

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3465 *Resolución de 11 de enero de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador mercantil XXIII de Madrid a propósito de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Gerardo Von Wichmann Rovira, notario de Alcobendas, contra la nota de calificación del registrador Mercantil XXIII de Madrid, don Fernando Trigo Portela, a propósito de la escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada autorizada por el recurrente el 6 de septiembre de 2022 con el número 3.329 de protocolo, en relación, por una parte, con la definición de una de las múltiples actividades delimitadoras del objeto social y, por otra, con la acreditación del efectivo desembolso de las aportaciones dinerarias constitutivas del objeto social.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 6 de septiembre de 2022 por el notario de Alcobendas, don Gerardo Von Wichmann Rovira, con el número 3.329 de protocolo, se procedió a constituir la sociedad de responsabilidad limitada «Eves Pottery, S.L.». A los efectos que al presente recurso interesa destacar los dos siguientes extremos:

a) Que en el artículo 2 de los estatutos sociales, dedicado a la delimitación del objeto social, entre las 22 actividades que enumera, incluía en el lugar decimocuarto la correspondiente a «transporte y almacenamiento». En el mismo artículo estatutario, se incluía un párrafo donde se advertía que, «en todo caso, quedan excluidas del objeto social todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no se cumplan por esta sociedad».

b) Que el certificado bancario incorporado a la escritura figuraba emitido el día 23 de agosto de 2022, y en él se indicaba que, en la cuenta cuyo número especificaba, abierta a nombre de «Eves Pottery, S.L.», en constitución, se había ingresado el día 8 de febrero de 2022 la cantidad que señalaba por la persona que identificaba y que, según escrito de esa misma fecha, firmado por la misma persona, las aportaciones dinerarias habían sido realizadas a efectos de constitución de sociedad limitada.

II

Presentada dicha escritura el día 12 de septiembre de 2022 en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Fernando Trigo Portela, registrador mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos:

Diario/Asiento: 175/1104.

F. presentación: 12/09/2022.

Entrada: 1/2022/137.106,0.

Sociedad: Eves Pottery S.L.
Autorizante: Von Wichmann Rovira Gerardo.
Protocolo: 2022/3329 de 06/09/2022.

Fundamentos de Derecho (defectos):

1. Defectos subsanables:

La actividad de "transportes" que forma parte del objeto social está sujeta a autorización administrativa en los términos previstos con carácter general en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (artículos 42 y siguientes) y disposiciones concordantes, siendo por tanto necesario acreditar dicha autorización (artículo 84 del Reglamento del Registro Mercantil) ya que no se sujeta el inicio de actividades de la sociedad a su previa obtención o cumplimiento de los requisitos en su caso exigidos para las mismas.

2. La certificación bancaria acreditativa de las aportaciones dinerarias está caducada, al haber transcurrido el plazo previsto en el artículo 62.3 de la Ley de Sociedades de Capital y 189.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)

Madrid, a 16 septiembre de 2022 El registrador (firma ilegible).»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Gerardo Von Wichmann Rovira, notario de Alcobendas, interpuso recurso el 11 día de octubre de 2022 mediante el escrito que, a continuación, se transcribe:

«El que suscribe, Gerardo v. Wichmann Rovira, notario de Alcobendas, haciendo uso del derecho concedido por el Reglamento del Registro Mercantil y demás disposiciones aplicables, como autorizante de la escritura de constitución de sociedad limitada, de fecha seis de septiembre de 2022, número 3.329 de protocolo, cuya copia se acompañará al Registro, por la presente recurre la calificación de dicha escritura, solicitando la reforma de la misma, fundándose en las siguientes razones:

I. Que el primer defecto señalado por el registrador, don Fernando Trigo Portela, se refiere a que entre las actividades incluidas en el objeto social –que no es la principal– figura la de "Transporte y almacenamiento", considerando el registrador que ello impide la inscripción pues "La actividad de 'transportes' que forma parte del objeto social está sujeta a autorización administrativa en los términos previstos con carácter general en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (artículos 42 y siguientes) y disposiciones concordantes, siendo por tanto necesario acreditar dicha autorización (artículo 84 del Reglamento del Registro Mercantil) ya que no se sujeta el inicio de actividades de la sociedad a previa obtención o cumplimiento de los requisitos en su caso exigidos para las mismas".

En principio, debe tenerse en cuenta lo establecido por la resolución de la DG de 10 de junio de 1992, corroborado por otras posteriores, en la cual el registrador suspendió la inscripción de una sociedad cuyo objeto estaba relacionado con el transporte al estimar que la misma no podía dar comienzo a las operaciones propias del objeto social hasta no estar inscrita en el Registro Administrativo correspondiente, señalando la DG que "La existencia de actuaciones que sin ser las de prestación del servicio de transporte deben reputarse indubitadamente como incluidas en el objeto social de la entidad en cuestión, en tanto que trámites imprescindibles encaminados a hacer posible en su día el desenvolvimiento de la actividad específica de transporte, y que no quedan sujetas a la exigencia de previa autorización administrativa; la significación propia de la previsión

estatutaria de la fecha de comienzo de las operaciones sociales, como mera determinación del momento en que los constituyentes convienen en dar inicio a la actividad social, en el sentido amplio de esta expresión, sin perjuicio del tratamiento jurídico que corresponda a las actuaciones desde entonces realizadas en función del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos legales previstos para la constitución de la sociedad, son consideraciones que excluyen la pretendida incompatibilidad entre la fijación del momento de otorgamiento de la escritura constitutiva como fecha de comienzo de las operaciones, y la exigencia de previa inscripción en el Registro administrativo correspondiente para desenvolvimiento de la actividad principal de la sociedad”.

Pero es que, además, en este caso, aunque el registrador parece señalar otra cosa, el art. 2 de los estatutos contiene la previsión específica de que «En todo caso, quedan excluidas del objeto social todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no se cumplan por esta sociedad.» Por lo cual, teniendo en cuenta el apartado “VI. Inscripción” de la escritura, en el que el otorgante consiente expresamente la inscripción parcial, no se ve razón que impida la inscripción de la sociedad, sin perjuicio de que, si el registrador así lo estima, se excluya el objeto debatido, lo que podrá ser impugnado por el otorgante, pero no se paraliza el tráfico mercantil y se permite que la sociedad adquiera su personalidad jurídica y pueda operar en dicho tráfico.

II. El segundo de los defectos que expresa el registrador en su calificación se refiere a que “La certificación bancaria acreditativa de las aportaciones dinerarias está caducada, al haber transcurrido el plazo previsto en el artículo 62.3 de la Ley de Sociedades de Capital y 189.1 del Reglamento del Registro Mercantil”.

Efectivamente, en el texto de la certificación figura como fecha de expedición la del 8 de febrero de 2022, razón por la cual, el interesado acudió a la entidad bancaria para su renovación y la forma en la que dicha entidad lo hizo fue mediante el estampado del sello del Banco con la fecha (23 de agosto de 2022) y la firma manuscrita de dos apoderados, entendiéndose la Entidad que con ello se ratificaba y renovaba el contenido de dicha certificación.

Como señalaba la resolución de la DG de 7 de septiembre de 2016, a los efectos de lo establecido en el artículo 62 de la Ley de Sociedades de Capital, y de su interpretación teleológica, lo esencial es que quede acreditada la realidad del desembolso de las aportaciones dinerarias, habiendo encomendado el legislador societario el control de la efectiva realidad de tales aportaciones al notario autorizante de la escritura, y parece lógico adoptar aquí un criterio de flexibilidad en consonancia, además, con la finalidad de nuestro legislador de facilitar la creación de empresas, ahora más patente de acuerdo con la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas.

Pues bien, a juicio de este notario, la ratificación del contenido de la certificación anterior que se llevó a cabo por el Banco con fecha 23 de agosto de 2022, mediante el estampado y firma de aquélla, supone –en una interpretación lógica y flexible– la aceptación de su contenido y de la subsistencia del depósito en la cuenta de la sociedad en la fecha indicada, con lo que –como señalaba la citada RDG de 7 de septiembre de 2016– “queda satisfecho razonablemente el objetivo perseguido por el legislador de garantizar la integridad del capital social.”»

IV

Por oficio, de fecha 17 de octubre de 2022, el registrador Mercantil de Madrid emitió el informe previsto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, manteniendo la calificación impugnada, y elevó el expediente a esta Dirección General. Debe advertirse una vez más que el referido informe no es el trámite procesal oportuno para formular alegaciones en defensa de la calificación.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 62 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; 42 y 43 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres; 189 del Reglamento del Registro Mercantil; 33 y 36 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1992, 11 de abril de 2005 y 7 de noviembre de 2013.

1. La primera de las cuestiones que han de abordarse en este expediente es la concerniente a la actividad de «transporte», incluida en la larga enumeración de tareas contenida en el artículo 2 de los estatutos sociales. Según expresa el registrador en su nota, se trata de una actividad sujeta a autorización administrativa con carácter general (artículos 42 y siguientes de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres), sin que se acredite su obtención ni se sujete el inicio de la operativa a la previa consecución de ella.

Del examen de la normativa invocada por el registrador en su nota se desprende que el sometimiento a licencia no tiene un carácter general para todas las variedades de transporte, sino que, como resulta del artículo 42.2 de la citada Ley 16/1987, algunas de ellas son expresamente eximidas de tal carga por la propia ley, e incluso se prevé la posibilidad de una exención más amplia por vía reglamentaria, a cuyo efecto incluye una remisión normativa que faculta para llevarla a cabo en relación con ciertas formas de transporte que tengan una escasa incidencia en el mercado, en razón de la mercancía transportada, de las cortas distancias recorridas o de la pequeña capacidad de carga de los vehículos en que se realice. En uso de esta habilitación, el artículo 33.2 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, dispensa de la autorización a un amplio elenco de modalidades de transporte.

Dando por supuesto la sujeción a autorización en todo caso, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1992 se ocupó de la exigencia del título administrativo ante la objeción opuesta por el registrador en cuanto a la fecha de comienzo de las operaciones, la de constitución por escritura pública, de una sociedad anónima que tenía por objeto el transporte de viajeros por carretera. Revocó en aquella ocasión la calificación negativa con la siguiente argumentación: «La existencia de actuaciones que sin ser las de prestación de servicio de transporte deben reputarse indubitablemente como incluidas en el objeto social de la entidad en cuestión, en tanto que trámites imprescindibles encaminados a hacer posible en su día el desenvolvimiento de la actividad específica de transporte, y que no quedan sujetas a la exigencia de previa autorización administrativa; la significación propia de la previsión estatutaria de la fecha de comienzo de las operaciones sociales como mera determinación del momento en que los constituyentes convienen en dar inicio a la actividad social en el sentido amplio de esta expresión, sin perjuicio del tratamiento jurídico que corresponda a las actuaciones desde entonces realizadas en función del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos legales previstos para la constitución de la sociedad; son consideraciones que excluyen la pretendida incompatibilidad entre la fijación del momento de otorgamiento de la escritura constitutiva como fecha de comienzo de las operaciones, y la exigencia de previa inscripción en el Registro administrativo correspondiente para desenvolvimiento de la actividad principal de la sociedad».

El razonamiento empleado en aquella ocasión por este Centro Directivo resulta plenamente congruente con las condiciones exigidas para el otorgamiento de la autorización en la Ley 16/1987, algunas de las cuales presuponen la cumplimentación plena del proceso constitutivo de la compañía, con la consiguiente inscripción en el Registro Mercantil. Sin necesidad de hacer un análisis exhaustivo, cabe citar que, en el artículo 43.1, se requiere, cuando se trate de una persona jurídica, que tenga

«personalidad jurídica propia e independiente», y en general que disponga de uno o más vehículos matriculados en España o en otro Estado miembro de la Unión Europea, que disponga de dirección y firma electrónica, y que cumpla las obligaciones de carácter fiscal, laboral y social exigidas por la legislación vigente. Y con total explicitud, el artículo 36.1.a) del Real Decreto 1211/1990 demanda la acreditación de que la compañía «se encuentra inscrita en el Registro Mercantil o, en su caso, en el registro público que corresponda».

Por otra parte, en contra de la observación efectuada en la nota de calificación sobre la falta de sujeción del inicio de actividades a la previa obtención de la autorización o cumplimiento de los requisitos exigidos en su caso, debe destacarse que en el propio artículo 2 de los estatutos sociales, donde aparecen descritas las actividades integrantes del objeto social, se incluye un párrafo por el que «en todo caso, quedan excluidas del objeto social todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no se cumplan por esta sociedad».

En consecuencia, debe ser revocado el defecto concerniente a la actividad de transporte por no compadecerse con la legislación invocada como fundamento, y por no corresponderse con el texto estatutario cuestionado.

2. El segundo de los defectos advertidos en la nota impugnada afecta a la acreditación del desembolso en efectivo del capital social. Considera el registrador que la certificación bancaria incorporada a la escritura se encuentra caducada por haber transcurrido el plazo previsto en los artículos 62.3 de la Ley de Sociedades de Capital y 189.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

Como se ha indicado en el primer apartado de los «Hechos», el certificado bancario incorporado a la escritura figura emitido el día 23 de agosto de 2022, y en él se indica que, en la cuenta cuyo número especifica, abierta a nombre de «Eves Pottery, S.L.», en constitución, se ha ingresado el día 8 de febrero de 2022 la cantidad que señala por la persona que identifica y que, según escrito de esa misma fecha, firmado por la misma persona, las aportaciones dinerarias han sido realizadas a efectos de constitución de sociedad limitada. En definitiva, la fecha de la certificación es el día 23 de agosto de 2022, la de constitución del depósito es el día 8 de febrero de 2022 y la de otorgamiento de la escritura de fundación de la sociedad es el día 6 de septiembre de 2022.

El artículo 62.3 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que «la vigencia de la certificación será de dos meses a contar de su fecha»; por su parte, el artículo 189.1 del Reglamento del Registro Mercantil establece que «la fecha del depósito no podrá ser anterior en más de dos meses a la de la escritura de constitución o a la del acuerdo de aumento de capital». Ambos preceptos muestran una aparente discordancia, ya que el primero limita la eficacia de las certificaciones a contar de la fecha de su emisión, mientras el segundo limita la antigüedad del depósito en orden a acreditar la realidad del desembolso, de manera que, si se apreciara la concurrencia de un conflicto positivo de normas, habría de optarse por la prevalencia del criterio legal. No obstante, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 2005 mantuvo una interpretación conciliadora declarando que será «la fecha de la certificación la que de modo efectivo acredite la aportación dineraria», puesto que «la entidad bancaria, al certificar, renueva el depósito que fue efectuado en su día, computándose desde esta fecha el plazo de 2 meses previsto para la vigencia de la certificación». Este mismo parecer fue confirmado por la Resolución de 7 de noviembre de 2013.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación impugnada.

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, 11 de enero de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.