

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5650 *Resolución de 20 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de Huelva a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de modificación de estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada, relativa al régimen de transmisión de participaciones sociales.*

En el recurso interpuesto por don Pablo Vázquez Moral, notario de Sant Feliu de Guíxols, contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Huelva, doña Mercedes Fuensanta Jiménez-Alfaro Larrazábal, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de modificación de estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada, relativa al régimen de transmisión de participaciones sociales.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Sant Feliu de Guíxols, don Pablo Vázquez Moral, el día 21 de diciembre de 2015, con el número 2.598 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad «Casasmóviles Spain, S.L.», por los que se modifica el artículo 6 de los estatutos sociales, que queda con siguiente contenido que, a continuación, se transcribe en lo que interesa a efectos de este recurso: «Artículo 6. Participaciones sociales. I. Cualquier transmisión intervivos de las participaciones sociales quedará sometida a las restricciones siguientes: 1. La transmisión quedará sometida al consentimiento de la sociedad, que se expresará mediante acuerdo de la Junta General, previa inclusión del asunto en el orden del día, adoptado por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos tres quintas partes de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. 2. La sociedad podrá bien denegar la autorización para transmitir; bien autorizar la transmisión de forma incondicional; o bien autorizarla condicionada a que el comprador ofrecido por el socio que proponga transmitir las participaciones acepte comprar también las del resto de los socios que también se ofrezcan a transmitir. 3. Si Sociedad autorizara de forma condicionada la transmisión, ésta deberá, en un plazo de 15 días naturales desde el acuerdo de la Junta que hubiera adoptado dicha decisión, comunicar al socio que se proponga transmitir la identidad de los socios que también quieran transmitir sus participaciones al comprador. Si dicho comprador no aceptara la compra en dichas condiciones, se entenderá denegada definitivamente la autorización. Si sí la aceptara, se procederá conforme al artículo 107.2.d) de la Ley de Sociedades de Capital. 4. En cualquier caso en que se deniegue al socio la autorización para transmitir, éste podrá separarse de la sociedad dentro del plazo de un mes a contar desde la recepción por dicho socio de notificación fehaciente de la denegación de la autorización remitida por la sociedad. Para el ejercicio de este derecho de separación, el socio que lo pretenda deberá comunicarlo fehacientemente a la sociedad en el plazo indicado. En dicho momento se abrirá la fase de negociación a efectos de valorar las participaciones de dicho socio. A falta de acuerdo, se aplicará lo dispuesto en los artículos 353 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital (...).».

II

El día 22 de enero de 2016, se presentó en el Registro Mercantil de Huelva copia autorizada de dicha escritura, que fue objeto de calificación negativa por la registradora en

los términos que, a continuación, se transcriben en lo pertinente: «Dña. Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal, Registradora Mercantil de Huelva, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 86/136 F. presentación: 22/01/2016 Entrada:1/2016/166,0 Sociedad: Casasmóviles Spain, S.L., Hoja:H-20703 Autorizante:Vázquez Moral, Pablo Protocolo: 2015/2598 de 21/12/2015 Fundamentos de Derecho 1. No cabe la mera negativa de la sociedad a la solicitud de transmisión de las participaciones sin la comunicación de adquirentes alternativos ya sean otros socios, terceros o la propia sociedad (Artículo 107.f LSC, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca 2815/2009). 2. (...) 3. (...) En relación con la presente calificación: (...) Huelva, veinticinco de enero de dos mil dieciséis».

III

Solicitada calificación sustitutoria, ésta fue emitida el día 16 de febrero de 2016 por el registrador de la Propiedad de La Palma del Condado, don José Ángel Gallego Vega, quien confirmó la calificación efectuada por la registradora sustituida, con base en los siguientes fundamentos jurídicos: «Primero: Las cláusulas estatutarias por las que se someta la transmisión de acciones a la aprobación de la Junta General de la Sociedad, requiere que se cumplan los límites legales, así pues, ha de preverse que en caso de que la Junta General no apruebe la propuesta de transmisión realizada por el socio, debe identificar a las personas que van a realizar la adquisición, en las mismas condiciones comunicadas por el socio a la sociedad. Así resulta de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de septiembre de 2007, que si bien se refería al antiguo artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es perfectamente aplicable al artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital; indica el Tribunal Supremo en dicha sentencia que ha de tratarse de una operación ya estipulada, que se presenta a la aprobación de la Junta, de modo que ésta no puede denegar la autorización salvo que disponga de otro adquirente en las mismas o en mejores condiciones, o se proponga la adquisición por la misma sociedad».

IV

Mediante escrito, que causó entrada en el Registro Mercantil de Huelva el día 1 de marzo de 2015, el notario autorizante interpuso recurso en el que expresa que las calificaciones recurridas son las realizadas por la registradora sustituida y por el registrador sustituto, con los siguientes fundamentos jurídicos: «Primero: Los Registradores de la Propiedad, en su calificación, basan su argumentación en el artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece que “La sociedad solo podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones”. Ello no obstante, en su apartado primero, dicho artículo 107 comienza diciendo lo siguiente: “Salvo disposición contraria de los estatutos...”; y en su apartado segundo lo hace del siguiente modo: “A falta de regulación estatutaria, la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos inter vivos se registrará por las siguientes reglas:...” Por tanto, es obvio el carácter dispositivo de estas normas, que admiten por tanto una regulación estatutaria distinta a la legal, tal como se realiza en la escritura calificada negativamente. Segundo: No obstante la posibilidad de establecer una regulación estatutaria diferente a la del artículo 107, se han de respetar unos límites fijados en el artículo 108 de la Ley de Sociedades de Capital, que en este caso sí se trata de una norma imperativa. Entiendo que la cuestión a resolver es si la regulación estatutaria recogida en la escritura respeta o no lo dispuesto en dicho artículo 108 de la ley de Sociedades de Capital. Es claro que la cláusula estatutaria no infringe el apartado primero del artículo 108, pues no hace prácticamente libre la transmisión de las participaciones. Entiendo que tampoco infringe lo dispuesto en el apartado segundo, pues el socio que ofrece la totalidad o parte de sus participaciones no queda obligado a transmitir

un número diferente al de las ofrecidas. El hecho de que se pueda condicionar la transmisión al hecho de que el comprador también deba adquirir participaciones de otros socios (cláusula Tag Along o Derecho de Acompañamiento), no vulnera dicha limitación. Y el supuesto que creo que merece mayor comentario es el del apartado tercero del artículo 108 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece que sólo serán válidas las cláusulas que prohíban la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos, si los estatutos reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. La incorporación de estas cláusulas a los estatutos sociales exigirá el consentimiento de todos los socios. Por tanto, la ley incluso permite que los estatutos establezcan una prohibición absoluta a la transmisión voluntaria inter vivos de las participaciones, siempre que ofrezcan al socio la vía de escape que supone el derecho de separación, sin exigir en ningún caso que la sociedad comunique al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones, como exigen los registradores en sus calificaciones. El artículo 6 de los estatutos, cuya redacción ha sido calificada negativamente, establece, de forma coherente con este artículo 108, que en cualquier caso en que se deniegue al socio la autorización para transmitir, éste podrá separarse de la sociedad en el plazo de un mes desde la recepción por el socio de la notificación fehaciente de la denegación de la autorización remitida por la sociedad. En cierto que el derecho de separación no se puede ejercer en cualquier momento, sino que se establece un plazo; pero ello es coherente con el hecho de que el régimen establecido en la escritura no es de prohibición absoluta sino relativa; y con la circunstancia de que el derecho de separación siempre se podrá ejercer en caso de que la sociedad deniegue la autorización. Tercero: Finalmente la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 2007 mencionada en la calificación sustitutiva (Ponente Vicente Luis Montes Penades, N.º de Resolución 926/2007 Roj: STS 5929/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5929), en ningún caso tiene como fondo del asunto la posibilidad o no de establecer una regulación estatutaria que difiera de la legal; ni la exigencia de que en cualquier caso que la Junta General no apruebe la propuesta de transmisión realizada por el socio, deba identificar a las personas que van a realizar la adquisición, en las mismas condiciones comunicadas por el socio a la sociedad. Dicha sentencia trata de un supuesto de derecho transitorio, en particular si a una transmisión de participaciones se le deben aplicar los requisitos de la Ley de 17 de julio de 1953 reformada por la Ley 19/1989 de 25 de julio o bien los de la Ley 2/1995 de 23 de marzo. En dicha sentencia en ningún caso se presupone la existencia de una regulación estatutaria sobre la transmisibilidad de las participaciones diferente a la legal, por lo que obviamente se ha de estar a las disposiciones legales. Es más, en el párrafo tercero de su fundamento de derecho cuarto reconoce que la regulación legal se aplica únicamente en defecto de la estatutaria. Así, establece: "Aunque el sistema adoptado por la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada sea, en definitiva, distinto, el artículo 29.2 parte del mismo presupuesto: una comunicación del proyecto de transmisión, cuando declara que, salvo restricción establecida en los Estatutos, la transmisión voluntaria de participaciones por actos Inter vivos se ha de iniciar por una comunicación por escrito que el socio que se proponga transmitir ha de dirigir a los administradores, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión, lo que obviamente no se cumple en el caso. Además de que la transmisión requiere autorización de la Junta General, que solo se puede denegar si comunica al transmitente la identidad de uno o más socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones cuya enajenación se propone, y demás condiciones que no es necesario reseñar aquí, salvo que el precio y condiciones han de ser las convenidas y comunicadas por el socio transmitente, quien, en caso de precio aplazado, ha de disponer de una garantía por parte de una entidad de crédito. Todo lo cual revela que, al menos en el sistema que la Ley 2/1995 establece en defecto de otras previsiones estatutarias, ha de tratarse de una operación ya estipulada..." En consecuencia, entiendo que la sentencia citada en ningún caso otorga argumentos a favor de la calificación recurrida. En conclusión, es del parecer profesional de este notario recurrente que la regulación estatutaria del régimen de

transmisión inter vivos de las participaciones sociales recogido en la escritura por mí autorizada el 21 de diciembre de 2015 con el número 2598 de protocolo, no infringe ningún precepto de la Ley de Sociedades de Capital y debería tener acceso al Registro Mercantil. Suplico Y expuestos los anteriores hechos y fundamentos de derecho, suplico a esta Dirección General que tenga por presentado este recurso y se sirva a estimarlo revocando las calificaciones recurridas».

V

Mediante escrito, de fecha 3 de marzo de 2016, la registradora emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 19 bis de la Ley Hipotecaria; 107 y 108 de la Ley de Sociedades de Capital; 123.2 y 188 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de mayo de 1993 y 2 de noviembre de 2010, entre otras.

1. Como cuestión previa, de carácter procedimental, debe tenerse en cuenta que, aun cuando el recurrente expresa en su escrito que impugna tanto la calificación de la registradora sustituida como la realizada por el registrador sustituto, el presente recurso únicamente puede tener como objeto la calificación emitida por aquélla («a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del Registrador sustituido», establece la regla 5.ª del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria).

2. Respecto del fondo del asunto, mediante el presente recurso se pretende la inscripción de una cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada en la que, después de disponer que cualquier transmisión inter vivos de las participaciones sociales quedará sometida al consentimiento de la sociedad, que se expresará mediante acuerdo de la junta general, se añade que «la sociedad podrá bien denegar la autorización para transmitir; bien autorizar la transmisión de forma incondicional; o bien autorizarla condicionada a que el comprador ofrecido por el socio que proponga transmitir las participaciones acepte comprar también las del resto de los socios que también se ofrezcan a transmitir», y que «en cualquier caso en que se deniegue al socio la autorización para transmitir, éste podrá separarse de la sociedad dentro del plazo de un mes a contar desde la recepción por dicho socio de notificación fehaciente de la denegación de la autorización remitida por la sociedad», todo ello en los términos transcritos en los antecedentes de hecho de esta resolución.

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, no cabe la mera negativa de la sociedad a la solicitud de transmisión de las participaciones sin la comunicación de adquirentes alternativos ya sean otros socios, terceros o la propia sociedad, conforme al artículo 107.f de la Ley de Sociedades de Capital.

3. En nuestro ordenamiento societario el carácter esencialmente cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada se manifiesta, entre otros aspectos, en el régimen de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos. Dicha transmisión es restringida, excepto la realizada entre socios o en casos de adquisición por el cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, que, en defecto de cláusula estatutaria en contrario, constituyen supuestos de transmisión libre. Salvo estos casos excepcionales, la transmisión estará sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos (que no podrán hacer prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos). Para el caso de imprevisión estatutaria, y frente al sistema de tanteo o derecho de adquisición preferente legal prevenido en el artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, en la Ley vigente se establece un régimen supletorio caracterizado por la sujeción de tales transmisiones al consentimiento de la sociedad mediante acuerdo de la junta general (vid. artículos 107 y 108.1 de la Ley

de Sociedades de Capital). De este modo, el control sobre las transmisiones es encomendado, no a los socios individualmente, sino al órgano soberano de expresión de la voluntad social, mediante un acuerdo que puede ser objeto de control jurisdiccional.

Uno de los posibles sistemas para evitar la discrecionalidad de la sociedad al denegar la autorización consiste en la exigencia de que los estatutos expresen de forma precisa las causas que permitan denegar el consentimiento o autorización de la sociedad (como exige, para la sociedad anónima, el artículo 123.2 del Reglamento del Registro Mercantil). Sin embargo, el sistema de predeterminación estatutaria de las causas denegatorias puede presentar, por una parte, la dificultad objetiva de individualizar anticipadamente y de precisar en los estatutos todas las posibles situaciones que justifiquen la denegación del consentimiento por hallarse objetivamente en conflicto con el interés social; y, por otro lado, no evitaría en muchas ocasiones la delicada tarea de dilucidar si esos motivos especificados estatutariamente hacen o no prácticamente intransmisibles las participaciones sociales afectadas. Por ello, en el vigente régimen legal supletorio se ha optado por la disposición según la cual, para el caso de denegación de la autorización se impone a la sociedad la obligación de presentar un adquirente de las participaciones, de modo que el socio pueda tener satisfecho su interés en realizar mediante la transmisión el valor económico de las mismas.

No obstante, este sistema, precisamente por su carácter de régimen supletorio, deja margen a la autonomía de la voluntad de los propios socios para disciplinar otras alternativas en la limitación de la transmisión de las participaciones siempre que aseguren al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o la posibilidad de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones». En este sentido, la introducción convencional, en los estatutos sociales, del derecho de separación del socio (aparte su carácter de medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad -objeto, plazo de duración, transformación, etc.- bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia -transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc.-), también es admitida como compensación por la eventual prohibición estatutaria de la transmisibilidad de las participaciones sociales (en los limitados términos permitidos por el artículo 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital) o por las dificultades que para la realización del valor patrimonial de las participaciones se derivan de las limitaciones a que está sujeta la transmisibilidad de la posición del socio y de la inexistencia de un mercado de participaciones.

Por ello, no cabe rechazar la inscripción de la cláusula debatida, en cuanto atribuye al socio el derecho de separación para el caso de denegación de la autorización para transmitir sus participaciones, de modo que no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable, y no puede considerarse que rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad (cfr. artículos 1255 y 1258 del Código Civil, 28 de la Ley de Sociedades de Capital y 188.1 del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de mayo de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.