

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7194 *Resolución de 27 de febrero de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XIII de Madrid a inscribir determinadas cláusulas de los estatutos sociales de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don J. S. M., como administrador único de la sociedad «Madas Patrimonial, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil XIII de Madrid, don Juan Sarmiento Ramos, a inscribir determinadas cláusulas de los estatutos sociales de dicha entidad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 24 de julio de 2019 por la notaria de Leganés, doña María Victoria Valiente de Rafael, con el número 1.171 de protocolo, se constituyó la sociedad «Madas Patrimonial, S.L.».

Interesan en este expediente las siguientes disposiciones de los estatutos sociales:

«Artículo 11. Transmisión forzosa.

1. Notificado a la Sociedad el inicio o apertura de un procedimiento administrativo o judicial de embargo de las participaciones sociales frente a cualquiera de los socios de la sociedad que tuviera como objeto la inmovilización de las mismas que pudiera desembocar en un procedimiento de ejecución forzosa, la Sociedad, a través del órgano de administración, podrá adquirir 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 las participaciones en autocartera, o bien adquirirlas con el fin de amortizarlas en un acuerdo de reducción de capital.

2. 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 las participaciones embargadas, quienes dispondrán de un plazo máximo de veinte 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, éstas 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.

3. 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.

4. En caso de que ni la Sociedad ni ninguno de los socios ejercitasen su derecho de adquisición preferente, se estará a lo dispuesto en los presentes Estatutos en materia de exclusión de socios. De no seguirse el procedimiento de exclusión indicado, el órgano

de administración pondrá 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».

«Artículo 19, párrafos quinto y sexto.

(...) En tanto las participaciones sociales afectadas por el embargo no sean transmitidas en los términos previstos en los presentes estatutos, conferirán a su titular el ejercicio de sus derechos económicos y políticos, a excepción del ejercicio del voto en acuerdos que tengan por objeto decisiones que requieran de una mayoría reforzada según lo establecido en la Ley y en los presentes estatutos, detrayéndose su participación del cómputo de votos a los efectos de quórum y mayorías establecidas. En cualquier caso, en caso de producirse el embargo de participaciones de cualquiera de los socios, se estará a lo dispuesto en el artículo relativo a la exclusión de socios.

El Presidente dirigirá el debate, dará la palabra por orden de petición y las votaciones se harán a mano alzada, salvo cuando la votación deba ser secreta por decisión del presidente o petición de la mayoría de los asistentes, excepto en los supuestos en que dicha votación secreta no sea legalmente posible».

«Artículo 32.

Serán causas de exclusión de la Sociedad las previstas por la Ley. Así mismo, será causa de exclusión de la Sociedad el inicio de un procedimiento administrativo o judicial que acuerde el embargo de las participaciones de cualquier socio, ya sea de forma total o parcial. No obstante, dicha exclusión deberá ser acordada por la Junta General. Iniciado el proceso de exclusión de la Sociedad, ésta procederá a amortizar las participaciones sociales del socio afectado por la exclusión, cuya valoración a efectos de su contraprestación corresponderá con el valor razonable de las participaciones afectadas, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta».

II

Presentada el día 6 de septiembre de 2019 la referida escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Nota de inscripción.

Juan Sarmiento Ramos, Registrador 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, he resuelto practicar la inscripción del documento al tomo 39671 folio 30 inscripción 1, habiendo resuelto no practicar la inscripción de los extremos que constan a continuación conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 123/351.

F. presentación: 06/09/2019.

Entrada: 1/2019/130369,0.

Sociedad: Madas Patrimonial S.L.

Hoja: M-704923.

Autorizante: Valiente de Rafael María Victoria.

Protocolo: 2019/1171 de 24/07/2019.

Fundamentos de Derecho.

1.º Si se tiene en cuenta: a) que los procedimientos judiciales (y el mismo criterio se aplica a los administrativos) se rigen por las leyes procesales correspondientes, sin que los particulares puedan establecer alteraciones no permitidas expresamente por ella (cfr. arts. 117 CE y 1 y ss. LEC), y b) que decretado y practicado el embargo, la traba queda sujeta a las determinaciones del juez que la acordó, no pudiendo ser alterada oalzada sino por decisión del órgano jurisdiccional correspondiente (cfr. artículos 1787 y 1789 Cc y 587 y 621 y ss. LEC), no podrán inscribirse las siguientes previsiones estatutarias:

a. El número 4 del artículo 11, por cuanto la exclusión del socio embargado supone provocar una sustitución del objeto de la traba acordada, que dejará de serlo la propia participación embargada y pasaría a recaer sobre el valor de dicha participación. Y, además, porque presupone que el remate de la participación debe quedar subordinado al respeto de los plazos de ejercicio del derecho de preferente adquisición previamente establecidos o a la verificación de la exclusión del socio, siendo así que, como se ha dicho, el desenvolvimiento de la ejecución no puede quedar entorpecido por tales previsiones estatutarias, las que solo podrán desarrollarse sin perjuicio del progreso del procedimiento judicial o administrativo en curso, conforme a sus normas reguladoras. Adviértase, que conforme al 109 LSC, solo se paraliza por un mes la aprobación del remate o de la adjudicación, una vez celebrada la subasta, pero no se contempla ninguna alteración procesal o suspensión, por razón de la sola traba

b. El párrafo penúltimo del artículo 19, por cuanto siendo el derecho de voto uno de los esenciales que confiere la participación social (cfr. artículo 93 LSC), nada justifica su privación so pretexto del embargo de la participación social, pues se trata de una medida cautelar o preparatoria del remate, pero que en modo alguno conducirá necesariamente a dicho remate. La participación sigue perteneciendo al deudor embargado, y el embargo en nada afecta aun a la sociedad. Bien está que en tal caso pueda establecerse estatutariamente que el ejercicio del derecho de voto corresponda al acreedor ejecutante –bajo supervisión judicial– tal como posibilitan los artículos 132 y 133 LSC; pero suprimir totalmente este derecho una vez decretado y practicado el embargo, no es sino una medida encaminada a desvalorizar el propio embargo, a reducir el contenido jurídico del bien trabado, lo que resulta incompatible con su naturaleza y finalidad, carece de toda justificación y, por consiguiente, no puede ser admitido (cfr. artículo 28 LSC, 7 Cc).

c. El artículo 32 en cuanto prevé como causa de exclusión el embargo de participaciones sociales. Ciertamente, el artículo 351 LSC permite a los socios en una sociedad de capital incluir en los estatutos causas de exclusión distintas de las previstas expresamente en la ley. Pero este principio debe moverse dentro de los márgenes que se fijan a la autonomía de la voluntad, tanto en el ámbito societario (cfr. artículo 28 LSC), como en el más amplio ámbito contractual (cfr. artículo 1255Cc), excluyéndose el abuso del derecho (cfr. artículo 7 Cc), así como la imposición de restricciones a los derechos individuales que carezcan de verdadera justificación (cfr. artículo 348 Cc). Y difícilmente puede entenderse justificada una restricción tan grave del derecho del socio, como es su exclusión de la sociedad, por el solo hecho de haber sufrido el embargo de su participación social, cuando tal embargo puede ser simplemente una medida cautelar que nada prejuzga sobre la legitimidad del [sic] pretensión del embargante, o una medida preparatoria de una ejecución que quizás no llegue a producirse (si se estiman las excepciones alegables por el embargado); y, más aún, cuando dicho embargo en nada perjudica ni compromete el desenvolvimiento de la vida de la sociedad. Si a todo ello se añade el argumento ya señalado de que dicha exclusión es una medida incompatible con la traba misma, pues, de producirse efectivamente, provocaría una modificación del objeto de la misma (al sustituir la participación por su valor en metálico), al margen del proceso y del control del órgano jurisdiccional a quien corresponde toda decisión sobre su suerte, parece evidente la imposibilidad de considerar la traba como causa de exclusión del socio.

2.º No se inscriben el apartado 3 del artículo 11 y el inciso final del artículo 32 (que señala como valor razonable el valor contable según el último balance aprobado), pues, habida cuenta de la indudable posibilidad de discrepancia entre uno y otro valor (plusvalías implícitas), se podría lesionar el derecho del socio afectado a obtener su verdadera participación en el patrimonio social, que es presupuesto de toda hipótesis en la que alguien es privado contra su voluntad de un derecho (cfr. artículos 33 CE, 52 LEF, 635 y 637 y ss. LEC, estos últimos aplicables incluso a la ejecución de participaciones sociales; y en el específico ámbito societario los 107 y 353 LSC), y que viene exigido por la necesidad de evitar enriquecimientos injustos (vid resol dgrn 4-5-2005). Las cláusulas estatutarias sobre este particular han de garantizar en todo caso la objetividad y adecuación al valor real de la participación a transmitir forzosamente.

3.º El último inciso del artículo 19, en cuanto admite votación secreta en las juntas, no puede ser inscrito. La identificación del sentido del voto de cada uno de los socios en las juntas generales tiene una gran transcendencia jurídica en multitud de supuestos, lo que impide la votación secreta. Así ocurre en los casos de acuerdos que comporten el derecho de separación del socio que no votó a favor del acuerdo (cfr. artículos 346 LSC 62 y 99 LME); en los de exclusión del socio (cfr. artículo 352.3 LSC); para el cómputo de los votos en los casos de voto plural (cfr. artículo 188ISC); en los casos de conflicto de intereses del artículo 190.3 LSC, Se impediría el juego del mecanismo de reparto de la carga de la prueba, en él previsto; en el caso del artículo 73.2 LSC, podría darse la incongruencia de que el socio votare a favor y luego exigiese la constancia en acta de su oposición para liberarse de responsabilidad; en el caso del artículo 74.2 LSC, la legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad contemplada exige el voto en contra; en el supuesto del artículo 15.1 LME, impediría el juego del mecanismo de separación automática en él previsto; lo mismo ocurriría en el supuesto del artículo 16.2 LME; impediría el mecanismo de la adhesión contemplado en el 206.4 LSC; ampliaría injustificadamente la legitimación para impugnar los acuerdos sociales, pues aunque no se diga expresamente, la doctrina de los actos propios debería justificar la exclusión de la legitimación al socio que voto a favor del acuerdo a impugnar; conclusión ésta que viene avalada en el artículo 389 LSC cuando vincula la legitimación para la impugnación del balance final de liquidación al voto en contra; etc., etc.

4.º Por lo demás, los apartados 1 y 2 del artículo 11, en cuanto establecen que es el propio embargo –y no el remate– el evento determinante de los derechos de adquisición que contemplan (lo que constituye una hipótesis diferente de la prevista en el artículo 109 LSC), y dada la eficacia erga omnes del embargo mientras no se alzado [sic], se inscriben bajo el presupuesto de que tales adquisiciones quedan supeditadas al embargo y remate subsiguiente –al igual que las que voluntariamente hubiere realizado un socio después de la traba de sus participaciones–, de modo que no excluyen la continuación de la ejecución sobre las participaciones trabadas conforme a sus normas específicas, en cuyo caso, la sociedad o los socios que hubieran adquirido tales participaciones embargadas quedarán privados de las mismas una vez alcanzado el remate en favor de tercero (sin perjuicio de la posibilidad de volver a hacer uso del derecho de retracto previsto en el artículo 109 LSC).

Haciéndose constar expresamente la no inclusión de la persona/s nombrada/s a que se refieren las inscripciones practicadas en este Registro en virtud de este documento. en el Índice Centralizado de Incapacitados ni en el Registro Público Concursal, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 bis del Reglamento del Registro Mercantil.

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

Madrid, a veinticuatro de septiembre de dos mil diecinueve. El registrador. Juan Sarmiento Ramos».

III

Solicitada calificación conforme al cuadro de sustituciones, correspondiéndole a la registradora de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón número 2, doña Marta Cavero Gómez, quien, el día 29 de octubre de 2019, resolvió en los siguientes términos:

«(...) ratificar la nota de calificación en todos sus extremos, por los fundamentos expresados en la misma que doy por reproducidos y con la siguientes consideraciones [sic]:

Respecto de los apartados “a” y “c” del fundamento primero, añadir que, si bien se podría pensar que la DGRN avaló este supuesto en su resolución de fecha 9 de mayo último, sin embargo, como la misma puso de relieve, “la calificación no puede confirmarse en cuanto, admitiendo como admite (el registrador) tanto la configuración estatutaria del previo derecho de adquisición a favor de la sociedad y los socios como la causa de exclusión del socio consistente en el inicio del procedimiento de embargo,...”. Es decir, no se pronunció sobre estos extremos porque en aquel caso no los objetó el registrador en su nota.

Igualmente respecto del fundamento segundo, la resolución de 15 de noviembre de 2016 permitió el derecho de adquisición preferente por el valor contable según el último balance como valor razonable en un caso de transmisión voluntaria basándose en la unanimidad de los socios, pero: a) ni lo admitió ella misma para la sociedad como titular del derecho de adquisición preferente, pues el criterio sería falta de imparcialidad y objetividad ya que, como expresó la mencionada resolución, “el valor contable depende del balance aprobado por la Junta General”, si bien no lo había hecho constar el registrador en la nota impugnada, b) ni tampoco el criterio vale para la transmisión forzosa en la que los acuerdos de los socios no pueden perjudicar el legítimo derecho del acreedor a obtener el valor real del bien embargado y por eso el artículo 109.3 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere claramente a “la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados”. Por otro lado, el artículo 635.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a que lo embargado son las participaciones sociales y no un valor predeterminado por los socios con posible perjuicio del acreedor».

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don J. S. M., como administrador único de la sociedad «Madas Patrimonial, S.L.», interpuso recurso el día 5 de diciembre de 2019 mediante escrito en el que alegaba los siguientes fundamentos jurídicos:

«1) Respecto a la negativa del Registrador de inscribir el número 4 del artículo 11 de los Estatutos fundacionales de la entidad mercantil “Madas Patrimonial, S.L.” es preciso indicar que la cláusula estatutaria que se contiene en dicho apartado no merece la calificación negativa de su inscripción por cuanto que:

a) Es una [sic] pacto establecido por los socios fundadores de la sociedad, que están casados en régimen de separación de bienes, sin oponerse a ninguna ley ni contradecir los principios configuradores de una sociedad limitada, como bien establece el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, y que por tanto, se fila por ambos socios en base al principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital antes indicado.

A todo ello hay que añadir que en consonancia con el citado precepto de la Ley de Sociedades de Capital, cabe igualmente la inscripción del número 4 del artículo 11 de los Estatutos objeto de este recurso, sobre la base de lo establecido por el artículo 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil que establece la posibilidad de inscripción de los pactos y condiciones, como el presente, que hayan considerado conveniente establecer los socios en los estatutos de la sociedad, siempre que, como ocurre en este supuesto,

no se opongan a ninguna ley ni a los principios configuradores de las sociedades limitadas.

b) Respecto a este número 4 del artículo 11 de los Estatutos objeto de este recurso, hay que llamar la atención a que dicho párrafo va ha sido calificado positivamente para su inscripción con el mismo tenor literal exacto, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de fecha 23 de mayo de 2019 y 9 de mayo de 2019, como se puede observar a la vista de dichas resoluciones, y en este sentido, se expone a continuación literalmente lo señalado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 23 de Mayo de 2019 sobre el extremo objeto de calificación negativa que se aborda en esta apartado, y que afecta al número 4 del artículo 11 de los Estatutos, precisamente para sustentar su inscripción registral, con el siguiente tenor:

“...Pero este régimen legal no impide que, con base en el principio de autonomía de la voluntad (cfr. artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), puedan prevenirse en los estatutos sociales sistemas alternativos como los establecidos en los estatutos objeto de la calificación impugnada, que, en caso de inicio 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–), 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.”

Por tanto, en base a las argumentaciones vertidas en el presente ordinal y sustentadas por el apoyo de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en un caso idéntico al presente y por el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital y por el artículo 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil, procede que se subsane la calificación negativa de inscripción registral del número 4 del artículo 11 de los Estatutos objeto de este recurso, debiéndose inscribir, por tanto el citado número 4 del artículo 11 de los Estatutos de la entidad mercantil “Madas Patrimonial, S.L.”.

2) Respecto a la negativa del Registrador de inscribir el párrafo penúltimo del artículo 19 de los Estatutos fundacionales de la entidad mercantil “Madas Patrimonial, S.L.” es preciso indicar que la cláusula estatutaria que se contiene en dicho párrafo no merece la calificación negativa de su inscripción en base a los siguientes extremos:

a) Es una [sic] pacto, como el antes analizado, que se establece por los socios fundadores de la sociedad, sin oponerse a ninguna ley ni contradecir los principios configuradores de una sociedad limitada, como bien establece el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, y que por tanto, se fija por ambos socios en base al principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital antes indicado.

De igual forma, como ocurre en el caso antes analizado, es preciso indicar que en consonancia con el citado precepto de la Ley de Sociedades de Capital, cabe igualmente la inscripción del párrafo penúltimo del artículo 19 de los Estatutos objeto de este recurso, sobre la base de lo establecido por el artículo 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil que establece la posibilidad de inscripción de los pactos y condiciones, como el presente, que hayan considerado conveniente establecer los socios en los estatutos de la sociedad, siempre que, como ocurre en este supuesto, no se opongan a ninguna ley ni a los principios configuradores de las sociedades limitadas.

b) Hay que tener en consideración además que el párrafo penúltimo del artículo 19 de los Estatutos objeto del presente recurso ya ha sido calificado positivamente para su inscripción con el mismo tenor literal exacto, por la Dirección General de los Registros y

del Notariado, en su Resolución de fecha 23 de Mayo de 2019, como se puede observar a la vista de la misma, en base al siguiente razonamiento:

“4. Por último, debe decidirse si es o no inscribible la cláusula estatutaria por la cual se previene que, mientras las participaciones sociales afectadas por el embargo no sean transmitidas en la forma establecida en los mismos estatutos –anteriormente expuesta–, tales participaciones no conferirán a su titular el ‘ejercicio del voto en acuerdos que tengan por objeto decisiones que requieran de una mayoría reforzada según lo establecido en la Ley y en los presentes estatutos, de trayéndose su participación del cómputo de votos a los efectos de quórum y mayorías establecidas’.

Es cierto que, como expresa la registradora en su calificación, la Ley de Sociedades de Capital no contempla expresamente esta limitación en el ejercicio del derecho de voto, a diferencia de otros supuestos que cita. Pero tal circunstancia no autoriza para concluir que con tales previsiones legales expresas se cercena el margen de autonomía de la voluntad de los socios para prevenir la suspensión del ejercicio del derecho de voto en otros supuestos en los que, según la valoración de todos aquellos al instrumentar por unanimidad la cláusula debatida, existe un interés en dicha suspensión.

Si se tiene en cuenta la flexibilidad del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada, con admisión expresa de creación de privilegios respecto del derecho de voto (cfr. artículos 96 –‘a contrario sensu’– y 188.1 de la Ley de Sociedades de Capital, con posibilidad incluso de crear participaciones sin voto –artículos 98 y siguientes de la misma ley–), debe admitirse también que los socios configuren estatutariamente dicha prohibición de ejercicio del sufragio, más allá de los supuestos de conflicto de intereses expresamente contemplados en el artículo 190 de dicha ley. No puede haber obstáculo, pues, para que en esos concretos supuestos los estatutos prevean que en la formación del acuerdo social no cuente el socio cuyas participaciones se hallan en trance de transmisión por estar afectadas por el inicio de un procedimiento de embargo, al modo que la misma Ley de Sociedades de Capital prevé expresamente para otros supuestos (cfr. la Resolución de esta Dirección General de 16 de mayo de 1989).

Por tanto, en base a las argumentaciones vertidas en este ordinal y sustentadas por el apoyo de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en un caso idéntico al presente y por el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital y por el artículo 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil, procede que se subsane la calificación negativa de inscripción registral del párrafo penúltimo del artículo 19 de los Estatutos objeto de este recurso, debiéndose inscribir, por tanto el citado párrafo penúltimo del artículo 19 de los Estatutos de la entidad mercantil ‘Madas Patrimonial, S.L.’.”.

3) Respecto a la negativa del Registrador de inscribir el artículo 32 de los Estatutos fundacionales de la entidad mercantil “Madas Patrimonial, S.L.” es preciso indicar que dicha cláusula estatutaria no merece la calificación negativa de su inscripción por los siguientes motivos:

a) Como en los casos antes expuestos, se trata de un pacto establecido por los socios fundadores de la sociedad, que no se opone a ninguna ley ni contradice los principios configuradores de una sociedad limitada, como bien establece el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, y que por tanto, se fija por ambos socios en base al principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital antes indicado.

A todo ello hay que añadir que en consonancia con el citado precepto de la Ley de Sociedades de Capital, cabe igualmente la inscripción del artículo 32 de los Estatutos objeto de este recurso, sobre la base de lo establecido por el artículo 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil que establece la posibilidad de inscripción de los pactos y condiciones, como el presente, que hayan considerado conveniente establecer los socios en los estatutos de la sociedad, siempre que, como ocurre en este supuesto,

no se opongan a ninguna ley ni a los principios configuradores de las sociedades limitadas.

Precisamente, y con arreglo y absoluto respeto a la propia Ley de Sociedades de Capital, y sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, expresado en el artículo 28 de dicho Texto Legal, es perfectamente legal la cláusula estatutaria contenida en el artículo 32 de los Estatutos fundacionales de la entidad mercantil “Madas Patrimonial, S.L.”, por cuanto que el propio artículo 351 de la Ley de Sociedades de Capital establece al respecto lo siguiente:

“Artículo 351. Causas estatutarias de exclusión de socios.

En las sociedades de capital, con el consentimiento de todos los socios, podrán incorporarse a los estatutos causas determinadas de exclusión o modificarse o suprimirse las que figurasen en ellos con anterioridad.”

b) Respecto a este artículo 32 de los Estatutos objeto igualmente de este recurso, hay que llamar la atención a que dicho precepto estatutario va ha sido calificado positivamente para su inscripción con el mismo tenor literal exacto, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de fecha 23 de mayo de 2019, como se puede observar a la vista de dicha resolución, y en este sentido, se expone a continuación literalmente lo señalado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 23 de mayo de 2019 sobre el extremo objeto de calificación negativa que se aborda en esta apartado, y que afecta al artículo 32 de los Estatutos, precisamente para sustentar su inscripción registral, con el siguiente tenor:

“...Pero este régimen legal no impide que, con base en el principio de autonomía de la voluntad (cfr. artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), puedan prevenirse en los estatutos sociales sistemas alternativos como los establecidos en los estatutos objeto de la calificación impugnada, que, en caso de inicio 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–), 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.”

Por tanto, en base a las argumentaciones vertidas en el presente ordinal y sustentadas por el apoyo de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en un caso idéntico al presente y por los artículos 28 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital y por el artículo 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil, procede que se subsane la calificación negativa de inscripción registral del artículo 32 de los Estatutos objeto de este recurso, debiéndose inscribir, por tanto el citado artículo 32 de los Estatutos de la entidad mercantil “Madas Patrimonial, S.L.”.

4) En relación a la negativa del Registrador de inscribir tanto el apartado 3 del artículo 11 de los Estatutos fundacionales de la entidad mercantil “Madas Patrimonial, S.L.” como el inciso final del artículo 32 de dichos Estatutos, al señalar como valor razonable el valor contable según el último balance aprobado en Junta, es preciso indicar que dichas cláusulas estatutarias no merecen la calificación negativa de su inscripción por los siguientes motivos:

a) Como en los anteriores supuestos, evidente los pactos estatutarios que se analizan son pactos establecidos por los socios fundadores de la sociedad, que no se oponen a ninguna ley ni contradicen los principios configuradores de una sociedad limitada, como bien establece el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, y que

por tanto, se tija por ambos socios en base al principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital antes indicado.

A todo ello hay que añadir que con arreglo al citado precepto de la Ley de Sociedades de Capital, cabe igualmente la inscripción del artículo 32 de los Estatutos objeto de este recurso, sobre la base de lo establecido por el artículo 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil que establece la posibilidad de inscripción de los pactos y condiciones, como el presente, que hayan considerado conveniente establecer los socios en los estatutos de la sociedad, siempre que, como ocurre en este supuesto, no se opongan a ninguna ley ni a los principios configuradores de las sociedades limitadas, y más en concreto, sobre la base del artículo 175.2, apartado b) del citado Reglamento del Registro Mercantil, puesto que según dicho precepto, podrán constar en las inscripciones las cláusulas estatutarias que establezcan por pacto unánime, como ocurre en el presente caso, 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 del Reglamento del Registro Mercantil.

b) Respecto tanto al apartado 3 del artículo 11 de los Estatutos objeto de este recurso como al inciso final del artículo 32 de los mismos, hay que llamar la atención a que dichos preceptos estatutarios ya han sido calificados positivamente para su inscripción con el mismo tenor literal exacto, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de fecha 23 de mayo de 2019 y 9 de Mayo de 2019, como se puede observar a la vista de dichas resoluciones, habiéndose permitido la inscripción de este articulado igualmente por la Resolución emitida por la Dirección General de Registros y del Notariado en fecha 15 de noviembre de 2016, y en este sentido, se expone a continuación literalmente lo señalado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en estas tres resoluciones de 23 de mayo de 2019, 9 de mayo de 2019 y 15 de noviembre de 2016 sobre el extremo objeto de calificación negativa que se aborda en esta apartado, y que afecta tanto al apartado 3 del artículo 11 de los Estatutos objeto de este recurso como al inciso final del artículo 32 de los mismo, en relación con considerar como valor razonable el valor contable según el último balance aprobado en Junta, sustentando la Dirección General de los Registros y del Notariado la permisibilidad de la inscripción de este tipo de clausulado de la siguiente forma:

– Resolución de la DGRN de fecha 23-05-2019:

“3. Respecto de la forma de valoración de las participaciones del socio excluido deben recordarse las consideraciones de este Centro Directivo en la citada Resolución de 9 de mayo de 2019.

En relación con el régimen de transmisión voluntaria de participaciones sociales por acto ‘*inter vivos*’, a título oneroso o gratuito, esta Dirección General, en Resolución de 15 de noviembre de 2016, admitió –en vía de principios– la inscripción de la disposición estatutaria por la que se atribuía a los socios un derecho de adquisición preferente que habría de ejercitarse por el valor razonable de las participaciones de cuya transmisión se tratara, que sería el valor contable resultante del último balance aprobado por la junta (o el precio comunicado a la sociedad por el socio comprador si fuera inferior a ese valor contable).

Según dicha Resolución, se puede afirmar que el valor razonable es el valor de mercado, sin bien, al no existir propiamente un mercado de participaciones sociales y –salvo en el caso de sociedades abiertas– tampoco de acciones, dicho valor debe determinarse por aproximación según la normativa contable. Conforme a la Primera Parte, apartado 6.2, del Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, ‘valor razonable es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua’. Y la Norma Técnica de elaboración del informe especial del auditor de cuentas

para estos casos publicada mediante Resolución de 23 de octubre de 1991, del presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, se refiere a algunos métodos de valoración dinámicos que se consideran más adecuados respecto de las acciones de una sociedad que sigue en marcha, con criterios de flexibilidad, pues según reconoce dicha Norma 'sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables'. Por ello, generalmente, el valor contable no será equivalente al valor razonable o de mercado de las participaciones sociales.

El régimen de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos 'inter vivos' únicamente queda sujeto a los límites generales derivados de las leyes y de los principios configuradores del tipo social elegido (artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital) así como a las limitaciones específicas establecidas en el artículo 108 de la misma ley.

Entre tales limitaciones legales no existe ninguna que prohíba pactar como precio o valor de las participaciones objeto del derecho de adquisición preferente el valor contable que resulte del último balance aprobado por la junta general."

– Resolución de la DGRN de fecha 09-05-2019:

"2. Respecto del régimen de transmisión voluntaria de participaciones sociales por acto 'inter vivos', a título oneroso o gratuito, esta Dirección General, en Resolución de 15 de noviembre de 2016, admitió –en vía de principios– la inscripción de la disposición estatutaria por la que se atribuía a los socios un derecho de adquisición preferente que habría de ejercitarse por el valor razonable de las participaciones de cuya transmisión se tratara, que sería el valor contable resultante del último balance aprobado por la junta (o el precio comunicado a la sociedad por el socio comprador si fuera inferior a ese valor contable).

Según dicha Resolución, se puede afirmar que el valor razonable es el valor de mercado, sin bien, al no existir propiamente un mercado de participaciones sociales y –salvo en el caso de sociedades abiertas– tampoco de acciones, dicho valor debe determinarse por aproximación, según la normativa contable. Conforme a la Primera Parte, apartado 6.2, del Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, 'valor razonable es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua'. Y la Norma Técnica de elaboración del informe especial del auditor de cuentas para estos casos publicada mediante Resolución de 23 de octubre de 1991, del presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, se refiere a algunos métodos de valoración dinámicos que se consideran más adecuados respecto de las acciones de una sociedad que sigue en marcha, con criterios de flexibilidad, pues según reconoce dicha Norma 'sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables'. Por ello, generalmente, el valor contable no será equivalente al valor razonable o de mercado de las participaciones sociales.

El régimen de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos 'inter vivos' únicamente queda sujeto a los límites generales derivados de las leyes y de los principios configuradores del tipo social elegido (artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital) así como a las limitaciones específicas establecidas en el artículo 108 de la misma Ley.

Entre tales limitaciones legales no existe ninguna que prohíba pactar como precio o valor de las participaciones objeto del derecho de adquisición preferente el valor contable que resulte del último balance aprobado por la junta general."

"Sin duda, estas consideraciones deben valorarse para determinar si es o no inscribible determinada cláusula sobre el precio o valor de las participaciones objeto del derecho de adquisición preferente. Pero, según puso de relieve esta Dirección General en la citada Resolución de 15 de noviembre de 2016, no pueden considerarse determinantes para impedir la inscripción de una cláusula estatutaria según la cual, en caso de transmisión voluntaria de participaciones sociales por acto 'inter vivos', el valor

razonable para ejercitar el derecho de adquisición preferente coincidirá con el valor contable que resulte del último balance aprobado por la junta. Este mismo Centro Directivo ha entendido que los ‘límites dentro de los cuales han de quedar encuadradas las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones cobran especial importancia respecto de la fijación del precio que los titulares del derecho de adquisición preferente en que tales restricciones se traduzcan habrán de satisfacer en caso de discrepancia sobre tal importe con el accionista afectado. En este extremo, según el criterio de esta Dirección General (cfr., por todas, la Resolución de 20 de marzo de 2001), debe admitirse la validez de la cláusula estatutaria siempre que, por asegurar al accionista la razonable posibilidad de transmitir sus acciones, no pueda entenderse que le convierta en una suerte de ‘prisionero de sus títulos’.”

– Resolución de la DGRN de fecha 15-11-2016:

“Se puede afirmar que el valor razonable es el valor de mercado, sin bien, al no existir propiamente un mercado de participaciones sociales y –salvo en el caso de sociedades abiertas– tampoco de acciones, dicho valor debe determinarse por aproximación, según la normativa contable. Conforme a la Primera Parte, apartado 6.2, del Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, ‘valor razonable es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua’. Y la Norma Técnica de elaboración del informe especial del auditor de cuentas para estos casos publicada mediante Resolución de 23 de octubre de 1991, del presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, se refiere a algunos métodos de valoración dinámicos que se consideran más adecuados respecto de las acciones de una sociedad que sigue en marcha, con criterios de flexibilidad, pues según reconoce dicha Norma ‘sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables’. Por ello, generalmente, el valor contable no será equivalente al valor razonable o de mercado de las participaciones sociales.

Ahora bien, la norma establecida en el artículo 107.2.d) de la Ley de Sociedades de Capital, dado su carácter subsidiario, sólo es aplicable a falta o por insuficiencia del régimen estatutario, y éste únicamente queda sujeto a los límites generales derivados de las leyes y de los principios configuradores del tipo social elegido (artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital) así como a las limitaciones específicas establecidas en el artículo 108 de la misma Ley.

Entre tales limitaciones legales no existe ninguna que prohíba pactar como precio o valor de las participaciones objeto del derecho de adquisición preferente el valor contable que resulte del último balance aprobado por la junta general.”

Por tanto, en base a las argumentaciones vertidas en el presente ordinal y sustentadas por el apoyo de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en las resoluciones antes expuestas ante casos idénticos al presente y por el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital y por los artículos 175.2, 175.2b) y 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, procede que se subsanen las calificaciones negativas de inscripción registral tanto del apartado 3 del artículo 11 de los Estatutos objeto de este recurso como del inciso final del artículo 32 de dichos Estatutos, debiéndose inscribir, por tanto, el apartado 3 del artículo 1.1 de los Estatutos objeto de este recurso y el inciso final del artículo 32 de dichos Estatutos de la entidad mercantil “Madas Patrimonial, S.L.”.

5) Respecto a la negativa del Registrador de inscribir el último inciso del artículo 19 de los Estatutos fundacionales de la entidad mercantil “Madas Patrimonial, S.L.” es preciso indicar que la cláusula estatutaria que se contiene en dicho párrafo no merece la calificación negativa de su inscripción en base al siguiente extremo:

a) Es un pacto, como los antes analizados, que se establece por los socios fundadores de la sociedad, sin oponerse a ninguna ley ni contradecir los principios configuradores de una sociedad limitada, como bien establece el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, y que por tanto, se fija por ambos socios en base al principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital antes indicado.

De igual forma, como ocurre en los casos antes analizados, es preciso indicar que en consonancia con el citado precepto de la Ley de Sociedades de Capital, cabe igualmente la inscripción del último inciso del artículo 19 de los Estatutos objeto de este recurso, sobre la base de lo establecido por el artículo 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil que establece la posibilidad de inscripción de los pactos y condiciones, como el presente, que hayan considerado conveniente establecer los socios en los estatutos de la sociedad, siempre que, como ocurre en este supuesto, no se opongan a ninguna ley ni a los principios configuradores de las sociedades limitadas.

Es más, un ejemplo evidente de que el pacto objeto de este análisis no contradice la legislación vigente en la materia ni los principios que configuran a las sociedades limitadas es que dicho pacto establece expresamente lo siguiente: "...excepto en los supuestos en que dicha votación secreta no sea legalmente posible." Por tanto, resulta dicho pacto totalmente respetuoso con la legislación ya que no ampara que se pueda producir una votación secreta cuando no sea legalmente posible.

En base a lo expuesto anteriormente, con el apoyo del artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil, procede que se subsane la calificación negativa de inscripción registral del inciso último del artículo 19 de los Estatutos objeto de este recurso, debiéndose inscribir, por tanto el citado inciso último del artículo 19 de los Estatutos de la entidad mercantil "Madas Patrimonial, S.L."

b) Respecto a la negativa del Registrador de inscribir los apartados 1 y 2 del artículo 11 de los Estatutos fundacionales de la entidad mercantil "Malas Patrimonial, S.L." es preciso indicar que las cláusulas estatutarias que se contienen en dichos apartados no merecen, en ningún caso, la calificación negativa de su inscripción en base a los siguientes extremos:

a) En primer lugar, es preciso indicar que se trata de pactos, como los antes analizados, que se establecen por los socios fundadores de la sociedad, sin oponerse a ninguna ley ni contradecir los principios configuradores de una sociedad limitada, como bien establece el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, y que por tanto, se fijan por ambos socios en base al principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital antes indicado.

De igual forma, como ocurre en los casos antes analizados, es preciso indicar que en consonancia con el citado precepto de la Ley de Sociedades de Capital, cabe igualmente la inscripción de los apartados 1 y 2 del artículo 11 de los Estatutos objeto de este recurso, sobre la base de lo establecido por el artículo 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil que establece la posibilidad de inscripción de los pactos y condiciones, como el presente, que hayan considerado conveniente establecer los socios en los estatutos de la sociedad, y de lo establecido por el artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, siempre que, como ocurre en este supuesto, no se opongan a ninguna ley ni a los principios configuradores de las sociedades limitadas.

b) Respecto a los apartados 1 y 2 del artículo 11 de los Estatutos objeto de este recurso, es preciso resaltar el hecho de que dichos pactos estatutarios ya han sido calificados positivamente para su inscripción con el mismo tenor literal exacto, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de fecha 23 de mayo de 2019 y 9 de mayo de 2019, como se puede observar a la vista de dichas resoluciones, y en este sentido, se expone a continuación literalmente lo señalado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en estas dos resoluciones de 23 de mayo de 2019 y 9 de mayo de 2019 sobre los extremos objeto de calificación negativa que se abordan en estos dos apartados, número 1 y 2 del artículo 11 de los Estatutos

objeto de este recurso, sustentando la Dirección General de los Registros y del Notariado la permisibilidad de la inscripción de este tipo de clausulado de la siguiente forma:

– Resolución de la DGRN de fecha 23-05-2019:

“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, esta Dirección General se ha pronunciado recientemente para una cláusula idéntica en la Resolución de 9 de mayo de 2019, según la cual 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. artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), puedan prevenirse en los estatutos sociales sistemas alternativos como los establecidos en los estatutos objeto de la calificación impugnada, que, en caso de inicio 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–), 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.”

– Resolución de la DGRN de fecha 09-05-2019:

“3. Hechas las anteriores consideraciones, 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. artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), puedan prevenirse en los estatutos sociales sistemas alternativos como los establecidos en los estatutos objeto de la calificación impugnada, que, en caso de inicio 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–), 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.”

Por tanto, en base a las argumentaciones vertidas en el presente ordinal y sustentadas por el apoyo de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado

en las resoluciones antes expuestas ante casos idénticos al presente y por el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital y por los artículos 175.2 y 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, procede que se subsanen las calificaciones negativas de inscripción registral de los apartados 1 y 2 del artículo 11 de los Estatutos objeto de este recurso, debiéndose inscribir, por tanto, los apartados 1 y 2 del artículo 11 de los Estatutos de la entidad mercantil "Mallas Patrimonial, S.L."».

V

Mediante escrito, de fecha 27 de diciembre de 2019, el registrador elevó el expediente, con su informe, a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 33 y 117 de la Constitución Española; 1 y 57 del Código de Comercio; 7, 1255, 1256, 1258, 1281 a 1289, 1291 y 1911 del Código Civil; 23.f), 28, 73.2, 74.2, 83, 93, 94, 96, 107, 108, 109, 123.2, 127, 132, 133, 148.a), 159.1, 188, 190, 206.4, 275, 346, 351, 352, 353, 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; la disposición final cuarta de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social; los artículos 123.6, 175.2.b), 186.6 y 188 del Reglamento del Registro Mercantil; 80.6 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación; 99 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social; las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1997, 27 de mayo de 2013 y 12 de noviembre de 2014; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1989, 30 de marzo, 17 de mayo y 20 de agosto de 1993, 7 de junio de 1994, 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 y 9 y 23 de mayo de 2019, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 de febrero de 2020.

1. Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se constituye una sociedad de responsabilidad limitada en cuyos estatutos sociales se dispone que, notificado a la sociedad el inicio o apertura de un procedimiento administrativo o judicial de embargo de las participaciones sociales frente a cualquiera de los socios de la sociedad que tuviera como objeto la inmovilización de las mismas que pudiera desembocar en un procedimiento de ejecución forzosa, la sociedad, a través del órgano de administración, podrá adquirir 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». Se añade también que «en tanto las participaciones sociales afectadas por el embargo no sean transmitidas en los términos previstos en los presentes estatutos, conferirán a su titular el ejercicio de sus derechos económicos y políticos, a excepción del ejercicio del voto en acuerdos que tengan por objeto decisiones que requieran de una mayoría reforzada según lo establecido en la Ley y en los presentes estatutos, detrayéndose su participación del cómputo de votos a los efectos de quorum y mayorías establecidas». También se dispone que «el Presidente dirigirá el debate, dará la palabra por orden de petición y las votaciones se harán a mano

alzada, salvo cuando la votación deba ser secreta por decisión del presidente o petición de la mayoría de los asistentes, excepto en los supuestos en que dicha votación secreta no sea legalmente posible». Y, por último, se establece que será causa de exclusión de la sociedad –que deberá ser acordada por la junta general– el inicio de un procedimiento administrativo o judicial que acuerde el embargo de las participaciones de cualquier socio, ya sea de forma total o parcial, debiendo proceder la sociedad «a amortizar las participaciones sociales del socio afectado por la exclusión, cuya valoración a efectos de su contraprestación corresponderá con el valor razonable de las participaciones afectadas, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta».

Interesa dejar constancia de que los artículos estatutarios que han quedado transcritos (salvo en lo relativo a la votación secreta en junta general) son reproducción literal de los incorporados a la escritura pública que fue objeto del recurso resuelto, en el sentido de declararlos inscribibles, por la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante la Resolución de 23 de mayo de 2019 (que, a su vez, coinciden casi en su totalidad con los que fueron examinados en la Resolución de 9 de mayo de 2019) y por esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en Resolución de 6 de febrero de 2020.

El registrador, sin hacer referencia alguna a esas Resoluciones de 9 y 23 de mayo de 2019, resuelve no practicar la inscripción de dichas disposiciones por los argumentos que expone por extenso en la calificación transcrita «supra».

Esas objeciones no pueden ser confirmadas para unas disposiciones estatutarias que son idénticas a las entonces analizadas, pues razones análogas a las que se alegan ahora no fueron desconocidas en las mencionadas Resoluciones cuya doctrina debe reiterarse ahora.

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, la Dirección General de los Registros y del Notariado en las citadas Resoluciones de 9 y 23 de mayo de 2019 afirma 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. artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), puedan prevenirse en los estatutos sociales sistemas alternativos como los establecidos en los estatutos objeto de la calificación impugnada, que, en caso de inicio 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–), 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 completa 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). 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, cuyo carácter subordinado – en cuanto deben dar cauces de actuación de los derechos sustantivos– no puede desconocerse (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 o excluido el socio cuyas participaciones están afectadas por el inicio de un procedimiento de embargo, el precio de la transmisión o la cuota de liquidación del socio excluido sustituye a las participaciones social cuyo embargo se pretendía iniciar.

3. Respecto de la forma de valoración de las participaciones del socio excluido deben recordarse las consideraciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las citadas Resoluciones de 9 y 23 de mayo de 2019.

En relación con el régimen de transmisión voluntaria de participaciones sociales por acto «inter vivos», a título oneroso o gratuito, esa Dirección General, en Resolución de 15 de noviembre de 2016, admitió –en vía de principios– la inscripción de la disposición estatutaria por la que se atribuía a los socios un derecho de adquisición preferente que habría de ejercitarse por el valor razonable de las participaciones de cuya transmisión se tratara, que sería el valor contable resultante del último balance aprobado por la junta (o el precio comunicado a la sociedad por el socio comprador si fuera inferior a ese valor contable).

Según dicha Resolución, se puede afirmar que el valor razonable es el valor de mercado, sin bien, al no existir propiamente un mercado de participaciones sociales y –salvo en el caso de sociedades abiertas– tampoco de acciones, dicho valor debe determinarse por aproximación, según la normativa contable. Conforme a la Primera Parte, apartado 6.2, del Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, «valor razonable es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua». Y la Norma Técnica de elaboración del informe especial del auditor de cuentas para estos casos publicada mediante Resolución de 23 de octubre de 1991, del presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, se refiere a algunos métodos de valoración dinámicos que se consideran más adecuados respecto de las acciones de una sociedad que sigue en marcha, con criterios de flexibilidad, pues según reconoce dicha Norma «sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables». Por ello, generalmente, el valor contable no será equivalente al valor razonable o de mercado de las participaciones sociales.

El régimen de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos «inter vivos» únicamente queda sujeto a los límites generales derivados de las leyes y de los principios configuradores del tipo social elegido (artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital) así como a las limitaciones específicas establecidas en el artículo 108 de la misma ley.

Entre tales limitaciones legales no existe ninguna que prohíba pactar como precio o valor de las participaciones objeto del derecho de adquisición preferente el valor contable que resulte del último balance aprobado por la junta general.

Es cierto que, respecto de la transmisión de acciones, el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil establece que no podrán inscribirse en tal Registro «las restricciones estatutarias que impidan al accionista obtener el valor real de las acciones». Y la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la Resolución de 4 de mayo de 2005, entendió que aunque el artículo 188 del Reglamento del Registro Mercantil en relación con las participaciones de sociedades de responsabilidad limitada no recoja una prohibición como la que se establece en el artículo 123.6, debe respetarse el «principio de responder o buscar el valor real o el “valor razonable”» y, por tanto, la doctrina de Resoluciones como las de 7 de junio de 1994 o 30 de marzo de 1999 según las cuales «el valor resultante del balance no puede equipararse al valor real, ni hoy día al valor razonable, por cuanto la contabilización en el balance está sujeto a una serie de principios, tales como la prohibición de incluir determinados elementos como puede ser el fondo de comercio no adquirido a título oneroso (cfr. artículo 39.6 del Código de comercio), o la obligación de hacerlo con otros elementos esenciales del activo por el precio de adquisición (artículo 38.1, f), y en general el de prudencia que si impide la inclusión de beneficios potenciales obliga a hacerlo con las pérdidas y riesgos que tengan tal carácter (art. 38.1, c) y que si son lógicos en cuanto a otros fines de interés público, en especial la protección de los acreedores sociales, quiebran a la hora de proteger el derecho del socio a obtener el valor de su participación en la sociedad si se fija en atención de los datos contables». En la citada Resolución de 2005, ese Centro Directivo pone de relieve que otra solución implicaría para el socio una prohibición indirecta de disponer sin las garantías establecidas en la Ley (vigente artículo 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital) o la atribución de los demás socios de la facultad de obtener un enriquecimiento injusto o sin causa, contrario a uno de los principios generales que informan nuestro ordenamiento jurídico.

Sin duda, estas consideraciones deben valorarse para determinar si es o no inscribible determinada cláusula sobre el precio o valor de las participaciones objeto del derecho de adquisición preferente. Pero, según puso de relieve la Dirección General de los Registros y del Notariado en la citada Resolución de 15 de noviembre de 2016, no pueden considerarse determinantes para impedir la inscripción de una cláusula estatutaria según la cual, en caso de transmisión voluntaria de participaciones sociales por acto «inter vivos», el valor razonable para ejercitar el derecho de adquisición preferente coincidirá con el valor contable que resulte del último balance aprobado por la junta. Ese mismo Centro Directivo ha entendido que los «límites dentro de los cuales han de quedar encuadradas las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones cobran especial importancia respecto de la fijación del precio que los titulares del derecho de adquisición preferente en que tales restricciones se traduzcan habrán de satisfacer en caso de discrepancia sobre tal importe con el accionista afectado. En este extremo, según el criterio de esta Dirección General (cfr., por todas, la Resolución de 20 de marzo de 2001), debe admitirse la validez de la cláusula estatutaria siempre que, por asegurar al accionista la razonable posibilidad de transmitir sus acciones, no pueda entenderse que le convierta en una suerte de «prisionero de sus títulos». Así, una cláusula que por el sistema de fijación de dicho precio impida, *prima facie*, al accionista obtener el valor razonable de las acciones ha de reputarse nula conforme al artículo 63.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, artículo 123.2 de la Ley de Sociedades de Capital) en tanto en cuanto haga prácticamente intransmisible la acción. Éste es el sentido que, en consideración a su rango normativo, debe darse a la norma del artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil y, por ende, no pueden proscribir los pactos que, amparados en la autonomía de la voluntad de los socios, no contradigan el mencionado precepto legal» (Resolución de 1 de diciembre de 2003).

Asimismo, en Resolución de 2 de noviembre de 2010, el mismo Centro ha admitido la inscripción de cláusulas de valoración de participaciones sociales para el caso de

transmisión voluntaria por acto «inter vivos» de las mismas aun cuando no coincida dicho valor con el valor razonable determinado por auditor de cuentas, por entender que no rebasan los límites generales de la autonomía de la voluntad (cfr. artículos 1255 y 1258 del Código Civil y 28 de Ley de Sociedades de Capital), y que su acceso al Registro Mercantil tiene claro apoyo en la norma del artículo 175.2.b) del Reglamento del Registro Mercantil, introducida por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, siempre que no perturben la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable, máxime si se tiene en cuenta que, al ser aplicadas, deben respetarse los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición de abuso del derecho –cfr. artículos 1 y 57 del Código de Comercio y 7, 1258, 1287 y 1291 del Código Civil–. Debe tenerse en cuenta también, que la elaboración de las cuentas no puede quedar a la libérrima decisión de la sociedad sino que está sujeta a estrictas normas contables e incluso penales. Por otra parte, si por las circunstancias del caso concreto, la fijación del valor de las participaciones pudiese implicar para el socio una vinculación excesiva o abusiva, o un perjuicio para terceros, quedará a salvo el eventual control judicial de este extremo, atendiendo a tales circunstancias.

Por lo demás, admitidos los privilegios respecto de los derechos económicos de las participaciones sociales, en el reparto de las ganancias sociales y en la cuota de liquidación del socio (cfr. arts. 95, 275 y 392.1 de Ley de Sociedades de Capital), deben admitirse también cláusulas como la enjuiciada en la citada Resolución de 15 de noviembre de 2016, en el marco de la autonomía privada, con los límites generales derivados de la prohibición de pactos leoninos y perjudiciales a terceros. Tales cláusulas no hacen más que delimitar el contenido económico del derecho del socio a percibir el valor de sus participaciones sociales en caso de transmisión voluntaria. Una cláusula como la entonces permitida no puede reputarse como prohibición indirecta de disponer, pues no impide «ex ante» y objetivamente obtener el valor razonable, o un valor que será más o menos próximo a aquél según las circunstancias y los resultados de la sociedad así como del hecho de que se hayan retenido o no las ganancias. Por ello, no puede afirmarse que dicha cláusula tenga objetivamente carácter expropiatorio o sea leonina para el socio transmitente. Y, aun cuando en el momento de realizar la transmisión el valor contable fuera inferior al valor razonable, tampoco puede afirmarse que comporte enriquecimiento injusto o sin causa en favor de los restantes socios o de la sociedad, en tanto que responde a lo pactado y aceptado previamente por todos los socios. Por lo demás, si el acuerdo sobre la referida disposición estatutaria ha sido adoptado por unanimidad de los socios en junta general universal, se cumple el requisito establecido en el citado artículo 175.2.b) del Reglamento del Registro Mercantil para la inscripción del «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» (...)».

Si se tienen en cuenta «mutatis mutandis» las consideraciones anteriormente expresadas sobre la admisión por la Resolución de 15 de noviembre de 2016 de la inscripción de la disposición estatutaria sobre un derecho de adquisición preferente ejercitable por el valor razonable de las participaciones, que sería el valor contable resultante del último balance aprobado por la junta, no puede confirmarse la concreta objeción que opone el registradora la forma de valoración de las participaciones del socio excluido.

4. También se cuestiona si es o no inscribible la cláusula estatutaria por la cual se previene que, mientras las participaciones sociales afectadas por el embargo no sean transmitidas en la forma establecida en los mismos estatutos –anteriormente expuesta–, tales participaciones no conferirán a su titular el «ejercicio del voto en acuerdos que tengan por objeto decisiones que requieran de una mayoría reforzada según lo establecido en la Ley y en los presentes estatutos, detrayéndose su participación del cómputo de votos a los efectos de quorum y mayorías establecidas».

Es cierto que, como expresa el registrador en su calificación, la Ley de Sociedades de Capital no contempla expresamente esta limitación en el ejercicio del derecho de

voto, a diferencia de otros supuestos que cita. Pero tal circunstancia no autoriza para concluir que con tales previsiones legales expresas se cercena el margen de autonomía de la voluntad de los socios para prevenir la suspensión del ejercicio del derecho de voto en otros supuestos en los que, según la valoración de todos aquellos al instrumentar por unanimidad la cláusula debatida, existe un interés en dicha suspensión.

Si se tiene en cuenta la flexibilidad del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada, con admisión expresa de creación de privilegios respecto del derecho de voto (cfr. artículos 96 –«a contrario sensu»– y 188.1 de la Ley de Sociedades de Capital, con posibilidad incluso de crear participaciones sin voto –artículo 98 y siguientes de la misma ley–), debe admitirse también que los socios configuren estatutariamente dicha prohibición de ejercicio del sufragio, más allá de los supuestos de conflicto de intereses expresamente contemplados en el artículo 190 de dicha Ley. No puede haber obstáculo, pues, para que en esos concretos supuestos los estatutos prevean que en la formación del acuerdo social no cuente el socio cuyas participaciones se hallan en trance de transmisión por estar afectadas por el inicio de un procedimiento de embargo, al modo que la misma Ley de Sociedades de Capital prevé expresamente para otros supuestos (cfr. la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1989). Por lo demás, no cabe acoger argumentos –como pretende el registrador en su calificación– que limitan la autonomía de la voluntad basados en la idea de que los estatutos son normas que surtirán efecto «erga omnes», también respecto de futuros socios; este argumento, que puede ser válido en ciertos aspectos relativos a la sociedad anónima cotizada, no puede admitirse en la generalidad de las sociedades de capital, y, concretamente, en el presente caso en que se aprueban los estatutos por unanimidad y no es imaginable que los futuros adquirentes de las participaciones sociales no conozcan el régimen aplicable según los estatutos que gozan de la publicidad del Registro Mercantil.

5. Por último, debe decidirse si debe o no inscribirse la cláusula estatutaria por la que, en relación con las juntas generales, se dispone que «el Presidente dirigirá el debate, dará la palabra por orden de petición y las votaciones se harán a mano alzada, salvo cuando la votación deba ser secreta por decisión del presidente o petición de la mayoría de los asistentes, excepto en los supuestos en que dicha votación secreta no sea legalmente posible».

Considera el registrador que esta disposición, en cuanto admite votación secreta en las juntas, no puede ser inscrita. Afirma que la identificación del sentido del voto de cada uno de los socios en las juntas generales tiene una gran transcendencia jurídica en multitud de supuestos (como algunos ejemplos que reseña), lo que impide la votación secreta.

Respecto de la forma de votación en las juntas generales la Ley de Sociedades de Capital no impone un sistema que deba aplicarse en todos los casos; concretamente, no establece que la votación sea siempre pública ni prohíbe la votación secreta. La forma de votación no afecta a las relaciones con terceros –a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las facultades de representación– sino al ámbito de relaciones internas entre los socios, por lo que, en vía de principios, se trata de una cuestión que se encuadra en el marco de la organización corporativa con libertad de regulación con base en la autonomía de la voluntad (cfr. artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), siempre con el presupuesto de respeto del principio de votación por mayoría. Así, el artículo 159.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece que «Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta»; según el artículo 23.f) de la misma Ley, en los estatutos se hará constar «el modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad»; y, conforme al artículo 186.6 del Reglamento del Registro Mercantil, «los estatutos deberán determinar el modo en que la Junta General deliberará y adoptará sus acuerdos».

La votación se puede realizar de distintas formas: a mano alzada, nominal, por aclamación, votación secreta por papeleta, etc. Ciertamente, la votación secreta puede

presentar algunos inconvenientes: para constatar la capacidad o legitimación para emitir el voto, determinar la legitimación de los disidentes a efectos de la impugnación de los acuerdos, identificación de quienes votan en contra y puedan así ejercitar el derecho de separación en los casos establecidos por la ley o los estatutos sociales, etc. A estos inconvenientes se refiere con detalle el registrador en su calificación, pero debe tenerse en cuenta que algunas de las dificultades referidas podrán quedar obviadas (por ejemplo, el socio que desee impugnar el acuerdo de que se trate podrá, después de la votación, optar por identificarse a tales efectos y solicitar que conste en el acta de la junta su oposición; pueden arbitrarse sistemas que hagan que el voto sea secreto respecto de los socios pero no para la mesa o el presidente de la junta; cabe prevenir sistemas basados en el uso de papeletas o sobres anónimos, códigos matemáticos, identificaciones alfanuméricas, contraseñas, distintos colores y diferentes urnas, etc.).

En cualquier caso, en la cláusula estatutaria debatida en este expediente se dejan expresamente a salvo «los supuestos en que dicha votación secreta no sea legalmente posible», por lo que los referidos inconvenientes de esta forma de votación quedan soslayados mediante esa salvedad y ésta es la razón fundamental que permite concluir en la admisibilidad de tal disposición.

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