

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

15250 *Resolución de 21 de julio de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de constitución de sociedad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Javier Martínez Lehmann, notario de Barcelona, contra la negativa de la registradora Mercantil de Barcelona, doña Juana Cuadrado Cenzual, a inscribir una escritura de constitución de sociedad limitada.

Hechos**I**

Con fecha 13 de enero de 2011 fue otorgada ante el notario de Barcelona, don Javier Martínez Lehmann, número de protocolo 45, escritura de constitución de la sociedad «Just in Time e-Learning, S. L.», en la que el capital se divide en trescientas participaciones sociales, de las que ciento sesenta y cinco son asumidas por la sociedad profesional «Ditorgestio, S. L. P.».

II

Con fecha 14 de enero de 2011 fue presentada telemáticamente copia autorizada de la citada escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, causando el asiento 49 del Diario 1103, siendo calificada negativamente con la siguiente nota: «El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio, con la conformidad de los cotitulares, ha acordado suspender la práctica de la inscripción solicitada en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Fundamentos de Derecho: La participación de «Ditorgestio, S. L. P.» en la constitución de «Just in Time e-Learning, S. L.», excede del ámbito previsto en el artículo 2 de la Ley de Sociedades Profesionales, con arreglo al cual «Las sociedades profesionales únicamente podrán tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales, y podrán desarrollarlas bien directamente, bien a través de la participación en otras sociedades profesionales. En este caso, la participación de la sociedad tendrá la consideración de socio profesional en la sociedad participada, a los efectos de los requisitos del artículo 4, así como a los efectos de las reglas que, en materia de responsabilidad, se establecen en los artículos 5, 9 y 11 de la Ley, que serán exigibles a la sociedad matriz. Los defectos consignados tienen carácter subsanable». (Sigue pie de recursos). El Registrador, Juana Cuadrado Cenzual. Registrador Mercantil número IX de Barcelona.

Dicha nota de calificación fue notificada al notario autorizante el 31 de enero de 2011. El día 3 de marzo de 2011 tiene nueva entrada telemática la citada escritura, reiterando la registradora, con fecha 21 de marzo de 2011, el defecto observado en la anterior nota de calificación en los siguientes términos: «A) Precepto legal. El artículo 2 de la Ley de Sociedades Profesionales establece que «Las sociedades profesionales únicamente podrán tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales, y podrán desarrollarlas bien directamente, bien a través de la participación en otras sociedades profesionales. En este caso, la participación de la sociedad tendrá la consideración de socio profesional en la sociedad participada, a los efectos de los requisitos del artículo 4, así como a los efectos de las reglas que, en materia de responsabilidad, se establecen en

los artículos 5, 9 y 11 de la Ley, que serán exigibles a la sociedad matriz». B) El sentido de la norma.—La exclusividad del objeto significa que la Ley de Sociedades Profesionales no admite la llamada «sociedad mixta», es decir, aquella que tiene un objeto profesional y otro que no lo es. Con ello lo que se trata de evitar es que una actividad puramente económica o comercial pueda llegar a contaminar o desvirtuar la actividad profesional de la sociedad, al operar bajo unos criterios muy diferentes en uno y otro caso. C) La participación de inversión.—Pero sentada esta premisa fundamental, la pregunta es si puede una sociedad profesional «participar», adquirir participaciones de otras sociedades no profesionales. Aunque ha habido quien ha sostenido, partiendo de una lectura literal del artículo 2 de la Ley de Sociedades Profesionales, que ello no es posible, parece igualmente razonable defender que no hay obstáculo conceptual alguno para no permitir la llamada «participación de inversión», esto es la posibilidad de que una sociedad adquiera una participación no dominante en otra sociedad no profesional. Lógicamente, la pregunta conectada a esta afirmación es cuando estaremos frente a una participación dominante y cuando no. En principio y aunque es materia de contornos difusos, podemos entender que hay participación dominante cuando se trate de participación de control de la sociedad, que por tanto, permita a la sociedad profesional tomar decisiones sobre la actividad principal de la sociedad participada. D) El supuesto de la escritura calificada. La adquisición por parte de una sociedad profesional («Ditorgestio, S. L. P.»), de 165 participaciones de un total de 300, es decir de un 55% del capital social, de una sociedad limitada con un objeto no profesional («Just in Time e-Learning, S. L.»), deviniendo en consecuencia socio mayoritario de la misma, supone con claridad y sin ningún género de duda que la sociedad está indirectamente ejerciendo un objeto social que tiene prohibido por el artículo 2 de la Ley de Sociedades Profesionales y por tanto nos encontraríamos frente a una causa de nulidad de la sociedad por ilicitud del objeto real de la misma (artículo 1666 del Código Civil). Tal circunstancia, trasladada al ámbito de la calificación del registrador mercantil, impide el acceso de la presente escritura al Registro Mercantil, al constituir defecto subsanable (artículo 2 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales y artículo 203 del Reglamento del Registro Mercantil). Los defectos consignados tienen carácter subsanable». (Sigue pie de recursos). El Registrador, Juana Cuadrado Cenzual. Registrador Mercantil número IX de Barcelona. Dicha nota de calificación fue notificada al notario autorizante el 21 de marzo de 2011.

El día 8 de abril de 2011 se recibe telemáticamente en el Registro escritura de subsanación de la citada escritura de constitución, autorizada en Barcelona el 29 de marzo de 2011 por el mismo notario, número de protocolo 415, en el sentido de considerar que la sociedad profesional suscribía no 165 sino 75 participaciones, a la que correspondió el número de entrada 31048219.

El día 27 de abril de 2011 quedó inscrita en el Registro la citada escritura de constitución en unión de dicha escritura de subsanación.

III

El notario autorizante, don Javier Martínez Lehmann, interpone recurso contra la calificación de fecha 21 de marzo de 2011, mediante escrito de fecha 15 de abril de 2011, argumentando: 1) que la registradora confunde la capacidad jurídica con el objeto social y aun cuando parece deducirse en su calificación que el artículo 2 de la Ley de Sociedades Profesionales pudiera no afectar a la capacidad, sí que extiende esa limitación a la manera o forma jurídica en que la sociedad profesional quiera participar en un contrato y por ello ser titular de derechos y obligaciones; 2) que no es momento ahora para exponer la diferencia entre la causa del contrato de sociedad, el objeto social y la capacidad jurídica de ésta, que sólo puede ser limitada por su naturaleza o la ley; y es que ninguna norma limita la capacidad jurídica de una sociedad limitada profesional, es decir, la aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones, y aplicar sus recursos o patrimonio al destino que mejor le pareciere, al objeto de mejorar su rendimiento o utilidad, y así auxiliar a la causa del contrato, que es la obtención de un lucro distribuable, y ello en modo alguno implica modificación o alteración del objeto social; 3) que quizás el error se intuye al

interpretar el artículo 2 de la Ley de Sociedades Profesionales, ya que a la vista del artículo 4.b y 11.2, se concluye que la voluntad del legislador es que, en una sociedad profesional, socios profesionales puedan ser tanto personas físicas como jurídicas, siempre y cuando en estas últimas concurren los requisitos que se mencionan en los artículos 3 y 4, y no desde luego que las sociedades profesionales tengan vedada o limitada su aptitud para adquirir bienes o valores o formar parte en contratos.

IV

La registradora emitió su informe el día 4 de mayo de 2011, elevando el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 38 y 1255 del Código Civil; 116.2 y 118 del Código de Comercio; 2, 3, 4, 11. 2 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales; la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 29 de julio de 2010; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 1 de marzo de 2008, 17 de enero, 28 de enero y 6 de junio de 2009 y 5 de abril de 2011.

1. Mediante el presente recurso se trata de dilucidar si es posible la participación mayoritaria de una sociedad profesional en otra no profesional. En concreto, se pretende inscribir en un Registro Mercantil una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada no profesional, en la que el capital se divide en trescientas participaciones sociales, de las que ciento sesenta y cinco (por tanto, el cincuenta y cinco por ciento) son asumidas por una sociedad de responsabilidad limitada profesional.

2. La registradora suspende la inscripción de la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada porque la participación de la sociedad profesional en aquella excede del ámbito previsto en el artículo 2 de la Ley de Sociedades Profesionales, que no admite la llamada «sociedad mixta», es decir, aquella que tiene un objeto profesional y otro que no lo es. Y entiende que en el presente caso la sociedad profesional, al devenir socia mayoritaria de la no profesional está indirectamente ejerciendo un objeto social que tiene prohibido por el artículo 2 de la Ley 2/2007 de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales. El notario recurrente, por el contrario, considera que la calificación del registrador confunde el objeto social con la capacidad jurídica y que ésta no la tienen limitada las sociedades profesionales.

3. Como ha señalado este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»), respecto de las sociedades profesionales debe tenerse en cuenta que, según la propia Exposición de Motivos de la citada Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, ésta «... tiene por objeto posibilitar la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, que es la propia sociedad profesional»; y por ello en su articulado se establece que «Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales» (cfr. artículo 1.1); que «únicamente podrán tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales» (cfr. artículo 2); y se añade que «Las tres cuartas partes del capital y de los derechos de voto, ... habrán de pertenecer a socios profesionales» (cfr. artículo 4.2; igualmente, se encomienda a los socios profesionales el control de la gestión –vid. apartado 3 del mismo artículo–). Por otra parte, nada impide que la sociedad profesional ejerza varias actividades profesionales cuyo desempeño no haya sido legal o reglamentariamente declarado incompatible (cfr. artículo 3).

La Ley 2/2007 parte, por tanto, del principio de exclusividad del objeto social. Sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de varias actividades profesionales (cfr. artículo 3), las sociedades profesionales únicamente pueden tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales (cfr. artículo 2), pudiendo ser desarrolladas tales actividades bien directamente, bien a través de la participación en otras sociedades profesionales. Esta exclusividad del objeto social, ratificada en la Resolución de este Centro Directivo

de 1 de enero de 2008, es una exigencia que deriva del propio carácter profesional de estas sociedades, con el fin de evitar el riesgo de «comercialización» de la actividad profesional o de «contaminación» con otras actividades en detrimento de las exigencias deontológicas a que se sujeta el ejercicio de las profesiones tituladas.

4. Ahora bien, en el presente caso no se suscita un problema relacionado con la válida constitución de una sociedad profesional, sino de una sociedad de responsabilidad limitada no profesional. Por ello es importante destacar la idea de que la exclusividad del objeto social en las sociedades profesionales, recogida en el artículo 2 de la Ley especial, pudiendo desarrollarlo a través de las dos posibilidades que brinda el mismo, no implica una limitación a la capacidad de obrar de la sociedad profesional ni mucho menos una prohibición (cfr. artículos 38 y 1255 del Código Civil, y 116.2 y 118 del Código de Comercio).

Como ha declarado el Tribunal Supremo (cfr. Sentencia de su Sala Primera, de 29 de julio de 2010), «ante la necesidad de proteger la confianza en la apariencia y con ello la seguridad del tráfico, especialmente cuando la personalidad se utiliza como vehículo para organizar una empresa que actúa en el mercado, nuestro sistema parte de la plena capacidad jurídica y de obrar de las sociedades mercantiles que, en consecuencia, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en las que puedan incurrir sus gestores, pueden desplegar lícitamente tanto actividades «estatutarias» (dentro del objeto social), como «neutras» (que no suponen el desarrollo inmediato del objeto fijado en los estatutos) y «extraestatutarios», incluso cuando son claramente extravagantes y ajenas al objeto social. Esta capacidad en modo alguno queda mermada por las previsiones contenidas en el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 -hoy 234 de la Ley de Sociedades de Capital-, que atribuye a los administradores societarios el poder inderogable de vincular a la sociedad con terceros, con independencia de que su actuación se desarrolle dentro de la actividad fijada como objeto estatutario inscrito en el Registro Mercantil o fuera de ella, sin perjuicio de que la transgresión del objeto estatutario pueda ser oponible frente a quienes no hayan obrado de buena fe y sin culpa grave».

Como aclara el mismo Tribunal en la referida Sentencia, lo anterior no constituye obstáculo a la reserva de objeto social por la cual el legislador exige que las sociedades que reúnan determinados requisitos puedan tener como objeto estatutario el desarrollo de determinadas actividades, pudiendo hallarse entre ellas que tengan un «objeto social exclusivo», y a la reserva de actividad por la que ciertas actividades sólo pueden desplegarse regularmente por compañías que cumplan ciertas características. En ocasiones pueden concurrir ambos criterios para dar lugar a sociedades con objeto social único con desarrollo de actividades legalmente reservadas. Pero «el desarrollo de actividades acotadas por quien no está debidamente habilitado, sin perjuicio de las posibles sanciones que pueda llevar acarreadas, no determina necesariamente su nulidad», salvo que así lo prevea expresamente la ley (v.gr. en el caso del artículo 4.2 del texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre).

5. En el caso de que las actividades ajenas o extravagantes a la profesionalidad sean ejercidas con carácter principal podría plantearse la tesis de que estamos ante una sociedad «mixta», abocando a la sociedad profesional a su disolución o al abandono de las actividades incompatibles para facilitar la continuación de la propia sociedad profesional. Sin embargo, es claro que cuando las actividades no profesionales son puramente auxiliares no se infringe la regla de exclusividad y estas actividades accesorias estarían amparadas por el sistema de capacidad «ultra vires». Y siendo obvio que la participación mayoritaria en la sociedad no profesional no implica «per se» la principalidad de las actividades incluidas en el objeto de ésta respecto de las propias y específicas de la sociedad profesional en la actividad de esta última, no cabe cuestionar la validez de la constitución de la sociedad cuya inscripción se pretende sobre la base de una supuesta falta de capacidad de uno de sus socios.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora en los términos resultantes de los anteriores pronunciamientos.

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, 21 de julio de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.