

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3482 *Resolución de 26 de enero de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Córdoba, contra la negativa del registrador mercantil de dicha capital, a inscribir la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada por vía telemática.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Córdoba, don Valerio Pérez de Madrid Carreras, contra la negativa del Registrador Mercantil de dicha capital, don Francisco Manuel Galán Ortega, a inscribir la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada por vía telemática.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Córdoba, don Valerio Pérez de Madrid Carreras, el 20 de diciembre de 2010, se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada con la particularidad de que, según resulta de dicha escritura y de este expediente, se pretende acoger al procedimiento telemático establecido en el apartado Uno del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, aunque la certificación de denominación social expedida por el Registro Mercantil Central el 4 de noviembre de 2010 no se había solicitado ni expedido telemáticamente sino que se había obtenido en soporte papel por el interesado.

II

El mismo día del otorgamiento se remitió por vía telemática copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Córdoba; causó asiento número 1233 del Diario 93, con fecha del día siguiente, y fue objeto de calificación negativa el día 23 de diciembre de 2010, con los siguientes fundamentos de derecho:

«... 1. Falta la oportuna provisión de fondos para la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Artículo 426.1 del Reglamento del Registro Mercantil y la Resolución de la D. G. R. N. de fecha 20 de mayo de 2009.

2. Por el/los defecto/s aludido/s se suspende la inscripción solicitada, al considerarlo/s subsanable/s.

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...»

Dicha calificación se notificó por vía telemática al Notario autorizante el mismo día.

El 28 de diciembre de 2010 se remitió telemáticamente por el Notario un testimonio electrónico de la diligencia extendida el mismo día por dicho Notario en la que consta «...que la sociedad ... se ha constituido con arreglo al procedimiento telemático previsto en el artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, con la consecuencia, prevista en el apartado f) del mismo precepto, de que la publicación está exenta del pago de las tasas del Boletín Oficial del Registro Mercantil...».

El mismo día 28 de diciembre de 2010 el Registrador Mercantil emitió y notificó telemáticamente al Notario autorizante la siguiente calificación:

«... 1. Se ratifica la calificación de fecha 23 de diciembre de 2010, en cuanto a que falta la oportuna provisión de fondos para la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Artículo 426.1 del Reglamento del Registro Mercantil y la Resolución de la D. G. R.N. de fecha 20 de mayo de 2009.

2. Por el defecto aludido se suspende la inscripción solicitada, al considerarlo subsanable.

3. Se advierte que continua vigente el régimen de instancia al Registrador sustituto y recursos que constan en la calificación mencionada, a cuyo efecto se transcribe de dicha nota lo siguiente:

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...»

III

El Notario interpuso recurso que causó entrada en el Registro Mercantil de Córdoba el día 28 de diciembre de 2010. Los argumentos del recurrente son los siguientes:

a) El presente recurso tiene por objeto resolver si para la constitución de sociedades por medios telemáticos, utilizando el procedimiento previsto en el artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, es imprescindible haber obtenido por medios telemáticos la denominación social (criterio del Registrador) o si, por el contrario, es posible acudir al procedimiento telemático en los casos en que el emprendedor ya dispone de una certificación del Registro Mercantil Central expedida en soporte papel. La diferencia es importante porque de seguirse la primera tesis el emprendedor estaría obligado, por ejemplo, al pago de las tasas del Boletín Oficial del Registro Mercantil, lo que no ocurriría de seguirse la tesis del recurrente.

b) De seguirse la interpretación literal del artículo 5.1.a) del citado Real Decreto-Ley, parece que el sistema está previsto para que todos los trámites anteriores, coetáneos y posteriores a la constitución de la sociedad se hagan por medios telemáticos, al emplear el precepto la palabra «se expedirá por vía telemática». Además, al tratarse de un sistema «especial», por suponer una notable simplificación de trámites (por ejemplo, no se pagan tasas del Boletín Oficial del Registro Mercantil), debería ser objeto de interpretación estricta y limitar la posibilidad de utilizar este procedimiento al caso en que todos los trámites se hagan por medios telemáticos.

c) No obstante los argumentos indicados en el apartado anterior, debe entenderse que también es posible utilizar el procedimiento telemático cuando el emprendedor ya dispone de una certificación negativa del Registro Mercantil Central expedida en soporte papel con anterioridad.

Así resulta de la correcta interpretación del apartado a) del artículo 5.1 del Real Decreto-Ley 13/2010, que sólo trata de simplificar el trámite previo al otorgamiento de la escritura, que es la obtención de la denominación social. Lo facilita permitiendo que el Notario, el emprendedor o su persona autorizada pueda obtener la certificación por medios telemáticos y en breve plazo. Pero lo que no dice la ley es que el emprendedor, necesariamente, tenga que utilizar este sistema telemático, pues es posible, como así sucede en la práctica, que ya disponga de la denominación con anterioridad.

En realidad, la obtención de la denominación por medios telemáticos, además de facilitar este trámite previo, busca establecer un plazo máximo para el otorgamiento de la escritura, que es de un día hábil contado desde la recepción de la certificación negativa. Lo que en realidad condiciona la certificación telemática es el plazo para otorgar la escritura, pero no el procedimiento telemático utilizado por el emprendedor.

d) Además, la certificación de la denominación no forma parte del procedimiento de constitución de una sociedad de capital, que sólo exige, de acuerdo con el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, «escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil». Si esto es así, el procedimiento fundacional de toda sociedad de capital se inicia con el otorgamiento de la escritura pública, momento en el cual el emprendedor deberá elegir cuál es el procedimiento, telemático u ordinario, que más se ajusta a sus necesidades y, en concreto, si puede acogerse al sistema telemático simplificado previsto en el Real Decreto-Ley 13/2010. La elección del procedimiento se hace en el momento de constitución de la sociedad, que es cuando se otorga la escritura pública (y no antes, cuando se solicita la denominación social).

e) Frente a la interpretación literal y sistemática, se alza, por imperativo del artículo 3 del Código Civil, la interpretación finalista o teleológica de las normas. Y en este caso, la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 13/2010 es clara al fijar como objetivo la agilización en la constitución de sociedades, al señalar que «la reforma permitirá que todos los trámites necesarios para la constitución de sociedades limitadas puedan llevarse a cabo, con carácter general, en un plazo máximo de uno a cinco días».

Dicho Real Decreto-Ley, al emplear la expresión «con carácter general», quiere convertir este procedimiento telemático en el procedimiento habitual o normal de constitución de sociedades. Pues bien, difícilmente se puede conseguir ese objetivo si se limita el procedimiento a los casos en que el emprendedor obtenga la certificación por medios telemáticos.

Finalmente, la interpretación restrictiva o limitativa del procedimiento telemático supone una discriminación para el emprendedor que ya tiene en su poder la certificación del Registro Mercantil Central en soporte papel, al que se priva injustificadamente de acudir a un sistema más ágil y flexible. Y lo que busca la norma es precisamente todo lo contrario: facilitar al máximo al emprendedor la constitución, ágil, flexible y con reducidos costes, de su sociedad limitada.

IV

El Registrador emitió su informe mediante escrito de 10 de enero de 2011 y remitió el expediente a este Centro Directivo, en el que causó entrada el día 13 de enero. Según consta en el expediente, el defecto invocado por el Registrador fue subsanado el 19 de enero de 2011, por lo que se inscribió la escritura el 20 de enero de 2011.

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; 20 de la Ley de Sociedades de Capital; 19 bis y 325 de la Ley Hipotecaria; 408.3 y 426.1 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de 18 de abril de 1997, 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 25 de octubre de 2007, 20 de mayo de 2009 y 14 de abril de 2010, entre otras.

1. En el supuesto del presente recurso se constituye una sociedad de responsabilidad limitada mediante una escritura otorgada el 20 de diciembre de 2010 de la cual resulta que los interesados pretenden acogerse al procedimiento telemático establecido en el apartado Uno del artículo 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, con la particularidad de que se incorpora a dicha escritura una certificación negativa de denominación expedida en soporte papel por el Registro Mercantil Central el 4 de noviembre de 2010.

El Registrador suspende la inscripción solicitada mediante una calificación en la que expresa, como fundamento de derecho, que «...falta la oportuna provisión de fondos para la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Artículo 426.1 del Reglamento del Registro Mercantil y la Resolución de la D. G. R. N. de fecha 20 de mayo de 2009».

2. Antes de resolver sobre el fondo del recurso, cabe recordar que, según la reiterada doctrina de Centro Directivo, cuando la calificación del Registrador sea desfavorable es exigible según los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente que, al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también la íntegra motivación de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001 y 14 de abril de 2010, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial todos los argumentos en que el Registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de todos los hechos y razonamientos aducidos por el Registrador que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso. También ha mantenido esta Dirección General (vid. la Resolución de 25 de octubre de 2007) que no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de Resoluciones de esta Dirección General), sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse (y lo mismo debe entenderse respecto de las citadas Resoluciones), ya que sólo de ese modo se podrá combatir la calificación dictada para el supuesto de que no se considere adecuada la misma.

En el presente caso, aunque en la nota impugnada no se expresa por el Registrador las razones por las que concluye que es aplicable el precepto que cita y no lo establecido en el apartado Uno, letra f), del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, cuya aplicación pretenden los interesados, no puede estimarse producida la indefensión del recurrente, pues ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra el contenido del escrito de interposición del recurso. Por ello, y habida cuenta, además, de los términos en que se resuelve, procede la tramitación de este expediente.

3. 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 30.000 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 Uno del artículo 5 de dicho Real Decreto-Ley establece que para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada que cumplan los referidos requisitos relativos al capital social, los socios y el órgano de administración, se seguirán –entre otras– las siguientes reglas generales:

a) El plazo de otorgamiento de la escritura de constitución, una vez suministrados al Notario todos los antecedentes necesarios para ello, será de un día hábil contado desde la recepción de la certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central, la cual se expedirá por vía telemática en el plazo de un día hábil desde su solicitud a éste.

b) La copia autorizada de dicha escritura de constitución se remitirá siempre en forma telemática por el Notario autorizante al Registro Mercantil, en el mismo día de su otorgamiento.

c) El plazo de calificación e inscripción por parte del Registrador será de tres días hábiles, a contar desde la recepción telemática de la escritura.

d) A solicitud del interesado, el Registrador debe expedir el mismo día de la inscripción, certificación electrónica o en soporte papel que bastará para acreditar la correcta inscripción en el Registro de la sociedad, así como la inscripción del nombramiento de los administradores designados en la escritura.

En todo caso, el mismo día de la inscripción, el Registrador remitirá al Notario autorizante de la escritura la notificación de que se ha procedido a la inscripción con los correspondientes datos registrales, para unirlos al protocolo notarial.

e) El notario autorizante de la escritura de constitución solicitará telemáticamente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria la asignación provisional de un Número de Identificación Fiscal. Una vez inscrita la sociedad, el encargado del Registro Mercantil notificará telemáticamente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria la inscripción de la sociedad. La Agencia Estatal de Administración Tributaria notificará telemáticamente al Notario y al Registrador Mercantil el carácter definitivo del Número de Identificación Fiscal.

f) La publicación de la inscripción de la sociedad en el Boletín Oficial del Registro Mercantil estará exenta del pago de tasas.

g) Se aplicarán como aranceles notariales y registrales, la cantidad de 150 euros para el notario y 100 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 período temporal reducido de entre uno y cinco 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, al capital social así como a la estructura del órgano de administración y se establecen determinados requisitos y obligaciones procedimentales, 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 a 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 el apartado Uno del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010 no se aplicará cuando falte alguno de los presupuestos que se exigen relativos al tipo societario, al capital social y a la estructura del órgano de administración.

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, capital social o estructura del órgano de administración) 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, 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 –tres días hábiles siguientes o, en su caso, siete horas hábiles 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 plazo de un día hábil desde la recepción de dicha 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 dies a quo para el cómputo del plazo de autorización 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 más de un día hábil desde la emisión de la certificación 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. Desde la recepción, el Notario quedará obligado por el plazo máximo de un día hábil para remitir 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 del 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 y los beneficios fiscales 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.

En el presente caso, si se considerara un defecto que impide la inscripción, el interesado debería proceder a nueva solicitud y abonar los costes del nuevo certificado, lo que sería un resultado poco compatible con los fines de celeridad y reducción de costes pretendidos por la norma.

Las razones que anteceden conducen al rechazo de las objeciones expresadas por el Registrador en la calificación impugnada, por lo que debe estimarse aplicable el régimen previsto en el apartado Uno del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre y, por ello, debe considerarse también innecesario acreditar la provisión de fondos para la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la 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, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 26 de enero de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.