

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

20043 *Resolución de 17 de noviembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador mercantil y de bienes muebles I de Málaga, por la que se rechaza la inscripción de determinada actividad como integrante del objeto social.*

En el recurso interpuesto por don F. N. B., Abogado, en nombre y representación de la sociedad «Jaia European Exporter, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Málaga, don Francisco Javier Brea Serra, por la que se rechaza la inscripción de determinada actividad como integrante del objeto social.

Hechos

I

Por el Notario de Alhaurín de la Torre, don Agustín Emilio Fernández Henares, se autorizó, en fecha 4 de junio de 2021, escritura pública de constitución de la sociedad de responsabilidad limitada y de nombramiento de miembro del órgano de administración.

De los estatutos resultaba que, en su artículo segundo, se regulaba el objeto social de la sociedad. La determinación de las 47 actividades que integraban dicho objeto se hacía por referencia a cada uno de los códigos CNAE de cada actividad.

II

Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil de Málaga, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Don Javier Brea Serra, Registrador Mercantil de Málaga, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto practicar la inscripción del documento al tomo 6051, folio 40, inscripción 1, habiendo resuelto no practicar la inscripción de los extremos que constan a continuación conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 443/556.

F. presentación: 04/06/2021.

Entrada: 1/2021/14.380,0.

Sociedad: Jaia European Exporter, SL.

Hoja: MA-162013.

Autorizante: Fernández Henares, Agustín.

Protocolo: 2021/1821 de 04/06/2021.

Fundamentos de Derecho.

Es de advertir que las participaciones sociales en que se divide el capital social de la sociedad son las numeradas de la “1 a la 100”, inclusive, y no de la “1 a la 30”, como por error consta en el art. 5.º de los estatutos sociales. Con excepción de la actividad “CNAE 4646.-Comercio al por mayor de productos farmacéuticos”, que consta en el artículo 2.º de los estatutos sociales, ya que no se acredita la autorización previa de la Comunidad Autónoma, de conformidad con el artículo 7.º la Ley 22/2007, de 18 de

diciembre de Farmacias de Andalucía, y artículo 68.º del Real Decreto Ley 1/2015 de 24 julio, BOE 177.–En unión de diligencia extendida el día [sic] 4 de junio de 2021 por el mismo notario autorizante.–En unión de diligencia de subsanación extendida el día 29 de junio de 2021 por el mismo notario autorizante.

1. Con excepción de la actividad “CNAE 4646.-Comercio al por mayor de productos farmacéuticos”, que consta en el artículo 2.º de los estatutos sociales, ya que no se acredita la autorización previa de la Comunidad Autónoma, de conformidad con el artículo 7.º la Ley 22/2007, de 18 de diciembre de Farmacias de Andalucía, y artículo 68.º del Real Decreto Ley 1/2015 de 24 julio, BOE 177.

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

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.

Málaga, siete de julio de dos mil veintiuno».

III

Contra la anterior nota de calificación, don F. N. B., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Jaia European Exporter, S.L.», interpuso recurso el día 20 de agosto de 2021 en virtud de escrito en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente:

Primero.

Que la labor del registrador es interpretar las normas jurídicas en el sentido más adecuado para que produzcan efecto para no llegar a la desconcertante situación de impedir al interesado cumplir con determinada norma; que el Reglamento del Registro Mercantil exige en sus artículos 117 y 178 que el objeto social se delimite adecuadamente, por lo que, identificadas las actividades por referencia al código de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, decae la calificación de indeterminación y genérica, y que es cierto que, determinadas actividades, pueden dar lugar a su sujeción a normas especiales que imponen el cumplimiento de requisitos especiales, circunstancia que no es la que se produce en el supuesto.

Segundo.

Que en la determinación de las actividades que constituyen el objeto cabe incluir aquellas sujetas a licencia o autorización, con la salvedad de que antes de llevarlas a cabo se obtendrán los permisos necesarios, tal y como hace el artículo 2 de los estatutos inscritos; Que se da la paradoja de que la exclusión de la actividad que precisa de autorización administrativa previa provocará la imposibilidad de obtenerla; Que el artículo 7 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, y el artículo 68 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, solo hablan de autorizaciones previas a las actividades de instalación y demás, pero no a la constitución de la sociedad, y que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de junio de 2016, considera que no se puede calificar un objeto social en base a una disposición meramente autonómica dado que el domicilio social no condiciona el ámbito territorial de actividad.

IV

El registrador Mercantil, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 27 de agosto de 2021, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del expediente resultaba que, notificado del recurso interpuesto el notario autorizante del título calificado, no realizó alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 36, 1271, 1272, 1666 y 1700.2.º del Código Civil; 117 del Código de Comercio; 22.1.b), 23.b), 234 y 346 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; 1, 2, 16, 54, 59, 63, 68 y 69 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; 84 y 178 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 1982, 2 de junio de 1986, 20 de diciembre de 1990, 23 de abril y 15 de diciembre de 1993, 26 de junio de 1995, 30 de abril de 1999, 1 de marzo de 2008, 5 y 6 de marzo y 3 y 6 de junio de 2009, 5 de abril y 14 de noviembre de 2011, 25 de enero, 9 y 13 de marzo, 4 de abril y 8 y 22 de mayo de 2012, 5 y 16 de marzo, 2 de julio, 9 de octubre y 11 de noviembre de 2013, 29 de enero, 4 y 5 de marzo y 18 de agosto de 2014, 1 de abril, 5 de junio, 20 de julio, 7 de septiembre y 19 de octubre de 2015, 11 de enero, 4 de abril, 3 de junio, 17 de octubre, 2 de noviembre y 16 de diciembre de 2016, 6 de febrero, 2 de marzo, 5 y 24 de abril, 14 de junio, 13 de septiembre, 22 de noviembre y 21 de diciembre de 2017 y 9 de enero, 28 de mayo, 19 y 20 de junio, 18 de julio, 10 de septiembre y 8 de octubre de 2018.

1. Presentada escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada en el Registro Mercantil se procede por el registrador, en virtud de la habilitación que contiene la propia escritura pública, a su inscripción parcial con exclusión, también parcial, de una de las actividades que integran su objeto; en concreto la actividad correspondiente con el CNAE 4646: Comercio al por mayor de productos farmacéuticos.

El registrador fundamenta su negativa en la falta de acreditación de la autorización que para esta actividad exige la legislación especial aplicable.

El objeto de este expediente consiste en dilucidar si puede formar parte de las actividades que integran el objeto social de una sociedad de capital una actividad como la descrita sin necesidad de obtener autorización administrativa previa de la autoridad competente.

2. El artículo 1.b) del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios afirma que forma parte de su objeto y ámbito la regulación de las competencias que corresponden al Estado en cuanto a: «La actuación de las personas físicas o jurídicas en cuanto intervienen en la circulación industrial o comercial y en la prescripción o dispensación de los medicamentos y productos sanitarios».

El texto refundido contiene, además, una normativa que pretende exhaustiva al objeto de regular que: «Los medicamentos de uso humano y productos sanitarios, su investigación clínica, su evaluación, autorización, registro, fabricación, elaboración, control de calidad, almacenamiento, distribución, circulación, trazabilidad, comercialización, información y publicidad, importación y exportación, prescripción y dispensación, seguimiento de la relación beneficio-riesgo, así como la ordenación de su uso racional y el procedimiento para, en su caso, la financiación con fondos públicos. La regulación también se extiende a las sustancias, excipientes y materiales utilizados para su fabricación, preparación o envasado», queden debidamente regulados y sujetos a la competencia de actuación de las administraciones públicas (artículo 1.a), en relación con los artículos 16, 54, 59 y 63, entre otros).

Por su parte el artículo 2, en su letra p) contiene la siguiente definición: «Distribución mayorista de medicamentos»: Toda actividad que consista en obtener, almacenar, conservar, suministrar o exportar medicamentos, excluida la dispensación al público de los mismos».

Entre las garantías que la ley regula se encuentran las relativas al control administrativo de la distribución de medicamentos (capítulo II del título IV relativo a las garantías exigibles en la fabricación y distribución de medicamentos), y, específicamente,

a la distribución mayorista que debe cumplir una serie de rigurosas obligaciones de funcionamiento (vid. artículo 69).

Dispone así el artículo 68.1: «Los almacenes mayoristas, así como los almacenes por contrato, estarán sometidos a la autorización previa de la comunidad autónoma donde esté domiciliado el almacén. Ello, no obstante, el almacén deberá comunicar la realización de sus actividades a las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas donde, no estando domiciliado, tales actividades se realicen. La autorización de entidad de distribución podrá incluir la actividad de almacén por contrato».

De la regulación expuesta resulta con claridad que la actividad de distribución mayorista de medicamentos se encuentra regulada y sujeta a previa autorización administrativa para su ejercicio. Que la autorización sea previa implica que debe ser anterior al inicio de la actividad de distribución.

La norma transcrita, promulgada en ejercicio de la competencia que ostenta el Estado, da cobertura a la resolución del registrador por lo que la alegación contenida en el escrito de recurso sobre autorizaciones de ámbito autonómico no desvirtúa su contenido.

3. A la luz de la regulación expuesta resulta que el recurso debe ser desestimado sin que las alegaciones contenidas en el escrito de recurso puedan desvirtuar dicha conclusión.

Dejando de lado la afirmación de que la enumeración de las actividades por su código CNAE excluye la tacha de indeterminación y generalidad, tacha que no resulta de la calificación y que, por tanto, no es objeto de este expediente (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), no cabe afirmar que la relación de actividades contenidas en el objeto social solo implica una proyección de futuro, de posibles actuaciones.

El artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital al regular el contenido mínimo de los estatutos sociales en cuanto han de «regir el funcionamiento de las sociedades», dispone en su letra b) que deben contener: «El objeto social, determinando las actividades que lo integran», afirmación de presente que se reitera en el artículo 178.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

Es cierto, como afirma el escrito de recurso, que alguna o algunas de las actividades comprendidas en el objeto social pueden no ser desarrolladas de presente por la sociedad, pero de ahí no se sigue que su inclusión, contingente, excluya el cumplimiento de los requisitos de regulación exigidos por la ley.

Desde el punto de vista regulatorio la exigencia de autorización previa implica que una persona física o jurídica no puede realizar una actividad sujeta sin su anterior obtención.

De aquí que la alegación del escrito de recurso de que la exclusión en la inscripción de la actividad objeto de este expediente implique la imposibilidad de obtención de aquella en un futuro es insostenible. Es exactamente al revés: la previsión legal es que se obtenga la autorización administrativa que corresponda y que, después, se constituya la sociedad que ha de llevarla a cabo o se modifique el objeto social de la sociedad que la incorpore a sus estatutos.

Desde el punto de vista del derecho de sociedades la inclusión de una actividad en el objeto implica la vinculación de presente de quienes han prestado su consentimiento determinando, entre otras cuestiones, el ámbito del poder de representación que ostenta el órgano de administración (artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital); de ahí que su modificación se sujete a estrictos controles (artículos 285 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital), sin que vincule al socio que no haya prestado su consentimiento, en el caso de que decida su salida de la sociedad (artículo 346.1.^a de la propia ley).

Por este motivo, esta Dirección General ha reiterado que es la definición estatutaria del objeto social y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidas lo que determina la aplicabilidad de aquellas disposiciones especiales que prevén el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado, de modo que desde el momento fundacional o desde la modificación del

objeto que la sociedad ha de reunir todos los requisitos que hagan viable el completo desarrollo de cualesquiera actividades que integran el objeto social (vid. la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de diciembre de 1990, entre las más anteriores, así como las posteriores de 15 de diciembre de 1993 y 30 de abril de 1999. Entre las más recientes, vid. las Resoluciones de 3 de junio de 2016 y 8 de octubre de 2018).

Cuando, como en el caso presente, la realización de una actividad determinada precise de la obtención de una autorización administrativa que actúe de título habilitante, su ausencia determina que tal actividad no será posible ni lícita, dos de los requisitos que para todo objeto de contrato imponen los artículos 1.271 y 1.272 del Código Civil.

La ausencia del título habilitante no puede quedar suplida por el hecho de que el artículo estatutario cuya inscripción se pretenda comprenda, como ocurre en el supuesto de hecho, la previsión de que si la ley exige una autorización o licencia administrativa no se podrá iniciar dicha actividad sin su obtención.

Dicha previsión no puede tener el efecto taumatúrgico de convertir lo ilícito en lícito ni puede tener el alcance de dejar para un momento posterior lo que la ley exige de presente, soslayando un régimen que por expresa declaración legal es imperativo.

Lo contrario llevaría al absurdo de poder comprender en el objeto social cualquier actividad con la simple previsión de que, de ser precisos requisitos especiales se llevarían a cumplimiento, dejando vacíos de contenido principios esenciales del Registro Mercantil y del tráfico jurídico como el principio de veracidad y exactitud y el de publicidad frente a terceros (vid. las numerosas Resoluciones en los «Vistos» que desarrollan este argumento en relación con las sociedades profesionales).

El reflejo normativo de esta fundamentación se contiene en el artículo 84 del Reglamento del Registro Mercantil: «1. Salvo que otra cosa disponga la legislación especial, no podrá practicarse la inscripción en el Registro Mercantil del sujeto que pretenda realizar actividades cuya inclusión en el objeto requiera licencia o autorización administrativa, si no se acredita su obtención. La misma regla se aplicará a la inscripción de actos posteriores sujetos a licencia o autorización administrativa. 2. En la inscripción se consignará la oportuna referencia a las licencias o autorizaciones que correspondan».

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, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 17 de noviembre de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.