

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15916 *Resolución de 23 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil de Madrid n.º XVII a inscribir determinadas cláusulas de los estatutos sociales de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don P.J.H.A., como administrador único de la sociedad «Herráiz Salmerón, S.L.», contra la negativa de la registradora mercantil de Madrid número XVII, doña Carmen de Grado Sanz, a inscribir determinadas cláusulas de los estatutos sociales de dicha entidad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el 21 de mayo de 2020, por la notaria de Alcalá de Henares doña Nieves Romero Ortega, en sustitución, por imposibilidad accidental de su compañero don José María Moreno González, con número 491 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados por unanimidad en junta general universal de la sociedad «Herráiz Salmerón, S.L.», el día 16 de marzo de 2020, por los que se modificaban los Estatutos Sociales, de modo que en el apartado II del artículo 6 de los mismos se dispone lo siguiente:

«(...)

II. Trasmisiones forzosas.

El embargo de participaciones sociales, en cualquier procedimiento de apremio, deberá ser notificado inmediatamente a la sociedad por el Juez o Autoridad administrativa que lo haya decretado, haciendo constar la identidad del embargante, así como las participaciones embargadas. La sociedad precederá a la anotación del embargo en el libro registro de socios, remitiendo de inmediato a todos los socios copia de la notificación recibida.

La Sociedad, a través del Órgano de Administración, podrá adquirir una parte o la totalidad de las participaciones embargadas, debiendo ejercitar el derecho en un plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación a la sociedad del procedimiento de embargo. En tal caso, podrá la Sociedad a través de su Órgano de Administración adquirirlas para sí misma siempre que se cumplan los requisitos legales de participaciones en autocartera, o bien adquirirlas con el fin de amortizarlas en un acuerdo de reducción de capital.

Si la Sociedad no hubiera ejercitado este derecho, el órgano de administración, en un plazo máximo de cinco días a contar desde el acuerdo por el que rehúse la adquisición en los términos anteriormente establecidos, o desde el vencimiento del plazo reseñado en el párrafo anterior, pondrá en conocimiento de todos los socios su derecho a adquirir una parte o el total de las participaciones embargadas, quienes dispondrán de un plazo máximo de veinte (20) días a contar desde la notificación efectuada por el órgano de administración para notificar a la sociedad el ejercicio de dicho derecho. Si todos o alguno de los socios comunican su intención de adquirir las citadas participaciones en todo o en parte, estas se adjudicarán en proporción a su participación en el capital social recalculado sin computar las participaciones objeto de embargo ni, en su caso, las participaciones de los socios no interesados en la adquisición.

En caso de adquisición de las participaciones sociales por la propia Sociedad o por los socios a tenor de lo dispuesto en los párrafos anteriores, el precio de la transmisión se corresponderá con el valor razonable de las participaciones, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta; aceptando el pago de las mismas, de manera aplazada en un periodo máximo de cinco años.

En caso de que ni la Sociedad ni ninguno de los socios ejercitasen su derecho de adquisición preferente, se estará a lo dispuesto en el pacto de socios en materia de exclusión de socios. De no seguirse el procedimiento de exclusión indicado, el órgano de administración podrá en conocimiento de la autoridad judicial o administrativa esta circunstancia, a fin de que proceda a la adjudicación de las participaciones en los términos legalmente previstos».

II

El 24 de junio de 2020 se presentó en el Registro Mercantil de Madrid la referida escritura, y fue objeto de calificación negativa por la registradora mercantil doña Carmen de Grado Sanz que, en lo que interesa en este expediente, tiene el contenido siguiente:

«Carmen de Grado Sanz, registradora 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 (...)

Fundamentos de derecho (Defectos)

1. Calificado el precedente documento:

(...) se practicará la inscripción sin recoger en ella la modificación del artículo 6.II de los estatutos relativa a la transmisión forzosa de las participaciones sociales, por los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:

Se pretende la inscripción de la modificación introducida en el artículo 6.II de los estatutos relativa a la “transmisión forzosa de las participaciones sociales”. En la regulación estatutaria se establece, para el caso de embargo de todas o parte de las participaciones sociales, un derecho de adquisición preferente a favor de la sociedad y de los socios mediante el pago de su valor contable, pago que podrá ser aplazado hasta un periodo máximo de cinco años. En el caso de que ni la sociedad ni ninguno de los socios ejercite el derecho de adquisición preferente, «se estará a lo dispuesto en el pacto de socios en materia de exclusión».

La modificación estatutaria permite que, antes de la fase de apremio, pueda ser modificado el objeto de embargo que, recayendo inicialmente sobre las participaciones sociales, podrá ser sustituido totalmente o en parte, por el valor contable de las mismas, aun cuando dicho importe sea inferior a lo reclamado por el actor en el procedimiento de ejecución y cuyo pago podrá ser aplazado, con la consecuencia de imponer al juez el alzamiento de la traba respecto de las participaciones adquiridas.

Esta regulación vulnera normas básicas que afectan a la ejecución cuya regulación legal es materia de orden público, impidiendo alcanzar el objetivo esencial de la misma, que es la realización del principio jurídico de responsabilidad patrimonial universal.

La norma estatutaria es muy similar a las que fueron objeto de análisis y resolución favorable a la inscripción en resoluciones dictadas por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 9 y 23 de mayo de 2019 y 6 y 27 de febrero de 2020, pero la

regulación estatutaria introduce, en este caso, circunstancias especiales que agravan la posición del actor en el procedimiento, al permitir que puedan ser adquiridas, en ejercicio del derecho de adquisición preferente, sólo parte de las participaciones sociales y que su valor razonable con independencia de que sea el valor contable u otro que se determine lo que aquí no se discute, sea pagado de forma aplazada.

Fundamentos de derecho:

La libertad de configuración de los estatutos que alega la Dirección General en las resoluciones dictadas, reconocido en el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital no permite, a juicio de esta registradora, el alzamiento del embargo antes de la fase de apremio mediante la entrega al actor de un importe inferior a lo debido. No se discute que pueda pactarse en estatutos que el embargo de participaciones sociales de un socio sea causa para que la sociedad o los demás socios puedan adquirir las participaciones embargadas, mediante el ejercicio de un derecho de adquisición preferente y por el valor contable, siempre y cuando la transmisión forzosa se produzca sin perjuicio de la traba, de modo que el embargo siga recayendo sobre las participaciones adquiridas teniendo el adquirente que pasar por la continuación del procedimiento ejecutivo y su consiguiente remate, salvo pago previo del importe de lo debido al actor por todos los conceptos. La libertad contenida en el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital está limitada por el respeto a las normas imperativas, y la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé causas de alzamiento o modificación del embargo antes del inicio de la fase de apremio. Una vez practicado el embargo, queda sujeto al poder decisorio del órgano jurisdiccional, de modo que no podrá alzarse ni modificarse salvo por decisión de éste (artículos 545.4, 594, 603, 610, 612, 621, 623..... de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y sólo en los supuestos legalmente previstos que son: estimación de causa de oposición (artículo 561.2 L.E.C.); estimación de tercería de dominio (artículos 601 y 604 L.E.C.); sobreseimiento de la ejecución en el caso del artículo 566.3 L.E.C.; si el procedimiento termina por renuncia, desistimiento, sometimiento a arbitraje o transacción o por cualquier modo de satisfacción del actor. El deudor o tercer poseedor del bien embargado no puede obtener el alzamiento de la traba sino abonando al actor todo lo adeudado hasta este momento (artículos 613; 650.6; 662.1; 670.7 y 689 L.E.C.). Mucho menos se puede fundar en la libertad de regulación que ampara el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital la pretensión de que el derecho de adquisición preferente pueda recaer sólo sobre parte de las participaciones embargadas y que el pago de su importe pueda ser aplazado.

Es de esencia del ejercicio del derecho de adquisición preferente que exista identidad entre el objeto afectado por el derecho y el objeto sobre el que se ejercita el mismo. El artículo 108 de la Ley de Sociedades de Capital declara la nulidad de las cláusulas estatutarias que, en caso de transmisión voluntaria de participaciones, obliguen al socio a transmitir un número distinto de las ofrecidas. El hecho de que no sólo el importe pagado pueda ser inferior al debido al actor, sino que, además, como sucede en este supuesto, se pueda aplazar el pago, carece de fundamento en un procedimiento de ejecución, cualquiera que sea la fase en la que se encuentre, ya que se rige por normas que protegen los intereses del acreedor y de los deudores.

El carácter subordinado de las normas procesales que también alega la Dirección General como fundamento de sus resoluciones, no determina que estas normas deban ceder siempre ante la regulación de los derechos sustantivos, sobre todo cuando la regulación de los mismos es de origen convencional, caso en el que la regulación estatutaria ha de respetar las normas procesales.

El artículo 635.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la enajenación, "realización" del bien embargado, cuando se trata de una acción no cotizable o de una participación social, indicando que se hará atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de las acciones y participaciones y, en especial, a los derechos de adquisición preferente.

Este precepto, a juicio de la Dirección General, también ofrece cobertura a la posibilidad de que los socios, mediante previsión estatutaria, puedan obtener el alzamiento de la traba antes del apremio, depositando el valor de las participaciones embargadas, sea el contable u otro que se determine, aunque no cubra el importe de lo debido al actor hasta ese momento. Sin embargo, atendiendo al tenor literal del precepto, el mismo regula la realización o enajenación del bien trabado. Es de aplicación en la fase de apremio por lo que no pueda amparar regulaciones estatutarias que hayan de operar antes de entrar el procedimiento en la fase indicada.

El precepto admite la autonomía de la voluntad en el ámbito de la enajenación dentro de la fase de apremio, permitiendo la adopción de disposiciones sobre el desenvolvimiento de dicha enajenación en tanto que trámite del propio procedimiento de ejecución, indicando que a falta de regulación estatutaria el medio subsidiario de enajenación forzosa será la subasta notarial. De igual modo el artículo 635.2 establece que la enajenación se realizará respetando los derechos de adquisición preferente establecidos en los estatutos con la finalidad de impedir la entrada en la sociedad limitada de personas extrañas. De acuerdo con ello el artículo 109.2 de la Ley de Sociedades de Capital regula este derecho de los socios en la fase de apremio a subrogarse en el lugar del rematante pagando el precio del remate más los gastos de ejecución.

En los estatutos también se hace referencia a que en el caso de que ni la sociedad, ni ninguno de los socios ejercitase el derecho de adquisición preferente, "se estará a lo dispuesto en el pacto de socios en materia de exclusión", remisión que no puede ser objeto de inscripción dado el carácter extraestatutario del pacto, no oponible a la sociedad y de eficacia vinculante solo para quienes lo suscriben (29LSC) Conforme a lo dispuesto en 350 y 351 LSC sólo se podrá proceder a la exclusión del socio por causa legal o por causa prevista en los estatutos.

Por las razones expuestas se suspende la inscripción de la modificación del artículo 6.II de los estatutos.

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)

Madrid, a 10 de julio de 2020. La Registradora.»

Esta calificación fue notificada a la notaria autorizante de la escritura referida el 23 de julio de 2020.

III

Mediante escrito que causó entrada en el referido Registro Mercantil el 24 de agosto de 2020, don P.J.H.A., como administrador único de la sociedad «Herráiz Salmerón, S.L.», interpuso recurso contra la anterior calificación, en el que alega los siguientes fundamentos jurídicos:

«I. Sobre el acuerdo de transmisión forzosa de las participaciones sociales adoptado en Junta Universal y por unanimidad.

En primer lugar, esta parte considera que es esencial entender el contexto de la sociedad en el que ha tenido lugar la mencionada modificación estatutaria y, especialmente, el cómo ha sido aprobada la misma.

Herráiz Salmerón es una sociedad de responsabilidad limitada y eminentemente de carácter familiar. Pues bien, el acuerdo de modificación estatutaria fue acordado en Junta Universal y por unanimidad de todos los socios, esto es, mediante la expresa aprobación y conformidad de todos y cada uno de los socios titulares del 100% de las participaciones sociales en que se halla dividido el capital social, es decir existía –y existe– una clara e incuestionable voluntad de la totalidad de los socios de modificar los estatutos de la sociedad especialmente lo relativo al régimen de transmisión de las participaciones sociales en caso de un concreto acontecimiento como puede ser el

embargo de las participaciones a uno de los socios, lo que tiene su sustento legal en los artículos, no sólo en el artículo 28 LSC, sino también en los artículos 175.2.b) y 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, como se desarrollará en el siguiente apartado.

Ahora bien, que la modificación estatutaria persiga la protección de la sociedad frente a la entrada de terceros no significa que el procedimiento que se pretende establecer no proteja los intereses de los acreedores, sino que la consecuencia es todo lo contrario: agiliza la satisfacción de los acreedores, como se verá más adelante, a diferencia de lo alegado por la Sra. Registradora.

II. El acuerdo de transmisión forzosa de participaciones es conforme a los artículos 175.2.b) y 188.3 RRM, 28 y 109 LSC y 635 LEC.

A. Conformidad con los artículos 175.2.b) y 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil y 109 de la Ley de Sociedades de Capital.

A juicio de la Sra. Registradora Mercantil, el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, pilar fundamental del principio de autonomía de la voluntad, no admite "el alzamiento del embargo antes de la fase de apremio mediante la entrega al actor de un importe inferior al debido", debido en parte, a una interpretación restrictiva y, a todas luces, contraria tanto a la numerosas Resoluciones de la Dirección General como a la práctica societaria actual que se realiza.

Si bien es cierto que el artículo 109 LSC establece un procedimiento a seguir en el caso de que haya sido notificada a la sociedad por parte de la autoridad administrativa o judicial el embargo de las participaciones (subrogación de la sociedad en lugar del remanente mediante la consignación íntegra del importe rematado), el mismo no tiene, en ningún caso, carácter imperativo, en tanto en cuanto nada impide que, conforme al artículo 28 LSC, pueda recogerse en los estatutos sociales procedimientos alternativos como el establecido en los estatutos objeto de la calificación negativa impugnada, de tal manera que, en caso de inicio de un procedimiento de embargo –en una fase previa a la suspensión del remate o adjudicación a que se refiere el citado artículo 109 LSC– se atribuya a la sociedad y a los socios el derecho de adquirir tales participaciones por su valor razonable, con la sucesiva obligación del socio de transmitir las establecida en el artículo 188.3 RRM. Este enfoque ha sido avalado por multitud de resoluciones de la Dirección General entre la que podemos destacar la Resolución de 23 de mayo de 2019.

Así, a tener de lo anterior, el procedimiento que se establece y que se pretende inscribir es totalmente acorde a lo establecido en los artículos 175.2.b) y 188.3 RRM, en tanto en cuanto se establece de manera clara y precisa cuando surge (1) el derecho de los socios a adquirir las participaciones, (2) la obligación del socio a transmitir las; esto es: cuando se notifica por parte del Juez o Autoridad Administrativa el embargo de las participaciones. Es decir, no sólo el procedimiento acordado en caso de embargo es conforme a los artículos antes mencionados, sino que además tienen un objetivo legítimo como es cercar al máximo una sociedad familiar para impedir la entrada de terceros ajenos a la familia y que, además, tiene como consecuencia directa un beneficio para el acreedor, como es, la agilización del procedimiento de satisfacción sin que los intereses del acreedor se vean afectados, a diferencia de lo afirma la Sra. Registradora Mercantil.

B. Conformidad con el artículo 623 y 635 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás normas en materia de embargo.

Afirma la Resolución aquí impugnada que la pretendida modificación estatutaria "vulnera las normas básicas que afectan a la ejecución" así como "agrava la posición del actor en el procedimiento" debido a que "el importe pagado pueda ser inferior al debido".

Pues bien, que la modificación de estatutos tenga como finalidad proteger a los socios frente a una posible entrada de terceros en la sociedad, no tiene por qué significar que la misma se haga en detrimento de unos posibles y futuros acreedores, ya que, al contrario de lo aducido en la resolución ahora impugnada, el procedimiento facilita, agiliza y economiza la satisfacción de los acreedores –siendo totalmente acorde a la

legislación en materia de embargos—, ya que el procedimiento estatutario prevé una mayor rapidez en el pago de la deuda del que, a día de hoy, ofrece el procedimiento judicial o administrativo.

Es decir, es público y notorio que un procedimiento de ejecución judicial se puede demorar años (Según datos oficiales del Consejo General del Poder Judicial, las ejecuciones judiciales pueden llegar a tener una duración media de entre 41 meses y 62.5 meses), mientras que, tal y como se establece en los estatutos de forma clara y precisa, la transmisión se produce a la suma en 4 meses desde la notificación del embargo, ya que aunque se pueda fijar un pago aplazado de 5 años, en todo caso máximo y como última ratio —pudiendo no pactarse o pactarse uno mucho inferior—, éste sería aún menor al que en la actualidad nos encontramos en la práctica judicial forense, abaratando, además, costes al acreedor que no deberá hacer frente a ningún gasto.

Por lo tanto, es claro que el contenido estatutario que se pretende implantar se adapta al artículo 623 LEC:

"Artículo 623. Garantía del embargo de valores e instrumentos financieros.

3. Si se embargaren participaciones en sociedades civiles, colectivos, comanditarias, en sociedades de responsabilidad limitada o acciones que no cotizan en mercados secundarios oficiales, se notificará el embargo a los administradores de la sociedad, que deberán poner en conocimiento del tribunal la existencia de pactos de limitación a la libre transmisión de acciones o cualquier otra cláusula estatutaria o contractual que afecte o las acciones embargadas."

Como se desprende del precepto anterior, en las sociedades de responsabilidad limitada se abona el precio al acreedor ejecutante con la finalidad de que su deuda sea satisfecha, ya sea total o parcialmente, permitiéndose pactos societarios para que, en ningún caso el acreedor se pueda convertir en propietario de la acción y pueda entrar así a formar parte de sociedades eminentemente cerradas, ya que de lo contrario se atendería por completo contra los principios configuradores de la sociedad limitada.

Es decir, la Ley de Enjuiciamiento Civil permite, conforme al principio de autonomía de la voluntad, establecer una transmisibilidad forzosa o cualquier tipo de restricción a la misma en el caso de las participaciones embargadas. Así, en el caso de Herráiz Salmerón S.L.: en el supuesto de un embargo, se inicia un procedimiento interno en la sociedad que genera el nacimiento de un derecho de adquisición preferente por la sociedad o los socios y que, en caso de no ejercitarse, se procederá por el cauce legalmente previsto.

Como se puede apreciar, el mencionado artículo, no sólo habla de cláusulas estatutarias, sino incluso de pactos, esto es, ni tan siquiera de artículos estatutarios inscritos en el Registro Mercantil, sino que permite y contempla expresamente la posibilidad de pactos privados. En caso aquí tratado, la Sra. Registradora no sólo niega la inscripción de la modificación estatutaria que se pretende inscribir en el Registro Mercantil por entender que es contraria a la legislación en materia de embargo, si no que también, deniega la inscripción, en parte, por la existencia de pacto de socios en materia de exclusión, afirmando que dicha "remisión no puede ser objeto de inscripción dado el carácter extraestatutario del pacto", pacto que, a todas luces, sería válido e inscribible conforme al artículo 623 LEC, siendo incomprensible que no se admita su inclusión estatutaria acordada por unanimidad por la Registradora Mercantil.

Con respecto al artículo 635 LEC:

2. Si lo embargado fueren acciones o participaciones societarios de cualquier clase, que no coticen en Bolsa, la realización se hará atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de los acciones o participaciones y, en especial, a los derechos de adquisición preferente.

A falta de disposiciones especiales, la realización se hará a través de notario o corredor de comercio colegiado".

Pues bien, el citado artículo redunda de nuevo en lo ya apreciado en el mencionado artículo 623 LEC, a saber: en el caso de embargo de participaciones sociales se habrá de estar a lo dispuesto en los estatutos de dicha sociedad con especial atención a los derechos de suscripción preferente (lo que establece la modificación estatutaria cuya inscripción se pretende).

De tal manera que, si la Ley en materia de embargo prevé expresamente la posibilidad de cláusulas estatutarias en las sociedades limitadas que restrinjan su transmisibilidad y que incluso establezcan sistemas de valoración económica, carece de todo sentido que la Sra. Registradora no lo permita en el caso de la sociedad Herráiz Salmerón S.L.

Por otro lado, y en lo que respecta a la valoración realizada de las particiones sociales, la misma no sólo ha sido fijada por unanimidad y por tanto conforme al artículo 175.2. b) RRM ("El establecimiento por pacto unánime de los socios de los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las participaciones sociales previstas para el caso de transmisiones inter vivos o mortis causa o bien para la concurrencia de obligación de transmitir de conformidad con el artículo 188.3 de este Reglamento"), sino que, a más abundamiento, se ha decidido establecer un sistema de valoración objetivo, al entender que el valor razonable puede coincidir con el valor contable resultante del último balance. Sistema de valoración totalmente acorde a la doctrina de la Dirección General desde la resolución de 15 de noviembre de 2015, así como a las leyes, ya que no existe ninguna que prohíba pactar como precio o valor de las participaciones –que vayan a ser objeto del Derecho de adquisición preferente– el valor contable que resulte del último balance aprobado por unanimidad por la Junta.

En conclusión, a diferencia de lo afirmado por la Sra. Registradora, el sistema de transmisión forzosa propuesto por la Sociedad atestigua una satisfacción más rápida para los acreedores sin que tengan que hacer frente a gasto alguno, de tal manera que se puede afirmar que el procedimiento se ha diseñado respetado tanto los intereses de los socios como de los posibles acreedores, protegiendo a estos últimos, además, el principio de responsabilidad patrimonial universal configurado en el artículo 1911 del Código Civil para aquellos casos en los que la enajenación de las participaciones embargadas en favor de otro socio no satisfaga la deuda del embargante.

A mayor abundamiento, el Registrador reconoce en la nota de calificación que "la norma estatutaria es muy similar a las que fueron objeto de análisis y resolución favorable a la inscripción en resoluciones dictadas por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 9 y 23 de mayo de 2018 y 6 y 27 de febrero de 2020"; pese a lo cual la calificación sigue siendo negativa.

III. Conclusiones.

1. El acuerdo ha sido aprobado por unanimidad por la Junta General Universal, sin ello conllevar un posible perjuicio para los acreedores.

2. El procedimiento de transmisión forzosa establecido en los estatutos tiene los siguientes objetivos legítimos y conformes a la ley especial en materia de embargo:

- a. la continuidad de la sociedad sin contar con un socio embargado; y
- b. la plena satisfacción del acreedor, a quien se le pondrá a disposición del importe resultante de la transmisión de las participaciones.

3. La ley especial del embargo (LEC) permite expresamente la existencia de cláusulas estatutarias en las Sociedades de responsabilidad limitada e, incluso pactos de socios, que restrinjan la transmisibilidad de las participaciones en casos de embargo, pudiendo fijar la propia sociedad la valoración económica de las mismas y el procedimiento a seguir.

4. El procedimiento de embargo establecido en la LEC no tiene carácter imperativo, en tanto en cuanto nada impide que, conforme al artículo 28 LSC, pueda recogerse en

los estatutos sociales procedimientos alternativos como el establecido en los estatutos objeto de la calificación negativa impugnada.

5. El procedimiento fijado en los estatutos no perjudica a los acreedores, ya que el mismo asegura una satisfacción de estos sin que tengan que hacer frente a más gastos derivados del procedimiento judicial. Es decir, el procedimiento se ha diseñado respetado sus intereses. No siendo contrario a la legislación vigente que la deuda se satisfaga en parte y no totalmente, ya que en ese caso entraría en juego el principio de responsabilidad patrimonial universal dispuesto en el artículo 1911 del Código Civil.»

IV

El día 11 de septiembre de 2020 la notaria autorizante de la escritura, doña Nieves Romero Ortega, formuló las siguientes alegaciones:

«I. La propia Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020 de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Sociedades de Capital, en su apartado IV.

En el plano teórico la distinción entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada descansa en una doble característica, mientras que las primeras son sociedades naturalmente abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas, mientras que las primeras son sociedades con un rígido sistema de defensa del capital social, cifra de retención y, por ende, de garantía para los acreedores sociales, las segundas, en ocasiones, sustituyen estos mecanismos de defensa a veces más formales que efectivos, por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente flexibilidad de la normativa.

En este ámbito es donde debe ser contemplado el verdadero espíritu de la modificación estatutaria llevada a cabo.

El carácter cerrado y marcadamente familiar de la sociedad que nos ocupa plasmado en voluntad unánime vertida en junta general universal.

II. El art. 108 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, habla expresamente de la nulidad de cláusulas estatutarias a la libre transmisión voluntaria de las participaciones sociales [sic]. Estableciendo una numeración exhaustiva de cláusulas nulas. Dentro de esas cláusulas, no se encuentra contemplada la que nos ocupa que es objeto del recurso planteado.

Y debemos entender que los supuestos de nulidad deben ser objeto de interpretación restrictiva, nunca debe ser interpretada analógicamente a supuestos distintos de los estrictamente tasados por la ley.

III. Que la transmisión forzosa de esas participaciones sociales en su resolución definitiva lo que supondría es la exclusión del socio titular de las participaciones embargadas y en consecuencia debería ser llamado a colación el art 351 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

El referido artículo 351, permite que se fije por vía estatutaria las causas de exclusión del socio, la transmisión forzosa derivada del embargo de participaciones encierra implícitamente una futura y posible exclusión del socio titular de las participaciones embargadas. En consecuencia, el propio art. 351, permite de nuevo a la voluntad estatutaria un mecanismo de defensa, frente a cualquier agresión externa que pudiera mermar ese carácter cerrado y familiar de la sociedad limitada.

IV. Que en ningún momento el acreedor tendría perjudicados sus derechos, con el pacto de transmisión forzosa de las participaciones embargadas, sino todo lo contrario se le dotaría de una mayor celeridad al procedimiento y a la realización de su crédito, que el previsto en el art. 109 del referido texto refundido, que articula un procedimiento mucho más lento, con una cadena de notificaciones que dilataría la realización del crédito del acreedor en el tiempo y más inseguridad que la que brinda la consignada en los propios estatutos sociales con el procedimiento de Transmisión Forzosa del art. II.6.; y todo ello sin que quede alterada; es decir subsista el principio de responsabilidad personal e ilimitada del titular de las participaciones embargadas del art. 1911 del c.c.»

V

Mediante escritos de 10 y 17 de septiembre de 2020, la registradora elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 33 y 117 de la Constitución Española; 1, 57 y 174 del Código de Comercio; 7, 348, 1255, 1256, 1258, 1281 a 1289, 1291, 1787, 1789 y 1911 del Código Civil; 23.f), 28, 73.2, 74.2 83, 93, 94, 107, 108, 109, 123.2, 124, 125, 206.4, 275, 346, 350, 351, 352, 353, 356, 389 y 392.1 de la Ley de Sociedades de Capital; 15 y 16 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 1, 551, 587, 621 y siguientes, 635, 637 y 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 74 y 75 de la Ley del Notariado; disposición final cuarta de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social; 123.6, 175.2.b) y 188 del Reglamento del Registro Mercantil; artículo 80.6 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación; artículo 99 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social; Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1997, 29 de mayo de 2012, 27 de mayo de 2013 y 12 de noviembre de 2014; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de junio de 1990, 30 de marzo, 17 de mayo y 20 de agosto de 1993, 7 de junio de 1994, 9 de enero de 1995, 13 de octubre de 1998, 30 de marzo y 8 y 28 de julio de 1999, 21 de marzo de 2001, 15 de octubre y 1 de diciembre de 2003, 4 de mayo de 2005, 28 de julio de 2009, 2 de noviembre de 2010, 19 de agosto de 2011, 28 de enero de 2012, 23 de abril y 23 de julio de 2015, 15 de noviembre de 2016, 9 y 23 de mayo de 2019; y la Resolución de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 y 27 de febrero de 2020.

1. Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se modifican los estatutos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada para disponer que, notificado el embargo de las participaciones sociales a la sociedad por el Juez o Autoridad administrativa que lo haya decretado, la sociedad, a través del órgano de administración, podrá adquirir una parte o la totalidad de las participaciones embargadas, debiendo ejercitar el derecho en un plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación a la sociedad del procedimiento de embargo; y si la sociedad no ejercita este derecho, todos los socios podrán adquirir las participaciones embargadas, en el plazo máximo de veinte días. Además, se dispone que, en todos los casos anteriores, «el precio de la transmisión se corresponderá con el valor razonable de las participaciones, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta; aceptando el pago de las mismas, de manera aplazada en un periodo máximo de cinco años». Se añade también que «En caso de que ni la Sociedad ni ninguno de los socios ejercitasen su derecho de adquisición preferente, se estará a lo dispuesto en el pacto de socios en materia de exclusión de socios. De no seguirse el procedimiento de exclusión indicado, el órgano de administración podrá en conocimiento de la autoridad judicial o administrativa esta circunstancia, a fin de que proceda a la adjudicación de las participaciones en los términos legalmente previstos».

La registradora resuelve no practicar la inscripción de dichas disposiciones porque —a su juicio— permiten que, antes de la fase de apremio, pueda ser modificado el objeto de embargo al sustituir, totalmente o en parte, las participaciones sociales embargadas por su valor contable, aun cuando dicho importe sea inferior a lo reclamado por el actor en el procedimiento de ejecución y cuyo pago podrá ser aplazado, con la consecuencia de imponer al juez el alzamiento de la traba respecto de las participaciones adquiridas. Aunque reconoce que la norma estatutaria es muy similar a las que fueron objeto de análisis y resolución favorable a la inscripción en las Resoluciones de esta Dirección General de 9 y 23 de mayo de 2019 y 6 y 27 de febrero de 2020, considera que «la

regulación estatutaria introduce, en este caso, circunstancias especiales que agravan la posición del actor en el procedimiento, al permitir que puedan ser adquiridas, en ejercicio del derecho de adquisición preferente, sólo parte de las participaciones sociales y que su valor razonable con independencia de que sea el valor contable u otro que se determine lo que aquí no se discute, sea pagado de forma aplazada». Por último, considera que la disposición según la cual, en el caso de que ni la sociedad, ni ninguno de los socios ejercitase el derecho de adquisición preferente, «se estará a lo dispuesto en el pacto de socios en materia de exclusión», no puede ser objeto de inscripción dado el carácter extraestatutario del pacto y la exigencia legal de que la exclusión del socio se base en una causa legal o en causa prevista en los estatutos.

El recurrente, en esencia, alega: a) Que se trata de una sociedad de carácter familiar y la modificación estatutaria se ha aprobado en junta general universal por unanimidad, con la finalidad de protegerla frente a la entrada de terceros, pero sin perjudicar los intereses de los acreedores, pues agiliza la satisfacción de sus derechos sin que tengan que hacer frente a más gastos derivados del procedimiento judicial, no siendo contrario a la legislación vigente que la deuda se satisfaga en parte y no totalmente; y b) Que el procedimiento de transmisión se ajusta a lo dispuesto en los artículos 175.2.b) y 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, 109 de la Ley de Sociedades de Capital y 635 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues estos dos últimos preceptos legales no son imperativos, como resulta del artículo 28 de la propia Ley de Sociedades de Capital y del citado precepto de la Ley procesal, que permite expresamente la existencia de cláusulas estatutarias, e incluso pactos de socios, que restrinjan la transmisibilidad de las participaciones en casos de embargo, pudiendo fijar la propia sociedad la valoración económica de las mismas y el procedimiento a seguir.

2. En relación con el derecho de adquisición preferente en caso de inicio o apertura de un procedimiento administrativo o judicial de embargo de las participaciones sociales, este Centro Directivo, en las citadas Resoluciones de 9 y 23 de mayo de 2019 y 6 y 27 de febrero de 2020, ha afirmado que debe tenerse en cuenta que, respecto del régimen de transmisión de participaciones sociales en caso de procedimiento administrativo o judicial de embargo, el artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital establece la suspensión del remate y de la adjudicación de las participaciones sociales embargadas y el derecho de los socios y, en su defecto –sólo si los estatutos le atribuyen en su favor el derecho de adquisición preferente–, de la sociedad, a subrogarse en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados. Pero este régimen legal no impide que, con base en el principio de autonomía de la voluntad –cfr. artículos 28 de la Ley de Sociedades de Capital y 175.2.b) y 188 del Reglamento del Registro Mercantil–, puedan prevenirse en los estatutos sociales sistemas alternativos que, en caso de un procedimiento de embargo –en una fase anterior a la suspensión del remate o adjudicación a que se refiere el citado artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital– atribuye a la sociedad y a los socios el derecho de adquirir tales participaciones por su valor razonable (con la correlativa obligación del socio de transmitir las –cfr. artículo 188.3 del Reglamento de Registro Mercantil–), incluso, y aunque en el presente supuesto no ocurra así, con la previsión añadida de que, en defecto de ejercicio de tal derecho de adquisición, pueda la junta general adoptar el acuerdo de excluir al socio afectado por el inicio de ese procedimiento de embargo de las participaciones, con la consiguiente amortización de las participaciones del socio afectado por la exclusión.

No puede desconocerse la peculiar naturaleza jurídica de la participación social en cuanto que no representa una realidad física económicamente autónoma, sino una compleja posición social cuyo contenido y características vienen definidos por la norma estatutaria rectora de la vida y funcionamiento de la sociedad, de modo que siempre que dicha norma permanezca dentro de los cauces legales preestablecidos, a ella deberá estarse para resolver las incidencias que se planteen en su actuación y tráfico (y también a la hora de determinar lo que debe quedar en el ámbito propio del principio de

responsabilidad universal por las deudas con todos los bienes y derechos del obligado al pago, atendiendo a los diferentes intereses en juego).

Así lo puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 13 de octubre de 1998 (reiterando el criterio de la Resolución de 6 de junio de 1990), según la cual, aunque es cierto que las normas procesales no tienen, en principio, carácter dispositivo y que no pueden alterarse por vía convencional los trámites del procedimiento de apremio, es también cierto que no puede afirmarse la ejecutabilidad incondicionada de la participación con menoscabo de su contenido jurídico específico; y añade que «Del mismo modo que en las Sociedades personalistas la posición del socio colectivo, al ser intransmisible sin el conocimiento de los demás (artículo 143 del Código de Comercio), no resulta embargable por deudas particulares suyas, sino que la traba ha de contraerse a los beneficios y a la cuota de liquidación (artículo 174 del Código de Comercio), si bien el acreedor, por la vía subrogatoria, puede solicitar la disolución anticipada si la Sociedad se constituye por tiempo indefinido (artículo 224 del Código de Comercio), y la quiebra del socio colectivo provoca la disolución de la Sociedad (artículo 222.3. o del Código de Comercio), en las Sociedades de capital en las que al amparo de la previsión legal (vid. artículos 46 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951, y 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) se estipule estatutariamente el derecho de la Sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las acciones o participaciones, tal previsión, en cuanto contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por la participación social, deberá tener las consiguientes repercusiones en el ámbito procedimental, de modo que su respeto quede garantizado en el caso de ejecución de acciones por deudas del socio (sin que pueda estimarse que en esos supuestos y dado el orden procesal vigente, el derecho de adquisición preferente haya de operar siempre "a posteriori", como derecho de subrogación en el lugar del adjudicatario) pues, por una parte, el mismo ordenamiento jurídico compatibiliza el derecho de adquisición de carácter previo con los casos de venta judicial –así, el artículo 1.640 del Código Civil, posibilita al dueño útil o al directo, la adquisición por el tipo fijado para la subasta evitándole quebranto que le ocasionaría si el tanteo cediese en favor del retracto y el remate lo fuera por un importe superior al tipo de salida; igualmente el artículo 592 del Código de Comercio–, y especialmente, aunque por razón temporal no sea aplicable al caso debatido, el propio artículo 31.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 y, por otra, no puede desconocerse el carácter subordinado del ordenamiento procesal en cuanto ha de dar cauces de actuación judicial de los derechos sustantivos ... ».

La previsión estatutaria como la debatida en el presente caso, que establece el derecho de la sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las participaciones, contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por aquéllas, y no resulta incompatible con las normas procedimentales (cfr., especialmente, el artículo 635.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual –y para la fase propiamente de realización de bienes embargados–, si lo embargado fueren participaciones sociales, la realización se hará atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de participaciones y, en especial, a los derechos de adquisición preferente; vid., también, la disposición final cuarta de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social –«En lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil...»–; artículo 80.6 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación; y artículo 99 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social). De este modo, en un caso como el presente, ejercitado el derecho de adquisición sobre las participaciones afectadas por un procedimiento de embargo, el precio de la transmisión sustituye a las participaciones sociales objeto de embargo. Como indicó la citada Resolución de 13 de octubre de 1998, el embargo de las participaciones sociales se contraerá a los derechos económicos (a que se refiere el artículo 174 del Código de Comercio respecto del socio colectivo) que, en caso de ejercicio del derecho de

adquisición por la sociedad o por los socios, recaerá sobre el derecho del socio deudor al valor de aquéllas (su valor razonable cuya determinación –como afirma la registradora– «aquí no se discute»). Debe advertirse que, al gozar los estatutos de publicidad registral, el acreedor instantáneo de la ejecución tiene conocimiento del verdadero objeto de la realización por la vía de apremio.

3. Admitido en la forma expuesta el juego del derecho de adquisición preferente para el caso de embargo de las participaciones sociales, deben analizarse ahora los reparos que opone la registradora por el hecho de que la cláusula estatutaria debatida permita que, en ejercicio de aquel derecho, puedan ser adquiridas sólo parte de las participaciones sociales y que su valor razonable sea pagado de forma aplazada.

Esta objeción debe ser confirmada, pues, por una parte, el artículo 108.2 de la Ley de Sociedades de Capital sanciona con la nulidad cualquier cláusula estatutaria por la que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas. Este precepto tiene la finalidad de impedir que por el ejercicio parcial del derecho de adquisición preferente (o, en su caso, por el hecho de que la preceptiva autorización sea concedida por la sociedad únicamente respecto de parte de las participaciones sociales) se vea abocado el socio transmitente a conservar, en contra de su voluntad y de sus intereses, un número determinado de participaciones, cuyo valor quede acaso menguado, sobre todo si disminuye o desaparece el poder de control atribuido al conjunto de las participaciones objeto de enajenación (cfr. Resoluciones de 20 de agosto de 1993 y 9 de enero de 1995). Y, por otra parte, aunque la exigencia de que el precio o valor de las participaciones se pague al contado se establece únicamente respecto de las transmisiones «mortis causa» y no en relación con las transmisiones forzosas (cfr., respectivamente, artículos 109 y 110 de la Ley de Sociedades de Capital) ello se debe a que para estas últimas se contempla –con carácter supletorio– un sistema consistente en la atribución de un derecho de subrogación por el adquirente en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados. Además, dadas las analogías de la transmisión forzosa con la exclusión del socio, debe tenerse en cuenta que un aplazamiento de cinco años en el pago del precio del valor de las participaciones embargadas resulta también incompatible con el plazo establecido en el artículo 356.1 de la Ley de Sociedades de Capital para reembolsar al socio excluido el valor de sus participaciones, del cual resulta que, en vía de principio, no puede imponerse a los socios dilaciones a la hora de realizar el valor patrimonial de sus participaciones; algo que, además, es acorde con el interés de los acreedores.

4. Por último, debe también confirmarse la calificación registral en cuanto rechaza la disposición según la cual, en el caso de que no se ejercite el derecho de adquisición preferente por la sociedad o por ninguno de los socios, «se estará a lo dispuesto en el pacto de socios en materia de exclusión». Es indudable que únicamente cabe excluir al socio por las causas legal tasadas o por las establecidas expresamente en los estatutos (cfr. artículos 350 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

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, 23 de noviembre de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.