

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10468 *Resolución de 30 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XVI de Madrid a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don L. H. C., como administrador único de la sociedad «Promociones y Obras Alcocer, S.L.», contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XVI de Madrid, don José María Rodríguez Barrocal, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha entidad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Antonio Luis Reina Gutiérrez, el día 12 de febrero de 2015, bajo el número 1.669 de su protocolo, se elevaron a público los acuerdos sociales adoptados en la junta general de la sociedad «Promociones y Obras Alcocer, S.L.», celebrada ante el notario autorizante el día 6 de febrero de 2015, relativos a la modificación del artículo 18 de los estatutos sociales e introducción de un nuevo artículo 18 bis. Así, en el artículo 18 se dispone que la junta general podrá acordar que el reparto de dividendos o de prima de emisión sea satisfecho total o parcialmente en especie (siempre que se trate de alguno de los bienes o valores «incluidos en los acuerdos privados que se alcanzaron en el año 2005» y no se distribuyan por un valor inferior al que tengan en el balance de la sociedad), y, según el nuevo artículo 18 bis, en caso de reducción de capital social por devolución de aportaciones, «el pago a los socios podrá hacerse en especie siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en el artículo 18 de estos estatutos». Tales acuerdos fueron adoptados en junta general, a la que asisten los dos únicos socios, con el voto favorable de uno de ellos, cuyas participaciones representan, aproximadamente, el setenta por ciento del capital social y con la oposición del restante socio.

II

Se presentó copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid el día 3 de marzo de 2015, con número de entrada 01/2015/27400, asiento 366 del Diario 2555, y el día 10 de marzo de 2015 fue objeto de calificación por el registrador, don José María Rodríguez Barrocal, que, a continuación, se transcribe en lo que interesa a este recurso: «El registrador mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, 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 por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: (...) Entidad: Promociones y Obras Alcocer 1. La hoja registral de la sociedad a que se refiere el precedente documento, ha sido cerrada por falta del depósito de cuentas anuales (...) 2. Bajo el epígrafe «reglas especiales de tutela de los socios» el artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital establece que «cuando la modificación afecte a los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada, deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados». Con este mismo criterio de protección de las minorías, el art. 329 de la LSC establece que «cuando el acuerdo de reducción con devolución del valor de las aportaciones no afecte por igual a todas las participaciones

será preciso el consentimiento individual de los titulares de esas participaciones». Además, conforme al artículo 29 de la LSC «los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad». Pues bien, en base a todo lo expuesto, la modificación del artículo 18 y la introducción del artículo 18 bis están referidos a pactos y acuerdos que manifiestan se alcanzaron en 2005 y se mantienen reservados entre los socios y, en consecuencia, no son oponibles a la sociedad (Art. 29 LSC), y en las sociedades limitadas, a diferencia de las sociedades anónimas, el valor de los bienes que se devuelven en caso de restitución de aportaciones, o se distribuyen en caso de reparto, no se determina con criterios objetivos, como puede ser la efectuada por experto independiente (como en la anónimas) sino que queda al arbitrio de la Junta y en consecuencia afectar a los derechos individuales de los socios minoritarios. Estas modificaciones han de adoptarse con el consentimiento de los socios afectados. En este mismo sentido, también afecta a los derechos individuales de los socios, el reparto de dividendo o de prima de emisión en especie, fuera de los cauces naturales de la misma, que sería dineraria, y ni tan si quiera ofreciendo una alternativa a la misma. 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, 10 de marzo de 2015. El Registrador». El día 23 de marzo de 2015, con el número de entrada 1/2015/36.775, vigente el asiento de presentación, se presentó nuevamente la documentación calificada en unión de un escrito firmado por el administrador único y ahora recurrente, don L. H. C., en el que se referencia la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 25 de septiembre de 2014 y aportando acta notarial de la junta general de la sociedad celebrada el día 29 de diciembre de 2014, en la que figuran incorporados unos acuerdos alcanzados por los socios y la propia compañía en el año 2005 de los que deriva la modificación de estatutos que se pretende inscribir. El día 7 de abril de 2015, la escritura relacionada fue calificada, según nota de calificación que se transcribe: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, 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 por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: (...) Presentado de nuevo el documento precedente, el día 23 de marzo de 2015, n.º 36775, al que se acompaña escrito suscrito por Don L. H. C., en el que se hace referencia a la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 25 de Septiembre de 2014, se suspende de nuevo la inscripción del mismo reiterando la nota de calificación de 10 de Marzo de 2015, en cuanto a los siguientes defectos: «2. Bajo el epígrafe «reglas especiales de tutela de los socios» el artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital establece que «cuando la modificación afecte a los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada, deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados». Con este mismo criterio de protección de las minorías, el art. 329 de la LSC establece que «cuando el acuerdo de reducción con devolución del valor de las aportaciones no afecte por igual a todas las participaciones será preciso el consentimiento individual de los titulares de esas participaciones». Además, conforme al artículo 29 de la LSC «los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad». Pues bien, en base a todo lo expuesto, la modificación del artículo 18 y la introducción del artículo 18 bis están referidos a pactos y acuerdos que manifiestan se alcanzaron en 2005 y se mantienen reservados entre los socios y, en consecuencia, no son oponibles a la sociedad (art. 29 LSC), y en las sociedades limitadas, a diferencia de las sociedades anónimas, el valor de los bienes que se devuelven en caso de restitución de aportaciones, o se distribuyen en caso de reparto, no se determina con criterios objetivos, como puede ser la efectuada por experto independiente (como en la anónimas) sino que queda al arbitrio de la Junta y en consecuencia afectar a los derechos individuales de los socios minoritarios. Estas modificaciones han de adoptarse con el consentimiento de los socios afectados. En este mismo sentido, también afecta a los derechos individuales de los socios, el reparto de dividendo o de prima de emisión en especie, fuera de los cauces naturales de la misma,

que sería dineraria, y ni tan si quiera ofreciendo una alternativa a la misma.». A mayor abundamiento de lo expuesto, se hace constar: A.–El principio de autonomía de la voluntad del artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, tiene como límites: La Ley y los principios configuradores. B. La Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 25 de Septiembre de 2014, claramente establece que para la aplicación analógica del artículo 393-2 de la LSC, el reembolso «in natura» debe interesar tanto al socio como a la sociedad. Esto no ocurre en los acuerdos que constan en el documento precedente, ya que consta la oposición y el voto en contra de casi un 30% del capital social. C. De esta Resolución también resulta que la valoración de las participaciones sociales, en base a las disposiciones de la Ley de Sociedades de Capital, tiene que responder a criterios de imparcialidad y objetividad, por lo que no cabe atribuir a una de las partes (sociedad o socio) la determinación de su cuantía y esto ocurre en la modificación estatutaria que se pretende inscribir, ya que el acuerdo del socio mayoritario impone la determinación del valor de los bienes a restituir. 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, 7 de abril de 2015. El Registrador».

III

Mediante escrito presentado en el Registro Mercantil de Madrid el día 6 de mayo de 2015, don L. H. C., como administrador único de la sociedad «Promociones y Obras Alcocer, S.L.», interpuso recurso contra la anterior en el que alega lo siguiente: «Primero.– Que con fecha 8 de abril de 2015 se le ha notificado calificación negativa respecto a una modificación de estatutos practicada en la compañía (número de entrada 2015/36.775), que pretendía habilitar reducciones de capital mediante devoluciones de aportaciones en especie o pago de dividendos en especie, y que como no se adopta por la unanimidad de los socios, el registrador mercantil considera defectuosa. En esta calificación se vuelve a reiterar la ya efectuada el día 10 de marzo pasado como defecto subsanable (número de entrada 2015/27.400), y además se añaden nuevos argumentos. Esta parte quiere poner de manifiesto que como en la calificación de 10 de marzo se establecía que los pactos entre los socios (a los que se alude expresamente en la modificación de los estatutos presentados a inscripción) no vinculan a la sociedad, y se hacía mención expresa en esa calificación al artículo 29 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, esta parte decidió presentar esos acuerdos (alcanzados en el año 2005) para acreditar que los acuerdos no se habían alcanzado exclusivamente entre los socios, sino que también se habían firmado por la propia sociedad, por lo que entonces había que estar al artículo 28 del mismo Texto Refundido ya citado, y, por lo tanto, a la autonomía de la voluntad, y a la voluntad conforme de todas las partes, los socios y la sociedad. En concreto, se acompañaba (igual que ahora) acta notarial de junta general de la compañía de 29 de diciembre de 2014 (...), donde se incorporaba como documentos unidos en sus página 8, 9, 10 y 7 unos acuerdos de 2005 (a los que se refiere la modificación de los estatutos así como la calificación) y donde queda acreditado que los acuerdos se alcanzaron tanto por los socios como por la propia compañía, es decir, que no son pactos reservados entre los socios, y por ello se aplica el principio de autonomía de la voluntad. De esta forma la modificación de estatutos no es más que cumplimiento de unos acuerdos previamente aceptados por todos los socios de la compañía y la propia sociedad. Además se presentaba (que también se acompaña ahora) una resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 25 de septiembre de 2014 (BOE de 7 de noviembre de 2014, en recurso interpuesto ante registrador mercantil de Vizcaya), que establece lo siguiente: «...Es generalmente admitido que los estatutos establezcan el reembolso “in natura”, con base en el principio de autonomía de la voluntad y en la aplicación analógica de lo dispuesto para la cuota de liquidación (artículos 28 y 393.2 de la ley de Sociedades de Capital), algo que, por lo demás, puede interesar tanto al socio como a la propia sociedad». Por ello, y aunque se repiten los argumentos de la calificación de 10 de marzo, hay que decir que están superados, precisamente porque ha quedado acreditado que los acuerdos no se pueden calificar de reservados entre los socios. Segundo.–Como la reducción de capital mediante

devoluciones de aportaciones en especie prevista en la propuesta de acuerdo de modificación de los estatutos afecta por igual a todos los socios no se puede decir que afecte individualmente a un socio frente a otro, por lo que necesariamente no se pueden alegar los artículos de protección de la minoría en las modificaciones de estatutos de las sociedades de capital. Ni siquiera afecta a los derechos individuales del socio que son los recogidos en el artículo 93 del Texto Refundido de la ley de Sociedades de Capital. Y tampoco se puede alegar que como la ley no establece criterios objetivos de valoración (al igual que para las sociedades anónimas) entonces está afectando a derechos individuales este tipo de modificaciones estatutarias como la proyectada en la compañía recurrente, pero lo cierto es que el registrador no se puede convertir en legislador, porque precisamente la ley está contemplando que ante un conflicto de intereses en materia de valoración, las partes tienen la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia, impetrando el auxilio o la tutela judicial. Es más, siguiendo a la resolución de la Dirección General de los Registros citada anteriormente, como se aplica por analogía el artículo 393.2 del Texto Refundido, entonces resulta que se aplica el criterio de valor real (que es precisamente el que se había recogido en la reducción de capital proyectada, en concreto valor teórico de las participaciones que se entregaban como restitución de aportación, y valor catastral del bien inmueble en que consistía la otra devolución de la aportación, siendo que ese valor, como queda acreditado en la escritura de reducción de capital que se acompaña con este escrito, se ha revisado muy recientemente (revisión que pone a nivel de mercado el valor del inmueble). Además, en materia de aportaciones no dinerarias en las sociedades de responsabilidad limitada existen unos mecanismos de responsabilidad (ejercicio de acción judicial) previstos en la Ley de Sociedades de Capital que serían aplicables para los supuestos de devoluciones no dinerarias o en especie en ese tipo de sociedades. Lo cierto, sin embargo, es que la modificación de estatutos proyectada en la sociedad ahora recurrente es precisamente la de dar ejecución de unos acuerdos previos del año 2005 adoptados con el consentimiento unánime de todos los socios de la compañía y de la propia compañía, por lo que no se puede decir que existe afectación de derechos individuales, sino precisamente ejecución de la autonomía de la voluntad, sin que exista vulneración de las leyes o de los principios inspiradores del tipo societario elegido. Tercero.—En la nueva calificación, además de no hacer mención a que se han presentado los acuerdos del año 2005 adoptados por todas las partes (incluida la propia sociedad), se viene a decir que al quedar constatada la oposición de un socio (que ostenta casi el 30 por ciento del capital social), entonces los acuerdos proyectados de modificación de estatutos son contrarios a la ley y a los principios configuradores del tipo social elegido. Frente a esta idea, decir que los acuerdos proyectados de modificación estatutaria son nada más y nada menos que la ejecución de unos previos acuerdos adoptados por unanimidad, por lo que no se puede ahora bloquear por un argumento de oposición del socio minoritario. Es decir, se está erigiendo el registrador en garantista de la minoría de una forma exorbitante, puesto que si el socio minoritario considerase que esta modificación de estatutos no era ejecución de los acuerdos adoptados, tenía siempre la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia impetrando el derecho a la tutela judicial efectiva, en el bien entendido que sería un caso de interpretación de cómo se ejecuta el clausulado de un acuerdo de restitución de unos bienes entre una persona jurídica y unas personas físicas. Respecto a que la valoración de los bienes se deja en manos del socio mayoritario, hay que decir que es un argumento nuevo (no aparece en la anterior calificación) por lo que no es aceptable, jurídicamente, siguiendo consolidada doctrina reiterada por la propia Dirección General de los Registros y el Notariado, que intentando subsanar los defectos puestos de manifiesto por el Registrador, ahora se establece un nuevo argumento. Además, otra vez el registrador se convierte en protector exorbitante de la minoría, cuando ésta tiene el amparo o asistencia de los tribunales de Justicia en materia de criterios de valoración, para evitar conflictos de intereses, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente en este escrito».

IV

Mediante escrito, de fecha 12 de mayo de 2015, el registrador elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo. En dicho informe manifiesta que se ha dado traslado del recurso al notario autorizante, sin que se haya recibido alegación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1255 del Código Civil; 28, 29, 93, 97, 277, 278, 292, 318, 329, 353, 358, 359 y 393.2 de la Ley de Sociedades de Capital; 184 y 201.3.1.º del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1999, 7 de diciembre de 2011 y 25 de septiembre de 2014.

1. Mediante la escritura cuya calificación es impugnada se elevan a público los acuerdos de sociales de modificación de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada, de suerte que, por una parte -en el artículo 18-, se dispone que la junta general podrá acordar que el reparto de dividendos o de prima de emisión sea satisfecho total o parcialmente en especie (siempre que se trate de alguno de los bienes o valores «incluidos en los acuerdos privados que se alcanzaron en el año 2005» y no se distribuyan por un valor inferior al que tengan en el balance de la sociedad), y, por otro lado, se añade un artículo -18 bis- según el cual en caso de reducción de capital social por devolución de aportaciones, «el pago a los socios podrá hacerse en especie siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en el artículo 18 de estos estatutos». Tales acuerdos fueron adoptados en junta general, a la que asisten los dos únicos socios, con el voto favorable de uno de ellos, cuyas participaciones representan, aproximadamente, el setenta por ciento del capital social y con la oposición del restante socio.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, la referida modificación estatutaria debe adoptarse con el consentimiento de los socios afectados, por aplicación de las normas legales sobre tutela de los derechos individuales de los socios.

2. Este Centro Directivo en su Resolución de 21 de mayo de 1999, expresó claramente que «entre las ideas rectoras de la Ley de Responsabilidad Limitada destaca la de una intensa tutela del socio y de la minoría, que se traduce, entre otras manifestaciones, en el establecimiento de algunas normas legales que introducen límites al poder mayoritario de la Junta general en caso de modificaciones estatutarias (véase el apartado III de la exposición de motivos de la Ley)». Cita a continuación una serie de medidas tuitivas, establecidas en preceptos de la Ley 2/1995, y trasladadas a la Ley de Sociedades de Capital, que se centran, en unos casos, en la exigencia del acuerdo de todos los socios, en otros, en la necesidad del consentimiento individual del socio afectado, y finalmente, en otros, en la posibilidad de separación del socio disconforme. Esta idea tuitiva respecto del socio que subyace en toda la Ley de Sociedades Limitadas y que ha recibido igualmente la vigente Ley de Sociedades de Capital, debe servir para, en caso de duda, llegar a una interpretación correcta de los preceptos legales. Y si bien es cierto que la Ley establece en determinados casos de forma expresa y específica el requisito de la unanimidad o el consentimiento de todos los socios, en el presente caso la conclusión ha de ser la misma puesto que, al tratarse de derechos individuales de los socios, los mismos deben ser protegidos con base en este carácter en los términos previstos en el artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital. Pero incluso aunque no existiera el citado artículo 292, el resultado debería ser el mismo, pues la introducción de su precedente, el artículo 71.1, párrafo segundo, de la Ley 2/1995, se hizo en la discusión parlamentaria mediante enmienda en cuya justificación ya se reconocía que «aunque la indisponibilidad de los derechos individuales de los socios constituye un principio general que no precisa expresa declaración legal, parece conveniente incluir en la Ley una referencia expresa a la necesidad de contar con el consentimiento de los socios afectados».

No puede interpretarse el precepto en el sentido de que, con la expresión «derechos individuales», se refiere a derechos especiales o privilegiados, pues al no distinguir la

norma, como se expresa en la Resolución citada de 21 de mayo de 1999, «han de incluirse en aquel concepto todos los derechos esenciales que configuran la posición jurídica de socio y que no pueden ser suprimidos o modificados por acuerdo mayoritario de la Junta, si no concurre el consentimiento de su titular, de modo que la protección legal ahora debatida está justificada por el perjuicio que la alteración estatutaria produzca sobre aquéllos». Y añade que «tales derechos no son únicamente los atribuidos por disposición estatutaria, o la medida o proporción en ésta fijada, sino también los reconocidos «ex lege» con carácter inderogable a cualquier socio, de suerte que el consentimiento individual ahora cuestionado será exigible no sólo cuando se trate de una modificación estatutaria que afecte al contenido de derechos de participaciones privilegiadas preexistentes o que pretendan alterarlo mediante la creación de nuevas participaciones privilegiadas que afecten a los privilegios de las anteriores, sino, igualmente, cuando no exista previa desigualdad entre las posiciones jurídicas de los socios y la modificación estatutaria implique la introducción de diferencias en el contenido de derechos» (vid. la Resolución de 7 de diciembre de 2011).

Hechas estas precisiones, resulta claramente que la modificación estatutaria cuestionada afecta a los derechos individuales de los socios, en cuanto que atañe al contenido del derecho participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio afectado por la restitución del valor de las aportaciones sociales. La regla general es la de percepción en dinero de los dividendos (cfr. artículos 277 y 278 de la Ley de Sociedades de Capital, que se refieren a distribución y restitución de «cantidades» y pago de intereses) y del valor de la aportación que se devuelva al socio mediante la reducción del capital social (vid. el artículo 318 de la misma Ley, que alude a «la suma que haya de abonarse»). No obstante, debe admitirse con base en el principio de autonomía de la voluntad –artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital– la disposición estatutaria sobre restitución del valor de las aportaciones pago del dividendo en especie (vid. respecto de la reducción del capital, el artículo 201.3.1º del Reglamento del Registro Mercantil se refiere a «la suma dineraria o la descripción de los bienes que hayan de entregarse a los socios», y, para el caso análogo de pago en especie de la cuota de liquidación, el artículo 393.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Ahora bien, la introducción de esta disposición en los estatutos en un momento posterior al fundacional requiere, indudablemente, el consentimiento de los socios afectados, que serán todos (por lo demás, esta conclusión se ajusta al principio que subyace tanto a la norma del artículo 329 –que exige el consentimiento individual de los socios afectados cuando el acuerdo de reducción del capital no afecte por igual a todas las participaciones– y a la regla expresa del artículo 393.1 que –a falta de la disposición estatutaria referida– exige unanimidad de los socios para el acuerdo sobre pago «in natura» de la cuota de liquidación, regla extensible a los derechos a que se refieren las cláusulas debatidas en el presente recurso).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 30 de julio de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.