpretadas de la manera más adecuada para que puedan ser aplicadas permitiendo la pretendida agilización de la constitución de tales sociedades. Por otra parte, dicho propósito

normativo deberá ser tenido en cuenta para determinar las consecuencias de la eventual inexistencia de alguno de los referidos presupuestos tipológicos o estructurales, así como del incumplimiento de los requisitos y obligaciones procedimentales impuestos.

En todo caso, el procedimiento establecido se basa en la imposición de determinadas obligaciones a Notarios y Registradores consistentes, por un lado, en la obligación de tramitación telemática y, por otro, en la realización de trámites (solicitud de Número de Identificación Fiscal provisional o definitivo), también en formato electrónico y en unos plazos determinados para el cumplimiento de dichas obligaciones.

A la constitución de sociedades con las características descritas y con el procedimiento telemático señalado se anuda la reducción de costes, concretados en la fijación de aranceles notariales y registrales, así como la exención de tasas de publicación.

Desde este punto de vista, la reducción de costes prevista en los apartados uno y dos del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010 no se aplicará cuando falte alguno de los presupuestos que, respectivamente, se exigen relativos al tipo societario, a la composición subjetiva, al capital social, al sistema de administración y –en su caso– adaptación de estatutos a alguno de los aprobados por el Ministerio de Justicia.

La agilización y celeridad en el proceso constitutivo se vincula al conjunto de obligaciones de Notarios y Registradores, entre las que destaca la tramitación telemática. Sin embargo y a diferencia de los aspectos estructurales y tipológicos de la sociedad que se constituye (tipo social, condición de persona física de los socios, capital social, sistema de administración y Estatutos-tipo) no puede interpretarse que todo incumplimiento de los deberes que la disposición legal debatida impone a Notarios y Registradores precisamente para agilizar la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por vía telemática tenga como consecuencia la exclusión del régimen en aquella disciplinado. Por tanto, debe concluirse que aun cuando el Notario al que se haya aportado todos los antecedentes necesarios para ello autorice la escritura de constitución transcurrido el plazo de un día hábil contado desde la recepción de la certificación negativa de denominación expedida telemáticamente por el Registro Mercantil Central –o en el mismo día, si se trata de Estatutos adaptados a los aprobados por el Ministerio de Justicia–, no por ello puede el Registrador negarse a practicar la calificación e inscripción en el plazo abreviado legalmente establecido. En este sentido, no puede entenderse que el incumplimiento de una obligación que se impone al Notario para conseguir dicha agilización impida la calificación e inscripción de la escritura en el plazo abreviado cuando se han cumplido todos los demás requisitos que forman parte propiamente del acto de constitución de la sociedad. Cuestión distinta es que pueda derivarse responsabilidad disciplinaria de dicho Notario cuando le sea imputable el retraso en la prestación de su función, pero ello no puede implicar la paralización del proceso constitutivo ni la inaplicación del régimen previsto en el mencionado Real Decreto-Ley 13/2010.

Por las mismas razones, no cabe entender que el hecho de un eventual incumplimiento del Registrador en la calificación e inscripción de la escritura en el plazo abreviado –según los casos, 3 días hábiles o 7 horas siguientes a la recepción telemática de la escritura– pueda tener como consecuencia la inaplicabilidad del régimen legal y, por tanto, que se le exima de otras obligaciones previstas en el mismo o de la reducción de costes establecidos para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por vía telemática (expedición, el mismo día y a solicitud del interesado, de certificación acreditativa de la correcta inscripción de la sociedad y del nombramiento de los administradores designados en la escritura, remisión al Notario autorizante de la escritura de constitución, de la notificación de que se ha procedido a la inscripción con los correspondientes datos registrales; exención del pago de tasas por la publicación de la inscripción de la sociedad en el Boletín Oficial del Registro Mercantil). En este caso, como en el anterior, el incumplimiento por parte del Registrador de sus obligaciones puede desencadenar responsabilidad disciplinaria, pero no puede suponer la paralización del proceso constitutivo o la inaplicación de la normativa mencionada.

Por lo que interesa específicamente en el supuesto del presente recurso, debe tenerse en cuenta que para conseguir la pretendida agilización de la constitución de las sociedades

se impone que la certificación de denominación social sea expedida telemáticamente por el Registro Mercantil Central en el plazo de un día hábil desde su solicitud y, asimismo –como ha quedado expuesto– que, una vez suministrados al Notario todos los demás antecedentes necesarios, la escritura de constitución se autorice también en el mismo día en el que, aportados todos los antecedentes para ello, reciba aquella certificación. Dicha previsión normativa se funda en el reiterado objetivo de agilización del proceso de constitución de sociedades de responsabilidad limitada, al que responde la fijación de un plazo máximo para la expedición de la certificación negativa de denominación y su tramitación telemática. Además, dichos requisitos constituyen el modo de fijar el día a quo para el cómputo del plazo de otorgamiento y remisión telemática de la escritura pública de constitución por el Notario autorizante al Registro Mercantil correspondiente.

Con base en su finalidad, es indudable que cuando sea el Notario el que solicite el certificado negativo de denominación al Registro Mercantil Central, deberá hacerlo de forma telemática y su recepción por la misma vía determinará el comienzo del plazo para la autorización de la escritura de constitución, siempre que disponga de todos los antecedentes necesarios para ello.

Como señala el artículo 5. uno a) de la mencionada norma, la solicitud de certificación negativa de denominación podrá realizarla el Notario, el interesado o su autorizado. Precisamente en el caso del presente recurso dicho certificado fue aportado por el interesado en formato papel y ya habían pasado varios días desde su emisión. La cuestión que se plantea es si en el caso de que haya transcurrido el día en que se haya recibido la certificación –por tratarse del supuesto contemplado en el apartado dos del citado artículo– o cuando se presente en formato papel por el interesado (como sucede en el presente caso) la constitución de la sociedad debe excluirse del ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley.

Si fuera el Notario quien solicitara el certificado negativo de denominación, será éste quien recibirá la certificación electrónica procedente del Registro Mercantil Central, que deberá remitirla en el plazo máximo de un día hábil desde dicha solicitud. Como ha quedado expuesto, el Notario quedará obligado a autorizar la escritura en el plazo máximo de un día hábil contado desde la recepción –o en el mismo día si se trata, como en este caso, de Estatutos adaptados a los aprobados por el Ministerio de Justicia– y en el mismo día del otorgamiento deberá remitir telemáticamente copia autorizada de la escritura al Registro Mercantil. Si la certificación negativa fuera solicitada por el interesado o por su autorizado, el plazo reseñado comienza a contar desde que es aportado al Notario dicho certificado y no desde la recepción por el solicitante, según resulta de la «ratio» de la norma. En este caso, el certificado negativo de denominación formará parte de los «antecedentes necesarios» para la autorización de la escritura de constitución por el Notario.

Respecto del formato de la certificación negativa de denominación, el procedimiento regulado por el Real Decreto-Ley parte de una obligación del Notario –la solicitud telemática– y del Registro Mercantil Central –su expedición en este mismo formato–. Se plantea a este respecto si el formato electrónico es también preceptivo para el interesado cuando gestiona por sí mismo o a través de persona autorizada la solicitud. Aunque la Ley pretende impulsar el uso de instrumentos tecnológicos también para los ciudadanos, el hecho de que la certificación sea presentada por el interesado en soporte papel no puede considerarse un impedimento para la continuación del proceso constitutivo dentro del procedimiento previsto y, por tanto, para que sean exigibles las obligaciones que se imponen a Notarios y Registradores en relación con los plazos, así como para aplicar las reducciones arancelarias que de ello se deriva. En todo caso, la solicitud no telemática de certificación negativa de denominación no exime al Registro Mercantil Central de emitirla y enviarla al interesado en el plazo de un día hábil previsto en la Ley.

Las razones que anteceden conducen al rechazo del criterio expresado por el Registrador, según el cual aun cuando no considere que exista un defecto obstativo de la inscripción, concluye que no procede la aplicación del plazo abreviado de calificación e inscripción establecido por el apartado dos del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010.

3. El motivo por el que el Registrador se niega a practicar la inscripción solicitada consiste en la falta de incorporación de los Estatutos Sociales a la escritura. Frente a tal objeción la Notaria recurrente argumenta que, habida cuenta de la publicidad que a los Estatutos proporciona su aprobación por Orden Ministerial y consiguiente publicación de los mismos en el Boletín Oficial del Estado, es suficiente la remisión a dicha Orden contenida en la escritura calificada.

El criterio del Registrador debe ser confirmado. En efecto, una de las menciones esenciales de la escritura de constitución de toda sociedad de responsabilidad limitada está constituida, precisamente, por los Estatutos Sociales, como normas de organización societaria corporativa –cfr. artículo 22.1.d) de la Ley de Sociedades de Capital–.

Mediante la exigencia legal de que los Estatutos figuren como contenido necesario de la escritura se pretende que quede fijado, en el momento de la constitución, el régimen corporativo de la sociedad.

Al especificar el contenido de tales Estatutos no es necesario reproducir reglas idénticas a las legales cuando en los mismos se haga constar la remisión al contenido de la Ley, dada la aplicación, unas veces imperativa y en otras ocasiones supletoria, que tienen las normas contenidas en ella (cfr., por todas, las Resoluciones de 24 de enero de 1986 y 9 de diciembre de 1993).

En todo caso, esas menciones necesarias así como aquellas otras que incluyan los socios en los Estatutos potestativamente deben ser objeto del consentimiento contractual expresado en el otorgamiento de la escritura de constitución –o de modificación estatutaria–. Y el hecho de que, con afán de simplificación y agilización en el procedimiento constitutivo se prevea por el legislador la utilización de modelos de Estatutos, como los aprobados mediante la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, no significa que los socios fundadores queden exonerados de la obligación de incluir en la escritura de constitución esas menciones estatutarias –necesarias unas y, en su caso, potestativas otras–, pues tales Estatutos no tienen el carácter de norma legal a la que los socios puedan remitirse o que entre en juego supletoriamente. Además, debe entenderse que los referidos modelos no sólo pueden ser completados en algunos aspectos, sino que en otros extremos es imprescindible su concreto detalle (como el relativo al número exacto de administradores solidarios o el concreto número máximo y el mínimo de ellos).

Por ello, debe concluirse que también en el presente caso es necesario que los Estatutos queden íntegramente contenidos en la escritura de constitución de la sociedad, como materia sobre la que ha de recaer el consentimiento de los socios fundadores, con su examen y atención (de suerte que, mediante la correspondiente lectura, queden debidamente informados del contenido de tales Estatutos y expresen respecto de los mismos su voluntad debidamente informada), evitando que, por temeraria simplificación de la técnica notarial, se quebrante el esquema conceptual del instrumento y pierda éste su fuerza, y aun su razón de ser, al traspasar a dichos modelos de Estatutos-tipo lo que debe tener lugar obligado en la escritura, para poder recibir en ella precisamente la virtud del otorgamiento y autorización.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en cuanto al motivo impeditivo de la inscripción invocado por el Registrador y revocar el criterio expresado en su nota respecto del plazo de calificación e inscripción establecido por el apartado dos del artículo 5 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, todo ello en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

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

Madrid, 18 de abril de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.