



Roj: STSJ MAD 8925/2012
Id Cendoj: 28079330082012100482
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 8
Nº de Recurso: 663/2011
Nº de Resolución: 581/2012
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: FRANCISCO JAVIER GONZALEZ GRAGERA
Tipo de Resolución: Sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Octava

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009750

NIG: 28.079.33.3-2011/0179921

Procedimiento Ordinario 663/2011 - 02-X

SENTENCIA NÚMERO 581

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION OCTAVA

Ilmos. Sres.:

Presidente

D. Doña Inés Huerta Garicano

Magistrados

D. Don Miguel Ángel Vegas Valiente

Dña. Carmen Rodríguez Rodrigo

D. Francisco Javier González Gragera

En la Villa de Madrid, a 17 de julio de 2012.

Vistos por la Sala constituida por los Señores referenciados al margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 663/2011, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de Doña Nieves y Don Luciano, contra la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 mayo de 2011 sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, en aplicación 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.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por su Abogacía.

Ha sido parte codemandada el Consejo General del Notariado representado por el Procurador de los Tribunales Don Rafael Gamarra Megías.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal del recurrente se interpuso el presente recurso y, después de cumplidos los trámites preceptivos, formalizó la demanda que basaba sustancialmente en los hechos del expediente administrativo, citó los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y concluyó con la súplica de que en su día y, previos los trámites legales, se dicte sentencia conforme a lo solicitado en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Dado traslado de la demanda a las partes demandadas, para su contestación, lo hizo admitiendo los hechos de la misma, en cuanto se deducen del expediente y documentación aportada, alegó en derecho lo que consideró oportuno, y solicitó la confirmación en todos sus extremos del acuerdo recurrido.

TERCERO.- Que, mediante Auto, se acordó recibir a prueba el presente recurso con el resultado que obra en autos y, no estimándose necesaria la celebración de vista pública, señalándose para la votación y fallo del presente recurso el día 10 de julio de 2012, fecha en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Francisco Javier González Gragera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se promueve este recurso contencioso-administrativo por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de Doña Nieves y Don Luciano , contra la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 mayo de 2011 sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, en aplicación 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.

Los antecedentes que han dado origen a la disposición impugnada se exponen en su exposición de motivos que se reproduce a continuación, destacando en letra negrita las cuestiones de mayor interés para el asunto que nos ocupa.

El 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, contiene un conjunto de medidas de distinta índole cuyo objetivo es incrementar la inversión productiva, la competitividad de las empresas españolas y la creación de empleo.

*Entre dichas medidas se incluyen aquellas cuyos objetivos son la **agilización y reducción de costes del proceso constitutivo de las sociedades de capital**, en especial de las que se ajustan al tipo social y a las características propias de **las pequeñas y medianas empresas**. A tal fin se regula un régimen especial de constitución de sociedades de responsabilidad limitada con capital social no superior a 30.000 euros, en las que sus socios son personas físicas y el órgano de administración se estructura como un administrador único, varios administradores solidarios, o dos administradores mancomunados (cfr. el artículo 5).*

*A la **constitución telemática** de sociedades con las características descritas, se anuda la reducción de costes, concretados en la fijación de **aranceles notariales y registrales limitados**, la **exención de tasas de publicación** en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como una **limitación temporal del proceso constitutivo** que, en conjunto **no excederá de cinco días**.*

*En los casos en los que el capital social **no sea superior a 3.100** y los estatutos de la sociedad de **responsabilidad limitada** se adapten a los aprobados por el Ministerio de Justicia, los plazos previstos permiten completar el proceso constitutivo **en un solo día hábil**, se **reducen adicionalmente los aranceles notariales y registrales** y se mantiene la exención de las tasas de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. A tal fin, los referidos Estatutos-tipo fueron aprobados mediante la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre.*

Por otra parte, para todo tipo de sociedades, y en relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se establece «la exoneración del gravamen por la modalidad de operaciones societarias de todas las operaciones dirigidas a la creación, capitalización y mantenimiento de las empresas -cfr. el apartado II del preámbulo del mencionado Real Decreto-ley 13/2010 y el artículo 3 de éste que modifica el artículo 45.1.8).11 del texto refundido de la Ley reguladora de dicho Impuesto, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre -.

Entre las medidas introducida por el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, para mejorar la competitividad de las empresas se incluyen las dirigidas a la **disminución de los costes en actos frecuentes de su vida societaria**, mediante la reducción de obligaciones de publicidad de actos societarios en periódicos. Así, entre otras normas, se modifica el artículo 173.1 de la Ley de Sociedades de Capital, por el que se permite que, junto a los medios de publicidad tradicionales (publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en diarios de mayor circulación en la provincia donde esté situado el domicilio social), **la convocatoria de la junta general pueda publicarse en la página web** de la sociedad. Finalmente, se mantiene para las sociedades de responsabilidad limitada, la posibilidad de la convocatoria de la junta general por un procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure su recepción por los socios.

Las previsiones normativas contenidas en el mencionado Real Decreto-Ley 13/2010 relativas al procedimiento de constitución de sociedades y a la publicidad de convocatoria de la junta general, así como en cuanto a los estatutos-tipo aprobados por la Orden JUS318512010 han sido objeto de interpretaciones divergentes en su aplicación práctica.

Además, el control previo sobre el cumplimiento de las obligaciones fiscales como requisito para que pueda practicarse la inscripción de la sociedad, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 86.1 del Reglamento del Registro Mercantil y 54 del Texto refundido de la Ley sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ha planteado dudas sobre si debe o no acreditarse documentalmente la exención.

Por todo ello, habida cuenta de los problemas surgidos sobre la aplicación de las referidas normas del Real Decreto-ley 13/2010 así como de la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, fue dictada la disposición impugnada invocando el ejercicio de las competencias atribuidas al Centro Directivo por los artículos 260 y siguientes de la Ley Hipotecaria en materia de organización y funcionamiento de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, los artículos 309 y 312, apartados 1 y 4, del Reglamento Notarial, así como por el Real Decreto 1203/2010, de 24 de Septiembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

Contra dicha disposición promovió el presente recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO. - La parte actora solicita en el suplico de su demanda:

Que se declare la nulidad, por contravención de Ley, de la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de mayo de 2011 sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General en aplicación del Real Decreto Ley 1312010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito, fiscal, laboral y liberalizadoras, para fomentar la inversión y la creación de empleo.

Subsidiariamente en el caso de no declararse la nulidad de la referida Instrucción de conformidad con lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 3011992, se acuerde declarar la nulidad de la misma por haberse dictado por un órgano manifiestamente incompetente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 62.1.b) o, en su caso, se acuerde declarar la anulabilidad de la Instrucción con arreglo a lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El objeto del presente recurso contencioso administrativo es la impugnación de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 2011, y en concreto se impugna el apartado 10, además de los apartados 4, 5 y 9.

Alega la parte actora que la Instrucción contradice normas legales y reglamentarias vulnerando el principio de jerarquía normativa amparado por el artículo 9.3 de la Constitución; los artículos 51 y 62.2 de la Ley 30/1992; el artículo 1.2 del Código Civil y el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que dicha Instrucción resulta nula de pleno derecho (artículo 62.2 de la ley 30/1992) en aquellos aspectos que vulneren el citado principio de jerarquía normativa.

También alegan que en el hipotético caso de que se entendiera que la Instrucción impugnada no es una disposición de carácter general, que sí lo es ya que así lo ha reconocido el propio demandado, sino un mero acto administrativo debe declararse nula por haberse dictado por un órgano incompetente (artículo 62.1.b) de la ley 30/1992).

Manifiestan que la Instrucción vulnera la normativa legal vigente relativa al cierre registral, por lo tanto, en el hipotético caso de que se entendiera que la referida instrucción no es una disposición de carácter general sino un mero acto administrativo, procede anular la misma de acuerdo con lo previsto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992. Ello se imputa al apartado 10 pues se considera que con dicho apartado se estaría privando de

eficacia y contenido a la previsión del artículo 54 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Respecto de ese mismo apartado alegan los recurrentes que la Instrucción, en el hipotético caso de que se entendiera que no es una disposición de carácter general sino un mero acto administrativo, debe anularse por haberse infringido también el artículo 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

También imputan violación por los apartados cuarto, quinto y noveno de la Instrucción de la referida normativa legal, que pretende segmentar y desvirtuar, incurriendo en una actuación "*ultra vires*".

El Abogado del Estado se opone a tal pretensión alegando la inadmisibilidad del recurso por omisión del debido agotamiento de la vía administrativa previa, ya que considera que la Instrucción no tiene carácter de disposición general sino de mera instrucción jerárquica de organización administrativa, lo que provoca que debiera haberse impugnado primero en sede administrativa y no se ha hecho.

Por otro lado, niega la legitimación activa de los recurrentes para poder efectuar este recurso contencioso-administrativo, en su condición de registradores funcionarios dependientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado que ha dictado la Instrucción combatida, pues se hallan sometidos a las órdenes e instrucciones emanadas del centro directivo, sin que puedan recurrirlas.

Igualmente hace alegaciones de fondo sobre cada uno de los apartados impugnados de la Instrucción, que a su juicio demuestran lo desacertado del recurso.

La parte codemandada insiste en las mismas causas de inadmisibilidad del recurso y formula alegaciones de fondo sobre cada uno de los apartados combatidos por los recurrentes, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO .- En primer lugar deben abordarse las excepciones procesales opuestas por las partes demandada y codemandada.

La primera de ella se refiere a la **inadmisibilidad del recurso por falta del debido agotamiento de la vía administrativa previa**, ya que considera que la Instrucción no tiene carácter de disposición general sino de mera instrucción jerárquica de organización administrativa, lo que provoca que debiera haberse impugnado primero en sede administrativa y no se ha hecho.

Debe tenerse presente que sobre la misma Instrucción se ha pronunciado ya la sentencia Nº 471 de fecha 6 de junio de 2012 de esta Sala y Sección, dictada en recurso contencioso-administrativo nº 629/11, que admitió el recurso promovido por la Comunidad Autónoma de La Rioja, sin que entendiera preceptivo el agotamiento previo de la vía administrativa, al admitir implícitamente que se trataba de una disposición general. En consecuencia, no procedería ahora, aunque no hubiera habido pronunciamiento expreso en aquella sentencia (quizás porque no fue opuesta la misma excepción por las partes), adoptar una decisión distinta sobre el particular, puesto que si implícitamente en aquel recurso se admitió la impugnación al entender que se combatía una disposición general, no puede aceptarse ahora que concurra tal causa de inadmisión en otro recurso contra la misma Instrucción, la cual con independencia de la denominación formal es claro que no es una mera instrucción jerárquica sino que tiene efectos "*ad extra*" (y no meramente "*ad intra*"), lo que justifica que se admita su impugnación.

CUARTO .- También las partes codemandadas niegan la **legitimación activa** de los recurrentes para poder formular este recurso contencioso-administrativo, en su condición de registradores funcionarios dependientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado que ha dictado la Instrucción combatida, pues se hallan sometidos a las órdenes e instrucciones emanadas del centro directivo, sin que puedan recurrirlas.

El artículo 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA), dispone:

1. *Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:*

a. *Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.*

En definitiva la legitimación activa supone la exigencia de ostentar una especial posición respecto de determinados derechos, relaciones o situaciones jurídicas, que por ello habilitan al titular para que pueda, por medio del ejercicio de la acción procesal ante los Tribunales, desencadenar el mecanismo procesal de tutela de los derechos.

En este caso debe aplicarse la doctrina jurisprudencial sentada en varias sentencias por el Tribunal Supremo invocadas por las partes recurrentes, que en diversas ocasiones ha reconocido legitimación a los registradores para impugnar las disposiciones generales que les afecten en el ejercicio de su profesión, lo que en este caso concurre puesto que la Instrucción combatida introduce en su articulado obligaciones para los registradores y modos de interpretación preceptivos de la normativa aplicable.

Puede citarse como ejemplo de tal doctrina jurisprudencial, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Sección 6a, de 12 de febrero de 2002 , recurso 155412000, ponente Enrique Lecumberri Martí, ha señalado en su Fundamento Jurídico Segundo lo siguiente:

"SEGUNDO.- La jurisprudencia de esta Sala, en sentencias de dos de julio de mil novecientos ochenta y cinco , cuatro de julio de mil novecientos ochenta y seis EDJ198614705 , treinta de abril de mil novecientos ochenta y ocho EDJ198813622 , veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y cuatro y veintiséis de julio de mil novecientos noventa y seis EDJ1996/5374 , ha venido aplicando, en base al artículo 24.1 de la Constitución EDL 197813879 , un concepto amplio de legitimación procesal, superando así el concepto de "interés directo" empleado por el artículo 28.1. a) de la Ley de la Jurisdicción de 1956 EDL. 1956142, si bien, como precisan las sentencias de diez de mayo de mil novecientos ochenta y tres EDJ1983/2790 , nueve de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro y ocho de julio de mil novecientos ochenta y seis EDJ198614841 , el simple interés por la legalidad no constituye el sustrato jurídico de la legitimación, salvo que de la ilegalidad denunciada se siga un subjetivo perjuicio, ya que, excepto en los casos de acción popular, en que se objetiva la legitimación activa para que una persona pueda ser parte actora ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, se precisa que, además de gozar de capacidad de obrar, ostente un interés en la anulación del acto o disposición recurrida.

La sentencia de trece de septiembre de dos mil exige para reconocer la legitimación de los recurrentes que éstos obtengan de la estimación del recurso algún beneficio o ventaja, sea éste de carácter material o moral; criterio ratificado por las sentencias de veintiocho de enero , dos y veinticuatro de febrero y veintidós de mayo de dos mil , y más recientemente en las sentencias de veinticuatro de febrero y veintidós de mayo de dos mil y treinta y uno de enero y doce de marzo de dos mil uno , en las que reconocen la legitimación para impugnar disposiciones de carácter general a profesionales y entidades asociativas cuya finalidad estatutaria sea atender y promover tales intereses, es decir, los afectados por la disposición que se impugna, en cuanto su ejercicio profesional resulte afectado por el Reglamento impugnado. En consecuencia, de acuerdo con ésta nuestra doctrina, procede desestimar la causa de inadmisibilidad invocada, pues ab initio los recurrentes, como registradores, tienen ad processum, legitimación para impugnar el Real Decreto 1643/2000, sobre medidas urgentes para la efectividad de la integración en un solo Cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio, en cuanto que denuncian la ilegalidad del artículo 7 , que regula los índices informatizados. "

QUINTO.- El objeto de este recurso es la impugnación de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 2011, y en concreto sus apartados 4,5, 9 y 10.

En concreto alegan que la Instrucción recurrida, en su **apartado cuarto** establece la obligación de seguir el trámite previsto en el Real Decreto Ley 13/2010, aunque no se hayan seguido todos los trámites en él previstos, en la forma allí establecida.

Dicho apartado establece

"Cuarto. Cuando la copia autorizada de la escritura pública que remita el notario autorizante al Registro mercantil por vía telemática, documente la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada con las características descritas en los apartados uno y dos del artículo 5 del Real Decreto-ley 13/2010 , el registrador mercantil deberá cumplir los plazos de calificación e inscripción y las obligaciones adicionales previstos en el mencionado precepto, con aplicación de los aranceles reducidos establecidos en el mismo. *En todo caso, el acto de constitución quedará exento de las tasas de publicación en el Boletín Oficial del Registro mercantil.*

El incumplimiento por el notario de las obligaciones previstas en el artículo 5 del mencionado Real Decreto-ley 13/2010 , no podrá ser causa de denegación de inscripción por el registrador mercantil ni, en general, impedirá la continuación del proceso constitutivo . En ningún caso, dicho incumplimiento del notario eximirá al registrador mercantil del cumplimiento de las obligaciones relativas a dicho proceso de constitución, ni de la aplicación de los aranceles reducidos previstos en el mismo.

El incumplimiento de estas obligaciones podrá desencadenar para el registrador mercantil responsabilidad disciplinaria, siempre que dicho incumplimiento le fuera imputable, conforme a las normas legales que rigen su régimen disciplinario.

Con independencia de la función de calificación, el Registrador mercantil sólo entenderá que la constitución de la sociedad no se somete al régimen previsto en los apartados uno y dos del artículo 5 del Real Decreto-ley 13/2010, cuando la sociedad que se pretende constituir no reúna las características tipológicas descritas en la norma (tipo social, capital social, socios personas físicas, estructura del órgano de administración y, en su caso, incorporación de estatutos-tipo) o cuando, ajustándose a las mismas, se hubiera hecho constar expresamente en la escritura pública la voluntad de los otorgantes de no someter dicho proceso constitutivo a lo establecido en el precepto mencionado.

Consideran los recurrentes que el sistema previsto en el Real Decreto Ley 13/2010 se halla establecido como un proceso único en el que se deben cumplir todos sus trámites, sin que sea posible que, si se rompe tal unidad porque se omitan determinados trámites preceptivos, se siga exigiendo la Registrador el cumplimiento del resto de los trámites del RDL, puesto que ya no nos hallaríamos ante una operación sometida a las prescripciones del Real Decreto Ley 13/2010.

Entienden que la Instrucción no puede desgajar los trámites del Real Decreto Ley 13/2010 sin desvirtuarlos porque ello determinará su nulidad, y que no tiene sentido exigir un plazo absolutamente perentorio al Registrador, cuando no se cumple el principio de agilización del procedimiento en los restantes.

También consideran que existe una clara extralimitación "*ultra vires*" de lo que dispone el Real Decreto Ley 13/2010, sobre la aplicación del procedimiento simplificado cuando la certificación del Registro Mercantil Central se expida en formato papel. Justo al contrario, se establece el procedimiento simplificado cuando el trámite de la solicitud de la certificación al Registro Mercantil Central se realiza telemáticamente.

Dicho **apartado Quinto** establece:

"Quinto. El mismo procedimiento, con los beneficios previstos, será aplicable aun cuando se presente por el interesado la certificación negativa de denominación expedida en formato papel por el Registro Mercantil Central. *En tal caso, el plazo establecido para la autorización por el notario de la escritura de constitución de la sociedad comenzará a contar desde que le sea aportado dicho certificado (como uno de los «antecedentes necesarios» para la autorización de dicha escritura) y no desde la recepción por el solicitante. El notario dejará constancia en la escritura de la fecha en que le sea entregada la certificación y los demás antecedentes*".

Manifiestan los recurrentes que tal previsión del apartado Quinto iría en contra del artículo 5 tres a) del Real Decreto Ley prevé que será "*el notario autorizante el que solicitará telemáticamente al Registro Mercantil Central el certificado negativo de denominación social, salvo petición expresa en sentido contrario de los interesados*".

Sin embargo, la tesis de los recurrentes no encuentra apoyo normativo alguno. Los procedimientos regulados en la Instrucción son procedimientos complejos donde intervienen diversos actores, algunos de los cuales por inadvertencia o ignorancia pueden no haber cumplimentado fielmente las obligaciones impuestas por el Real Decreto Ley 13/2010, pero de ello no puede seguirse que el resto de intervinientes puedan omitir obligaciones que a ellos les competen. Las obligaciones de cada una de las partes establecidas en el Real Decreto Ley 13/2010 son independientes de las del resto, aunque lógicamente puedan estar conectadas. Las omisiones de algunas de ellas no conceden derecho alguno a las demás a saltarse el procedimiento establecido y a servir de causa de exención de las obligaciones propias. Tal articulación no está contemplada en la norma ni responde a principio jurídico alguno. Lo que hace la Instrucción a estos efectos es simplemente recordar y confirmar lo que debería ser la interpretación lógica y coherente del Real Decreto Ley 13/2010 al objeto de que no pueda alegarse buena fe o exención de responsabilidad en el incumplimiento de una norma que rebaja las remuneraciones de algunos de los actores llamados a cumplirla. En consecuencia no se entiende que concurra en la Instrucción el imputado vicio "*ultra vires*".

El apartado Quinto responde también a ese mismo criterio puesto que impone a los registradores seguir el procedimiento previsto en el Real Decreto Ley 13/2010, aún cuando los interesados se presenten ante el Notario con una certificación del Registro Mercantil expedida en formato papel. Con ello se intenta prevenir el hecho de que los interesados puedan no tener conocimiento del novedoso procedimiento introducido por el Real Decreto Ley 13/2010 hasta que acudan al Notario y ello sea tomado como oportunidad para eludir el procedimiento previsto en la norma por algunos de los actores que pueden sentirse perjudicados en sus intereses con la implantación de tales procedimientos.

La Instrucción adopta el criterio lógico de imponer que ello no sirva para que se soslaye el procedimiento establecido en el Real Decreto Ley 13/2010, lo que desde luego no supone vulneración alguna de la norma sino más bien su interpretación lógica y racional.

Finalmente alegan que la Instrucción combatida en su apartado noveno lleva a cabo determinadas interpretaciones impropias del Real Decreto Ley 13/2010, en cuanto a la nueva redacción dada al artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital .

Dicho apartado establece:

Noveno. En los casos en los que se optara por la publicación de la convocatoria de la junta general en la página web de la sociedad, en aplicación de lo previsto en el artículo 173.1 de la Ley de Sociedades de Capital , tras la . *reforma introducida por el Real Decreto-ley 13/2010, la sociedad deberá o bien determinar la página web en los estatutos de la sociedad o bien notificar a todos los socios la existencia y dirección electrónica de dicha página web y el sistema de acceso a la misma .*

El anuncio de convocatoria deberá estar publicado en la página web de la sociedad desde la fecha de aquella hasta la efectiva celebración de la Junta General. El contenido de la convocatoria se ajustará a lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital .

Consideran que no es propio de una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (porque la potestad reglamentaria conforme al artículo 97 de la Constitución , corresponde al Gobierno) determinar cómo deben cumplir las sociedades mercantiles el requisito de la publicación del anuncio de la convocatoria de su junta general en la página web de la sociedad.

Sin embargo no puede aceptarse que ello suponga imponer ninguna obligación nueva a las sociedades mercantiles sino más bien imponer al registrador para que vele por el cumplimiento lógico y natural de los procedimientos regulados en el Real Decreto Ley 13/2010, que son establecidos para la reducción de los costes de publicidad en determinados actos frecuentes en la vida societaria, permitiendo que junto a los medios de publicidad tradicionales, la convocatoria de la junta general pueda publicarse en la página web de la sociedad. Ello no supone extralimitación alguna de la Instrucción ni parece necesaria la elaboración de un Real Decreto para precisar el modo concreto y preciso en que deben cumplimentarse los requisitos precisos para que sean factibles los procedimientos regulados en el Real Decreto Ley 13/2010.

SEXTO .- Finalmente, respecto a la discutida **competencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado para dictar Instrucciones** , parece claro que la misma se halla amparada sobradamente en el artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común :

" 1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda "

Por otra parte, el artículo 260.1 de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946 :

"Corresponderá a la Dirección General de los Registros y del Notariado:

Proponer directamente al Ministro de Justicia o adoptar por sí en los casos que determinen los preceptos legales o reglamentarios, las disposiciones necesarias para asegurar en los Registros de la Propiedad la observancia de esta Ley y de los Reglamentos que se dicten para su ejecución".

SÉPTIMO .- Ahora restan por valorarse las numerosas imputaciones de nulidad o anulabilidad que se hacen sobre el **Apartado Décimo de la Instrucción** , pero tales imputaciones no es preciso que sean consideradas porque tal apartado ha sido anulado por la sentencia N° 471 de fecha 6 de junio de 2012 de esta Sala y Sección, dictada en recurso contencioso- administrativo nº 629/11 , que admitió el recurso promovido por la Comunidad Autónoma de La Rioja, que efectuó el siguiente pronunciamiento:

*" Que **ESTIMANDO** el recurso contencioso-administrativo nº 629/11, interpuesto -en escrito presentado el día 15 de julio del pasado año 2011- por el Procurador D. Jorge Deleito García, actuando en nombre y representación de la **COMUNIDAD AUTONOMA DE LA RIOJA** , contra la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia de 18 de mayo (BOE del día 25), sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, en aplicación del Real Decreto-Ley 13/10, de 3*

de diciembre, **declaramos la nulidad de pleno derecho del APARTADO DECIMO DE LA INSTRUCCION** . Sin costas " .

Los argumentos jurídicos para apoyar dicha anulación se contienen en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia, al que nos remitimos por ser el criterio de esta Sala y Sección:

" **SEGUNDO:** El apartado Décimo de la **Instrucción de 18 de mayo** de 2011, aquí cuestionado - **dirigido a los Registradores, en su condición de funcionarios públicos dependientes de la Dirección General de los Registros y Notariado** , autora de la misma- fija el criterio interpretativo de actuación de los Registradores en relación con la inscripción de los actos que han sido declarados exentos del Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos documentados por el art. 3 del Real Decreto-Ley 13/10 , que modificó el art. 45, apartado I, párrafo B), inciso 11 del Texto refundido de la Ley del Impuesto , por lo que el objeto del pleito no es otro, dados los motivos impugnatorios, que analizar si la Instrucción se ha extralimitado en esa función y ha introducido una innovación en el ordenamiento jurídico que, evidentemente, constituiría un vicio de nulidad de pleno derecho.

El art. 45, apartado I, párrafo B), inciso 11 del Real Decreto Legislativo 1/93, de 24 de septiembre , en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 13/10, declara exento del impuesto "La constitución de sociedades, el aumento de capital, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea". Dicha exención, como bien ponen de manifiesto las demandadas, no tiene una finalidad tributaria, sino que obedece a razones de política económica, encaminadas a la agilización y reducción de costes del proceso constitutivo de las sociedades de capital.

Como operaciones beneficiadas por la exención, y discrepando de la afirmación que, al respecto realiza la codemandada, están sujetas al impuesto, si bien, y precisamente porque están sujetas a dicho impuesto, gozan de la exención por decisión del Legislador.

*El art. 54.1 del referido Texto (**que no ha sido modificado por el citado Real Decreto-Ley**), bajo el epígrafe de Obligaciones formales, dispone: " **Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en Oficina o Registro Público sin que se justifique el pago de la deuda tributaria a favor de la Administración Tributaria competente para exigirlo, conste declarada la exención por la misma, o, cuando menos, la presentación en ella del referido documento** . De las incidencias que se produzcan se dará cuenta inmediata a la Administración interesada. Los Juzgados y Tribunales remitirán a la Administración tributaria competente para la liquidación del impuesto copia autorizada de los documentos que admitan en los que no conste la nota de haber sido presentados a liquidación en dicha Administración".*

Del referido precepto se infiere claramente que todos los actos sujetos al impuesto -estén o no exentos- no podrán acceder a ningún Registro Público si previamente no se justifica el pago de la deuda tributaria a la Administración Tributaria competente para exigirlo, o, conste declarada la exención, declaración que, igualmente compete a la Administración Tributaria liquidadora.

*El art. 123 del Real Decreto 828/95 (que aprueba el Reglamento del Impuesto) dispone: "Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en oficina o registro público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquél, **salvo lo previsto en la legislación hipotecaria** . Los Juzgados y Tribunales remitirán a los órganos competentes para la liquidación del impuesto copia autorizada de los documentos que admitan en los que no conste la nota de haber sido presentados a liquidación".*

Y esa prevalencia de la Legislación Hipotecaria a la que alude el Real Decreto que no puede, en virtud del principio de jerarquía normativa, dejar sin contenido las previsiones del art. 54.1 de la Ley del Impuesto , en este caso concreto no ampara, a nuestro juicio, la interpretación que del art. 86.1 del Reglamento del Registro Mercantil (aprobado por el Real Decreto 1784/96, de 19 de julio) realizan las demandadas para justificar la legalidad del apartado Décimo de la Instrucción, del siguiente tenor literal: "No podrá practicarse asiento alguno, a excepción del de presentación, si no se ha justificado previamente que ha sido solicitada o practicada la liquidación de los tributos correspondientes al acto o contrato que se pretenda inscribir o al documento en virtud del cual se pretenda la inscripción", y ello porque la liquidación es, en definitiva, un acto de calificación del hecho imponible por parte del Órgano liquidador, del que se puede derivar una exención que ha de ser declarada expresamente por la Administración Tributaria competente. Por tanto, el art. 86 no contiene ninguna especialidad respecto del art. 54.1.

Consiguientemente, al excluir el Apartado Décimo de la Instrucción la presentación de la declaración de exención del impuesto como requisito previo para la inscripción de las operaciones a las que se refiere el art. 45, apartado I, párrafo B), inciso 11 del Real Decreto Legislativo 1/93, de 24 de septiembre, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 13/10, sin que se haya modificado su art. 54.1, se está extralimitando en sus funciones de interpretación del art. 86.1 del Reglamento del Registro Mercantil, introduciendo, de facto, una novación del ordenamiento jurídico que contraviene la dicción literal del expresado art. 54.1 del Texto Refundido del Impuesto (que pudo y no fue modificado por el Real Decreto-Ley 13/10), y para lo que, obviamente, carece de competencias la Dirección General, incurriendo el apartado Décimo cuestionado en una clara nulidad de pleno derecho (art.61.2 Ley 30/92).

A mayor abundamiento, la norma de cobertura de la Instrucción, en lo que a este recurso interesa - art. 260 de la Ley Hipotecaria -, no ampara el apartado Décimo que acabamos de anular, pues no cabe, **por vía de Instrucción**, interpretar la función calificadora de los Registradores".

En consecuencia procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo, confirmando la nulidad del Apartado Décimo de la Instrucción y confirmando por ser conformes a derecho los Apartados Segundo, Quinto y Noveno.

OCTAVO. - En relación con las costas, no procede la condena en costas a ninguna de las partes de este recurso en aplicación del artículo 139.1 de la LJCA.

VISTOS, - Los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de Doña Nieves y Don Luciano, contra la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 mayo de 2011 sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, en aplicación 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, confirmando la nulidad del Apartado Décimo de la Instrucción y confirmando la validez de los Apartados Segundo, Quinto y Noveno. Sin costas.

Así, por esta nuestra sentencia, contra la que cabe interponer recurso de casación dentro del plazo legalmente establecido, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese la presente resolución con la advertencia de que la misma no es firme pudiendo interponerse recurso de casación que habrá de prepararse ante esta misma sala en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de la presente resolución, previa constitución del depósito de 50 # en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a esta sección, tal y como establece la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección nº 2612 (Banesto), especificando en el campo concepto "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 Euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que como Secretario certifico.