

16604 RESOLUCION de 7 de junio de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Fernando Rico Cots, en nombre de la compañía mercantil «Sobre Express Tompla, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador mercantil número II de Madrid a inscribir una escritura de transformación de una sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Fernando Rico Cots, en nombre de la compañía mercantil «Sobre Express Tompla, Sociedad Limitada», contra la negativa del Registrador mercantil número II de Madrid a inscribir una escritura de transformación de una sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

El día 14 de agosto de 1992, ante el Notario de Torrejón de Ardoz don José María Piñar Gutiérrez, se elevaron a público los acuerdos adoptados en la Junta general universal de «Sobre Express Tompla, Sociedad Anónima», celebrada el día 26 de junio de 1992, por los que se transformaba la sociedad en limitada, aprobándose los nuevos Estatutos. En el artículo 7.2 de dichos Estatutos se establece: «El socio que desee transmitir su participación o participaciones, total o parcialmente, por actos intervivos, deberá comunicarlo por escrito dirigido al órgano de administración, quien lo notificará a los restantes socios, en el plazo de quince días. Los socios podrán optar a la compra de la participación o participaciones ofrecidas, conforme a las reglas siguientes ... 2.º El valor de la participación será determinado por el cedente, y en caso de discrepancia, será fijado por tres peritos, de acuerdo con el Balance de la sociedad, nombrados uno por cada parte y un tercero de común acuerdo, o si éste no se lograse, por el Juez ...».

II

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica. Defectos: Artículo 7.2. La fijación del valor de la participación según balance vulnera el artículo 123.6 RRM. Al no excluirse la adopción de acuerdos fuera de Junta deberán constar todas las circunstancias exigidas por el artículo 174.9.2 RRM. Debe constar el período de tiempo por el que el administrador ejercerá el cargo (artículo 13 LSRL). En el plazo de dos meses a contar de esta fecha se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 13 de noviembre de 1992. El Registrador.»

III

Don Fernando Rico Cots, en representación de la compañía mercantil «Sobre Express Tompla, Sociedad Limitada» interpuso recurso de reforma contra el primero de los defectos de la anterior calificación, y alegó: Que la anónima mutante tenía un pacto estatutario que limitaba la libre transmisibilidad de las acciones mediante la concesión a los restantes accionistas de un derecho de preferencia. Este pacto se respeta íntegramente por la transformación, como es lógico, con referencia a las participaciones sociales. Que el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por remisión del artículo 174.11 del mismo Reglamento, choca con el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil y además el artículo 1.112 del mismo Código reitera la validez de los pactos que limitan la facultad de transmitir con sujeción a las leyes. Es indudable que el término «leyes» es utilizado en su acepción formal, y no resulta extensivo a los Reglamentos. Esta norma habilitante no puede encontrarse en el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que coincide esencialmente con lo dispuesto en el artículo 63 para las sociedades anónimas. Para la ley el bien jurídicamente protegido es de orden público; así se deduce de la Resolución de 2 de diciembre de 1991. El Reglamento, en cambio, en la interpretación del Registro, introduciría una finalidad de derecho privado: Obtener la equivalencia de las prestaciones. Por tanto, no basta con cumplir el requisito de la transmisibilidad impuesto por la ley, sino se establecen además garantías de que el precio de la trans-

misión será el valor real de la acción. Que la prohibición reglamentaria se extiende a aquellas cláusulas «que impidan al accionista obtener el valor real de las acciones». El valor real de una acción es, desde luego, algo distinto de su participación alicuota en el neto patrimonial de la compañía, de su rentabilidad y de su precio de mercado. Depende de factores endosocietarios, de factores coyunturales y hasta del propio azar. Los administradores de la compañía son las únicas personas con autoridad para enjuiciar la totalidad de las circunstancias susceptibles de influir en la valoración de la misma. En la economía de mercado las cosas valen lo que se pueda obtener por ellas. Es posible que la norma reglamentaria haya utilizado la expresión «valor real» como sinónimo de «precio de mercado». Este sólo puede establecerse para los títulos que coticen en un mercado público. Únicamente en el supuesto de venta de acciones en ejecución judicial o administrativa existen derechos de terceros, que deben ser respetados. La Resolución de 22 de febrero de 1989 considera que sería un entorpecimiento del tráfico jurídico el obligar a los acreedores a averiguar, en todo caso, las restricciones de la facultad de disponer que afectan a los bienes del deudor. Pero para estos supuestos el artículo 64.2 de la Ley de Sociedades Anónimas remite al valor que determine el auditor de cuentas de la sociedad o, en su caso, el auditor que, a solicitud de cualquier interesado, nombre el Registrador mercantil del domicilio social. Por esta razón, la Resolución de 2 de diciembre de 1991, refiriéndose exclusivamente a los remates por vía de apremio, rechaza la fijación unilateral del precio de retracto por las consideraciones que en la misma se especifican. Que la distinción entre sociedades de capital y personalistas es de naturaleza técnica y se refiere al ámbito de las responsabilidades. La sociedad es un simple instrumento para alcanzar unos fines, pero funciona de forma distinta según las personas que lo manejen; por esta razón, es legítimo que los socios garanticen su intimidad asociativa mediante la creación de situaciones jurídicas libremente aceptadas que resulten protegidas por el ordenamiento jurídico; y es legítimo que pacten una penalización económica para quienes decidan romper el pacto asociativo, siempre que sea razonable y no suponga la prohibición absoluta de dejar de ser socios. Hasta la fecha, la intimidad asociativa venía doblemente protegida: Por el propio pacto estatutario y por la opacidad de la gestión. En la actualidad esta intimidad no existe debido a la obligación de depositar las cuentas en el Registro Mercantil. Que si las leyes deben interpretarse de acuerdo con «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» parece indiscutible la incorrección de toda interpretación restrictiva de los pactos de sindicación. Que lo que se ha expuesto con carácter general queda aún más patente en el caso concreto de la sociedad objeto del recurso.

IV

El Registrador mercantil número 2 de Madrid acordó mantener la calificación efectuada, en cuanto al primer defecto, único recurrido, desestimando el recurso de reforma, e informó: Que en virtud de los artículos 69, 123 y 174 del Reglamento del Registro Mercantil y en la resolución de 15 de noviembre de 1991, considera: 1.º Que como cuestión previa debe establecerse que el recurso está interpuesto fuera de plazo, conforme a lo establecido en el artículo 69 antes citado. No obstante, y dado que la escritura podría volver a presentarse extendiéndose nueva nota, por economía de procedimiento, no se tiene inconveniente alguno en admitir el recurso e informar sobre el fondo; 2.º Que según la cláusula denegada, los peritos habrán de fijar cuál será el valor de la participación según el balance de la sociedad, sin que puedan tener en cuenta ninguna otra circunstancia no reflejada en dicho balance; 3.º Que el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil, a pesar de hablar de acciones, es indudablemente aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada, por expresa remisión del artículo 174.11 del mismo Reglamento. La cuestión, por tanto, consiste únicamente en determinar si el valor según balance es el valor real pues si no lo es el precepto primeramente citado impide la inscripción de la cláusula, y ello no vulnera el principio de autonomía de la voluntad, pues dicho principio rige en tanto no existan disposiciones que lo limiten. La expresión del artículo 1.112 del Código Civil debe entenderse en este sentido referida al ordenamiento jurídico en su conjunto; 4.º Que se considera que el valor según balance no es el valor real, o al menos en muchas ocasiones no lo será, pues la valoración de una sociedad, y consecuentemente de las participaciones que integran su capital, viene determinada por muchos otros factores no plasmados en el balance. Desde luego no compete a este Registrador determinar cuál es el valor real, pues precisamente para eso existen expertos, a los que aluden frecuentemente las propias normas mercantiles (artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas, 327 del Reglamento del Registro Mercantil, etc.); 5.º Que el problema ya ha sido resuelto por la Dirección General de Registros y Notariado en varias Resoluciones, entre las que cabe citar la de 15 de noviembre de 1991.

V

El recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que en la resolución de 15 de noviembre de 1991 se contempla un supuesto distinto al de este recurso. Dicha resolución interpreta correctamente el artículo 1.449 del Código Civil, de que el señalamiento del precio nunca puede quedar al arbitrio de una de las partes; y, desde luego, no es arbitrario el neto patrimonial de una compañía estimado según balance. La aleatoriedad de la concordancia del balance con la realidad del mercado no es distinta de la aleatoriedad que rige toda la contratación bursátil, con una diferencia a favor del pacto estatutario, que se establece como salvaguardia de un interés legítimo, la intimidad asociativa. Es un pacto legítimo con causa análoga a la del contrato de seguro, ya que trata de prevenir un riesgo: La intromisión de extraños. Que es cierto que los artículos 147, 149 y 225 de la Ley de Sociedades Anónimas y 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada imponen otras condiciones para el justiprecio de acciones, pero contemplan supuestos radicalmente diversos. En estos casos es la propia sociedad y no el socio oferente quien trata de alterar el primitivo pacto estatutario. Que como dice la Resolución que se comenta, los principios solemnemente proclamados en la ley de contabilidad tropiezan con la fiscalidad de las plusvalías, lo que provoca que las actualizaciones de balances resulten muchas veces de imposible realización. Por tanto, es cierto que se desconfía de la objetividad económica del balance, pero es un «aleas» que puede ser perfectamente aceptado por quienes deciden constituirse en sociedad de responsabilidad limitada. No sobrepasa los límites del artículo 112 del Código Civil, pues no contraviene ninguna ley ni obliga a los otorgantes permanecer en sociedad. El elemento aleatorio no desaparece encargando a un tercero la determinación del justiprecio, pues habrá tantos precios distintos como peritos, tasadores o auditores emitan un dictamen.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 123.6 y 174.11 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de 27 de abril y 6 de junio de 1990, 15 de noviembre de 1991 y 20 de agosto de 1993.

1. En el presente recurso se cuestiona si es o no inscribible la cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada según la cual, para el supuesto de que se ejercite el derecho preferente de compra que se atribuye a los socios y a la sociedad, en caso de que alguno de aquéllos pretenda transmitir sus participaciones sociales, el valor de éstas, en caso de discrepancia, será fijado por tres peritos, de acuerdo con el balance de la sociedad.

2. El derecho de la sociedad y de los socios a impedir el ingreso de nuevos miembros no deseados no puede ser reconocido en detrimento del no menos legítimo derecho del socio a obtener el valor real de las participaciones sociales que pretende enajenar, por lo que, según la doctrina de esta Dirección General (cfr. las Resoluciones citadas en los Vistos), no son inscribibles las cláusulas estatutarias que para el ejercicio del derecho de adquisición preferente fijen como precio el mero valor contable sin tener en cuenta también la indudable relevancia económica de los elementos inmateriales como la clientela y las expectativas, y en general, el denominado fondo de comercio, así como la actualización de los valores de algunas partidas,

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

Madrid, 7 de junio de 1994.—El Director general, Julio Burdiel Hernández.

Sr. Registrador mercantil de Madrid.

16605 RESOLUCION de 10 de junio de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don José Luis Martínez Gil, contra la negativa del Registrador mercantil número IX de Madrid, a inscribir una escritura de ampliación de capital de una sociedad anónima.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don José Luis Martínez Gil, contra la negativa del Registrador mercantil número IX de Madrid a inscribir una escritura de ampliación de capital de una sociedad anónima.

Hechos

I

El día 26 de febrero de 1993, ante el Notario de Madrid don José Luis Martínez Gil, se elevaron a público los acuerdos adoptados en la Junta general extraordinaria y universal de accionistas de la sociedad «Eurodister, Sociedad Anónima», celebrada el día 22 de febrero de 1993, que constan transcritos en la certificación de dicha sociedad incorporada a dicha escritura, dándose en ella por íntegramente reproducidos. Los acuerdos primero y segundo dicen literalmente lo siguiente: «Primero.—Ampliar el capital social de la sociedad mediante la aportación no dineraria de la sociedad «Adister, Sociedad Anónima», de su rama de actividad de «almacenamiento y distribución», que constituye una unidad económica autónoma, y cuyos elementos activos y pasivos constan en el informe pericial realizado por el experto independiente don Julio Alberto del Real Alcalá, con fecha 12 de febrero de 1993, que queda unido a la presente certificación. La ampliación de capital se hace por el importe de 33.000.000 de pesetas, mediante la emisión de 33.000 acciones nominativas, de 1.000 pesetas de valor nominal cada una, numeradas correlativamente del 10.001 al 43.000, ambos inclusive, con los mismos derechos políticos y económicos que las actualmente en circulación. Todos los socios, de común acuerdo, renuncian expresamente a su derecho de suscripción preferente, y consienten que todas las acciones representativas de la referida ampliación de capital sean suscritas por la sociedad «Sadister, Sociedad Anónima», que, en contraprestación, aportará a «Eurodister, Sociedad Anónima», su rama de actividad de «almacenamiento y distribución», que constituye una unidad económica autónoma, comprensiva de todos los elementos activos y pasivos que constan en el mencionado informe pericial. Segundo.—Como consecuencia de la referida ampliación de capital, modificar el artículo 5.º de los Estatutos por los que se rige la sociedad, el cual, en lo sucesivo, tendrá la siguiente redacción: «El capital social es de 43.000.000 de pesetas, dividido en 43.000 acciones ordinarias nominativas, de una sola serie y clase, representadas por medio de títulos de 1.000 pesetas de valor nominal cada una de ellas, numeradas correlativamente del 1 al 43.000, ambos inclusive. Las acciones están totalmente suscritas y desembolsadas.»

II

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica. Defectos: Por considerar que el negocio jurídico tal y como se instrumenta en el documento precedente, constituye una figura distinta de una pura aportación no dineraria, transmitiéndose elementos patrimoniales, activos y pasivos, a título universal, que más se asemeja a una segregación patrimonial que debe regularse, en lo aplicable por las normas de la escisión parcial, en garantía de accionistas, acreedores y trabajadores de las empresas afectadas (artículo 10 y 252 y siguientes de la LSA). En el plazo de dos meses, a contar de esta fecha, se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 21 de mayo de 1993. El Registrador. Firmado José A. Calvo González Lara.»

III

El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: Que de la nota resulta que cuando se aporta a una sociedad una empresa o una rama de actividad, con sus elementos activos y pasivos, ello no puede realizarse a través de una aportación no dineraria sino que «constituye una figura distinta» que «debe regularse por las normas de la escisión parcial» porque, de otro modo, se elude la Ley (artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas) y no hay garantía para «accionistas, acreedores y trabajadores de las empresas afectadas». Que en tan pocas líneas el redactor de la nota demuestra: 1) Que desconoce lo que es una aportación social y, desde luego, lo que es una aportación de empresa o rama de actividad de una empresa. Parece que desde que se inventó la escisión ya no caben aportaciones ni cesiones de empresa; 2) Que desconoce lo que es una escisión y su carácter sustancialmente distinto de una aportación social; 3) Que desconoce la razón de los requisitos exigidos por una escisión, que no son aplicables en una aportación social; 4) Que desconoce lo que es un «título universal» y ha olvidado el tema de las cesiones de créditos y asunciones de deuda, y 5) Que desconoce la Ley de 16 de diciembre de 1991, de Adecuación de determinados conceptos impositivos a la Directivas y Reglamentos de las