

al acreedor que promovió dicho juicio le puedan corresponder si se consuma la ejecución, finalidad ésta que tiene su propio cauce de actuación en una simple orden judicial de retención de dichas cantidades; c) respecto del tercero de los pedimentos de la demanda cuestionada, debe señalarse que resulta contradictorio pedir la «nulidad de la sentencia de remate dictada en juicio ejecutivo con las consecuencias restitutorias del artículo 1.295 del Código Civil», y, al propio tiempo, pedir que el acreedor que promueve ese juicio «restituya al ejecutado y ahora demandante todo lo que obtenga en virtud de dicha sentencia», pues si se solicita que como consecuencia de la nulidad de la sentencia de remate, todas las actuaciones de apremio queden sin efecto, devolviéndose al ejecutado los bienes que le fueron realizados y restituyéndose por el actor al rematante el precio de remate que hubiere recibido en pago de su crédito, no tiene sentido pedir también que el ejecutante entregue al ejecutado todo lo que, de mantenerse la eficacia de la sentencia, hubiere percibido en la ejecución (sea el precio de remate, sea el propio bien ejecutado que adquiera como mejor postor o por adjudicación en pago de su crédito); se trata de peticiones que sólo pueden formularse de forma alternativa o subsidiaria, pero no cumulativamente, lo cual, en conjunción con la exigencia de determinación del derecho o pretensión de la que se intenta su reflejo tabular (confróntense artículos 9 y 72 de la Ley Hipotecaria), impone el rechazo de la anotación pretendida en cuanto a este tercer pedimento; todo ello sin perjuicio de señalar que la posibilidad de anulación de las actuaciones procesales en los supuestos legalmente contemplados (confróntense artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ha de determinar, en la hipótesis en que tales actuaciones hayan conducido o puedan conducir a una mutación jurídico-real inscribible —como es el caso del juicio ejecutivo en que se embarga y rematan bienes inmuebles—, a la anotabilidad de la demanda por la que en procedimiento específico se insiste la nulidad de aquellas actuaciones (confróntese artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria), siempre que aparezcan debidamente satisfechas las exigencias inherentes al principio de tracto sucesivo (confróntense artículos 24 de la Constitución española y 20 de la Ley Hipotecaria), y sin que pueda el Registrador denegar esa anotación so pretexto de la falta de fundamento legal de la pretensión de nulidad, pues, tal decisión, en cuanto constituye un ejercicio de la potestad jurisdiccional, está reservada en exclusiva a los Jueces y Tribunales (confróntense artículos 117 de la Constitución española, y 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 100 del Reglamento Hipotecario).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto en los términos de los anteriores considerandos y confirmar el auto apelado.

Madrid, 20 de mayo de 1999.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

13689 *RESOLUCIÓN de 21 de mayo de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Francesc Adam Arniges, en nombre de «Cosmética Barcelonesa, Sociedad Limitada», contra la negativa del Registrador mercantil de Barcelona número VI, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, a inscribir una escritura de modificación de Estatutos.*

En el recurso gubernativo interpuesto por don Francesc Adam Arniges, en nombre de «Cosmética Barcelonesa, Sociedad Limitada», contra la negativa del Registrador mercantil de Barcelona número VI, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, a inscribir una escritura de modificación de Estatutos.

Hechos

I

El 21 de marzo de 1996, ante el Notario de Barcelona don José Bauza Corchs, «Cosmética Barcelonesa, Sociedad Limitada», otorgó escritura pública de modificación y adaptación de Estatutos, conforme a lo aprobado por unanimidad de los socios asistentes en la Junta general de socios de la compañía, celebrada el 8 de febrero de 1996. En los Estatutos sociales modificados se establece: «Artículo 5.º El capital social será de 39.200.000 pesetas, dividido en 1.568 participaciones sociales, de 25.000 pesetas nominales, numeradas desde el número 1 al 1.568, ambos inclusive, acumulables e indivisibles, que no podrán incorporarse a títulos negociables, ni denominarse acciones. Todas las participaciones serán iguales, excepto las cuatro primeras, números 1 al 4, que además de los mismos derechos que las demás gozarán, cada una de ellas, de un dividendo extraordinario

del 2,5 por 100 de los beneficios repartibles entre los socios antes de la participación de beneficios del Administrador fundacional, que se satisfarán independientemente del dividendo ordinario y dentro de los sesenta días siguientes a la aprobación por la Junta general de las cuentas anuales, mientras pertenezcan a la persona a quien se adjudican en primer lugar o a sus hijos, convirtiéndose, en todo caso, en el momento del cese del Administrador fundacional en ordinarias».

II

Presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el documento que antecede, según el asiento 2.456 del diario 662, se deniega su inscripción, por observarse los siguientes defectos: 1.º Debe constar la transcripción literal de la convocatoria (artículo 46 de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada). 2.º Artículo 5.º Al establecerse un dividendo extraordinario para determinadas participaciones, no puede introducirse en los Estatutos dicha modificación sin el consentimiento de los socios afectados (artículo 71.1, párrafo segundo, de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Barcelona, 3 de junio de 1996. El Registrador. Firma ilegible».

III

Don Francesc Adam Arniges, en representación de «Cosmética Barcelonesa, Sociedad Limitada», interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que la redacción del artículo 5.º de los Estatutos fue aprobada en la Junta por unanimidad de los socios asistentes, aunque no asistió a la misma un socio titular de la nuda propiedad de 9 participaciones sociales de las 1.568 en que está dividido el capital social, y no consta la voluntad de dicho socio. 2. Que hay que preguntarse si es necesario el consentimiento expreso del socio no asistente para la validez e inscripción del acuerdo. Que la duda únicamente puede surgir de la interpretación del artículo 71.1, segundo párrafo, de la Ley 2/1995, de 23 de marzo. Que, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que los Estatutos, desde la fundación de la compañía, reconocían una participación del Administrador a los beneficios del 20 por 100, que ha sido reducido al 10 por 100 en los nuevos Estatutos, paralelamente a la creación del dividendo privilegiado que lo es por el mismo 10 por 100. Que en nada se ha variado el beneficio estatutariamente repartible entre los socios y así lo entendió y reconoció la Junta. 3. Que a partir de estas premisas surgen dos grandes temas: A) ¿Qué son derechos individuales de los socios a efectos del artículo 71.1, segundo párrafo? No existe definición legal; los individuales son los derechos que tienen algunos socios especialmente y se contraponen a los «generales» (artículo 148 de la Ley de Sociedades Anónimas, que aparece orgánicamente en el contexto de la Ley citada junto con el artículo 145, refiriéndose a los mismos supuestos que el artículo 71.1, segundo párrafo, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Que en cualquier caso, la interpretación debe ser restrictiva, ya que, en caso contrario, se provocaría el bloqueo de la sociedad en numerosos casos. B) ¿Cómo se toman los acuerdos si afectan a esos derechos? Los artículos 30.3, 74.1, 79.2, 81.4, 98.2 y 119.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se refieren a distintos supuestos y en todos ellos la Ley exige el consentimiento de todos los socios. No así el artículo 71.1, segundo párrafo, que omite el «todos», y también el artículo 85. Que cabe interpretar que los socios afectados deben tomar el acuerdo como ocurre en las sociedades anónimas; se trataría de un acuerdo social y se regiría por el artículo 53.2.a). Que es difícil entender qué derechos individuales son los que afectan por igual a todos los socios y, además, que para modificarlos sea preciso el consentimiento expreso de todos los socios, cuando la Ley no precisa y sólo lo hace para seis casos concretos.

IV

El Registrador mercantil decidió desestimar el recurso y mantener la calificación recurrida, e informó: Que el artículo 5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada rompe la anterior igualdad entre las participaciones que establecía la Ley de 1953 y permite las desigualdades, al establecer que «las participaciones atribuirán a los socios los mismos derechos, con las excepciones expresamente establecidas en la presente Ley». Que en este caso, hay que referirse al derecho al dividendo y la modificación del mismo, el cual viene definido en el artículo 48.2.a) de la Ley de Sociedades Anónimas. Que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se refiere al derecho al dividendo en los artículos 36.1 y 85. Que el derecho al dividendo es un derecho patrimonial de evidente contenido económico y que se configura como un derecho individual del socio, básico en relación con la propia naturaleza del concepto de sociedad,

que viene definido en el artículo 1.665 del Código Civil. Que esta misma finalidad de repartir las ganancias entre los socios, que establece el anterior precepto, es aludida también en el artículo 116 del Código de Comercio, cuando establece que la obligación de aportar es para «obtener lucro». Que el artículo 85 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada permite que se modifique en los Estatutos la distribución de dividendo proporcional a la participación en el capital social. Si la modificación o alteración de la proporcionalidad se produce en la constitución misma de la sociedad, es evidente que al concurrir el consentimiento de todos los socios constituyentes no se plantean debates en torno a los consentimientos necesarios. Cuando la modificación del derecho individual del socio al dividendo en proporción a su participación social se produce con posterioridad a la constitución de la sociedad, se está ante una modificación de Estatutos que debería ser acordada por la Junta con arreglo al artículo 71.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ya que afecta a un derecho individual del socio, como es el derecho al dividendo, y cualquier modificación estatutaria que afecte a los derechos del socio necesitaría, para ser eficaz, el consentimiento individual de cada uno de los socios afectados. Que se considera que éste es el sentido en que debe ser interpretado el artículo 71.1.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Que en el supuesto que se debate, la modificación estatutaria del derecho al dividendo requiere acuerdo de la Junta general, y este acuerdo deberá ser unánime entre los asistentes, aunque bastará que represente más de la mitad de los posibles votos sociales, siendo necesario, según el precepto antes citado, el consentimiento expreso de todos los socios afectados o interesados, del resto de los socios no asistentes a la Junta, ya que todos son afectados en su derecho individual al dividendo, configurándose de este modo el artículo 71 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada como un claro límite al poder de la mayoría. Que, por último, el derecho al dividendo está determinado en su cuantía por la participación en beneficios, como formas de retribución de los Administradores. Que con arreglo al artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, esa participación no podrá ser superior al 10 por 100 de los beneficios repartibles. Que las modificaciones de situaciones anteriores para adecuarlas a los límites imperativos del citado artículo 66 afecta también indirectamente a la cuantía del derecho al dividendo, por lo que el contenido económico de este derecho vendrá determinado por el citado artículo y no por dichas situaciones anteriores.

V

El recurrente se alzó contra la anterior decisión, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la interpretación del Registrador es extraordinariamente amplia, lo que llevaría al bloqueo sistemático de las sociedades limitadas, ya que la mayoría de las modificaciones de Estatutos pueden afectar a los derechos individuales de los socios, entendidos en el sentido que lo hace, produciéndose una derogación interpretativa del artículo 53 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo. Que el Registrador ha convertido un caso especial en norma general, cuando la Ley antes citada, contrariamente, establece el caso general en el artículo 53 y el particular en el 71.1, segundo párrafo. Que se considera que el derecho al dividendo no existe, sino que únicamente existe el «derecho a los dividendos acordados por la sociedad», como lo describe el artículo 36.1. Que lo que existe es un derecho a cobrar los dividendos acordados, y es un derecho general de los socios y no individual, que no se ha afectado en absoluto en la modificación del artículo 5.º de los Estatutos.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 5, 25.2, 30.3, 53.2.a), 71.1, 74.1, 79.2, 81.4, 85, 95, 96, 98.2 y 119.2 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 145 y 148 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 68, 159 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre; 184 y 195 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1786/1996, y la Resolución de 1 de marzo de 1999.

1. En el presente recurso se cuestiona si la modificación de Estatutos, consistente en el establecimiento de un dividendo extraordinario para determinadas participaciones sociales, requiere —según el artículo 71.1, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada— el consentimiento de todos los socios, al ser todos afectados en su derecho individual al dividendo, como entiende el Registrador, o es suficiente —conforme al artículo 53.2.a) de dicha Ley— el acuerdo social adoptado con el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social, como sostiene el recurrente.

2. Entre las ideas rectoras de la Ley de Responsabilidad Limitada destaca la de una intensa tutela del socio y de la minoría, que se traduce, entre otras manifestaciones, en el establecimiento de algunas normas lega-

les que introducen límites al poder mayoritario de la Junta general en caso de modificaciones estatutarias (véase el apartado III de la exposición de motivos de la Ley). Las medidas tuitivas que tales normas previenen, según diferentes supuestos, son: La exigencia de acuerdo de todos los socios (confróntense los artículos 30.3, 74.1, 79.2, 81.4, 96, 98.2 y 119.2); la necesidad de consentimiento individual del socio afectado o interesado (confróntense los artículos 25.2 y 71.1, párrafo segundo), y el derecho de separación (véanse los artículos 95 y 96).

En este caso se debate acerca del alcance de la norma del artículo 71.1, párrafo segundo, relativa a la modificación estatutaria que afecte a los «derechos individuales» de los socios, expresión que, a juicio del recurrente, ha de ser interpretada como referente a los eventuales derechos especiales que, por disposición estatutaria, singularicen la posición jurídica de ciertos socios, conforme a lo permitido por el artículo 5 de la Ley (confróntese, además, el artículo 184 del Reglamento del Registro Mercantil). Es cierto que aquel precepto legal tiene su origen en el trámite parlamentario de dictamen de la Comisión de Justicia e Interior en el Congreso de los Diputados, en el que se acogió la ruptura del principio de igualdad de derechos correspondientes a las participaciones por la admisión de las excepciones referidas en el artículo 5, y ello pudiera revelar que en la «mens legislatoris» la expresión «derechos individuales» se emplea en el sentido de derechos especiales o privilegiados (y que son los que en el seno de las sociedades anónimas están protegidos, mediante la distinción entre clases o categorías de acciones, por la exigencia de votación separada —confróntese el artículo 148 de la Ley de Sociedades Anónimas—). Pero, si se tiene en cuenta que la norma no distingue, han de incluirse en aquel concepto todos los derechos esenciales que configuran la posición jurídica de socio y que no pueden ser suprimidos o modificados por acuerdo mayoritario de la Junta, si no concurre el consentimiento de su titular, de modo que la protección legal ahora debatida está justificada por el perjuicio que la alteración estatutaria produzca sobre aquéllos. Tales derechos no son únicamente los atribuidos por disposición estatutaria, o la medida o proporción en ésta fijada, sino también los reconocidos «ex lege» con carácter inderogable a cualquier socio, de suerte que el consentimiento individual ahora cuestionado será exigible no sólo cuando se trate de una modificación estatutaria que afecte al contenido de derechos de participaciones privilegiadas preexistentes o que pretendan alterarlo mediante la creación de nuevas participaciones privilegiadas que afecten a los privilegios de las anteriores, sino, igualmente, cuando no exista previa desigualdad entre las posiciones jurídicas de los socios y la modificación estatutaria implique la introducción de diferencias en el contenido de derechos.

Entre esos derechos esenciales, que podrán ser afectados por el acuerdo de modificación estatutaria, se halla, sin duda, el derecho al dividendo acordado (confróntense los artículos 5 y 85 de la Ley), por lo que la creación de privilegios respecto del mismo no podrá llevarse a cabo sin el consentimiento de todos los socios afectados que, según ha quedado expuesto, se traduce necesariamente en el de todos los socios. A esta conclusión no puede objetarse que prive de contenido al principio mayoritario en la modificación de Estatutos (pues aquella no implica que cualquier alteración indirecta de la posición jurídica de los socios requiera el consentimiento individual de los mismos —por ejemplo, no será necesario éste para cambiar el régimen de retribución de los Administradores de gratuito a retribuido, por más que tal modificación comporte una reducción del beneficio distribuible—), ya que dicha regla es legalmente atemperada en supuestos en que el acuerdo social afecta a la posición jurídica individual de los socios, trascendiendo a la mera modificación estatutaria para incidir sustancialmente en el propio aspecto contractual (confróntense los artículos 1.256, 1.665 y 1.691 del Código Civil).

3. Por último, respecto de los escritos aportados por el recurrente a este centro directivo con posterioridad a la interposición del recurso, mediante los cuales solicita que se ordene la inscripción debatida, por haber sido aprobado el reparto del dividendo privilegiado por unanimidad de todos los titulares de las participaciones en que se divide el capital social, debe tenerse en cuenta que, aparte la omisión de los procedimientos establecidos en el artículo 195 del Reglamento del Registro Mercantil —vigente en el momento de presentación de tales escritos complementarios— para hacer constar el consentimiento de los socios afectados por la modificación estatutaria, el recurso gubernativo se circunscribe a las cuestiones relacionadas directa e inmediatamente con la calificación registral y, al tenerse en cuenta únicamente los documentos auténticos presentados dentro del plazo reglamentario de calificación (confróntese el artículo 68 del Reglamento del Registro Mercantil), no constituye dicho expediente el cauce adecuado para subsanar los defectos expresados en la calificación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando la decisión y la nota del Registrador.

Madrid, 21 de mayo de 1999.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Sr. Registrador Mercantil de Barcelona número VI.