III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3991 *Resolución de 16 de marzo de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Castellón, por la que se suspende parcialmente la inscripción de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por doña H. M., como administradora única de la compañía «Centro Kine Avantis, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Castellón, don Salvador Mínguez Sanz, por la que se suspende parcialmente la inscripción de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

El día 5 de noviembre de 2012 y ante el notario de Valencia, don Fernando Olaizola Martínez, se otorga escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada al amparo de lo establecido en el artículo 5 del Real Decreto Ley 3/2010, de 3 de diciembre. En el artículo 2 de los estatutos se hace constar el objeto social mediante la enumeración de una serie de actividades entre las que se encuentran las que más adelante se dirá. Con carácter previo, en el otorgan primero, los socios constituyentes hacen constar que «Quedan excluidas del objeto social de la mercantil aquellas actividades que precisen por la Ley de requisitos no cumplidos por la sociedad ni por estos Estatutos. Las actividades integrantes del objeto social se realizarán en su caso por medio de los correspondientes profesionales cuando así sea preciso».

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Castellón, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Castellón. Avenida del Mar, 10 12003 Castellón. Notificación de inscripción parcial. Don Salvador Mínguez Sanz, registrador Mercantil de Castellón, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto practicar la inscripción del documento al tomo 1608 folio 43 inscripción 1, habiendo resuelto no practicar la inscripción de los extremos que constan a continuación conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: Diario/Asiento: 154/1485. F. presentación: 06/11/2012. Entrada: 1/2012/6.976,0. Sociedad: Centro Kine Avantis SL. Hoja: CS-34832. Autorizante: Olaizola Martínez. Fernando. Protocolo: 2012/1428 de 05/11/2012. 1.–Suspendida la inscripción, en cuanto a «La realización de tratamientos de fisioterapia, masajes terapéuticos y rehabilitación funcional, así como servicios médicos de traumatología y ortopedia, podología, realización de terapias alternativas», del artículo 2.º de los estatutos sociales por infringir el artículo 1 Ley Sociedades Profesionales. En relación con la presente calificación (…). Castellón, veintinueve de noviembre de dos mil doce».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña H. M. en representación de la sociedad y como administradora única interpone recurso en virtud de escrito de fecha 21 de diciembre

cve: BOE-A-2013-3991

de 2012, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que la mera inclusión en el objeto social de actividades profesionales faltando los demás requisitos o presupuestos tipológicos imprescindibles de la figura societaria profesional no puede ser obstativa de la inscripción sin que pueda el registrador exigir una manifestación expresa sobre el carácter de intermediación de la actividad social que la Ley no impone; Que de acuerdo con la Instrucción de la Dirección General de 18 de mayo de 2011, la referencia concreta a un tipo de actividad más específica que la que resulta de los estatutos tipo, no permite denegar la inscripción; Que el registrador parece estimar que toda sociedad en cuyo objeto social se incluyan actividades profesionales debe necesariamente constituirse como tal cuando no resulta así ni del articulado de la Ley especial ni de su Exposición de Motivos que lo ciñen a los supuestos en los que sea la propia sociedad como tal la que lleve a cabo la actividad profesional; Que así resulta de la doctrina de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 2 de junio de 1986, 23 de abril de 1993 y 3 de marzo de 2007 que sienta el criterio de que el contrato de sociedad debe interpretarse adecuadamente de conformidad con las reglas generales; y, Que en el caso concreto la sociedad no incluye en su denominación el carácter profesional, ni distingue a socios profesionales, ni se reseña certificado profesional alguno ni se regulan prestaciones accesorias lo que pone de manifiesto la evidente intención de constituir una sociedad de intermediación como expresamente resulta del título. En definitiva que la excepcionalidad del régimen de sociedades profesionales exige que se constituyan como tales y no al revés.

IV

El registrador emitió informe el día 15 de enero de 2013, elevando el expediente a este Centro Directivo.

V

Este Centro Directivo llevó a cabo diligencia de mejor proveer que fue cumplimentada en fecha 5 de marzo de 2013 con entrada el día 8 del mismo mes y año de la que resulta que el notario autorizante de la escritura calificada no ha hecho alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 2, 5, 8 y 11 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales; la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012; y las Resoluciones de esta Dirección General de 29 de enero de 2005, 28 de enero y 3 de junio de 2009 y 25 de enero de 2012.

1. Se debate en este expediente una cuestión sobre la que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente. Sin embargo no puede ser resuelto con arreglo a dicha doctrina que necesariamente debe ser modificada a la luz de los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de julio de 2012 que inciden directa e inmediatamente sobre la cuestión que constituye su objeto.

2. El artículo 1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales determina que «1. Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley. A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente».

cve: BOE-A-2013-3991

La propia Exposición de Motivos delimita la naturaleza de la sociedad profesional, al manifestar que «la nueva Ley consagra expresamente la posibilidad de constituir sociedades profesionales «estricto sensu». Esto es, sociedades externas para el ejercicio de las actividades profesionales a las que se imputa tal ejercicio realizado por su cuenta y bajo su razón o denominación social. En definitiva, la sociedad profesional objeto de esta Ley es aquélla que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social. Quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la Ley las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, y el profesional persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc.), desarrolla efectivamente la actividad profesional. Se trata, en este último caso, de sociedades cuya finalidad es la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión, en el sentido no de proporcionar directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional persona física, sino de servir no sólo de intermediaria para que sea éste último quien la realice, y también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas».

Es, por lo tanto, ese centro subjetivo de imputación del negocio jurídico en la propia sociedad profesional, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, desarrollados directamente bajo la razón o denominación social, lo que diferencia, en su naturaleza, la sociedad profesional, de las sociedades de medios, las de comunicación de ganancias y las de intermediación.

Nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de julio de 2012 ha resaltado los principios fundamentales de la Ley de Sociedades Profesionales, destacando su carácter imperativo (artículo 1.1 «…deberán constituirse…»); el artículo 5.1 al imponer la colegiación de las personas naturales mediante las cuales la sociedad profesional ejerza las actividades profesionales propias de su objeto («…únicamente…»); el artículo 8.4, párrafo tercero, obliga al registrador Mercantil a comunicar «de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de dicha sociedad»; el artículo 9 somete tanto a la sociedad profesional como a los profesionales que actúan en su seno al «régimen deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional»; y, en fin, y sobre todo, el artículo 11 establece un régimen de responsabilidad solidaria de sociedad y profesionales frente a terceros, obligando a la sociedad a estipular el correspondiente seguro de responsabilidad civil, al tiempo que la Disposición Adicional 2.ª procura, de un lado, evitar que se eluda este régimen especial de responsabilidad extendiéndolo «a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a la Ley».

Igualmente el Tribunal Supremo, en la citada Sentencia, ha exigido «certidumbre jurídica», manifestando expresamente que «se trata, en suma, de que las sociedades sean lo que parecen y parezcan lo que son, pues ninguna forma mejor hay de garantizar el imperio de la ley y los derechos de los socios y de los terceros que contraten con la sociedad.»

Consecuentemente con lo expuesto y ante las dudas que puedan suscitarse en los supuestos en que en los estatutos sociales se haga referencia a determinadas actividades que puedan constituir el objeto, bien de una sociedad profesional, con sujeción a su propio régimen antes dicho, bien una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, debe exigirse para dar «certidumbre jurídica» la declaración expresa de que estamos en presencia de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos estemos en presencia de una sociedad profesional sometida a la ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo. Por ello, una

cve: BOE-A-2013-3991

correcta interpretación de la Ley de Sociedades Profesionales debe llevar al entendimiento de que se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada, de manera que cuando se quiera constituir una sociedad distinta, y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente.

3. En el supuesto de hecho que ha dado lugar a este expediente se rechaza la inscripción de aquellos particulares del artículo 2 de los estatutos sociales relativo al objeto social que, a juicio del registrador, suponen actividades profesionales sujetas a la Ley 2/2007. La recurrente no discute dicha circunstancia sino que centra su escrito en la inaplicación de la propia Ley por tratarse la sociedad cuya inscripción se pretende de una mera sociedad de intermediación.

De acuerdo con la argumentación expuesta más arriba el recurso no puede prosperar. Integrándose en el objeto social actividades cuya naturaleza profesional, en el sentido del artículo 1 de la Ley 2/2007, no se discute, se produce la activación de la reserva de Ley prevista en su articulado y, en consecuencia, la imposibilidad de inscribir en el Registro Mercantil.

El mero hecho de que los constituyentes hayan pactado que las actividades integrantes del objeto social se realizarán en su caso por medio de los correspondientes profesionales cuando así sea preciso no impide la aplicación de la anterior doctrina. Y así es no sólo por el hecho de que tal pacto entre los constituyentes de la sociedad no integra los estatutos sociales y por tanto no forma parte de su estructura jurídica sino porque aunque se hubiera incluido como un apartado más de aquellos, no impediría la aplicación de la norma imperativa. Determinado que la inclusión en el objeto de actividades de naturaleza profesional activa la aplicación de la Ley imperativa, el desarrollo de tales actividades debe necesariamente y porque así lo dispone la propia norma (artículos 5, 9 y 17.2), llevarse a cabo por medio de socios profesionales.

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

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 vigésimo cuarta de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 16 de marzo de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

cve: BOE-A-2013-3991