

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**12454** *Resolución de 9 de octubre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil III de Valencia, por la que se rechaza la inscripción de una constitución de sociedad limitada profesional.*

En el recurso interpuesto por don Fernando Olaizola Martínez, notario de Valencia, contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil III de Valencia, don Carlos Javier Orts Calabuig, por la que se rechaza la inscripción de una constitución de sociedad limitada profesional.

#### Hechos

I

Por don Fernando Olaizola Martínez, notario de Valencia, se autorizó, el día 23 de mayo de 2017, escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada profesional en la que, por lo que ahora interesa, constaba lo siguiente: «Estatutos (...) Art. 5.º–Capital. El capital social, totalmente desembolsado, se cifra en tres mil euros y está dividido en tres mil participaciones de un euro de valor nominal cada una, numeradas correlativamente del 1 al 3.000, ambos inclusive. Todas las participaciones tienen el carácter de pertenecientes a socios profesionales. Cuando estas fueren adquiridas por no profesionales, se procederá al cambio de clase de participación que pasará ser la de participaciones pertenecientes a socios no profesionales; y si estas a su vez fueran adquiridas por profesionales se procederá de nueva [sic] al cambio de la clase de participación. La mayoría del capital social habrá de pertenecer a los socios profesionales, de conformidad con lo establecido en el apartado segundo del artículo cuarto de la Ley 2/2007, de 15 de marzo (...)».

II

Presentada la referida escritura en el Registro Mercantil de Valencia, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Carlos Javier Orts Calabuig, Registrador Mercantil de Valencia Mercantil, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18-2 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 Asiento: 177 Diario: 863 Entrada: 1/2016/15.977 Sociedad: Newco Soluciones Jurídicas SLP Notario/Protocolo: Don Fernando Olaizola Martínez, /2017-762. Fundamentos de Derecho 1.–Artículo 5º de los Estatutos Sociales: La cláusula del Artículo 5º «Todas las participaciones....» hasta «...cambio de la clase de participación», no puede tener acceso a la hoja registral por los siguientes motivos de denegación: a) Contempla que todas las participaciones pertenecen a socios profesionales, cuando tal no sea el caso, obligará a que la transmisión de las participaciones sociales lleve consigo una modificación estatutaria, lo que vulnera la vocación circulante de las participaciones sociales, como principio configurador de la sociedad limitada (Artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), altera el régimen estatutario de la transmisión e induce a confusión sobre sus requisitos. Tal cláusula permite incluso presupone que un solo socio pueda titular «participaciones profesionales» y «no profesionales» hasta por lo menos no se realice el cambio de clase. (Artículo 107 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, Artículo 12 y 15 de la Ley 2/2007 de 15 de marzo de Sociedades Profesionales. b) La cláusula estatutaria excluida de inscripción adolece de la necesaria precisión, dado que su redacción no permite apreciar los efectos que quiere atribuirse a la misma. En

concreto, no queda claro si en dicha cláusula se pretende atribuir derechos distintos a las participaciones, como pudiera pensarse de la utilización impropia de la expresión «clase» de participaciones o más bien deriva de la condición actual de profesional del titular de las mismas, cuestión totalmente distinta, pues lo trascendente en este caso es dicha condición derivada de la persona de socio y no de la titularidad de determinadas participaciones. En estos términos se expresa la RDGRN de 27 de Septiembre de 2011. Téngase en cuenta que la Ley 2/2017 no contempla a lo largo de todo su articulado, la distinción de participaciones profesionales y no profesionales (a diferencia de la Ley de Sociedades Laborales), sino de socio profesional o no profesional, y es que como señaló la RDGRN citada «el régimen jurídico propio deriva de la condición de socio profesional más que de la configuración que se haga de las participaciones sociales». Así pues, de querer crearse dos clases de participaciones, debería indicarse la diversidad de derechos que las propias participaciones (no su titular) atribuyen, lo que no consta pues las prestaciones accesorias contempladas en el Artículo 17-2 se predicen respecto del socio profesional y por ende de las participaciones que titule. Artículo 94 de la Ley de Sociedades de Capital y Artículo 12 de la Ley 2/2007 de 15 de Marzo de Sociedades Profesionales. Defecto de carácter denegatorio pero susceptible de inscripción parcial. 2.–El certificado colegial relativo al socio profesional «San Onofre & Rueda, S.L.P.» –más bien comunicación de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio de Abogados–, no acredita la habilitación actual para el ejercicio de la profesión dada la fecha de su expedición y que tal ha tenido otra finalidad diferente. Artículo 7-2 b) de la Ley 2/2007 de 15 de Marzo. Defecto de carácter suspensivo. 3.–Artículo 15º-II de los Estatutos Sociales: Se contempla en este artículo dos reglas sobre la convocatoria del Consejo que resultan contradictorias en determinado supuesto y en otros sería preciso cohonestar: para el caso de estar formado el Consejo por tres miembros concurren dos reglas estatutarias, una de ellas de remisión legal: –De un lado se afirma «el Consejo será convocado por el Presidente o quien haga sus veces quien deberá convocarlo también cuando lo soliciten dos o más Consejeros». –De otro lado hay una remisión expresa a lo legalmente previsto, en concreto pues al régimen establecido en el artículo 246 que legitima a 1/3 de los miembros del Consejo para solicitar al Presidente la convocatoria del Consejo. En este supuesto es claro que debe prevalecer la segunda norma y rechazarse la primera regla pues como tiene declarado la DGRN los estatutos podrán contener disposiciones sobre competencia para convocar el Consejo más favorables para los miembros del mismo, pero no podrán restringir la legitimación que les reconoce el artículo 246-2 de la Ley de Sociedades de Capital. Para los supuestos de más de seis miembros del Consejo se plantean problemas de coordinación entre ambas normas pues «mejora» la regla estatutaria (1ª) a la legal pero sólo al parecer para solicitar la convocatoria siendo dudoso que sólo dos consejeros podrían convocar el Consejo pues a estos efectos se remiten los estatutos al Artículo 246-2. En cualquier caso, faltaría claridad en los supuestos de aplicación de una u otra norma debiendo pues rechazarse el acceso de las mismas a la hoja registral, dejando que rija el sistema legal. RDGRN de 11 de Julio de 2012 y 14 de Noviembre de 2016. Defecto de carácter denegatorio pero susceptible de inscripción parcial. Haciéndose constar expresamente la no inclusión de la persona/s nombrada/s a que se refieren este documento en el Índice Centralizado de Incapacitados, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 bis del Reglamento del Registro Mercantil (...) En relación con la presente calificación: (...) Valencia, a 20 de Junio de 2017. El registrador N.º III (firma ilegible)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Fernando Olaizola Martínez, notario de Valencia, interpuso recurso el día 18 de julio de 2017 en virtud de escrito en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.–Que no es cierto que la previsión de que cuando se lleve a cabo una transmisión de participaciones sociales se produzca una modificación estatutaria suponga una violación de la vocación circulante de las participaciones, ni que se altere el régimen estatutario de transmisión ni que se induzca a confusión sobre sus

requisitos; Que, en sede de sociedades laborales, se distingue entre socios trabajadores y no trabajadores, cuya condición determina el régimen aplicable a las acciones o participaciones; Que, según el artículo 5 de su ley reguladora, Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, la determinación de las participaciones de trabajadores en los estatutos impone su modificación, lo que se lleva a cabo por el propio órgano de administración, y Que nada obsta a que, en sede de sociedades profesionales, se opte por un régimen similar, y a que la modificación estatutaria se lleve a cabo por los propios administradores sin necesidad de junta general, aun cuando no se exprese así, pues la razón de ser es la misma. De aquí que no puede entenderse, como afirma la nota, que un mismo socio sea titular de participaciones profesionales o no hasta que se realice el cambio de clase; Segundo.—Que no existe el problema de interpretación que se apunta en la nota pues, de acuerdo los artículos 1281, 1285, 1286 y demás del Código Civil, la evidente intención de las partes no es crear dos clases de participaciones, sino remitirse al régimen legal, sin perjuicio de modalizar la transmisión dentro de los límites legales lo que abunda en la conveniencia de la determinación estatutaria de las participaciones, y Que, si no consta la voluntad de constituir dos clases distintas de participaciones, no existe el problema apuntado por el registrador, y Tercero.—Que otras escrituras de contenido idéntico han sido inscritas sin problemas en el Registro Mercantil.

#### IV

El registrador emitió informe el día 25 de julio de 2017, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1.2, 4.2, 8.3, 12 y 17 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales; 23, 94, 95, 292 y 293 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 184.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de diciembre de 2006 y 27 de septiembre de 2011.

1. De los tres defectos señalados por el registrador en su acuerdo de denegación de inscripción, el recurrente sólo hace referencia en su escrito de recurso al primero de ellos determinando así lo que constituye el objeto de este expediente y adquiriendo firmeza los otros dos.

En definitiva, se trata de dilucidar si el artículo 5 de los estatutos sociales de la sociedad, en la parte transcrita en los hechos, puede acceder o no al Registro Mercantil. El registrador opone en primer lugar que la previsión de que la transmisión de las participaciones sociales (actualmente en manos de tres socios profesionales), implicará una modificación de estatutos vulnera su vocación circulante, altera el régimen estatutario de la transmisión e induce a confusión sobre los requisitos que la transmisión comporta. Además, señala, no queda claro si se pretende atribuir derechos distintos a las participaciones como si de clases se tratara. El recurrente considera que el sentido de la cláusula es claro en cuanto que no existe voluntad alguna de creación de clases de participaciones sino una mera remisión al régimen legal.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión planteada es preciso recordar, ante las alegaciones que al respecto lleva a cabo el escrito de recurso, que el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificador de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de otra idéntica o similar. De aquí que como ha reiterado en numerosas ocasiones esta Dirección General de los Registros y del Notariado (y muy recientemente, vid. Resolución de 13 de septiembre de 2017), no se pueda tener en cuenta dicha afirmación que se basa en unos hechos que, por otro lado, no resultan del expediente.

2. Como puso de relieve la Resolución de este Centro Directivo de 27 de septiembre de 2011, para un caso similar al que da lugar a la presente, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, ha optado por permitir que las sociedades profesionales se acojan a cualquiera de los tipos sociales existentes en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. artículo 1.2 de la Ley de sociedades profesionales), si bien exige que el control de la sociedad corresponda a los socios profesionales, imponiendo que como mínimo, la mayoría del capital y de los derechos de voto, o la mayoría del patrimonio social y del número de socios en las sociedades que no sean de capital, deban pertenecer a socios profesionales (cfr. artículo 4.2 de la ley, según redacción dada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre), sancionando el incumplimiento sobrevenido de esta obligación con la disolución obligatoria, a no ser que la situación se regularice en el plazo máximo de seis meses contados desde el momento en que se produjo su incumplimiento.

Por su parte, el artículo 12 determina que la condición de socio profesional es intransmisible, salvo que medie el consentimiento de todos los socios profesionales, pudiendo, no obstante, establecerse en el contrato social que la transmisión pueda ser autorizada por la mayoría de dichos socios. A ello, hay que añadir lo dispuesto en el artículo 17.2 que establece que las acciones y participaciones correspondientes a los socios profesionales han de llevar aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social.

Por otro lado, el artículo 8.3 de la Ley de sociedades profesionales, establece que cualquier cambio de socios y administradores, así como cualquier modificación del contrato social, deberán constar en escritura pública y serán igualmente objeto de inscripción en el Registro Mercantil, lo cual constituye, en relación con la transmisión de acciones, que han de ser nominativas [artículo 17.a)], y la transmisión de participaciones sociales, una excepción a la regla general de su no inscripción.

De acuerdo con lo expuesto, se deduce que, en las sociedades profesionales, la distinción entre socios profesionales y socios no profesionales tiene una especial relevancia, que determina no sólo su naturaleza, sino su propia constitución y existencia, atribuyendo al socio profesional un régimen jurídico propio, régimen que deriva de la condición de socio profesional, y no de la configuración que se haga de las participaciones sociales.

3. Debe pues distinguirse adecuadamente entre el régimen jurídico derivado de la condición de profesionales de los socios integrados en una sociedad de este tipo, de las eventuales modificaciones que, en el régimen de atribución de derechos a los titulares de participaciones sociales, se hayan llevado a cabo por vía estatutaria. En una sociedad de responsabilidad limitada de carácter profesional, todas las participaciones sociales atribuyen iguales derechos a sus titulares salvo lo que ahora se dirá. Cosa distinta es el diferente régimen jurídico aplicable a los socios que tengan la cualidad de profesionales como ha quedado expuesto.

Establecido lo anterior, nada impide que la sociedad establezca diferencias en el conjunto de derechos que las participaciones sociales atribuyan a su titular, diferencias que derivaran de esta especialidad y no de la condición profesional que ostente su titular. Así, el artículo 10.1 de la ley especial: «El contrato social determinará el régimen de participación de los socios en los resultados de la sociedad o, en su caso, el sistema con arreglo al cual haya de determinarse en cada ejercicio. A falta de disposición contractual, los beneficios se distribuirán y, cuando proceda, las pérdidas se imputarán en proporción a la participación de cada socio en el capital social».

Al igual que en cualquier otra sociedad de responsabilidad limitada, rige en las sociedades limitadas profesionales el principio de igualdad de derechos entre los socios, en virtud del cual cada participación social atribuye un conjunto idéntico de derechos a su titular. Lo expresa así el artículo 94 de la Ley de Sociedades de Capital: «Las participaciones sociales y las acciones atribuyen a los socios los mismos derechos, con las excepciones establecidas al amparo de la ley». Como del precepto resulta, el principio general de igualdad admite distintas excepciones, excepciones que son desarrolladas en mayor o menor medida en el conjunto de la ley.

La existencia de participaciones sociales que otorguen derechos no homogéneos a sus titulares puede deberse a dos órdenes de motivos: el primero, la propia voluntad social que expresada en junta así lo acuerde (artículo 94.2 de la Ley de Sociedades de Capital); el segundo, la previsión legal de existencia de participaciones con régimen jurídico específico, pero para cuya existencia es preciso un previo acuerdo social (participaciones sin voto, por ejemplo, artículo 98 de la ley).

En definitiva, el régimen jurídico propio de las sociedades de responsabilidad limitada profesionales es perfectamente compatible con la existencia de participaciones sociales con atribución de derechos desiguales.

4. Cuando el artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital al regular el contenido de los estatutos sociales dispone que si la sociedad fuera de responsabilidad limitada expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos, se refiere lógicamente a las modalizaciones estatutarias a los derechos de las participaciones.

La previsión legal tiene su desarrollo reglamentario en el artículo 184.2 del Reglamento del Registro Mercantil, que insiste en que, en caso de desigualdad de derechos, las participaciones se individualizarán por el número que les corresponda dentro de la numeración correlativa general. Esta exigencia de individualización dentro de la numeración general de las participaciones está pensando lógicamente en las modalizaciones convencionales que se hagan en su régimen jurídico (prestaciones accesorias, transmisión, etcétera) y no en una eventual diversidad de régimen legal –como ocurre con las participaciones de los socios profesionales– que es consecuencia de la condición o no de socio profesional y no de las características de las participaciones en sí mismas consideradas.

En conclusión, no puede confundirse el diferente régimen jurídico aplicable a los socios profesionales por su condición de tales con la existencia de participaciones privilegiadas o con atribución de diferentes conjuntos de derechos. Si es precisa la individualización en el Registro Mercantil de las participaciones sociales atribuidas a los socios profesionales es porque de ese modo puede controlarse el cumplimiento de sus requisitos estructurales y de funcionamiento, como quedó explicado más arriba. Si, además, existen participaciones con privilegio en el dividendo, en la cuota de liquidación, en el ejercicio del derecho de voto o cualquier otro compatible con su régimen jurídico es preciso que, de conformidad con los artículos 23 de la Ley de Sociedades de Capital y 188 de su Reglamento, consten debidamente individualizadas de modo que cualquier tercero pueda conocer su estatuto jurídico.

5. En el expediente que da lugar a la presente y en lo que afecta a su objeto, todas las participaciones sociales son iguales pues no existe modalización estatutaria alguna del conjunto de derechos que su titularidad atribuye. De aquí que la previsión estatutaria de que la transmisión de participaciones sociales de un socio profesional a un no profesional o viceversa, haya de provocar un cambio de clase de participación, no es sólo errónea técnicamente (vid. artículo 94.1, segundo párrafo, de la Ley de Sociedades de Capital en relación a su artículo 293), es que claramente induce a error pues no pueden confundirse las consecuencias que pueda tener la transmisión de participaciones de un socio profesional a quien no lo es (o viceversa), con la existencia de participaciones que atribuyen distintos derechos a sus titulares.

En la sociedad a que se refiere este expediente, la transmisión de una participación social no altera el conjunto de derechos que de su titularidad resultan por lo que no existe cambio de «clase» alguna. Cosa distinta es que la transmisión de una participación de un socio profesional a quien no lo es se sujete a requisitos específicos y pueda acarrear consecuencias jurídicas distintas a la transmisión de participaciones entre no profesionales, pero sin que ello afecte al conjunto de derechos que atribuye su titularidad que permanece inalterado.

Tiene razón el recurrente cuando afirma que no existe impedimento legal a que el contrato social se sujete a un régimen similar al que para las sociedades laborales prevé su ley reguladora, pero para ello sería preciso, nuevamente, una regulación estatutaria expresa, clara y completa sin que sea aceptable la aplicación de las previsiones que esta ley contiene a un tipo social distinto sujeto a un régimen jurídico igualmente distinto.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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

Madrid, 9 de octubre de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.