

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3060 *Resolución de 7 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por JGBR Abogados y Asesores Tributarios, SL Profesional, contra la negativa del registrador mercantil VIII de Barcelona a inscribir determinada disposición de los estatutos sociales de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don P. G. F., en nombre y representación de la sociedad «JGBR Abogados y Asesores Tributarios, S.L. Profesional», contra la negativa del registrador Mercantil VIII de Barcelona, don Nicolás Nogales Colmenarejo, a inscribir determinada disposición de los estatutos sociales de dicha entidad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 28 de julio de 2011 por el notario de Barcelona don Juan Rubies Mallol, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la Junta General de la sociedad «JGBR Abogados y Asesores Tributarios, S.L. Profesional» celebrada el día 20 de julio de 2011, por los que se modifica el artículo 17 de los estatutos sociales relativo al régimen de separación voluntaria de socios.

Según la nueva redacción de los estatutos sociales, el mencionado artículo 17 establece lo siguiente:

«Artículo 17. *Separación voluntaria.*

Los socios podrán separarse de la sociedad en cualquier momento. El ejercicio de este derecho deberá realizarse en todo caso dentro de los términos de la buena fe y materialmente, mediante comunicación dirigida al Órgano de Administración social que, en caso de Consejo de Administración, se entenderá al Presidente o Secretario del mismo. Este preaviso deberá ser realizado con un plazo no inferior a dos meses, período durante el cual, el socio peticionario deberá continuar cumpliendo con sus obligaciones sociales y profesionales en el seno de la sociedad, salvo dispensa del Órgano de Administración. En los supuestos contemplados en el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital, el socio podrá separarse inmediatamente sin necesidad de respetar los plazos aquí establecidos.

En dicho supuesto, la sociedad procederá a la adquisición para su amortización vía reducción de capital o bien para su colocación entre los restantes socios profesionales o nuevos socios profesionales, debiendo abonar al contado, al socio separado, el valor teórico contable de sus participaciones sociales, salvo acuerdo mayoritario el Consejo de Administración autorizando otro mayor».

II

El 14 de septiembre de 2011 se presentó copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, posteriormente aportada el 13 de octubre, y fue inscrita parcialmente mediante la calificación que a continuación se transcribe: «Hechos... el Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento, de conformidad con los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio –con la conformidad de los cotitulares–, ha acordado practicar la inscripción parcial del documento, con las excepciones siguientes: Suspendida la inscripción del

inciso final del primer párrafo del artículo 17º de los estatutos sociales que va desde «Este preaviso deberá ser....» *in fine*, al observarse el defecto subsanable siguiente: Los términos en los que se regula el derecho de separación de los socios profesionales –en las sociedades constituidas por tiempo indefinido– en el artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales, no permiten condicionar su ejercicio estableciendo un plazo de preaviso, por cuanto que la ley configura el derecho de separación de los socios profesionales como un derecho libremente ejercitable por éste en cualquier tiempo, siendo eficaz, desde el momento en que se notifique a la Sociedad. El ejercicio del derecho de separación debe por supuesto acomodarse a las exigencias de la buena fe, tanto por imperativo del propio artículo 13 como por imperativo de los principios generales del derecho (artículo 7 del Código Civil) pero los términos claros y rotundos de la norma no permiten matizar los tiempos de ejercicio del derecho estableciendo en los estatutos un plazo de preaviso –como ocurre en el presente caso–, ya que la ley quiere que el ejercicio del derecho de separación sea eficaz desde que se notifique a la sociedad y por tanto desde ese momento el socio que lo haya ejercitado puede desvincularse de la sociedad y ése es el momento que hay que tomar en consideración para calcular la cuota de liquidación que le corresponda.

Como contrapartida al carácter esencialmente intransmisible de la condición del socio profesional –salvo consentimiento unánime de todos los socios profesionales– que proclama el artículo 12 de la Ley, el artículo 13 concede a dicho socio en las sociedades constituidas por tiempo indefinido, un derecho de separación *ad nutum*, que es eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad y sin que sea posible que los estatutos puedan introducir correcciones en este punto tales como prohibir su ejercicio durante un cierto tiempo o establecer un plazo de preaviso, sin desvirtuar su configuración legal (artículos 13 de la Ley de Sociedades Profesionales y 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). La anterior nota de calificación podrá ser objeto de recurso... Barcelona, a 20 de octubre de 2011.–El Registrador [firma ilegible y sello con el nombre y apellidos: D. Nicolás Nogales Colmenarejo]».

III

Mediante escrito de 4 de noviembre de 2011, presentado en el referido Registro Mercantil el día 14 del mismo mes, don P. G. F., en nombre y representación de la sociedad «JGBR Abogados y Asesores Tributarios, S.L. Profesional», interpuso recurso contra la calificación, en el que alega lo siguiente:

«1.º Conforme al artículo 3 del Código Civil, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, dentro del contexto, antecedentes históricos y legislativos y realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

El artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales establece que “el ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad”. Al respecto, es esencial conocer el significado preciso del término “eficaz” y, así, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, eficaz significa aquello que tiene eficacia, siendo definida esta como la «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera».

El término «eficaz», interpretado en su sentido propio significa capaz de producir el efecto o efectos que persiguen, esto es, válido o suficiente para surtir efectos (que no que los surta per se). En este sentido, lo «eficaz» (esto es lo válido no sometido a condicionamientos para su aceptación) debe radicalmente diferenciarse de la «consumación», en tanto que esta última supone la realidad o materialización de aquello que siendo eficaz, aun no había sido ejecutado:

El primer error en la calificación, dicho sea con el debido respeto, resulta de la interpretación que el registrador Mercantil da al término «eficaz» incluido en el tenor del artículo 13 de la expresada Ley de Sociedades Profesionales.

Consecuencia directa del presente fundamento, es que el tenor del artículo estatuido en nada contradice la norma legal ya que, ejercitado el derecho de separación, llegado el caso, de conformidad con las exigencias de la buena fe (como dicta tanto el precepto legal como el estatuido) esta separación es en todo caso eficaz (válida para surtir el efecto pretendido) si bien, la efectividad o ejecución material de la misma se somete a un preaviso de dos meses, periodo durante el cual el socio sigue sujeto a sus obligaciones como tal. En ningún momento se pone en duda o se contrapone o condiciona la eficacia de la separación pretendida (que la tiene desde el momento que se presenta) sino que, como resulta de lo expuesto anteriormente, su consumación es trasladada al plazo indicado sin que, evidentemente y reitero, pueda interpretarse fin distinto del que resulta del texto estatuido.

En este sentido y por tanto, no resulta incompatible el tenor del precepto debatido con el legalmente establecido.

2.º Cita el registrador, en su nota de calificación, determinados preceptos del Código Civil. Sin embargo, es necesario traer a colación otros preceptos que, si cabe, resultan de interés. Así, según el artículo 1705 del Código Civil (relativo a la disolución de sociedad), que «para que la renuncia surta efecto debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno». En consecuencia, el establecimiento del plazo de preaviso casa con este precepto evitando situaciones abruptas que, en todo caso, serían per se contrarias a la buena fe. En el supuesto contemplado en el artículo 1705 traído a colación, se regula una suerte de derecho potestativo cancelatorio concedido a todos los socios, a fin de que puedan poner fin a su vínculo societario, estando sometida su eficacia a la condición de que haya sido puesta en conocimiento de los restantes socios (sin que se precise de su consentimiento o aceptación) y solamente limitado por el principio de la buena fe y de la oportunidad y es que, precisamente, como tiene señalada nuestra jurisprudencia, la exigencia de la «tempestividad» de la denuncia, se incardina en el requisito de la buena fe: Sentencia Tribunal Supremo 13/03/1992 así como de 15/03/1989. Respecto del tiempo oportuno que cita el precepto, conviene recordar que el propio Código Civil (artículo 1706) tiene declarado que «se reputa en tiempo inoportuno la renuncia, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso continuará la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes». Igualmente, el artículo 1737 del Código Civil establece (en relación con el mandato) que el mandatario, aun cuando renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta. El precepto traído a colación no deja de, nuevamente, dar eficacia al acto de renuncia (en este caso del mandatario) pero, como resulta lógico, sometida a la obligación de mantener (dicho mandatario) la gestión dando plazo al mandante para realizar las actuaciones precisas que eviten los perjuicios derivados, precisamente, de una renuncia abrupta que, a la postre, puede suponer, efectivamente, un alejamiento evidente del ámbito de la buena fe expresamente obligada por la norma tanto especial como general. No pueden obviarse los problemas que el criterio mantenido por el registrador Mercantil en su nota de calificación pueden dar lugar en el funcionamiento de la sociedad profesional, pues los límites que se imponen al derecho de separación son muy imprecisos y, precisamente, con la finalidad de evitar los perversos efectos que puede generar una regulación tan imprecisa es por lo que, en base a los preceptos del Código Civil citados, se ha considerado esencial establecer un plazo, razonable (en el caso a debate dos meses), sin que, por ello y como se expone en el primero de los fundamentos de derecho expuestos, se contradiga en nada la «eficacia» del ejercicio del derecho de separación, ponderando y objetivando su aplicación.

3.º El plazo o preaviso de dos meses es prudente y, en todo caso, dentro del plazo que establece el artículo 4.5 de la Ley de Sociedades Profesionales para regularizar situaciones de incumplimiento de condiciones (de tres meses en la redacción original del precepto y de seis meses en la redacción actual vigente) y es que, no puede olvidarse que pese a que se haya cursado la notificación de ejercicio del derecho de separación, ello conlleva una serie de actuaciones en orden a su materialización mediante el oportuno

negocio jurídico, incluyendo el cálculo de la cuota de liquidación que le pudiera corresponder al socio profesional.

La interpretación estricta que el registrador aplica supone una asimetría temporal entre la comunicación (que a su juicio no sólo es eficaz sino también efectiva) y la materialización o ejecución jurídica de la separación mediante el negocio jurídico de que se trate, incluyendo el pago (previo cálculo) de la cuota de liquidación que le pudiera corresponder al socio ejerciente de tal derecho de separación.

Una interpretación acorde con la realidad societaria y mercantil, impone objetivar el proceso de separación y, sin obviar (como no se obvia en el precepto estatuido a debate) la eficacia de la comunicación del ejercicio del derecho de separación, someter su ejecución o consumación a un plazo que pueda entenderse razonable y, en cualquier caso, suficiente como para, en su caso, dar margen a los órganos sociales para mantener las oportunas reuniones, con respeto a los plazos para su convocatoria.

Así, comunicada la decisión de separación, la obvia (por la relevancia que tienen los socios en el tipo societario de las Limitadas) necesidad de reunir al Órgano de Administración (colegiado) y posteriormente a la Junta, hace necesario respetar unos plazos que, en los actuales estatutos están fijados en 72 horas (tres días) para el órgano de administración (en este caso Consejo de Administración) y un mínimo de quince días para la Junta General de Socios. En consecuencia, la sociedad precisa de prácticamente unos veinte días para poder adoptar las decisiones oportunas en orden a dar solución a la salida del capital social de un socio. El estatuido plazo de dos meses, en este aspecto, concede cierta flexibilidad a la compañía. Sin perjuicio de lo anterior, insistiendo en la viabilidad del plazo de dos meses establecido en los Estatutos Sociales, debe recordarse igualmente la relevancia que para la Sociedad tienen los socios profesionales unidos, no sólo por especiales vínculos propios de las sociedades de capital basado en una relación *intuitu personae* (como es el caso) sino por la obligación (legal y estatutaria) de prestar sus servicios a la compañía dentro del ámbito de acción de las prestaciones accesorias que por obligación les corresponde.

4.º No puede olvidarse que, dentro de los tipos permitidos por la legislación vigente, el recurrente ha optado por el régimen de las sociedades de responsabilidad limitada, régimen más flexible y en el que cobra preponderancia la autonomía de la voluntad. Como la propia exposición de motivos de la Ley 2/1995 señalaba, en la forma legal de la sociedad de responsabilidad limitada deben convivir en armonía elementos personalistas y elementos capitalistas y, sin desatender esa concepción, uno de los postulados que rige la norma es el de la flexibilidad del régimen jurídico, a fin de que, como indica la expresada exposición de motivos, la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias. Este extremo ha sido reiterado por la actual Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto-ley 1/2010, de 2 de julio), en donde expresamente se cita la «flexibilidad de la normativa». Es evidente que el principio de autonomía de la voluntad no puede ir contra la norma de derecho imperativo pero no menos cierto es que, al amparo del tipo social (en el caso de responsabilidad limitada) y a su vez de la configuración de las sociedades profesionales, el carácter cerrado y la relevancia de las condiciones personales de los socios cobra tal preeminencia que, el precepto a debate, sólo puede someterse a una interpretación flexible que permita, como es el caso planteado, separar la eficacia de la notificación de separación de la efectividad de la misma, dando así margen temporal para que la propia sociedad y sus socios, adopten las medidas oportunas, correctoras de la situación provocada por la separación de un socio que, como la propia norma indica, está sujeto a prestaciones accesorias tan relevantes que, en sí, son precisas para el cumplimiento del objeto social».

IV

Mediante escritos de 2 de diciembre de 2011, el registrador Mercantil VIII de Barcelona, don Nicolás Nogales Colmenarejo, elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo, en el que tuvo entrada el día 13 del mismo mes.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 28, 108, 346 y 347 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio; 12, 13.1 y 17.2 de la Ley de Sociedades Profesionales; 1 y 57 del Código de Comercio y 7, 1255, 1258, 1287, 1291 y 1705 del Código Civil; y las Resoluciones de esta Dirección General de 25 de septiembre de 2003 y 2 de noviembre de 2010.

1. Con la modificación estatutaria que se formaliza mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se dispone que el ejercicio del derecho de separación voluntaria por los socios en una sociedad de responsabilidad limitada profesional deberá realizarse mediante un preaviso en un plazo no inferior a dos meses, salvo que concurra una de las causas legales de separación conforme al artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital.

El registrador suspende la inscripción de dicha disposición estatutaria porque, a su juicio, «Los términos en los que se regula el derecho de separación de los socios profesionales –en las sociedades constituidas por tiempo indefinido– en el artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales, no permiten condicionar su ejercicio estableciendo un plazo de preaviso, por cuanto que la ley configura el derecho de separación de los socios profesionales como un derecho libremente ejercitable por éste en cualquier tiempo, siendo eficaz, desde el momento en que se notifique a la Sociedad».

2. La amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: La posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (vid. apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios sino que se permiten otras estatutarias (cfr. artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc.–. Pero también se admite la introducción convencional del derecho de separación como compensación por la eventual prohibición estatutaria de la transmisibilidad de las participaciones sociales (en los limitados términos permitidos por el artículo 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital) o por las dificultades que para la realización del valor patrimonial de las participaciones se derivan de las necesarias limitaciones a que está sujeta la transmisibilidad de la posición del socio y de la inexistencia de un mercado de participaciones. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones».

Cuando la sociedad de responsabilidad limitada es el tipo elegido para constituir una sociedad profesional se hace necesario el reconocimiento legal de un derecho de separación aun más extenso en favor de los socios profesionales. En efecto, el hecho de que las participaciones correspondientes a los socios profesionales lleven necesariamente aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social (artículo 17.2 de la Ley de Sociedades Profesionales), así como la intransmisibilidad de tales participaciones sin que medie el consentimiento de todos los socios –o de la mayoría de ellos fijada en el contrato social– (artículo 12 de la misma Ley) tiene como consecuencia que se permita a los socios profesionales separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido «en cualquier momento», de modo que el ejercicio de tal derecho «sea eficaz desde el momento en que

se notifique a la sociedad» (artículo 13.1 del mismo texto legal). Y, precisamente, los términos de esta norma son los que deben ser interpretados para decidir sobre la cuestión planteada en el presente recurso.

Indudablemente, este derecho de separación legalmente establecido es de «*ius cogens*», pero tal carácter no impide toda modalización de su ejercicio. Así –y aparte de la previsión legal que contiene el mismo artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales de necesario ajuste del ejercicio del derecho de separación a las exigencias de la buena fe–, no debe rechazarse la previsión estatutaria de cautelas como la constituida por la cláusula de preaviso cuestionada en el presente caso, toda vez que contribuye a salvaguardar tanto los intereses de los acreedores (mediante las normas establecidas para la necesaria reducción del capital social) como los de la propia sociedad (evitando así que un ejercicio abusivo de ese derecho pudieran abocarla a la disolución), y tampoco puede estimarse contraria al fundamento del derecho de separación «*ad nutum*» que se establece en interés del socio profesional. En este sentido, no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable ni implica para el socio una vinculación excesiva o abusiva, máxime si se tiene en cuenta que, al ser aplicada, 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–.

Por otra parte, el rechazo de modalizaciones como la debatida en este supuesto implicaría una contradicción de valoración normativa respecto de la posibilidad de que en los estatutos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada no profesional en los que no se establecieran prestaciones accesorias se pueda impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por actos «inter vivos», excluyendo el ejercicio del derecho de separación, durante un período de tiempo no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad –o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución– (artículo 108.4 de la Ley de Sociedades de Capital).

Debe concluirse que la cláusula debatida es inscribible, toda vez que no puede considerarse que rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad o contradiga los principios configuradores del tipo social elegido (cfr. artículos 28 de la Ley de Sociedades de Capital y 1255 y 1258 del Código Civil), caracterizado por la flexibilidad de su régimen jurídico (vid. apartado II.3 de la exposición de motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo).

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, de 27 de diciembre, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 7 de febrero de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.