

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

21896 *Resolución de 11 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles I de Palma de Mallorca, por la que se suspende una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don José María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Palma de Mallorca, don Santiago Molina Minero, por la que se suspende una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Por don José María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, se autorizó, el día 28 de abril de 2023, escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada unipersonal denominada «Debsorough Holdings, Sociedad Limitada Unipersonal». De sus estipulaciones resultaba lo siguiente: «1. Aportaciones individuales. “WMLS Systems Limited” aporta a la sociedad la cantidad de quinientos mil euros (5000.000 €) en pago de los cuales se le asignan quinientas mil (500.000) participaciones sociales de la número uno (1) a la número quinientos mil (500.000). 2. Verificación del desembolso. El importe íntegro de la aportación ha sido transferido por “WMLS Systems Limited” desde la cuenta IBAN (...) a la cuenta de depósitos de clientes de esta notaría, IBAN (...), con solicitud de que lo mantenga en depósito hasta que se me acredite la titularidad de una cuenta bancaria abierta en España a nombre de “Debsorough Holdings, Sociedad Limitada Unipersonal”, y requiriéndome para que en dicho momento efectúe la transferencia a dicha cuenta; salvo requerimiento por parte del administrador de la sociedad o de doña M. J. B. T. (...), a quien faculta expresamente para la disposición total o parcial del depósito. Acepto el requerimiento. Incorporo a esta escritura, como documento unido, justificante de la indicada transferencia».

II

Presentada el día 28 de abril de 2023 dicha escritura en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El registrador Mercantil que suscribe, 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 no practicar conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos

Diario/Asiento: 236/4967 F. presentación: 28/04/2023 Entrada: 1/2023/7.127,0.

Sociedad: Debsorough Holdings SL.

Autorizante: Morote Mendoza, Jesús María.

Protocolo: 2023/391 de 28/04/2023.

Fundamentos de Derecho (defectos)

1. No acreditarse por diligencia separada a la escritura que se califica, que el Notario autorizante, dentro de los cinco días siguientes al otorgamiento de la misma, haya depositado el importe íntegro que compone el capital social y que le fue transferido a la cuenta de depósitos de la notaría, en una cuenta bancaria a nombre de la sociedad que se constituye, no siendo admisible la facultad alternativa de poner a disposición del administrador o de un tercero, total o parcialmente la cantidad transferida, que solo sería posible si el fundador hubiera manifestado en la escritura fundacional, que respondería frente a la sociedad y frente a los acreedores de la realidad de la aportación, (artículos 62 y 78 de la Ley de Sociedades de Capital y 132 y 189 del Reglamento del Registro Mercantil).

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro.

En relación con la presente calificación: (...)

Palma, a 26 de Mayo de 2023 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

Por diligencia de subsanación, de fecha 9 de mayo de 2023, extendida por el referido notario, se hizo constar lo siguiente: «Que han transcurrido los cinco días hábiles establecidos en el artículo 132 del Reglamento del Registro Mercantil sin que se le haya sido designada al notario cuenta abierta en entidad crédito a nombre de la Sociedad que se constituye en la escritura. En consecuencia y estando la aportación del capital depositada en la cuenta de depósitos de la Notaría, debe sustituirse en la escritura que antecede la mención a la “Verificación del desembolso”, quedando redactado de la siguiente forma: 2. Verificación del desembolso. “WMLS Systems Limited” aporta a la sociedad el crédito que ostenta contra el notario autorizante de la presente escritura, en razón del depósito efectuado desde la cuenta IBAN (...) a la cuenta de depósitos de clientes de esta notaría, IBAN (...), por un importe de quinientos mil euros (500.000 €). Incorporo a esta escritura como documento unido, justificante de la indicada transferencia. Conforme a lo dispuesto en la ley, el aportante responde de la legitimidad del derecho de crédito y de la solvencia del deudor. 3. Responsabilidad por aportaciones no dinerarias.–Advierto a los señores comparecientes que los fundadores responden solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de las aportaciones no dinerarias y del valor que se les atribuye en esta escritura».

Presentada nuevamente el día 2 de junio de 2023 dicha escritura, junto con testimonio de cotejo de la diligencia de subsanación, en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, fue objeto de la siguiente nueva calificación (de la que ahora se transcribe solamente su fundamentación jurídica):

«1. La sustitución de la aportación realizada por la única socia “WMLS Systems Limited” al capital social en efectivo metálico (con solicitud, de conformidad con lo previsto en el Artículo 132 RRM y 62.1 LSC, de que el notario lo mantenga en depósito hasta que se le acredite la titularidad de una cuenta bancaria abierta a nombre de la sociedad que se constituye, requiriéndole para que, en ese momento, efectúe transferencia bancaria a dicha cuenta), por la aportación de un derecho de crédito contra el notario autorizante, como consecuencia de haber ingresado la cantidad aportada en la cuenta de depósitos de clientes de la notaría, derivado de dicha solicitud y requerimiento, necesita el consentimiento expreso, a través de sus representantes, de la única socia antes citada, por cuanto el tipo de aportación es un elemento esencial de la constitución de una sociedad, por lo que su alteración requiera para su eficacia el mismo consentimiento que el contrato fundacional (cfr., artículos 1.091 y 1.258 del Código Civil), no siendo suficiente una diligencia de subsanación efectuada por el notario. (Resolución DGRN de fecha 16 de febrero de 1998) (...) Palma, a 23 de Junio de 2023 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don José María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, interpuso recurso el día 29 de junio de 2023 en virtud de escrito en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente:

Primero. Que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 1998 contempla un supuesto muy diferente, pues los artículos citados se refieren a contratos y son aplicables sólo a negocios multilaterales, a diferencia del negocio formalizado en la escritura calificada, en la que un solo socio constituye una sociedad. No es pertinente la mención al contrato fundacional que hace la calificación, pues nadie puede contratar consigo mismo. Aunque la legislación habla en numerosas ocasiones de contrato de compañía o sociedad, lo cierto es que, en sentido estricto, no puede decirse que haya contrato en la sociedad constituida como unipersonal. Dado que nada se opone que la mera voluntad de la persona que formaliza el negocio la modifique sin consentimiento de nadie más, la Resolución citada no es aplicable.

Segundo. Que resulta un exceso interpretativo extender la doctrina del necesario consentimiento de todos los fundadores a que alude dicha Resolución a un negocio unipersonal en el que no hay contrato propiamente dicho.

Tercero. Que rige en nuestro ordenamiento el principio de conservación del negocio jurídico, consistente en no frustrar el fin buscado por el negocio por defectos irrelevantes si el negocio, prescindiendo de dichos defectos, contiene todos los elementos necesarios para conseguir tales fines. El socio solicitó el depósito notarial del importe aportado como capital y, como consecuencia de no haberse podido abrir una cuenta bancaria a nombre de la sociedad en constitución en el plazo reglamentario, caben dos soluciones: que el negocio quede frustrado o mantenerlo simplemente reconvirtiendo la aportación mediante depósito a aportación del derecho de crédito contra el notario depositario. Esta es la opción que procede en el supuesto y sólo queda resolver si puede el notario subsanar por sí solo la escritura para que surja los efectos queridos por el otorgante; Que una aportación no dineraria de un bien material es muy diferente de una aportación no dineraria de un crédito y, sin embargo, una aportación no dineraria de un crédito es muy similar a una aportación dineraria de cantidad depositada en entidad de crédito, que no deja de ser un derecho de crédito contra ésta. No existe naturaleza jurídica diferente, a pesar de que la Ley las contempla como aportación dineraria y no dineraria, respectivamente. La distinción legal sólo es relevante en cuanto a los diferentes requisitos formales que exige, pero no en cuanto a la naturaleza de las aportaciones. El supuesto de aportación por depósito ante notario tiene prácticamente los mismos efectos que los de aportación de depósito ante entidad financiera por cuanto la responsabilidad del aportante es inexistente en la práctica, dada la legitimidad del depósito ante notario, mientras que, en caso de aportación no dineraria, es igualmente inexistente, por cuanto la realidad de la aportación resulta de la propia escritura, y que siendo indudable el fin del negocio jurídico, no existiendo factor adicional que pueda modificar la voluntad del aportante al no tener efecto frente al mismo la reconversión de la aportación dineraria en aportación de crédito y no existiendo perjuicio para otros socios o terceros, es perfectamente aplicable el artículo 153 del Reglamento Notarial, pues la subsanación permite cumplir la finalidad deseada por el otorgante, resultando inocua en cuanto a sus efectos y consecuencias, mientras que ocurriría lo contrario de no inscribirse pues sin beneficio para nadie se produciría perjuicio para el tráfico jurídico.

IV

El registrador Mercantil, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 5 de julio de 2023 y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del expediente resultaba que, aportada nueva diligencia de fecha 30 de junio de 2023 en la que el socio fundador ratificaba la anterior diligencia de fecha 9 de mayo de 2023 y se daba por

enterado de la responsabilidad solidaria por la realidad de las aportaciones, se había practicado la inscripción en la fecha del informe.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 56, 61, 62, 65 y 73 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; 132 del Reglamento del Registro Mercantil; 153 del Reglamento Notarial; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de y 17 de octubre de 1991, 13 de junio y 5 de septiembre de 2012, 26 de marzo de 2014, 21 de marzo y 5 de septiembre de 2015, 13 de julio, 5 de septiembre y 27 de octubre de 2017, 16 de julio y 12 de diciembre de 2018, 5 de junio de 2019 y 7 de enero, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 26 de noviembre de 2020.

1. El objeto de la presente consiste en determinar si la calificación del registrador Mercantil es conforme a Derecho cuando se da la circunstancia siguiente: autorizada escritura de constitución de sociedad unipersonal, la aportación dineraria que integra el capital se entrega al notario para su depósito en los términos del artículo 62.1 in fine de la Ley de Sociedades de Capital. Transcurrido el plazo de cinco días previsto en el artículo 132.2 del Registro Mercantil, se incorpora diligencia de subsanación a la escritura pública en la que el notario autorizante hace constar que ante la falta de señalamiento de cuenta en entidad de crédito a nombre de la sociedad constituida, se sustituye el apartado relativo a la aportación en los términos que resultan de los «Hechos»; en concreto, que es objeto de aportación el crédito que el socio único tiene contra el propio notario ante el que depositó el importe de dinero.

El registrador Mercantil califica negativamente, en esencia, porque afirma que es preceptivo el consentimiento del socio aportante. El notario recurre.

Centrada así la cuestión, debe resolverse si la vía del artículo 153 del Reglamento Notarial permite al notario autorizante rectificar el contenido de la escritura de constitución de la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal en los citados términos sin que resulte el otorgamiento de consentimiento del único socio a dicha modificación.

2. Sobre el alcance e interpretación del artículo 153 del Reglamento Notarial, esta Dirección General tiene elaborada una asentada doctrina (vid. «Vistos»), que por ser de plena aplicación al supuesto de hecho no cabe sino confirmar.

Así, y como resulta de la Resolución de 7 de enero de 2020 (en la que el notario recurrente fue el mismo que provoca la presente), se reiteró lo siguiente: «El artículo 153, relativo a la subsanación de los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales *Ínter vivos*, contempla no solo la posibilidad de la rectificación con la intervención de todos los interesados (último párrafo del artículo) sino también aquella que se realiza por la intervención del notario, por propia iniciativa o a instancia de parte, sin la concurrencia de los otorgantes y en este caso por diligencia o por acta. Así añade que “la subsanación podrá hacerse por diligencia en la propia escritura matriz o por medio de acta notarial en las que se hará constar el error, la omisión, o el defecto de forma, su causa y la declaración que lo subsane. La diligencia subsanatoria extendida antes de la expedición de ninguna copia no precisará ser trasladada en éstas, bastando transcribir la matriz conforme a su redacción rectificadora. En caso de hacerse por acta se dejará constancia de ésta en la escritura subsanada en todo caso y en las copias anteriores que se exhiban al Notario”. Además, según este mismo precepto reglamentario, “la diligencia subsanatoria extendida antes de la expedición de ninguna copia no precisará ser trasladada en éstas, bastando transcribir la matriz conforme a su redacción rectificadora”.

Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 12 de marzo de 1999, 6 de abril de 2006 y 13 de junio de 2012), lo que permite el artículo 153 del Reglamento Notarial es la subsanación de errores materiales, omisiones

y defectos de forma padecidos en los instrumentos públicos, pudiendo afectar, incluso, a elementos relevantes del negocio de que se trate, pero sólo cuando pueda comprobarse, con claridad, que se trata de mero error material, por resultar así atendiendo al contexto del documento y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado. En tales supuestos la legislación notarial no exige un nuevo consentimiento de los otorgantes, porque se estima que tal rectificación lo único que hace es expresar ahora con exactitud la voluntad que aquellos manifestaron con ocasión del otorgamiento del documento rectificado, sin que sea necesario ese nuevo consentimiento para que el documento rectificador produzca todos los efectos registrales. Pero es también doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 13 de junio y 5 de septiembre de 2012, 21 de marzo y 5 de septiembre de 2015, 5 de septiembre de 2017 y 16 de julio de 2018), que la posibilidad de rectificación por el notario por sí solo, dado que no concurren las partes interesadas a la rectificación, debe ser interpretada con carácter restrictivo, ya que si bien el notario puede proceder a la subsanación de meros errores materiales que se hayan producido con ocasión de la redacción de la escritura, o que resulten claramente de los antecedentes obrantes en su haber o de lo acontecido en su presencia con ocasión de la firma del instrumento público, lo que no puede hacer en ningún caso es sustituir la voluntad de los otorgantes. Así pues, esta facultad de rectificación por el notario, sin la concurrencia de los otorgantes o sus causahabientes, ha de ser en todo caso, objeto de interpretación restrictiva.

Sentado esto, lo cierto es que dado los múltiples intereses en juego y la necesidad de coherencia, no es fácil determinar con carácter general el alcance de la facultad derivada del artículo 153 del Reglamento Notarial. Al respecto, el Centro Directivo ha señalado que la dicción del artículo 153 del Reglamento Notarial cuando permite al notario subsanar las omisiones padecidas en los documentos inter vivos, lo hace atendiendo para ello, entre otros elementos, al contexto del documento autorizado, así como a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización, de los inmediatamente anteriores y siguientes; de los antecedentes: escrituras públicas y otros documentos asimismo públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado, de forma que permite al mismo notario subsanar por sí mismo las omisiones, cuando su evidencia resulte del propio documento u otros tenidos en cuenta para su confección. En definitiva, el artículo 153 del Reglamento Notarial permite al notario la exclusiva subsanación de aquellos errores materiales, omisiones y defectos de forma que se hayan padecido en los instrumentos públicos como consecuencia de apreciación de hechos o actuación del propio notario.

Ahora bien, el citado precepto en modo alguno habilita para modificar, suplir, presuponer o eliminar declaraciones de voluntad que están exclusivamente reservadas a las partes y que, al implicar verdadera prestación de consentimiento de naturaleza negocial, solo de ellas o de sus representantes pueden proceder».

3. A la luz de la doctrina expuesta resulta patente que el recurso no puede prosperar. Del propio escrito de recurso resulta con claridad que el notario recurrente interpreta la eventual voluntad del socio fundador y le atribuye un determinado valor modificador del contenido de la escritura pública en atención a las circunstancias que del mismo resultan.

El escrito de recurso hace así supuesto de la cuestión pues da por hecho un consentimiento en función de la falta de relevancia de la modificación operada que a juicio del notario se deriva. Pero es precisamente al socio fundador a quien corresponde llevar a cabo ese juicio de relevancia y conveniencia y a quien le corresponde optar por la solución más conveniente a sus intereses (como finalmente ocurre tal y como resulta del informe del registrador; en cualquier caso, vid. artículo 56.1, letra g), de la Ley de Sociedades de Capital del que resulta otra opción posible).

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

Madrid, 11 de septiembre de 2023.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.