

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

16311 *Resolución de 7 de noviembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles X de Barcelona a inscribir determinada cláusula de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Gerardo Conesa Martínez, notario de Barcelona, contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles X de Barcelona, doña María Azucena Bullón Manzano, a inscribir determinada cláusula de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Por escritura autorizada el día 26 de junio de 2018 por el notario de Barcelona, don Gerardo Conesa Martínez, con el número 1.888 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados por unanimidad de todos los socios en junta general de la sociedad «Broca Business, S.L.» de fecha 11 de junio de 2018, por los que se modificó el artículo 9 bis de los estatutos sociales, de modo que quedó redactado en la siguiente forma: «Artículo 9 bis. Prohibición de dar en prenda. Se prohíbe a los socios constituir derecho real de prenda sobre las participaciones sociales».

II

Presentada el día 29 de junio de 2018 dicha escritura por procedimientos telemáticos en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Barcelona, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El Registrador que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, he resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho.

Hechos:

Diario/Asiento: 1290/198.

Fecha de la presentación: 29/06/2018.

Entrada: 38085376.

Sociedad: Broca Business SL.

Documento calificado: escritura de fecha 26/06/2018. Notario don Gerardo Conesa Martínez, número 1888 de protocolo.

Fecha de la calificación: 16/07/2018.

Fundamentos de Derecho (defectos):

– Artículo 9 bis.–No es posible la prohibición de constituir derecho real de prenda sobre las participaciones sociales, ya que supone una limitación del principio de libertad de disposición del socio sobre sus participaciones sociales. (Artículos 108 y 132 de la Ley de Sociedades de Capital, artículo 348 del Código Civil).

Dicha prohibición se traduce en prohibir realizar una serie de actos que pueden conllevar la transmisión de la participación por actos inter-vivos, infringiendo con ello el artículo 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital. La prenda se caracteriza por la facultad de enajenar o transmitir las cosas dadas en garantía y el artículo 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital no admite las cláusulas estatutarias que prohíben la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos entre vivos, incluyéndose dentro de esta prohibición cualesquiera actos que pueden desencadenar la enajenación de las participaciones y, por tanto, también la constitución de la prenda y otros derechos que pueden dar lugar a la enajenación de la cosa dada en prenda.

El defecto consignado tiene carácter subsanable.

En relación con la presente calificación: (...).

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.º del Reglamento del Registro Mercantil contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro (...).

III

Contra la anterior calificación, don Gerardo Conesa Martínez, notario de Barcelona, interpuso recurso el día 9 de agosto de 2018 con los siguientes fundamentos jurídicos:

«I. Aduce la señora Registradora en su calificación la infracción de los artículos 108 y 132 de la Ley de Sociedades de Capital, y del artículo 348 del Código Civil.

II. Los artículos invocados son en realidad poco clarificadores, regulando el artículo 132 de la Ley de Sociedades de Capital el derecho de prenda sobre participaciones sociales y el art. 348 del Código Civil la definición general de la propiedad.

III. Tampoco es convincente, a juicio de este notario el recurso al artículo 108 de la Ley de Sociedades de Capital dado que no tiene que ver con el supuesto de la escritura calificada en que no se pretende de modo alguno hacer totalmente libre la transmisión voluntaria de participaciones ni prohibir dicha transmisión voluntaria.

IV. En opinión del Notario dicente, existen argumentos de peso para permitir que los socios renuncien a la facultad de constituir pignoración sobre participaciones sociales además de por aplicación de los principios generales de derecho civil y mercantil de libertad de pacto y autonomía de la voluntad por la concretas circunstancias de carácter de las sociedades de responsabilidad limitada.

V. Efectivamente, dicho principio de libertad de contratación o de autonomía de la voluntad se recoge en multitud de artículos del Código Civil y de la legislación mercantil, pudiendo pactarse o convenirse todo aquello que no se encuentra prohibido (en ningún texto se prohíbe que los socios por unanimidad renuncien a su facultad de pignorar ni se contempla dicha cláusula estatutaria como prohibida), baste para citar el artículo 1255 del Código Civil, el artículo 6.2 del mismo Código admitiendo la facultad de renunciar, y en la legislación mercantil el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital que consagra el principio de autonomía de la voluntad, siempre que no se oponga a las leyes ni contradiga los principios configuradores del tipo social elegido.

VI. El Notario recurrente, antes al contrario, debe afirmar que dicha cláusula estatutaria en que los socios por unanimidad prohíben el dar en prenda las participaciones sociales, sólo a ellos incumbe ya que todos ellos agotan todos los derechos sobre sus participaciones sociales, de manera que bien pueden decidir mediante esta vía que las participaciones sociales no vayan a manos de terceros extraños a la familia por consecuencia de una ejecución de prenda constituida por uno de los socios, y gozando dicha cláusula de la pertinente publicidad registral quedan asimismo salvaguardados los intereses de los hipotéticos terceros contratantes con los socios, siendo ello un interés atendible, conforme a los principios configuradores de la sociedad limitada –familiar–».

IV

Mediante escrito, de fecha 13 de agosto de 2018, el registrador Mercantil y de Bienes Muebles XII de Barcelona, don Jesús González García, como sustituto de su compañera doña María Azucena Bullón Manzano, ausente por imposibilidad accidental, emitió informe y, por mantener su calificación, elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 4, 348, 1112, 1255 y 1258 del Código Civil; 28, 104, 105, 107, 108 y 110 de la Ley de Sociedades de Capital; 188 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1945 y 13 diciembre 1991, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de junio de 1913, 21 de abril de 1949, 18 de enero de 1963, 22 de octubre de 1993, 25 de junio de 2013 y 21 de marzo y 31 de julio de 2018.

1. En el presente expediente debe decidirse si es o no inscribible la cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada en la que se dispone lo siguiente: «Se prohíbe a los socios constituir derecho real de prenda sobre las participaciones sociales».

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, tal prohibición «supone una limitación del principio de libertad de disposición del socio sobre sus participaciones sociales. (Artículos 108 y 132 de la Ley de Sociedades de Capital, artículo 348 del Código Civil)». Y añade que en esta cláusula infringe el artículo 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital, que no admite las cláusulas estatutarias que prohíben la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos entre vivos, incluyéndose dentro de esta prohibición cualesquiera actos que pueden desencadenar la enajenación de las participaciones y, por tanto, también la constitución de la prenda y otros derechos que pueden dar lugar a la enajenación de la cosa dada en prenda.

El recurrente alega, en síntesis, que la cláusula referida no prohíbe la transmisión de las participaciones sociales y que, con base en el principio de autonomía de la voluntad, los socios pueden excluir la posibilidad de pignoración de aquéllas.

2. La cuestión planteada en el presente expediente ha sido recientemente solventada en Resoluciones de 31 de julio de 2018, por lo que debe darse a la misma idéntica solución.

En general, como ha señalado esta Dirección General –vid. Resolución de 25 de junio de 2013–, las prohibiciones de disponer no impiden, en principio, la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan sólo los actos voluntarios de transmisión «inter vivos». Así, un bien gravado con una prohibición de disponer es susceptible de ser transmitido «mortis causa». Los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria hacen referencia a las prohibiciones de disponer desde la perspectiva registral, careciendo el Código Civil de una regulación completa de la figura de las prohibiciones de disponer o enajenar.

El principio de libertad de tráfico, con amparo en el artículo 348 del Código Civil, y por tanto vigente en nuestro sistema jurídico, exige que las restricciones legítimamente impuestas a la propiedad y, en consecuencia, a su facultad dispositiva, sean interpretadas de forma restrictiva sin menoscabo de los intereses que las justifican (vid. la Resolución de 21 de marzo de 2018). Esta misma fórmula o solución fue admitida ya por este Centro Directivo en Resolución de 18 de enero de 1963, en relación con prohibiciones testamentarias, como modo de salvaguardar los distintos intereses en juego.

Las prohibiciones de disponer, además de la temporalidad o la accesoriedad, exigen la existencia de justa causa, como así lo ha impuesto la jurisprudencia. Baste como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 diciembre 1991, según la cual, además, su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación, finalidad que puede ser de

carácter social, familiar, etc. Ejemplo de lo indicado puede contemplarse en la Sentencia de 25 de junio de 1945, en la cual y entre otros pronunciamientos se declara la inadmisibilidad de los pactos de no enajenar concebidos en términos absolutos con base en el principio de que «pactum de non alienando res propria non valet», siendo preciso para su eficacia que se inspiren en un interés digno de protección, a salvo, claro es, de las taxativas prohibiciones legales, criterio que puede también observarse en las Resolución de 30 de junio de 1913, cuando establece que tales pactos han de entenderse en su sentido literal y no pueden ampliarse, y en la de 21 de abril de 1949.

3. En nuestro ordenamiento societario el carácter esencialmente cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada se manifiesta, entre otros aspectos, en el régimen de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos «inter vivos». Dicha transmisión es restringida, excepto la realizada entre socios o en casos de adquisición por el cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, que, en defecto de cláusula estatutaria en contrario, constituyen supuestos de transmisión libre. Salvo estos casos excepcionales, la transmisión estará sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos (que no podrán hacer prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos «inter vivos»). Para el caso de imprevisión estatutaria, y frente al sistema de tanteo o derecho de adquisición preferente legal prevenido en el artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, en la Ley vigente se establece un régimen supletorio caracterizado por la sujeción de tales transmisiones al consentimiento de la sociedad mediante acuerdo de la junta general (vid. artículos 107 y 108.1 de la Ley de Sociedades de Capital). No obstante, este sistema, precisamente por su carácter de régimen supletorio, deja margen a la autonomía de la voluntad de los propios socios para disciplinar otras alternativas en la limitación de la transmisión de las participaciones siempre que aseguren al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o la posibilidad de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones». Y es que la transmisibilidad de las participaciones sociales conforme al régimen legal constituye un medio de realizar el valor patrimonial de las mismas, ante la imposibilidad o dificultad de separarse de la sociedad, de suerte que de ese modo se impiden vinculaciones excesivas e indefinidas del socio (sobre esta cualidad, vid. apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953: «Efectivamente, el «*intuitus personae*» no es tan fuerte en esta clase de sociedades como para negar en su nombre el principio general de negociabilidad de los bienes, característico del Derecho moderno e implícitamente contenido en nuestros Códigos»). En esta línea, se admite la prohibición estatutaria de transmisión voluntaria por acto inter vivos de participaciones sociales, sin limitación temporal si se reconoce al socio el derecho de separación o, en otro caso, con el límite de cinco años contados desde la constitución de la sociedad o desde el aumento del capital social –artículo 108, apartados 3 y 4, de la Ley de Sociedades de Capital–).

4. Respecto de la constitución de derechos reales sobre las participaciones sociales pudiera entenderse que la prohibición de la misma sólo estaría justificada en los casos en que como consecuencia del derecho real de que se trate se atribuyera según los estatutos sociales el ejercicio de derechos de socio al titular del derecho real limitado constituido (usufructuario, acreedor pignoraticio –vid. Resolución de esta Dirección General de 22 de octubre de 1993–). Pero lo cierto es que, aun cuando no exista esa atribución estatutaria del ejercicio de derechos de socio, la previsión expresa de aplicación de restricciones a la constitución de derechos reales se justifica por el hecho de que del título constitutivo de los mismos puede atribuir determinados derechos sociales al titular del derecho constituido que le permitan influir en la vida corporativa de la sociedad (p. ej., es conocido que el usufructo y la prenda de participaciones puede utilizarse para instrumentar sindicatos de voto). Y aunque tales riesgos pudieran

conjurarse mediante la simple extensión de las limitaciones estatutarias –o las legales supletorias, aplicables en el presente caso– no siempre estas normas se acomodan sin dificultades al derecho real de que se trate (p.ej., la aplicación de un derecho de adquisición preferente al supuesto de constitución de una prenda en garantía de una determinada deuda específica). Por ello, no puede rechazarse la inscripción de la cláusula estatutaria que excluye la posibilidad de constitución de tales derechos reales sobre las participaciones, y concretamente el de prenda, toda vez que, al permitir al socio la transmisión plena de sus participaciones no lo convierte en «prisionero» de la sociedad y no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable ni puede considerarse que rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad (cfr. artículos 1255 y 1258 del Código Civil, 28 de la Ley de Sociedades de Capital y 188.1 del Reglamento del Registro Mercantil).

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

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

Madrid, 7 de noviembre de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.