

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

21183 *Resolución de 3 de diciembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra las notas de calificación del registrador mercantil XXIII de Madrid a propósito de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.*

En los recursos interpuestos por don Ricardo Cabanas Trejo, notario de Fuenlabrada, contra las notas de calificación emitidas por el registrador Mercantil XXIII de Madrid, don Fernando Trigo Portela, a propósito de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, en relación con la descripción del objeto social que consta en los estatutos.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 11 de agosto de 2021 por el notario de Fuenlabrada don Ricardo Cabanas Trejo, con el número 1.908 de su protocolo, se procedió a fundar la compañía mercantil «La Suerte de tu Lado, S.L.» con el siguiente objeto social:

«Artículo 3. *Objeto social.*

La sociedad tendrá por objeto las siguientes actividades:

Actividad principal: la comercialización de juegos, apuestas, loterías y otras actividades, gestionados y patrocinados por Loterías y Apuestas del Estado (LAE), así como la comercialización de otros juegos, apuestas, loterías y otras actividades, en tanto que sean compatibles con los de LAE que se encuentra comprendida en el epígrafe CNAE (9200).

La sociedad podrá desarrollar las actividades integrantes de su objeto social total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo.

Si las disposiciones legales exigieran para el ejercicio de alguna de dichas actividades, algún título profesional, autorización administrativa o inscripción en algún registro público, dichas actividades deberán realizarse por medio de personas que ostenten la titulación, autorización o acreditación requerida, y en su caso no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos exigidos.

Aquellas actividades del objeto social que legalmente deban ser ejercitadas por profesionales titulados, no se realizarán directamente por la sociedad, sino en régimen de intermediación, por tanto, la sociedad queda fuera del ámbito de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, conforme a la exposición de motivos de la citada Ley.»

II

Presentada el día 13 de agosto de 2021 dicha escritura 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: 156/532.
F. presentación: 13/08/2021.
Entrada: 1/2021/127.520,0.
Sociedad: La Suerte de tu Lado SL.
Hoja:

Autorizante: Cabanas Trejo Ricardo.
Protocolo: 2021/1908 de 11/08/2021.

Fundamentos de Derecho.

1. Defecto subsanable:

La sociedad tiene por objeto principal “la comercialización de juegos, apuestas, loterías y otras actividades, gestionadas y patrocinadas por Loterías y Apuestas del Estado (LAE)...”

No se indica que la citada actividad se regulará por la Ley del Juego, Ley 13/2011 de 27 de mayo.

La comercialización de loterías de ámbito estatal solo puede realizarse o bien por los operadores designados o bien por los sujetos que expresamente hayan sido autorizados por estos (artículo 30 del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre).

No se indica que no se iniciará ninguna de las actividades que constituyen el objeto social, si para ello fuera necesaria alguna autorización administrativa o la inscripción en registros públicos, hasta haber obtenido la autorización o inscripción de que se trata. Ni tampoco que quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exige requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad.

Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

Artículo 3. *Definiciones.*

A efectos de esta Ley, los términos que en ella se emplean tendrán el sentido que se establece en el presente artículo.

b) Loterías. Se entiende por loterías las actividades de juego en las que se otorgan premios en los casos en que el número o combinación de números o signos, expresados en el billete, boleto o su equivalente electrónico, coinciden en todo o en parte con el determinado mediante un sorteo o evento celebrado en una fecha previamente determinada o en un programa previo, en el caso de las instantáneas o presorteadas. Las loterías se comercializarán en billetes, boletos o cualquier otra forma de participación cuyo soporte sea material, informático, telemático, telefónico o interactivo.

Artículo 4. *Loterías.*

1. Las loterías de ámbito estatal quedarán reservadas a los operadores designados por la Ley.

2. Corresponde al titular del Ministerio de Economía y Hacienda la autorización para la comercialización de loterías de ámbito estatal. La autorización fijará las condiciones de gestión de los juegos en:

- a) El porcentaje mínimo y máximo destinado a premios.
- b) Las condiciones y requisitos para la celebración de sorteos, cuando procedan y la fijación del número de los mismos.
- c) Los derechos de los participantes y los procedimientos de reclamación.

d) Las condiciones en las que podrán realizar actividades de publicidad y patrocinio de las actividades autorizadas.

e) Las medidas de protección a los menores, personas dependientes y para la prevención del fraude y del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo en los términos de lo dispuesto en la Ley 10/2010, de 28 de abril.

3. En la explotación y comercialización de las loterías, los operadores autorizados cooperarán con el Estado en la erradicación de los juegos ilegales, en la persecución del fraude y la criminalidad y en la evitación de los efectos perniciosos de los juegos.

4. Los operadores autorizados, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones a las que se refiere el artículo 8 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional del Juego un Plan de Medidas en el que se concreten los compromisos adicionales adquiridos por el operador en la gestión responsable del juego, la participación en la reparación de los efectos negativos del mismo y la contribución del operador autorizado a planes, proyectos o actuaciones en beneficio de la sociedad.

Artículo 40. *Infracciones graves.*

Son infracciones graves:

1) La fabricación, comercialización, mantenimiento o distribución de material de juego propiedad de los operadores que desarrollen actividades de juego objeto de reserva en el artículo 4 de esta Ley sin la debida autorización.

Disposición transitoria cuarta bis. Régimen sancionador aplicable a los puntos de venta en régimen administrativo de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado.

Cuatro.

1. Las infracciones administrativas en las que pueden incurrir los titulares de los puntos de venta de la red comercial de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado se clasifican en leves, graves y muy graves...

3. Son infracciones graves:

c) Desarrollar en el punto de venta cualquier otra actividad distinta de la prestación de los servicios de punto de venta y, en el caso de los establecimientos mixtos, cualquier otra actividad distinta de la actividad principal autorizada, salvo consentimiento previo y por escrito de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado.

Al respecto es suficientemente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2018. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.

La actividad del juego, tanto en su organización y comercialización, ha sufrido una profunda transformación con la aparición de las nuevas tecnologías y su aplicación este sector. La desvinculación de la práctica del juego con la presencia física y con el territorio motivó, tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 13/2011 “la necesidad de iniciar un nuevo camino en la regulación del sector del juego asegurando mayor eficacia en el cumplimiento de los objetivos ineludibles de tutela y protección social de los menores y de los participantes en los juegos, al tiempo que se pretenden alcanzar otras importantes finalidades como son la prevención de actividades fraudulentas y de blanqueo de capitales, y todo ello a través de una oferta dimensionada del juego, de una regulación de la práctica de aquellos juegos que puedan ser autorizados, así como del control público del sector”.

En definitiva, el legislador estatal consideró necesario “dotar de un nuevo marco jurídico a las actividades de explotación y gestión de juegos de ámbito estatal y, particularmente, a aquellos juegos que se practican a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos y en los que los medios presenciales tienen un carácter accesorio”.

El legislador, por lo que ahora nos ocupa, muestra una gran preocupación en regular la venta y distribución de boletos y billetes de lotería y otras apuestas del Estado, estableciendo importantes controles, manteniendo la explotación reservada a ciertos operadores y con un estricto régimen de autorizaciones. Así se refleja en la

Exposición de Motivos de la Ley al afirmar:

“El gran volumen de juego asociado a las loterías, así como la posibilidad de que el carácter de documentos de pago al portador de sus boletos y billetes pueda ser empleado como instrumento de blanqueo de capitales, requiere una reserva de esta actividad a determinados operadores, públicos o privados, que han de quedar sujetos a un estricto control público, asegurándose de este modo la protección de los intereses del Estado contra los riesgos de fraude y criminalidad, evitando asimismo los efectos perniciosos del juego sobre los consumidores.

En este sentido, se hace plenamente necesario mantener la reserva en exclusiva de la actividad del juego de loterías de ámbito estatal a favor de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), como operadores de juego que vienen explotando de forma controlada hasta la fecha estas loterías.

La Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado continuará sometida a un régimen de control público de su actividad dado el gran volumen de juego gestionado por esta y su extensa red comercial, de gran raigambre en la sociedad española desde hace más de 250 años. Por otra parte, la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), que desde 1938 se ha consolidado en España como una institución social singular en el objetivo de atención a las personas con discapacidad, seguirá manteniendo su singularidad jurídica en materia de juego en las actividades sujetas a reserva, tal y como se establece en las Disposiciones adicionales primera, segunda y tercera de esta Ley.

Con esta finalidad, se encomienda al Ministerio de Economía y Hacienda y a la Comisión Nacional del Juego, el establecimiento de los procedimientos de autorizaciones y la adopción de aquellas medidas que permitan el seguimiento y control de los operadores que realicen actividades de juego sujetas a reserva en virtud de esta Ley y del control del cumplimiento, por parte de éstos, de las condiciones que se establezcan, en especial, en relación con la protección del orden público y la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.”

Ya la jurisprudencia venía señalando que la intervención del Estado en materia de juego:

“(…), revela la existencia de una protección a intereses superiores de carácter general, las actividades relativas al juego, por tanto, tiene un carácter privado, pero no pueden ser consideradas actividades empresariales ‘normales’ toda vez que sus condiciones de ejercicio vienen reglamentadas por la Ley por su interés general:

Se da la existencia de intereses definidos por parte de las personas que explotan la afición al juego, pero ha de ser intervenida por los poderes públicos, en aplicación de principios y valores contenidos en nuestro texto constitucional como los relativos a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios (art. 51 CE)... por ello se respeta el principio de libertad de empresa pero se establecen unos límites que deben cumplirse y que se reflejan en la normativa vigente en el sector del juego, medidas que pueden ser limitativas o que dificultan el libre desarrollo de la actividad empresarial, pero están justificadas por la protección de los usuarios, y han de prevalecer sobre el principio de libertad de empresa, porque la trascendencia social de los juegos de azar hace necesario un control administrativo y una regulación de tal actividad, dado el impacto que la misma tiene sobre las economías de la población (...)” (STS de 27 de abril de 2004).

La doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también considera legítima la intervención de las autoridades nacionales en la reglamentación del

sector empresarial vinculado a la explotación de juegos de azar por razones de política social, protección de los menores de edad y de prevención del fraude fiscal y blanqueo de capitales.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de marzo de 1994 (C-275/92), se expone que en los Estados miembros los juegos de azar son objeto de una normativa particularmente estricta y de un estrecho control por parte de las autoridades públicas por razón de interés general, siempre que no constituyen un obstáculo injustificado de la libre protección de servicios o a las normas de competencia: "(...) Dichas particularidades justifican que las autoridades nacionales dispongan de una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implican la protección de los jugadores y, más en general, habida cuenta de las particularidades socioculturales de cada Estado miembro, la protección del orden social, tanto en lo que se refiere a las modalidades de organización de las loterías y al volumen de las apuestas, como a la afectación de los beneficios que reportan. Ante estas circunstancias, las autoridades nacionales deben apreciar no sólo si es necesario restringirlas actividades de las loterías sino también prohibirlas, siempre que dichas restricciones no sean discriminatorias".

Y de acuerdo con jurisprudencia consolidada del TJUE, recogida entre otras en las sentencias antes citadas de 8 de septiembre de 2009 (asunto 42/07), 3 de junio de 2010 (asuntos C-203/08 y 258/08) y 8 de septiembre de 2010 (asuntos C-46/08 y C-316/07), los Estados miembros pueden restringir la organización y explotación de juegos de dinero por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública y se ha considerado igualmente que razones imperiosas de interés general pueden justificar también las citadas restricciones, como los objetivos de protección de los consumidores, lucha contra el fraude y prevención tanto de la incitación al gasto excesivo en juego como de la aparición de perturbaciones en el orden social en general.

El art. 4 de la Ley 13/2011 establece una reserva a favor de ciertos operadores designados para todo lo relativo a la lotería de ámbito estatal, siendo el Servicio de Estatal de Loterías y Apuestas del Estado (SELAE) y la ONCE los operadores designados para su comercialización. La razón de ser de esta reserva y las restricciones impuestas a la libertad de organización y comercialización se basa en:

"El gran volumen de juego asociado a las loterías, así como la posibilidad de que el carácter de documentos de pago al portador de sus boletos y billetes pueda ser empleado como instrumento de blanqueo de capitales, requiere una reserva de esta actividad a determinados operadores, públicos o privados, que han de quedar sujetos a un estricto control público, asegurándose de este modo la protección de los intereses del Estado contra los riesgos de fraude y criminalidad, evitando asimismo los efectos perniciosos del juego sobre los consumidores."

Por ello, el artículo 4, junto con establecer que las loterías de ámbito estatal quedan reservadas a los operadores designados, establece importantes restricciones a la libertad de organización y comercialización.

Así, el Ministerio de Economía y Hacienda al concederlas autorizaciones para comercializarla lotería de ámbito estatal fijará las condiciones de gestión para el juego que incluye, entre otros aspectos: los derechos de los participantes y los procedimientos de reclamación, las condiciones en las que podrán realizar actividades de publicidad y patrocinio de las actividades autorizadas y las medidas de protección a los menores, personas dependientes y para la prevención del fraude y del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo en los términos de lo dispuesto en la Ley 10/2010, de 28 de abril.

Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego.

Artículo 30. *Colaboradores en la comercialización de productos de lotería.*

1. Las personas físicas o jurídicas que, no formando parte de la red externa de comercialización de los operadores designados para la realización de actividades reservadas por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, comercialicen o participen en la comercialización de juegos de lotería deberán contar con la autorización expresa del operador designado para el desarrollo de las citadas actividades, con excepción de los terceros que, bajo la exclusiva responsabilidad de los gestores de la citada red externa comercialicen productos de loterías de acuerdo con los usos y costumbres tradicionalmente admitidas.

2. La falta de autorización dará lugar a que el comercializador o la persona o entidad que participe en la comercialización pueda ser sancionado como autor de una infracción muy grave establecida en las letras g) o h) del artículo 39 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego o grave establecida en la letra 1) del artículo 40 de la misma Ley.

3. Los operadores designados para la realización de actividades reservadas por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, deberán comunicar a la Comisión Nacional del Juego con la periodicidad que ésta determine, la relación de las personas o entidades autorizadas para la comercialización de sus productos objetos de reserva.

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

Madrid, treinta de agosto de dos mil veintiuno.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Ricardo Cabanas Trejo, notario de Fuenlabrada, interpuso recurso el día 7 de septiembre de 2021 mediante el escrito que, a continuación, se transcribe:

«Digo:

Que, por medio del presente escrito, en tiempo y forma, vengo en interponer recurso gubernativo contra la calificación negativa formulada por el Registrador Mercantil de Madrid Don Fernando Trigo Portela, respecto de la escritura de constitución de sociedad limitada por mi autorizada el día 11/08/2021, con el número 1908 de mi protocolo, basándome, para ello, en los siguientes,

Hechos.

- 1.º Que en la fecha indicada autoricé la escritura (...)
- 2.º Que dicha escritura fue presentada en el Registro Mercantil competente el día 13/08/2021, con el número de Diario 156/532 y de entrada 1/2021/127.520 (...)
- 3.º Que fue objeto de calificación negativa en fecha 30/08/2021, notificada el día 30/08/2021 (...)
- 4.º Que no estando de acuerdo con dicha calificación interpongo recurso gubernativo sobre la base de los siguientes.

Fundamentos de Derecho.

I. Sobre la indicación de la ley aplicable.

El defecto formulado por el Registro Mercantil -RM- consiste en no haber indicado en el objeto social que las actividades comprensivas del mismo se regularán por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, del Juego, por cuanto la comercialización de loterías de ámbito estatal solo puede realizarse, o bien por los operadores designados, o bien por los sujetos que expresamente hayan sido autorizados por estos, con cita del art. 30 del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre. A continuación, la nota de calificación

transcribe distintas disposiciones legales o reglamentarias y da cuenta de algunas resoluciones judiciales.

El objeto social aparece claramente definido en los estatutos por la comercialización de juegos, apuestas, loterías y otras actividades, gestionados y patrocinados por Loterías y Apuestas del Estado –LAE–, así como otros Juegos, apuestas, loterías y otras actividades, en tanto sean compatibles con los de LAE que se encuentra comprendida en el epígrafe 9200 CNAE. Por tanto, para precisar el alcance de esa actividad hay que tener en cuenta, de un lado, el ámbito de actividad cubierto por LAE, si bien no se hace con carácter exclusivo, siempre que las actividades extra LAE sean compatibles con las primeras, y, de otro lado, el epígrafe indicado de la CNAE.

Recordemos que LAE es un operador de loterías y juegos de azar de titularidad pública, con forma jurídica privada, dependiente de la Dirección General del Patrimonio del Estado, adscrita a su vez al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Sus funciones, en lo que ahora interesa, son las siguientes:

- La gestión, explotación y comercialización de las loterías y juegos de ámbito nacional en sus distintas modalidades, y en todo caso siempre que afecten a un territorio superior al de una Comunidad Autónoma –CA–.

- La gestión, explotación y comercialización de las apuestas mutuas deportivo-benéficas, en cualquiera de sus modalidades, así como cualesquiera otros concursos de pronósticos mutuales y benéficos que se realicen sobre resultados de eventos deportivos.

- La gestión, explotación y comercialización de aquellos otros juegos que sean competencia del Estado y, asimismo, cuando expresamente lo autorice el Ministerio de Economía y Hacienda, de los correspondientes a las CCAA u otros países, previo el acuerdo oportuno en dicha materia.

- La valoración comercial de los locales propuestos por los participantes en los procedimientos para la adjudicación de Administraciones de Loterías y en general de los puntos de venta de su red comercial.

- La realización de cuantas actividades y servicios relacionados con los juegos le sean encomendados.

Respecto del epígrafe CNAE, en las notas explicativas del INE, que como señalan las Ress. de 14106/2016. de 09/10/2018 y de 18/03/2021 han de ser tenidas en cuenta a la hora de acotar el alcance de las actividades incluidas en el objeto social, aparece descrito como sigue: “actividades de juegos de azar y apuestas. Esta clase comprende las actividades de juegos de azar y apuestas como: - la venta de billetes de lotería - la explotación de máquinas tragaperras - explotación de sitios de Internet dedicados a los juegos de azar virtuales - la correduría de apuestas y otras actividades afines - la explotación de agencias de apuestas hípcas - la explotación de casinos, incluidos los ‘casinos flotantes’ - la suscripción a la aplicación Quiz con premios (Febrero 2017)”.

Las actividades que integran el objeto social aparecen así claramente definidas, tanto por la mención expresa a las actividades gestionadas y patrocinadas por LAE, como por el epígrafe CNAE. No se alcanza a ver qué debe añadir a esa descripción una alusión específica a la Ley 13/2011. Valoremos, no obstante, tres posibles escenarios.

a) Sometimiento a la Ley.

Quizá el RM nos quiera dar a entender que es necesario indicar que dichas actividades se regularán por la Ley 13/2021 [sic], ya que, en ausencia de esa indicación, podría generarse por medio del asiento registral la impresión de que la sociedad pretende desarrollarlas al margen de ella, o lo que es lo mismo, sin haber obtenido la debida autorización, Pero esta interpretación carecería del más mínimo sentido, pues la ley será aplicable por razón de la descripción objetiva de la actividad, no de la voluntad subjetiva de la sociedad -sus fundadores- de someterse a una determinada norma. Si el objeto social es la comercialización de juegos de azar y de apuestas, va de suyo que esa

ley es aplicable, y en ninguno de los preceptos que el RM transcribe en su nota de calificación se exige que las sociedades deban hacer constar en sus estatutos que las actividades que proyectan desarrollar se regularán por la misma. Sobre la exigencia de autorización previa, remito a lo que se dice después.

b) Por razón del territorio.

Otra opción, es que la indicación de dicha Ley sea necesaria para saber que la sociedad se somete a la normativa estatal y no a la de una CA en concreto. Tampoco esta interpretación parece muy plausible. Como regla una sociedad puede actuar en todo el territorio del Estado, salvo que expresamente limite el ámbito de actuación a la CA donde radica su domicilio social, u otras (Ress. de 14/06/2016, de 03/06/2016, de 16/02/2001). Por eso, en la determinación del objeto social se pueden combinar los criterios material y espacial, de suerte que para unas actividades se establezca un ámbito de actuación territorial distinto del de otras (Res. de 18/02/1999). En nuestro caso, ninguna razón hay para exigir una indicación expresa del sometimiento a la normativa estatal, y concretar por esa vía su ámbito territorial de actuación, por cuanto habría de ser justo al revés, es decir, si nada se dice en contrario, es estatal, y, además, las actividades se fijan tomando como referencia a LAE.

c) Por la descripción del objeto.

La doctrina de este Centro Directivo es que una vez delimitado el objeto por medio de un sector o por una actividad de forma genérica, se incluyen en el mismo todas sus especies, de tal modo que se requiere una previsión específica para excluir alguna de ellas, y no a la inversa. Esto ha tenido como consecuencia una copiosa doctrina registral que exige, cuando el género pudiera incluir actividades sujetas a regulación especial, la exclusión de aquellas actividades o sectores de un modo expreso. En particular, ya desde la Res. de 17/11/1989 se viene entendiendo “que es la definición estatutaria del objeto social y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidos lo que determina la aplicabilidad de aquellas disposiciones especiales que provén el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado” (entre muchas, v. Ress. 20/12/1990, de 15/12/1993, de 11/12/1995, de 30/04/1999, de 27/02/2019, de 1410612018, de 21/01/2016).

Cuestión distinta es que, después, se admita una exclusión meramente “genérica”, es decir, “referida a todas aquellas (actividades) que, por una u otra razón”, no le estén permitidas a la sociedad, “lo que contribuye a la concreción del objeto social por vía de excepción, la cual ante la constante mutación de la normativa legal en este punto no podrá, ciertamente, ser objeto de mayor precisión” (Ress. de 15/12/1993, de 07/04/1999, de 30/04/1999).

En nuestro caso, sin embargo, la descripción de actividad, lejos de ser genérica, es muy específica, no ofrece dudas a qué se va dedicar la sociedad, y en ese sentido se trata de un sector regulado, sujeto a exigencias específicas de autorización. A estos efectos, no parece necesario decir mucho más.

II. La exigencia de requisitos especiales para desarrollar la actividad.

La indicación de la Ley 13/2011 en los estatutos, por tanto, nada añade desde el punto de vista de la identificación de las actividades a las que piensa dedicarse la sociedad, ni de la normativa a la que deba sujetarse. Queda, todavía, otra opción, pues, al tratarse de una actividad sujeta a la obtención de una autorización específica, cabe entender que es necesaria una salvedad en ese sentido, aunque según la doctrina de este Centro Directivo tampoco se requiere especificar la norma, basta con aludir a los requisitos que sean necesarios en cada momento.

Según la nota de calificación: “no se indica que no se iniciará ninguna de las actividades que constituyen el objeto social, si para ello fuera necesaria alguna autorización administrativa o la inscripción en registros públicos, hasta haber obtenido la

autorización o inscripción de que se trata. Ni tampoco que quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exige requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad”.

Sin embargo, en el art. 3 de los estatutos sociales, en su párrafo cuarto, se dice lo siguiente: “si las disposiciones legales exigieran para el ejercicio de alguna de dichas actividades, algún título profesional, autorización administrativa o inscripción en algún registro público, dichas actividades deberán realizarse por medio de personas que ostenten la titulación, autorización o acreditación requerida, y en su caso no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos exigidos”.

No se alcanza a comprender la calificación del RM, por cuanto esa indicación ya se recoge en los estatutos, y en cuanto al último inciso, es decir, la proclamación solemne de que la sociedad no hará, toda aquello que no puede hacer, precisamente por no cumplir los requisitos singulares que en cada caso se exijan, al margen de resultar una simple perogrullada, no tiene sentido cuando el objeto social no es genérico, sino tan específico como éste. y en todo caso ya resulta de la previa exigencia de autorización/ registro para iniciar las actividades de que se trate.

Por todo ello, solicito se sirva admitir este recurso y ordene, si procede, la revocación de dicha calificación.»

IV

El registrador Mercantil de Madrid emitió el informe previsto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria el día 10 de septiembre de 2021, manteniendo la calificación impugnada, y elevó el expediente a esta Dirección General.

V

Después de haber presentado el anterior recurso, el día 4 de octubre de 2021 comparecieron nuevamente ante el notario autorizante los fundadores de la sociedad a fin de otorgar una diligencia por la que se dotara de nueva redacción al artículo 3 de los estatutos sociales, ajustada a los aparentes requerimientos del registrador, con el siguiente texto modificado:

«Artículo 3. *Objeto social.*

La sociedad tendrá por objeto las siguientes actividades:

Actividad principal: la comercialización de juegos, apuestas, loterías y otras actividades, gestionados y patrocinados por Loterías y Apuestas del Estado (LAE), así como con la comercialización de otros juegos, apuestas, loterías y otras actividades, en tanto que sean compatibles con los de LAE que se encuentra comprendida en el epígrafe CNAE (9200). Dicha actividad se regulará por la Ley del Juego, ley 13/2011 de 27 de mayo.

La sociedad podrá desarrollar las actividades integrantes de su objeto social total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo.

Si las disposiciones legales exigieran para el ejercicio de alguna de dichas actividades, algún título profesional, autorización administrativa o inscripción en algún registro público, dichas actividades deberán realizarse por medio de personas que ostenten la titulación, autorización o acreditación requerida, y en su caso no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos exigidos. Quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la ley exige requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad.

Aquellas actividades del objeto social que legalmente deben ser ejercitadas por profesionales titulados, no se realizarán directamente por la sociedad, sino en régimen

de intermediación, por tanto la sociedad queda fuera del ámbito de la Ley 2/2007 de 15 de marzo, conforme a la exposición de motivos de la citada Ley.»

La nueva redacción se limitaba a añadir dos incisos a la anterior. El primero de ellos incorporaba al párrafo en que se definía la actividad principal la indicación de que «dicha actividad se regulará por la Ley del Juego, ley 13/2011 de 27 de mayo», y el segundo agregaba a las menciones referentes a actividades sometidas a regulación especial la previsión de que «quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la ley exige requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad».

VI

Una vez modificada la escritura y presentada de nuevo en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada negativamente otra vez el día 19 de octubre de 2021:

«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: 156/532.
F. presentación: 13/08/2021.
Entrada: 1/2021/151.727,0.
Sociedad: La Suerte de tu Lado SL.
Hoja:

Autorizante: Cabanas Trejo Ricardo.
Protocolo: 2021/1908 de 11/08/2021.

Fundamentos de Derecho.

1. Vuelto presentar el documento precedente, en unión de diligencia de fecha 4 de octubre de 2021, sigue subsistente, en parte, el defecto de la nota de calificación de fecha 30 de agosto de 2021, dado que:

En la nota de calificación se indica:

“No se indica que no se iniciará ninguna de las actividades que constituyen el objeto social, si para ello fuera necesaria alguna autorización administrativa o la inscripción en registros públicos, hasta haber obtenido la autorización o inscripción de que se trata.”

En la escritura se dice:

Si las disposiciones legales exigiesen para el ejercicio de dichas actividades, algún título profesional, autorización administrativa o inscripción en algún registro público, dichas actividades deberán realizarse por medio de personas que ostenten la titulación, autorización o acreditación requerida, y en su caso no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos exigidos.

Consecuentemente esta parte del defecto no ha sido subsanado, pues la autorización a que hace referencia el objeto no es la concedida o la propia sociedad, sino la que ostenta otra persona a través de la cual se actuará, y ella está restringido por la propia legislación del juego:

Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

Según la disposición transitoria cuarta bis de la ley del juego, es infracción muy grave la cesión del uso de la titularidad del punto de venta sin la correspondiente autorización-

Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego.

Artículo 28. *Transmisión de la autorización.*

La autorización para la comercialización de juegos de lotería no podrá ser objeto de cesión o de explotación por terceras personas, únicamente podrá llevarse a cabo la transmisión del título, previo el informe de la Comisión Nacional del Juego y con la autorización del titular del Ministerio de Economía y Hacienda, en los casos de fusión, escisión o aportación de rama de actividad, motivados por una reestructuración empresarial, sin perjuicio de la autorización de la Comisión Nacional de la Competencia en el caso de que las anteriores operaciones constituyesen concentraciones económicas en el sentido de la Ley 16/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia

Se ha dado traslado de la nueva presentación del título calificado y de esta nota, a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, para su incorporación al expediente del Recurso Gubernativo presentado por el Notario autorizante con fecha 7 de septiembre de 2021.

Madrid, diecinueve de octubre de dos mil veintiuno.»

VII

Contra la segunda nota de calificación, don Ricardo Cabanas Trejo, notario de Fuenlabrada, interpuso nuevo recurso el día 20 de octubre de 2021 en los siguientes términos:

«Digo:

Que, por medio del presente escrito, en tiempo y forma, vengo en interponer recurso gubernativo contra la calificación negativa formulada por el Registrador Mercantil de Madrid Don Fernando Trigo Portela, respecto de la diligencia de subsanación referida a la escritura de constitución de sociedad limitada por mí autorizada el día 11/08/2021, con el número 1908 de mi protocolo, basándome, para ello, en los siguientes,

Hechos.

- 1.º Que en la fecha indicada autorice la escritura (...)
- 2.º Que dicha escritura fue presentada en el Registro Mercantil competente el día 13/08/2021, con el número de Diario 156/532, según consta en la nota de calificación (...)
- 3.º Que fue objeto de calificación negativa en fecha 30/08/2021, notificada el día 30/08/2021.
- 4.º Que interpuso recurso gubernativo contra dicha calificación, el cual se halla en este momento en trámite.
- 5.º Que en fecha 04/10/2021 los interesados otorgaron diligencia de subsanación del defecto, con independencia de la tramitación del recurso gubernativo, al objeto de obtener su inscripción, habiendo presentado de nuevo el documento, con dicha diligencia, el mismo día 04/10/2021, la cual ha sido objeto de nueva calificación negativa de 19/10/2021 en los términos de la nota (...)
- 6.º Que no estando de acuerdo con dicha calificación interpongo nuevo recurso gubernativo sobre la base de los siguientes,

Fundamentos de Derecho.

I. Sobre la falta de motivación suficiente de la primera calificación y la posible existencia de una nueva calificación.

Por fin descubrimos el sentido de uno de los defectos alegados en la primera nota de calificación. En esta se decía lo siguiente: “no se indica que no se iniciará ninguna de las actividades que constituyen el objeto social, si para ello fuera necesaria alguna autorización administrativa o la inscripción en registros públicos hasta haber obtenido la autorización o inscripción de que se trata”. Conviene recordar lo que proclama el art. 3 de los estatutos sociales, en su párrafo cuarto: “si las disposiciones legales exigieren para el ejercicio de alguna de dichas actividades, algún título profesional, autorización administrativa o inscripción en algún registro público, dichas actividades deberán realizarse por medio de personas que ostenten la titulación, autorización o acreditación requerida, y en su caso no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos exigidos”.

En su calificación ninguna pista daba el Registro Mercantil -RM- sobre el motivo por el cual el párrafo transcrito debía considerarse contra legem, razón por la cual en la subsanación posterior los interesados se centraron en incluir una declaración genérica de exclusión de todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exige requisitos especiales que no queden cumplidos por la sociedad, como así se indicaba expresamente en la calificación. Sinceramente, se pensó que quizá al RM se le había pasado que la otra declaración ya estaba recogida en los estatutos, pues ninguna razón daba para no aceptarla.

Ahora el RM nos revela que el motivo era otro. Según parece, para el RM los términos en los que se redactó aquel párrafo presuponen que la autorización no sería la concedida a la propia sociedad, “sino la que ostente otra persona a través de la cual se actuará, y ello está restringido por la propia legislación del juego”. Como fundamentos de derecho cita la Disposición transitoria cuarta bis de la Ley 13/2011, en cuanto a la concreta infracción muy grave del uso de la titularidad del puesto de venta sin la correspondiente autorización (letra f) del punto 4), y el art. 28 del RD 1614/2011 relativo a la transmisión de la autorización.

El problema es que nada de esto se dijo en la primera calificación, pues en ella, ni se expuso la razón de fondo (para nada se alude en ella a la actuación por medio de un tercero), ni aparecían entonces los preceptos ahora invocados (no se citaba el art. 28, y la infracción era la de la letra c) del punto 3).

Obsérvese que el defecto, tal y como se había formulado por el RM, era que en los estatutos “faltaba” algo (que la sociedad no iniciaría su actividad hasta cumplir determinados requisitos), no que “sobraba” algo (que la sociedad actúe a través de otra persona). En esta segunda calificación, si hemos de hacer caso de los nuevos fundamentos de derecho que invoca, esa actuación “a través” de otro ahora sí que se convierte en un problema, pues “ello está restringido por la propia legislación del juego”, con cita de normas referidas a la cesión “del uso” y a la transmisión de la autorización. A pesar de ello, el RM nos sigue dejando en penumbra, pues no aclara si, para subsanar, basta con “añadir”, o, también, hay que “quitar”. Según se interprete su calificación puede ser una cosa, o las dos.

Esta defectuosa motivación de la primera calificación ha supuesto un doble perjuicio.

A mí, como notario autor del recurso gubernativo, al haberme hurtado el conocimiento de las razones por las cuales el RM no aceptaba aquella cláusula, pues no pude combatir unos argumentos que no me fueron comunicados y que, con total sinceridad, difícilmente podía imaginar en esos términos. De ahí mi absoluta sorpresa al encontrarme con esta nueva calificación.

Pero, con ser grave esta manifiesta indefensión que se me ha causado, mucho peor es el perjuicio que se le está provocando a los interesados, que tienen bloqueada la adquisición de una administración de lotería por la falta de inscripción de la sociedad, con el riesgo de perder unas cantidades entregadas en concepto de arras. Ante esta

premura, se optó por subsanar en los términos requeridos por el RM, sin esperar a la resolución del recurso por esta Dirección General, pero, para ello, hubo que interpretar la nota de calificación del RM, que en ningún lugar indicaba que el problema con aquel párrafo viniera por una supuesta interposición de tercero. No hubo otra opción, ante la imposibilidad de contactar telefónicamente con el RM para ver en qué términos quería que se le hiciera.

Ahora, habiendo tenido la gentileza de apurar hasta el límite el plazo para calificar, el RM se digna aclarar su primera calificación, aunque lo hace, en realidad, con una nueva calificación. Mes y medio más tarde ya sabemos en qué estaba pensando el RM.

El comportamiento del funcionario supone una clara infracción de su obligación de formular una primera -y única- calificación global y unitaria, sin ir añadiendo defectos según le parezca.

II. Sobre la falta de fundamento de la nueva calificación.

Dando por supuesto que se trata de una calificación nueva, o, al menos, con una motivación tardía, tampoco resulta admisible. Según el RM la autorización que se recoge en los estatutos no es la concedida a la propia sociedad, sino la que ostente otra persona a través de la cual se actuará. Es una interpretación carente de fundamento.

En su primera parte el precepto estatutario contempla tres posibles situaciones obstativas del ejercicio de la actividad prevista en los estatutos: que se trate de una actividad profesional, que se requiera autorización administrativa, o que se requiera la inscripción en algún registro público. Sobre esta base, de un modo genérico, que en realidad la convierte en una pura cláusula de estilo, se establece una doble salvaguarda frente a calificaciones negativas del RM.

Por un lado, en aquellas situaciones en las que la sociedad no cumpla, o no pueda cumplir con ciertos requisitos de orden subjetivo, se dispone que intervendría en régimen de mera intermediación con la persona que sí los satisfaga. Así lo confirma el último párrafo del art. 3 de los estatutos referido específicamente a las actividades propias de los profesionales titulados, cláusula que no ha sido objeto de calificación negativa por parte del RM. Si me apuran, son dos cláusulas inútiles en el presente caso, pues las únicas actividades previstas en los estatutos no encajan en su supuesto de hecho, pero que sean superfluas, tampoco debería convertir a una de ellas -no, a la otra- en defecto para inscribir. Aunque, según se ha indicado antes, tampoco está tan claro que fuera un defecto, pues en su primera calificación no pide que se elimine la referencia al tercero. Será que entonces le parecía bien.

Por otro lado, como resulta del inciso último (“y en su caso no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos exigidos”), se dispone la suspensión del inicio de actividades hasta que se cumplan los requisitos precisos de autorización o de registro. Pero este “en su caso” ahora está referido a la misma sociedad, no a las otras personas que le sirvan de intermediario, pues para estas ya se cuenta con el anterior inciso. Simplemente, ese es “otro caso”. Este párrafo final sí que ahora es aplicable y deja claro que la sociedad, ella misma, no podrá actuar en tanto no cumpla esos requisitos administrativos. En definitiva, lo que el RM venía exigiendo desde su primera calificación. De todos modos, se trata de una exigencia que, como tal, tampoco resulta de una norma específica, por más que se haya convertido en cláusula de estilo de los estatutos. El régimen de esas autorizaciones y registros especiales ya resulta de los arts. 84 y 85 del Reglamento del Registro Mercantil, y para nada se pide una declaración expresa en tal sentido, perfectamente prescindible, por obvia.

Sostener, como hace el RM, que esta sociedad pretende actuar por persona interpuesta es tan indefendible como afirmar que algunas de sus actividades habrán de ser ejercitadas por profesionales titulados, y vuelvo a recordar que esto último no ha sido objeto de calificación negativa.

Realmente, es una interpretación que solo cabe tildar de “retorcida”, máxime cuando la sociedad ya ha dejado claro en la subsanación que excluye cualquier actividad cuyos requisitos especiales no cumpla, que es tanto como decir que no iniciará esas

actividades, hasta que haya cumplido los requisitos exigidos. No entiendo qué más necesita el RM para inscribir.

No obstante, como ya he tenido ocasión de poner de manifiesto en otro recurso anterior contra el mismo funcionario, da la impresión de que este tiene a gala cumplir en sentido contrario la doctrina del Centro Directivo sobre la necesidad de aplicar los arts. 1284 y 1285 Código Civil, que recordémoslo, exhorta a que si una cláusula de un contrato admitiera diversos sentidos -en nuestro caso, el artículo de los estatutos debatido- deberá entenderse en el más adecuado para que surta efecto, y que las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (entre otras, Res. de 25/05/2016). Para este funcionario parece que es justo al revés, lo que tampoco debería extrañar si recordamos que la anterior Dirección General de los Registros y del Notariado ya tuvo ocasión de reprocharle que, en ocasiones, sus calificaciones eran “un cúmulo de dificultades artificiales puestas al documento” (Res. de 29/03/2001, de 20/03/2002).

III. Sobre la incoherencia de la calificación.

Pero la calificación del RM es todavía más sorprendente, porque no ha puesto defecto alguno a la previsión del objeto indirecto en los mismos estatutos, es decir, al desarrollo de las actividades que integran el objeto social por medio de otras sociedades, supuesto paradigmático de actuación interpuesta. Pero esto lo encuentra bien el RM, lo otro no. Parece que los defectos se escogen ad gustum por este RM, aunque su elección, a veces, resulte un poco aleatoria e impredecible (otro ejemplo de incoherencia de este mismo RM en la Res. de 13/04/2021, donde termina inscribiendo, sin hacer caso de su propia nota).

IV. Sobre la solicitud de inscripción parcial.

De todos modos, no hay mal que por bien no venga, y ahora que ya sabemos en qué consiste el defecto, haciendo uso de la facultad que los otorgantes me han conferido en la misma escritura fundacional de subsanar electrónicamente los defectos advertidos por el RM en su calificación, creo que podemos conseguir el objetivo final, sin más que eliminando algunas palabras de la cláusula, con lo cual, al quitar lo que –supuestamente– no gusta al funcionario, ya tenemos lo que –claramente– sí quiere que aparezca.

Por ello, inmediatamente después de haber interpuesto este recurso, y como presentante del título, procederé a solicitar la inscripción parcial del párrafo en los siguientes términos: “si las disposiciones legales exigieren para el ejercicio de alguna de dichas actividades... autorización administrativa o inscripción en algún registro público... no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos exigidos”.

Confiemos en que no haya más sorpresas en forma de nuevas calificaciones y que, de una vez por todas, esta sociedad ya se pueda inscribir. Como presagio de futuro, tantos problemas para constituirse quizá sea un buen augurio y anticipe la venta del Gordo de Navidad por esta administración de lotería. A ver si hay suerte con la solicitud de inscripción parcial y se inscribe antes de esas fechas.

Al margen de esto, considero innecesario recordar que la subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación, que habrá de seguir su trámite (Res. de 11/01/2016).

Por todo ello, solicito se sirva admitir este recurso y ordene, si procede, la revocación de dicha calificación.»

VIII

Presentado el segundo recurso, en la misma fecha, el notario solicitó telemáticamente la inscripción parcial de la escritura, recibiendo el día 22 de octubre de 2021 notificación de haberse cumplimentado, pero el día 26 de octubre de 2021 volvió

a recibir notificación de calificación negativa en idénticos términos que la referida en el apartado VI. Ante este anómalo proceder, el notario compareció nuevamente por medio del siguiente escrito:

«1. Que en fecha 07/09/2021 interpuso por conducto telemático recurso gubernativo contra la calificación negativa del Registrador Mercantil de Madrid Don Fernando Trigo Portela, en relación con la escritura de constitución de sociedad limitada por mí autorizada el día 11/08/2021, con el número 1908 de protocolo.

2. Que en fecha 04/10/2021 los interesados otorgaron diligencia de subsanación del defecto, con independencia de la tramitación del recurso gubernativo, al objeto de obtener su inscripción, habiendo presentado de nuevo el documento, con dicha diligencia, el mismo día 04/10/2021, la cual fue objeto de una nueva calificación negativa de fecha 19/10/2021 (...)

3. Esta segunda calificación, a su vez, fue objeto de nuevo recurso gubernativo por mi parte que se presentó por conducto telemático el día 20/10/2021, con número de entrada 1/2021/155.959,0 (...)

4. Que, posteriormente, pero el mismo día 20/10/2021, presenté por conducto telemático solicitud de inscripción parcial, con número de entrada 1/2021/156.199.0 (...)

5. Que en fecha 22/10/2021 recibo la comunicación de inscripción de la sociedad, en los términos que resultan de la comunicación (...)

6. No obstante, el día 26/10/2021 vuelvo a recibir la misma comunicación de la calificación negativa a la que se ha hecho referencia en el anterior punto 2 (...) Como puede verse, además del número de hoja, que antes no figuraba, el CSV también ha cambiado.

Esta última comunicación me resulta por completo desconcertante, no solo porque la sociedad ya está inscrita, también porque esa segunda calificación ya fue objeto de recurso gubernativo, que, supongo, habrá sido remitido por el funcionario, junto con el correspondiente expediente, al Centro Directivo.

No obstante, ante la eventualidad de que el Registrador no hubiera dado curso al expediente, pongo el hecho en conocimiento de esta Dirección General, al objeto de que pueda reclamar el expediente del Registrador, caso de no haberlo remitido.

De todos modos, y para evitar cualquier duda al respecto, volveré a interponer el mismo recurso gubernativo, para que no haya dudas en cuanto a su tramitación.

En el presente caso se han causado graves perjuicios a los interesados por la demora en la inscripción, muy especialmente por la forma en que el Registrador rechazó la subsanación que se indica en el punto 2, así que determinar si dicha calificación fue conforme a Derecho, tanto por su contenido, como por una posible falta de carácter global y unitario, constituye una circunstancia relevante de cara a posibles demandas de responsabilidad. No es una cuestión que haya quedado resuelta con la inscripción parcial de la sociedad, siendo necesario que la Dirección General competente se pronuncie sobre la corrección de ambas calificaciones, por eso mi interés en asegurar que el segundo recurso siga su trámite.

Por todo ello, solicito se sirva admitir este escrito y ordene, si procede, la remisión del expediente indicado.»

IX

Mediante escrito, de fecha 3 de noviembre de 2021, el registrador Mercantil remitió a esta Dirección General el segundo recurso y el escrito referido en el apartado anterior.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 19 bis de la Ley Hipotecaria; 4,

9, 10, 11, 12 y 13 y la disposición adicional primera y las disposiciones transitorias cuarta y cuarta bis de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego; la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010; los artículos 14 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; 28 y 30 del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 25 de octubre de 2007, 14 de abril y 21 de diciembre de 2010, 26 de enero de 2011, 28 de febrero y 20 de julio de 2012, 12 de febrero de 2016, 26 de abril y 19 de junio de 2017, 21 de noviembre de 2018 y 1 de marzo y 4 de abril de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 18 de febrero y 14 de octubre de 2021.

1. El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, faculta al órgano administrativo que tramite un procedimiento para que, de oficio o a instancia de parte, decida «su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento».

Según ha quedado expuesto en los «Hechos», los dos recursos han sido presentados por don Ricardo Cabanas Trejo, el documento calificado negativamente en las dos ocasiones ha sido la misma escritura autorizada por el notario impugnante, ambas calificaciones han sido realizadas por el mismo registrador Mercantil, don Fernando Trigo Portela, una y otra versan sobre la definición estatutaria del objeto social, y los textos legales a que afecta la controversia son los mismos. Tales circunstancias revelan tanto una íntima conexión como una identidad sustancial entre los dos expedientes, entrando así en la zona de certeza de los dos conceptos jurídicos indeterminados que alternativamente incluye el artículo 57 de la Ley 39/2015 para permitir al órgano que cuente con la competencia para tramitarlos y resolverlos adoptar la decisión de unir los procedimientos. En consecuencia, se acuerda de oficio acumular ambos expedientes a efectos de solventarlos en una única resolución (sobre la acumulación de recursos, vid. la Resolución de este Centro Directivo de 21 de diciembre de 2010).

2. Debe traerse a colación aquí el consolidado criterio de esta Dirección General sobre la necesidad de fundamentar adecuadamente las calificaciones negativas, postura que ha tenido su formulación más reciente en la Resolución de 14 de octubre de 2021, en los siguientes términos: «Debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a 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 una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia 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, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011, 20 de julio de 2012, 12 de febrero de 2016, 26 de abril y 19 de junio de 2017, 21 de noviembre de 2018, 1 de marzo y 4 de abril de 2019 y 18 de febrero de 2021, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial 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 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, cuya doctrina confirman las más recientes de 28 de febrero y 20 de julio de 2012) que no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de Resoluciones de este Centro Directivo), 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».

La primera de las calificaciones emitidas por el registrador Mercantil únicamente dedica cuatro párrafos a identificar los defectos que, a su juicio, impiden la inscripción:

«La sociedad tiene por objeto principal “la comercialización de juegos, apuestas, loterías y otras actividades, gestionadas y patrocinadas por Loterías y Apuestas del Estado (LAE)...”

No se indica que la citada actividad se regulará por la Ley del Juego, Ley 13/2011 de 27 de mayo.

La comercialización de loterías de ámbito estatal solo puede realizarse o bien por los operadores designados o bien por los sujetos que expresamente hayan sido autorizados por estos (artículo 30 del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre).

No se indica que no se iniciará ninguna de las actividades que constituyen el objeto social, si para ello fuera necesaria alguna autorización administrativa o la inscripción en registros públicos, hasta haber obtenido la autorización o inscripción de que se trata. Ni tampoco que quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exige requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad.»

El resto de las menciones contenidas en la nota es una reproducción de textos legales y reglamentarios de cuya redacción no se desprende directamente la exigencia de las previsiones estatutarias que demanda, y tampoco incluye razonamiento alguno que, con apoyo en esos fragmentos, pudiera fundamentar tales imposiciones.

Esta insuficiencia ilustrativa de la primera nota de calificación se confirma cuando los otorgantes de la escritura, con la finalidad de salvar el obstáculo planteado a la inscripción, otorgan una diligencia para adecuar la definición del objeto social a los requerimientos del registrador, presentan la escritura nuevamente a inscripción, y se sorprenden con una nueva calificación negativa porque, tanto el notario como ellos, no habían llegado a comprender el alcance de una de las faltas. A consecuencia de ello, la solución fue optar por la inscripción parcial eliminando el inciso cuestionado.

Pero tampoco la segunda nota de calificación puede estimarse suficiente, pues, según alega, las normas que cita tan solo impiden la cesión no autorizada de la actividad comercializadora de loterías, pero no incluye razonamiento alguno que sirva de nexo para sostener que el objeto social de la compañía incluye o permite la comercialización irregular vía cesión.

3. Dejando aparte la falta de fundamentación de las notas, procede examinar si los defectos del registrador encuentran algún apoyo en la normativa aplicable. Para ello, debe tenerse en cuenta que, como resulta del propio texto estatutario, el objeto social cuestionado es el correspondiente a un establecimiento de administración de loterías, integrado en la red comercial externa de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado.

Tal como resulta de los «Hechos», el primero de los defectos advertidos consiste en que «no se indica que la citada actividad [la comercialización de juegos, apuestas, loterías y otras actividades, gestionadas y patrocinadas por Loterías y Apuestas del Estado] se regulará por la Ley del Juego, Ley 13/2011 de 27 de mayo». Repasada la ley que cita, no se halla pasaje alguno que obligue a incluir un inciso de esa índole en la definición del objeto social de las compañías mercantiles operadoras de una licencia de juego. Se refiere a ellas el artículo 13.1 de la Ley, estableciendo al efecto que las personas jurídicas que pretendan obtener licencias generales para la explotación y comercialización de juegos con carácter no ocasional, habrán de adoptar la forma de sociedad anónima y tener «como único objeto social la organización, comercialización y explotación de juegos». Por tanto, si la calificación hubiera de atenerse a la Ley 13/2011, el registrador no sólo habría incurrido en el exceso de demandar un requisito que carece

de apoyo legal, sino también en la falta de desatender el mandato sobre la forma social, pues en la escritura se constituye una sociedad de responsabilidad limitada.

Pero el desacuerdo no se encuentra en un lapsus o en una interpretación infundada de la Ley 13/2011 como norma reguladora, sino en que este texto legal no es aplicable a los puntos de venta y delegaciones que conforman la red comercial de Loterías y Apuestas del Estado. El régimen actual de las tradicionalmente conocidas como «administraciones de loterías» arranca de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en cuya disposición adicional trigésima cuarta se estableció que, desde el 1 de enero de 2010, y con vigencia indefinida, los puntos de venta y delegaciones comerciales, quedarían sometidos en su selección, contratación, extinción y régimen jurídico, así como en su vinculación con la entidad, al derecho privado, concediéndose el plazo de un año a los entonces titulares de los establecimientos para optar por la aplicación del nuevo régimen o continuar con el anterior, de carácter público, hasta el fallecimiento, jubilación, renuncia o cese del titular; y aclaraba en su apartado tercero que los juegos y apuestas que gestiona la mencionada entidad pública se comercializarán en las condiciones que la misma establezca con sujeción a las normas de derecho privado. Posteriormente, por medio del artículo 14 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, se creó la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, a la que se asignó «el ejercicio de la totalidad de las facultades que tenía atribuidas el ente público empresarial Loterías y Apuestas del Estado para la gestión exclusiva de los juegos de titularidad estatal, quedando así mismo subrogada en todos los derechos y obligaciones derivados de la aportación de los citados activos y pasivos, bienes y derechos desde la fecha de efectividad de la misma».

En el panorama así diseñado irrumpe la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego. En el segundo párrafo de su artículo 1, al delimitar el objeto de la ley, tras aludir a la actividad del juego en general, declara incluidos en su ámbito de «los juegos desarrollados por las entidades designadas por esta Ley para la realización de actividades sujetas a reserva, con independencia del canal de comercialización de aquéllos». Del inciso transcrito debe aclararse un extremo y resaltar otro: lo primero, que las «actividades sujetas a reserva» son las loterías de ámbito estatal, cuyos operadores han sido designados por Ley (artículo 4.1), lo que efectúa la disposición adicional primera de este mismo texto legal a favor de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y la Organización Nacional de Ciegos Españoles; y lo segundo, resaltar la trascendencia de la locución adverbial «con independencia», referida al canal de comercialización de aquéllos, cuyo significado es el de excluir del objeto de la norma lo concerniente a los conductos de puesta en el mercado, deslinde que confirma el apartado 4 de la disposición adicional primera de la Ley al establecer que «los juegos gestionados por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y la ONCE se comercializarán en billetes, boletos o cualquier otra forma de participación cuyo soporte pueda ser material, informático, telemático, telefónico o interactivo, directamente o a través de cualquier establecimiento de su red comercial externa».

El artículo 9 de la Ley 13/2011 dispone en su apartado 1 que las actividades de juego no reservadas, es decir, las distintas de las loterías de ámbito estatal, se encuentran sometidas a la previa obtención de título habilitante, precisando que tienen tal condición las licencias y autorizaciones, y en el apartado 4 prohíbe la cesión o explotación por terceras personas de los títulos habilitantes de juego, salvo en casos de fusión, escisión o aportación de rama de actividad, motivados por una reestructuración empresarial, previa autorización de la Comisión Nacional del Juego. En los artículos 10 a 12 se regulan las licencias y autorizaciones, reservando las primeras para las actividades de juego no ocasional y las segundas para las ocasionales o esporádicas.

Queda acreditado, por tanto, que la actividad de las administraciones de loterías dependientes de la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado establecidas después del 1 de enero de 2010 no se encuentra sometida a la Ley 13/2011.

4. El segundo defecto de la primera nota de calificación, reiterado en la segunda, gira en torno a una pretendida sujeción de la apertura del establecimiento de loterías a la obtención de una previa licencia o autorización administrativa, extendido en la segunda a la, también pretendida, prohibición de su cesión.

En la primera formulación, el defecto consta descrito en los siguientes términos: «La comercialización de loterías de ámbito estatal solo puede realizarse o bien por los operadores designados o bien por los sujetos que expresamente hayan sido autorizados por estos (artículo 30 del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre). No se indica que no se iniciará ninguna de las actividades que constituyen el objeto social, si para ello fuera necesaria alguna autorización administrativa o la inscripción en registros públicos, hasta haber obtenido la autorización o inscripción de que se trata. Ni tampoco que quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exige requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad».

Para apreciar la invocada sujeción, conviene transcribir el artículo 30, Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego:

«Artículo 30. *Colaboradores en la comercialización de productos de lotería.*

1. Las personas físicas o jurídicas que, no formando parte de la red externa de comercialización de los operadores designados para la realización de actividades reservadas por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, comercialicen o participen en la comercialización de juegos de lotería deberán contar con la autorización expresa del operador designado para el desarrollo de las citadas actividades, con excepción de los terceros que, bajo la exclusiva responsabilidad de los gestores de la citada red externa comercialicen productos de loterías de acuerdo con los usos y costumbres tradicionalmente admitidas.

2. La falta de autorización dará lugar a que el comercializador o la persona o entidad que participe en la comercialización pueda ser sancionado como autor de una infracción muy grave establecida en las letras g) o h) del artículo 39 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego o grave establecida en la letra l) del artículo 40 de la misma Ley.

3. Los operadores designados para la realización de actividades reservadas por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, deberán comunicar a la Comisión Nacional del Juego con la periodicidad que ésta determine, la relación de las personas o entidades autorizadas para la comercialización de sus productos objeto de reserva.»

De la lectura atenta del apartado 1 del artículo resulta que la exigencia de autorización expresa para participar en la comercialización de juegos de lotería únicamente alcanza a las personas que no formen parte de la red externa de la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado o de la Organización Nacional de Ciegos Españoles, y aun así se exceptúan los terceros que, bajo la exclusiva responsabilidad de los gestores de la red externa, comercialicen productos de loterías de acuerdo con los usos y costumbres tradicionalmente admitidos (por ejemplo, la de vender billetes de lotería en bares, especialmente del sorteo de Navidad); además, la competencia para conceder tal permiso corresponde al operador correspondiente y, por tanto, no tiene carácter administrativo. El apartado 2 se ocupa de calificar la infracción como muy grave. Y el apartado 3 simplemente impone a los operadores reservados (SELAE y ONCE) el deber de comunicar periódicamente a la Comisión Nacional del Juego la relación de personas o entidades autorizadas para la comercialización de sus loterías. Por lo tanto, este artículo tampoco establece ningún tipo de competencia administrativa para integrarse en la red comercial externa de la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado, ni para desempeñar cometidos auxiliares de índole comercial en ella.

Desechada la exigencia del permiso, también debe prestarse atención a la incumbencia de incluir en el texto estatutario el propósito de no iniciar las actividades sin

la previa obtención de autorización o necesaria inscripción en un registro administrativo, así como la exclusión de aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que la sociedad no cumpla. Este tipo de previsiones estatutarias, demandadas en algún caso por la legislación administrativa de sectores económicos con regulación especial, se han convertido en cláusulas de estilo orientadas a evitar obstáculos inesperados en la inscripción registral que puedan suponer un contratiempo en el desarrollo del proyecto empresarial. Más allá de los supuestos en que una norma expresamente lo solicite, o lo demande la propia delimitación del objeto, las determinaciones de la índole descrita tienen el significado de una protesta solemne de cumplimiento de un determinado sector del ordenamiento, sin ninguna trascendencia, pues resulta evidente que, recogida en los estatutos o no, la obtención de la autorización o licencia será necesaria para cumplir con la norma que la establezca, como habrá de cumplir también las reglas vigentes la instalación eléctrica del local comercial, o las de seguridad e higiene. En consecuencia, a falta de una norma que la imponga, o de necesidades de identificación del objeto, carece de fundamento la pretensión formulada por el registrador sobre la inclusión de promesas de sumisión a normas administrativas.

Sin perjuicio de ello, el defecto que el registrador advierte en la ausencia de una cláusula promisorias del género comentado no se compadece con la realidad, pues, tal como resulta del expediente, y advierte el impugnante en su primer recurso, en el párrafo tercero del artículo estatutario correspondiente se incluye la siguiente previsión: «Si las disposiciones legales exigieran para el ejercicio de alguna de dichas actividades, algún título profesional, autorización administrativa o inscripción en algún registro público, dichas actividades deberán realizarse por medio de personas que ostenten la titulación, autorización o acreditación requerida, y en su caso no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos exigidos».

Además, en la diligencia de subsanación que el notario autorizó el día 4 de octubre de 2021 con ánimo de salvar el problema de la inscripción, se añadió al párrafo transcrito el siguiente inciso: «Quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la ley exige requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad».

5. Presentada la escritura una vez subsanada, fue calificada nuevamente con defectos. Esta segunda nota de calificación presenta tres deficiencias.

La primera es que el registrador la aprovecha para justificar el defecto puesto en la primera nota sobre la falta de referencia a las autorizaciones administrativas, precisando que la cláusula de estilo incluida originariamente no hace referencia a la concedida a la propia sociedad, sino a la que ostente otra persona a través de la cual se actuaría, lo que, según él, está restringido por la propia legislación del juego. Tal apreciación se contradice abiertamente con el fragmento del texto estatutario controvertido, que comienza con el condicional «si las disposiciones legales exigieran para el ejercicio de alguna de dichas actividades»; no parece discutible que, si la circunstancia de la que se hace depender la observancia de unos requisitos es el apremio de una disposición legal, el resultado de cumplimentarlo no puede ser ilegal; además, aunque en el intermedio contiene alusiones a cualidades o títulos de personas físicas, termina con la frase «y en su caso no podrán iniciarse [las actividades] antes de que se hayan cumplido los requisitos exigidos», expresión que, claramente, también afecta a la sociedad.

La segunda es que, para justificar la antijuridicidad de la pretendida cesión de uso que consagra la cláusula estatutaria, cita la disposición transitoria cuarta bis de la Ley 13/2011. Efectivamente, en el apartado cuatro.4.f) se tipifica como infracción muy grave «la transmisión de la titularidad del punto de venta sin la correspondiente autorización o la cesión de su uso por cualquier título», pero oculta que en el apartado uno de la misma disposición es establece que «el presente régimen de infracciones y sanciones administrativas se aplicará a los puntos de venta que se encuentren acogidos al régimen de Derecho Administrativo». Y la disposición transitoria inmediatamente anterior, la cuarta, ordena que «a los puntos de venta de la red comercial de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y sus delegaciones comerciales que, en virtud de la Disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de

Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, no se hubieran acogido al régimen de Derecho Privado en el plazo establecido en el apartado segundo de la citada Disposición, les será de aplicación la correspondiente normativa administrativa hasta la extinción de los mismos por concurrir los supuestos previstos en la citada disposición». Como se ha señalado en el fundamento tercero, desde la entrada en vigor de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, las administraciones de loterías existentes en tal momento podían optar por acogerse al nuevo régimen de Derecho privado o continuar sujetas al anterior, de carácter público, hasta el fallecimiento, jubilación, renuncia o cese del titular, pero que no se pueden transmitir o ceder.

La tercera inexactitud afecta a la última norma que invoca, el artículo 28 del Real Decreto 1614/2011, con la siguiente redacción: «La autorización para la comercialización de juegos de lotería no podrá ser objeto de cesión o de explotación por terceras personas. Únicamente podrá llevarse a cabo la transmisión del título, previo el informe de la Comisión Nacional del Juego y con la autorización del titular del Ministerio de Economía y Hacienda, en los casos de fusión, escisión o aportación de rama de actividad, motivados por una reestructuración empresarial, sin perjuicio de la autorización de la Comisión Nacional de la Competencia en el caso de que las anteriores operaciones constituyesen concentraciones económicas en el sentido de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia». Bastaría recordar que, como se ha indicado, las administraciones de lotería no están sujetas a autorización administrativa para concluir que esta previsión no les resulta aplicable. No obstante, debe aclararse el sentido de esa norma en el sistema de organización del juego en España. Como se ha indicado en el fundamento tercero, el artículo 4.1 de la Ley 13/2011 dispone que «las loterías de ámbito estatal quedarán reservadas a los operadores designados por la Ley» (SELAE y ONCE), lo que no impide que esos operadores hayan de contar con autorización del Ministerio de Hacienda para la comercialización de las distintas modalidades de lotería (artículo 4.2). El artículo 28 del Real Decreto 1614/2011 está incardinado en el Capítulo IV del Título I (de las licencias y autorizaciones), que lleva por rúbrica «de la autorización para el desarrollo de juegos de lotería», y son esas autorizaciones, las concedidas a los operadores, las que no pueden cederse ni ser explotadas por terceros, salvo en los casos que el propio artículo admite.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado estimar los recursos y revocar las notas de calificación impugnadas.

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, 3 de diciembre de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.