

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15582 *Resolución de 4 de diciembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles I de Barcelona a inscribir la escritura de elevación a público de acuerdos sociales de modificación de estatutos de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don P. N. C., en nombre y representación de la sociedad «Sistem Car, S.L.», contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles I de Barcelona, doña María de los Dolores Fernández Ibáñez, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de modificación de estatutos de dicha entidad, relativa al régimen de transmisión de participaciones sociales.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por la notaria de Sant Joan Despí, doña María del Sagrario Álvarez Jiménez, el día 10 de julio de 2017, bajo el número 1.101 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos de la junta general de la sociedad «Sistem Car, S.L.», celebrada el 27 de junio de 2017, por los que se modificó, entre otros, el artículo 9 de los estatutos sociales que quedó con la siguiente redacción: «9.1.–La transmisión de participaciones sociales se regirá por lo dispuesto en los artículos 106 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. En consecuencia, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos entre socios, así como la realizada a favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, así como las transmisiones mortis causa. 9.2.–Cuando uno o varios socios titulares, individual o conjuntamente, de igual o más del 65% del capital social, estén dispuestos a aceptar una oferta de compra de todas las participaciones sociales de las que sea titular, y dicha oferta estuviese condicionada a la compra de un número de participaciones superior al número de participaciones ostentadas por tales socios, éstos estarán facultados para requerir y obligar al resto de los socios a que igualmente transmitan al tercero interesado, a prorrata de su respectiva participación social, las participaciones sociales de su titularidad que sean necesarias para cubrir la oferta del tercero, siempre que el precio ofrecido fuera el mayor valor de los tres siguientes: (...) Ejercitado el derecho de arrastre, los restantes socios vendrán obligados a la venta de sus participaciones al tercero, en los términos indicados. A efectos de que los restantes socios puedan cumplir con la obligación de venta, recibida la oferta de un tercero el socio mayoritario deberá comunicar por escrito dicha circunstancia a los restantes socios, indicando los términos y condiciones de la oferta recibida, y en particular, la identidad del tercero interesado, el precio total de la transmisión, precio por la participación y demás condiciones de la operación de venta, así como el plazo y lugar para la ejecución y formalización de la misma. 9.3.–El Derecho de Adquisición Preferente de los socios previsto en el artículo 9.1 prevalecerá sobre el Derecho de Arrastre previsto en el apartado anterior».

II

Presentada el día 13 de julio de 2017 en el Registro Mercantil de Barcelona copia autorizada de dicha escritura, fue objeto de calificación negativa en los términos que, en lo relativo al único defecto impugnado, se transcribe a continuación: «El Registrador que

suscribe, previo el consiguiente examen y calificación del documento, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, he resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 1267/2172 Fecha de la presentación: 13/07/2017 telemáticamente, aportada copia en papel el 18/07/2017 Entrada: 37098397 Sociedad: Sistem Car, S.L. Documento calificado: escritura otorgada el 10/07/2017 ante el Notario de Sant Joan Despí doña María del Sagrario Álvarez Jiménez, número 1.101 de protocolo. Fecha de la calificación: 26/07/2017 Fundamentos de Derecho (defectos): (...) 3.–Artículo 9.º.–a) (...) b) (...) c) Además, establecer en los Estatutos Sociales un derecho de arrastre («drag along»), precisa el acuerdo unánime de todos los socios, por cuanto puede implicar una exclusión de los socios que se ven obligados al cumplimiento del mismo y exige el consentimiento individual de los afectados. (Artículos 291 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital) Los defectos consignados tienen carácter subsanable. En relación con la presente calificación: (...) Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 18.8 del Código de Comercio y 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro. El Registrador».

III

Contra la anterior calificación, únicamente respecto del defecto antes transcrito, don P. N. C., en nombre y representación de la sociedad «Sistem Car, S.L.», interpuso recurso el día 4 de septiembre de 2017 mediante escrito con las siguientes alegaciones: «Primera.–(...) Segunda.–De la supuesta necesidad de unanimidad de los socios respecto de la inclusión de una cláusula de arrastre en los estatutos sociales. Como ya hemos adelantado, con sustento en lo dispuesto en los artículos 291 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital, sostiene el Registrador Mercantil en su Calificación Negativa que establecer en los Estatutos Sociales un derecho de arrastre precisa el acuerdo unánime de todos los socios. Como por todos es sabido, la Cláusula de Arrastre es un verdadero mecanismo contractual que permite prevenir «ex ante» el riesgo de extorsión de ciertos socios, sean o no minoritarios, que con su conducta oportunista pueden hacer inviables transmisiones de empresas eficientes (generadoras de valor a favor de terceros con capacidad de obtener mejores resultados del patrimonio empresarial), permitiendo de ese modo que se acometan las inversiones necesarias para llevar a buen puerto el proyecto empresarial. Es por ello por lo que la Doctrina Científica suela examinar la Cláusula de Arrastre como mecanismo de tutela del socio mayoritario para prevenir los abusos del minoritario (el denominado «abuso del minoritario»), mediante conductas obstruccionistas que puedan comprometer el buen fin de operaciones eficientes de transmisión de participaciones de control. La Cláusula de Arrastre o también denominada «Drag Along» no está expresamente regulada en nuestro Ordenamiento Jurídico, sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil y tras un período de dudas sobre su posible inclusión en los Estatutos, actualmente se viene admitiendo su inclusión, tanto en pactos de socios, como en los Estatutos de la sociedad. A este respecto, el artículo 188.3 RRM establece lo siguiente: «Serán inscribibles en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurren circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos». Para que se tengan por claras y precisas las circunstancias para ejercer el «Drag Along», deberán contemplarse, como mínimo, los elementos que a continuación se detallan: i.–Forma y plazos de ejercicio del derecho. ii.–Precio mínimo para la transmisión de las participaciones sociales. iii.–Porcentaje mínimo del capital social que debe tener el socio que ejerce el derecho. iv.–Relación de prioridad entre este derecho y el derecho de adquisición preferente de los socios. Cumplidos tales condicionantes, la cláusula puede figurar, tanto en los Estatutos fundacionales, como en un momento posterior, sin que sea exigible el consentimiento de todos y cada uno de los socios, sino que es viable su incorporación por decisión de la mayoría de tales socios, esto es, la mayoría reforzada

necesaria para la modificación estatutaria, prevista en el artículo 199.a) de la Ley de Sociedades de Capital. En efecto, se viene admitiendo en el ámbito societario, de forma pacífica, tanto por la Doctrina Científica, como por la propia Dirección General de los Registros y Notariado, que la Cláusula de Arrastre pueda figurar en Estatutos Sociales, al amparo del Principio de Autonomía de la Voluntad Estatutaria ex artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital. Así, tras constatarse la inscribibilidad pacífica de la Cláusula de Arrastre en nuestros registros mercantiles, se ha advertido el fenómeno de huida hacia lo societario respecto de lo parasocial, debido precisamente a la diversa eficacia en uno y otro supuesto. En este sentido, la Doctrina reconoce cierta eficacia real «erga omnes» de la cláusula estatutaria inscrita frente a la exclusiva eficacia obligacional e interna de lo parasocial (vid. artículo 21.1 del Código de Comercio). De aquí se deriva que, durante la fase en que está latente, el adquirente o subadquirente de participaciones sociales que contiene en Estatutos Sociales una cláusula de este tipo quedará sujeto a su futuro cumplimiento, aunque tal previsión no figure entre los fundadores y no la hubiere consentido en su momento. Obviamente, ello viene a corroborar la ausencia de necesidad de su aceptación por parte de la totalidad de los socios, siendo suficiente la aprobación de su inclusión por parte de la mayoría reforzada, pues, como acabamos de ver, tal cláusula puede ser impuesta a socios inversores, adquirentes o subadquirentes de participaciones sociales que no la hayan aceptado inicialmente. Si la Cláusula de Cierre puede ser impuesta a los sucesivos adquirentes de las participaciones sociales, no existe motivo alguno para exigir «ab initio» el consentimiento de la totalidad de los socios para su inclusión en los Estatutos Sociales. Frente a lo sostenido por el Registrador Mercantil, no existe óbice legal alguno que proscriba la inclusión de la Cláusula de Arrastre en Estatutos Sociales por mayoría reforzada. Al contrario, los preceptos mencionados por el Registrador Mercantil en la resolución de Calificación Negativa, esto es, los artículos 291 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital, exigen el consentimiento de todos los socios en los siguientes supuestos: i.—Cuando la modificación de los estatutos implique nuevas obligaciones para los socios. ii.—Cuando la modificación consista en la incorporación en los Estatutos Sociales de determinadas cláusulas de exclusión de los socios. Pues bien, la cláusula de arrastre que ahora nos ocupa: i.—No comporta limitación alguna de los derechos de los socios, toda vez que en la misma se prevé expresamente que si los socios no tienen intención de adherirse a la venta al tercero pueden ejercitar su Derecho de Adquisición Preferente. El artículo 9.º.3 de los Estatutos Sociales es de una claridad meridiana a este respecto: «9.3.—El Derecho de Adquisición Preferente de los socios previsto en el artículo 9.1 prevalecerá sobre el Derecho de Arrastre previsto en el apartado anterior». ii.—No implica nuevas obligaciones para los socios, ni en el sentido previsto en el artículo 291 de la Ley de Sociedades de Capital, ni en ningún otro sentido, pues los socios siempre tienen la posibilidad de ejercer su Derecho de Adquisición Preferente. Como mucho y en el peor de los casos, podría hablarse de un mero condicionamiento de la transmisibilidad de las participaciones sociales. De ahí precisamente que existan voces entre nuestra Doctrina Científica, que vienen entendiendo que nos hallamos ante una modalidad de cláusula limitativa de la transmisibilidad de las participaciones sociales en el sentido que los afectados o sujetos a la misma soportan una prohibición de disponer sus participaciones sociales sin respetar lo en ella pactado. Pero en ningún caso y bajo ningún concepto puede aquí hablarse de obligación nueva impuesta a los socios. ii [sic].—No se trata de una cláusula de exclusión de los socios. Al contrario. Ni tampoco de una obligación impuesta a los socios. Y no sólo por la prioridad del Derecho de Adquisición Preferente sobre la Cláusula de Arrastre prevista en los Estatutos Sociales, sino porque en realidad nos hallamos ante el Derecho de los Socios de participar en la venta propuesta por el socio «estipulante» o proponente de la venta conjunta. iii.—La cláusula de arrastre, a diferencia de otras cláusulas, prevé derechos formalmente iguales para todos los socios, y por tanto, no deroga el Principio de Igualdad o paridad de las participaciones sociales. Al contrario, a diferencia de otras figuras jurídicas que pueden conducir a la exclusión de los socios, la cláusula mantiene en comunidad el destino social, esto es, si los socios desinvierten con motivo de la venta, lo hacen todos juntos, obteniendo todos,

en proporción, la misma contraprestación, potencialmente idónea para maximizar el valor de las participaciones sociales. Como es de ver, no se excluye a ningún socio en detrimento del resto. iv.–La cláusula de arrastre incorporada a los Estatutos Sociales, como cualquier cláusula estatutaria, puede ser modificada por la mayoría legal y estatutariamente requerida, esto es, la mayoría reforzada prevista en el artículo 199.a) de la Ley de Sociedades de Capital. No existe previsión legal alguna que establezca expresamente la necesidad que la modificación estatutaria consistente en la introducción de una cláusula de arrastre sea acordada por unanimidad de todos los socios [Un clásico de la Doctrina Mercantilista italiana interviniente en el Seminario de Salerno, de fecha 7 de octubre de 2011, con ocasión de la monografía de «Buonocuore» «Le situazioni soggettive dell' azionista», Napoli, señalando expresamente que: «Todas las reglas establecidas en los Estatutos pueden ser modificadas por mayoría, incluida la modificación por introducción de una Cláusula de Drag Along, sobretudoo a la luz de las reformas del Derecho Societario.»]. v.–De hecho, cuando el legislador ha querido que la introducción de una cláusula en los Estatutos Sociales venga respaldada por el consentimiento de todos los socios, así lo ha establecido expresamente. A modo de ejemplo, cabe traer a colación lo dispuesto en el artículo 207 del Reglamento del Registro Mercantil».

IV

Mediante escrito, de fecha 8 de septiembre de 2017, la registradora Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1255 del Código Civil; 28, 107, 108.1, 110 124, 199, 291, 292, 346.2 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital; 175, 188 y 207.2 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1992 y 16 de febrero de 2007, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1999, 30 de julio de 2015 y 20 de mayo de 2016.

1. Mediante el presente recurso se pretende la inscripción de una cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada en la que, después de disponer que la transmisión de participaciones sociales se regirá por lo dispuesto en los artículos 106 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, se añade lo siguiente: «Cuando uno o varios socios titulares, individual o conjuntamente, de igual o más del 65% del capital social, estén dispuestos a aceptar una oferta de compra de todas las participaciones sociales de las que sea titular, y dicha oferta estuviese condicionada a la compra de un número de participaciones superior al número de participaciones ostentadas por tales socios, éstos estarán facultados para requerir y obligar al resto de los socios a que igualmente transmitan al tercero interesado, a prorrata de su respectiva participación social, las participaciones sociales de su titularidad que sean necesarias para cubrir la oferta del tercero, siempre que el precio ofrecido fura el mayor valor de los tres siguientes: (...) Ejercitado el derecho de arrastre, los restantes socios vendrán obligados a la venta de sus participaciones al tercero, en los términos indicados (...)».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, es necesario «el acuerdo unánime de todos los socios, por cuanto puede implicar una exclusión de los socios que se ven obligados al cumplimiento del mismo y exige el consentimiento individual de los afectados. (Artículos 291 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital)».

2. En nuestro ordenamiento societario el carácter esencialmente cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada se manifiesta, entre otros aspectos, en el régimen de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos «inter vivos». Dicha transmisión es restringida, excepto la realizada entre socios o en casos de adquisición por el cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, que, en defecto de cláusula estatutaria en contrario,

constituyen supuestos de transmisión libre. Salvo estos casos excepcionales, la transmisión estará sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos (que no podrán hacer prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos). Para el caso de imprevisión estatutaria, y frente al sistema de tanteo o derecho de adquisición preferente legal prevenido en el artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, en la Ley vigente se establece un régimen supletorio caracterizado por la sujeción de tales transmisiones al consentimiento de la sociedad mediante acuerdo de la junta general (vid. artículos 107 y 108.1 de la Ley de Sociedades de Capital). No obstante, este sistema, precisamente por su carácter de régimen supletorio, deja margen a la autonomía de la voluntad de los propios socios para disciplinar otras alternativas en la limitación de la transmisión de las participaciones siempre que aseguren al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o la posibilidad de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones».

Entre las modificaciones convencionales admitidas se encuentra la consistente en cláusulas estatutarias por las que un socio que pretenda transmitir sus participaciones a un tercero obligue a los demás socios a transmitir también las suyas a ese tercero en las mismas condiciones o en las que los propios socios hubieren previamente acordado. Con este tipo de disposiciones estatutarias, denominadas de arrastre, o «drag along», se pretende facilitar la adquisición por un tercero de una cantidad significativa de participaciones frente a posibles conductas obstruccionistas de socios minoritarios. Su licitud es indudable habida cuenta de la posibilidad de pactos estatutarios que impongan la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurren circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos (artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil).

Por otra parte, cuando tales cláusulas se introducen en los estatutos mediante acuerdo de la junta general de socios, debe tenerse en cuenta que, como expresó este Centro Directivo en su Resolución de 21 de mayo de 1999, «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 legales 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)». Cita a continuación una serie de medidas tuitivas, establecidas en preceptos de la Ley 2/1995, y trasladadas a la Ley de Sociedades de Capital, que se centran, en unos casos, en la exigencia del acuerdo de todos los socios, en otros, en la necesidad del consentimiento individual del socio afectado, y finalmente, en otros, en la posibilidad de separación del socio disconforme. Esta idea tuitiva respecto del socio que subyace en toda la Ley de Sociedades de Capital, debe servir para, en caso de duda, llegar a una interpretación correcta de los preceptos legales.

La modificación del régimen de transmisión de las participaciones es un acto que, en el sistema legal, corresponde al ejercicio de la voluntad soberana de la junta general para establecer las normas reguladoras de la sociedad. Y, al margen de las dudas que pueden suscitarse en algunos supuestos sobre la posible existencia de derechos individuales de los socios cuyo respeto exija el consentimiento de los afectados (vid. artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital, aunque cabe recordar que según la jurisprudencia el derecho de adquisición preferente reconocido a los socios no tiene el carácter de derecho individual a tales efectos –cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1992 y 16 de febrero de 2007–), la principal tutela de los socios ante la modificación estatutaria del régimen de transmisión de las participaciones es el derecho de separación de los socios que no hubieran votado en favor del acuerdo modificadorio (artículo 346.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

En el presente caso, la «cláusula de arrastre» –próxima a la «cláusula di trascinamento» como se la conoce en Derecho italiano o en la denominación inglesa de «drag-along»– tanto se considere que es un supuesto de imposición de obligaciones a los socios a que

se refiere el artículo 291 de la Ley de Sociedades de Capital, como una causa estatutaria de exclusión del socio (artículo 351 de la misma ley), exige en su configuración estatutaria el consentimiento unánime de los socios, sin que pueda suplirse, dicho consentimiento unánime, atribuyendo un derecho de separación al socio que no hubiere votado a favor, por no ser una mera cláusula de restricción de transmisión de participaciones sociales (cfr. artículo 346.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Ello no significa que el consentimiento de todos los socios deba ser necesariamente expresado en forma de acuerdo adoptado por unanimidad en la junta general en la que hayan estado presentes o representados todos los socios. Es suficiente el acuerdo mayoritario de la junta siempre que a tal acuerdo presten su consentimiento individual todos los demás socios, en la misma junta o en un momento posterior (así resulta del artículo 207.2 del Reglamento del Registro Mercantil, que para la inscripción de la introducción en los estatutos sociales de una nueva causa de exclusión exige que «conste en escritura pública el consentimiento de todos los socios o resulte de modo expreso dicho consentimiento del acta del acuerdo social pertinente, la cual deberá estar firmada por aquéllos»).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 4 de diciembre de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.