

Las participaciones sociales y el Registro Mercantil

SUMARIO: *Introducción.*—I. *El Registro Mercantil como Registro de bienes y las participaciones sociales.*—Normas legales: a) La identificación de las participaciones sociales. b) La inscripción en la hoja de la Sociedad. c) El título para la inscripción.—II. *La transmisión de las participaciones sociales: sus requisitos:* a) Capacidad y titularidad dispositiva. b) Requisitos formales.—III. *El embargo y la prenda de las participaciones sociales.*

Con ocasión de las recientes oposiciones entre Notarios, un estimado compañero y magnífico opositor me encargó la redacción de unas cuartillas para completar un tema de oposición relativo al «Registro Mercantil como Registro de bienes». Con agrado, aunque un poco a vuelo de pluma, dada la urgencia del caso, redacté unas notas, sobre las que después he meditado más reposadamente, dado lo interesante del tema, que ya en el ejercicio profesional me había suscitado grandes dudas, especialmente cuando en el Registro se presentaban mandamientos ordenando el embargo de participaciones sociales, lo cual me ha movido a redactar estas líneas, por si con ello contribuyo a aclarar una cuestión que, a nuestro juicio, no aparece demasiado clara en la parca regulación que de esta materia contiene nuestra legislación.

El que el Registro Mercantil sea un Registro de bienes no plantea duda alguna cuando se trata de buques o aeronaves. Los principios hipotecarios se desenvuelven con absoluta normalidad aplicados a este tipo de bienes, por su perfecta identificación, porque funciona sobre el folio abierto al respectivo bien en el que constan sus vicisitudes y porque el tracto es perfectamente aplicable a los mismos. Mas en orden a las participaciones sociales, la cuestión adquiere una complejidad indudable, como vamos a tener ocasión de comprobar, por cuanto las participaciones

sociales, en términos del artículo 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, son «iguales, acumulables e indivisibles y no podrán incorporarse a títulos negociables...», con lo que la posibilidad de identificación de las mismas, al ser «iguales y no incorporarse a títulos», desaparece. Y porque la posibilidad de apertura de folio registral a cada una de ellas en el que consten sus vicisitudes tampoco es posible, pues significaría abrir tantos folios separados como participaciones sociales tuviese cada sociedad, lo cual es absurdo máxime cuando todos los folios tendrían una descripción idéntica.

A este fin vamos a estudiar para mayor claridad las siguientes cuestiones:

1.^a Si el Registro Mercantil funciona como Registro de bienes en orden a las participaciones sociales, o lo que es lo mismo, si las participaciones sociales se inscriben como tales bienes en el Registro Mercantil.

En orden a esta cuestión, el artículo 1.º del Reglamento Mercantil no nos da demasiada luz sobre la materia, por cuanto en su párrafo 1.º nos dice que: «El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de los comerciantes o empresarios individuales, sociedades mercantiles, buques y aeronaves y la de actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las leyes». Evidentemente, el precepto no contempla tal posibilidad de inscripción. Lo inscribible son las sociedades y los actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las leyes, y las participaciones sociales no son acto ni contrato, aunque con un criterio lato podría sostenerse que lo inscribible sería el acto de aportación a la sociedad o el contrato de transmisión de las participaciones sociales; pero con esta interpretación resultaría que el Registro no estaría funcionando como Registro de bienes, descansando sobre los principios hipotecarios, sino recogiendo los actos o contratos modificativos del contrato de sociedad, según recoge el artículo 86, 8.º, del Reglamento Mercantil, al decir que: «En la hoja abierta a cada sociedad se inscribirán obligatoriamente: 8.º, todos los actos, contratos y acuerdos sociales que modifiquen el contenido de los documentos inscritos...».

Sin embargo, el artículo 4.º del mismo Reglamento, con una redacción, a nuestro juicio, no demasiado acertada, nos dice que: «Para inscribir en el Registro los títulos de transferencia de los derechos de socio... será necesaria la previa inscripción a favor del transferente, pudiendo constar en un solo asiento las diferentes transmisiones realizadas», con lo que claramente recoge el principio de tracto sucesivo, en sus dos modalidades, aplicado a la inscripción de los «títulos de transferencia de los derechos de socio». Tampoco el precepto es demasiado claro, por cuanto la expresión «los derechos de socio» es bastante equívoca, ya que tan derechos de

socio son los derivados de una acción de Sociedad Anónima como los derivados de una participación de Sociedad Limitada, y evidentemente los primeros no tienen acceso al Registro Mercantil, pues, como dispone el artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas, la transmisión de acciones nominativas será anotada por la sociedad en el libro correspondiente, con lo que claramente las excluye del Registro Mercantil, anotación que no plantea cuestión respecto a las al portador por la falta de posible identificación de su titular debida a su propia naturaleza. Por otro lado, al hablar de «derechos de socio» puede plantear el problema de si cada uno de los diversos derechos que confiere la participación es susceptible de transmisión e inscripción separada.

No obstante, aun interpretado en el sentido de que se refiere a las participaciones sociales de Sociedades de responsabilidad limitada o de colectivas y comanditarias, sigue en pie el problema de si tales actos de transferencia acceden al Registro por cuanto son actos que modifican, al cambiar la persona de los socios, el contenido de los documentos inscritos, conforme al artículo 86, 8.º, del Reglamento antes examinado, pero sin que ello suponga en sí el que las participaciones sociales hayan de inscribirse como tales bienes.

Tampoco el modelo reglamentario VI aporta nada nuevo a la cuestión, pues en la fórmula de inscripción para nada se refiere a las participaciones sociales y se limita simplemente a expresar: «En su virtud inscribo la Sociedad...», lo cual, por otra parte, parece lógico, ya que el libro correspondiente es relativo a las Sociedades y como tales personas jurídicas se inscriben.

El artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada también expresa que: «La transmisión de participaciones sociales se formalizará en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil». El precepto impone la inscripción de la transmisión de participaciones sociales, concordando con lo dispuesto en el artículo 4.º del Reglamento antes examinado al exigir que se cumpla el requisito del tracto en las transmisiones, y el apartado VI de la exposición de motivos de la Ley de Responsabilidad Limitada ya nos dice que: «La necesidad de inscribir toda transmisión en un Registro Mercantil excusaba la creación de un libro social destinado a la anotación de las partes sociales y sus transferencias». Aquí, el legislador ha sido más explícito, y aunque con cierta incorrección de los términos registrales, al hablar de anotación genéricamente, defecto en que ya incidía, como vimos, el artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas, distingue claramente entre la anotación de las partes sociales y sus transferencias como cosas distintas. La anotación de la parte social es imprescindible y necesaria para posteriormente anotar sus transferencias.

El artículo 123 del Reglamento del Registro, en su último párrafo, al desenvolver el artículo 21 de la ley en orden a la transmisión de participaciones sociales *mortis causa*, nos dice que «se podrán inscribir las adjudicaciones de las participaciones sociales *a favor de los mismos...*». Por primera vez, un texto legal nos habla no de la inscripción de la cesión o transmisión como acto modificativo de un título o documento inscrito, sino de la inscripción a favor de un titular, el heredero, de tales participaciones, lo cual hace preciso que la participación aparezca como tal inscrita igualmente con carácter previo a favor de su causante o transferente.

De lo expuesto resulta, no obstante la no excesiva claridad de los textos comentados, que las participaciones sociales deben inscribirse a favor de los respectivos socios, al tiempo que se inscribe la Sociedad, para que con posterioridad puedan inscribirse las sucesivas transferencias, como exige la ley, por lo que sería conveniente que en el acta de inscripción se expresase, además de que se inscribe la sociedad, que también se inscriben las participaciones sociales a favor de los socios en lo términos que resultan de las adjudicaciones realizadas a favor de los mismos, pues para poder cumplir con el tracto sucesivo tal como prescribe el artículo 4.º del Reglamento, es preciso que la participación conste inscrita a favor del transmitente, para poder inscribir la transmisión a favor del adquirente, pues de otro modo se daría el contrasentido de que, sin inscribir la participación al tiempo de la constitución, sería inscribible la transmisión, contra lo dispuesto en el artículo 4.º. Esta parece ser la voluntad del legislador, como se deduce de la exposición de motivos y de los artículos 4.º y 123 del Reglamento examinados, y también resulta corroborado por el artículo 25 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al disponer que «La constitución de prenda de participaciones sociales deberá constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil». Resulta evidente que la constitución de un derecho real como la prenda que ha de inscribirse en el Registro precisa como requisito previo, indispensable y necesario, el que el bien sobre el que se constituye aparezca inscrito en el Registro, y si tenemos en cuenta que las participaciones sociales no pueden incorporarse a títulos negociables, según dispone el artículo 1.º de la ley, con lo que la prenda no puede constituirse con la entrega del título al acreedor pignoraticio, tal como sucede con la acción de la Sociedad Anónima, y regula el artículo 42 de su respectiva ley, por lo que es preciso, para que tal derecho pueda constituirse, que se haga mediante la correspondiente inscripción registral afectando el bien, la participación social, a tal derecho, lo que implica, repetimos, que el mismo se halle previamente inscrito a favor del respectivo deudor. Es algo simi-

lar a lo que sucede con la prenda sin desplazamiento, aunque por causas diferentes. En la prenda sin desplazamiento, la garantía se produce registralmente y sin transmitir la posesión al acreedor, porque el bien, perfectamente identificable, según las disposiciones que regulan la materia, es conveniente que continúe en posesión del deudor. En la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, porque el bien no puede transmitirse al acreedor, al no poder incorporarse a un título negociable susceptible de tal puesta en posesión. En ambos casos, tal puesta en posesión se sustituye por la inscripción registral del gravamen.

Admitido, pues, que el Registro Mercantil debe funcionar como un Registro de Bienes en orden a las participaciones sociales, esto nos lleva a diversas cuestiones o dificultades en orden a la aplicación de los principios hipotecarios a tal materia.

a) *La identificación de las participaciones sociales.*—Como ya apuntábamos más arriba, la identificación de las participaciones sociales resulta francamente difícil dentro de los términos de la ley. Las participaciones sociales son por definición «iguales», y no se pueden incorporar a títulos negociables. De ahí que para que el Registro pueda funcionar como tal en orden a ellas sea preciso acudir a un sistema de identificación, pues la pertenencia a un determinado titular no resulta suficiente. Baste para ello recordar que algunas pueden estar gravadas con prenda o afectadas de embargo, y al transmitirse no podrían distinguirse las gravadas de las libres, con los consiguientes problemas llegado el caso de ejecución. Por consiguiente, la identificación es no sólo conveniente, sino necesaria, en orden a una mayor claridad de los asientos registrales y de los derechos de los socios y acreedores de éstos. Es práctica, en tal sentido, utilizada por bastantes compañeros Notarios, que con gran perspicacia jurídica prevén tal necesidad, la de numerar, aunque sea a efectos puramente intelectuales y para facilitar la identificación en las transmisiones, las participaciones sociales adjudicadas a cada socio, con lo que con esta simple expresión en la escritura se obviaría esta dificultad, y es lamentable que la ley no haya previsto esta circunstancia como obligatoria. Solución que debería generalizarse, por cuanto resolvería múltiples problemas, tal como hemos apuntado al referirnos a las prendas y embargos y que más adelante tendremos ocasión de desarrollar.

b) *La inscripción de la participación en la hoja de la Sociedad.*—El principio de especialidad en nuestro sistema hipotecario exige que el Registro se lleve por folios abiertos a cada finca. Esto es perfectamente posible en el Registro Mercantil cuando se trata de buques o aeronaves, pues en estos casos la identificación es posible y obligatoria; pero

en las participaciones sociales, aun admitido el que sea posible su identificación tal como hemos reseñado en el apartado anterior, resulta de todo punto imposible la apertura de folio independiente a cada participación para hacer constar en él las vicisitudes de su vida jurídica, por razones fácilmente comprensibles, pues una sola Sociedad de un millón de pesetas de capital, dividido en mil participaciones, implicaría la apertura de mil folios separados. Evidentemente, esto es absurdo. Por consiguiente, la inscripción de las participaciones no se hará en folios independientes, sino en el folio de la Sociedad, aunque ello implique la anomalía, admisible únicamente por razones prácticas, de que en un mismo folio existan los actos relativos a la Sociedad y los relativos a los socios en cuanto se refieran a sus participaciones sociales.

De todos modos, la anomalía no está exenta de fundamento. Como vimos al examinar el artículo 86, 8.º, del Reglamento, las modificaciones de los actos o documentos inscritos han de inscribirse a su vez en la hoja abierta a la Sociedad, por lo que cualquier cambio en la titularidad de las participaciones afecta, modificándolo, al contrato de constitución, y debería hacerse en la hoja de la Sociedad, y resultaría absurdo tener que reflejar tales modificaciones en cada uno de los folios separados correspondientes a las participaciones y, al mismo tiempo, en la hoja de la Sociedad, con la consiguiente duplicidad de actuaciones.

Por otra parte, desde el punto de vista de la mecánica registral, el supuesto no es tampoco totalmente nuevo en nuestro régimen hipotecario, pues en la propiedad horizontal, la Ley Hipotecaria, en su artículo 8.º, ya regula la posibilidad de que en el propio folio de la finca en que conste el régimen de propiedad horizontal consten inscritos los pisos a favor de cada titular, además del edificio en su conjunto, y a los efectos de constitución de hipoteca igualmente lo recoge el artículo 218 del Reglamento Hipotecario, en su párrafo primero y letra a).

Por consiguiente, la acumulación de las diversas vidas jurídicas de las participaciones sociales y de la Sociedad en una misma hoja podrá complicar y hacer farragosa la actuación registral; pero es un supuesto claramente admitido en nuestra legislación y que los Registradores hemos obviado en la práctica con esas hojas complementarias para facilitar el trabajo, que se encuentran en el tomo correspondiente para posibilitar la labor.

c) *El título para la inscripción.*—En este punto, la cuestión aparece bastante clara. En el acto de la constitución es la propia escritura de constitución la que servirá de título para inscribir las adjudicaciones de las participaciones a favor de los socios. En los supuestos de transmisión intervivos o *mortis causa*, la escritura de venta, donación o

partición, aunque este punto relativo a la transmisión lo estudiaremos con más detenimiento posteriormente.

El único problema verdaderamente importante puede plantearse en los supuestos de ampliación de capital. La ley, en su artículo 17, nos dice que el acuerdo ha de tomarse con las mayorías prevenidas en el mismo. El acuerdo recogerá la cifra de ampliación, y habrá de hacerse constar, según exige el último párrafo de dicho artículo, en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil.

El acuerdo de ampliar es un acto de la Sociedad y, como tal, debe ser ejecutado por el órgano que ostenta la representación de la Sociedad, es decir, por los Administradores. Mas, sin embargo, la aportación correspondiente a las nuevas participaciones creadas, así como la adjudicación de las mismas a los socios, ya sean los primitivos o los nuevos que accedan a la Sociedad, ha de reflejarse igualmente en la escritura, planteando el problema de si los socios adjudicatarios de las mismas han de comparecer al otorgamiento de la escritura.

A nuestro modesto criterio, la comparecencia de los mismos es necesaria y obligada. La afirmación, en principio, puede parecer descabellada, quizá por la costumbre de la diversa actuación en las Sociedades Anónimas. Sin embargo, entendemos que es la única solución aceptable. En las Sociedades Anónimas, el acuerdo de ampliación es igualmente un acto de la Sociedad que implica aportaciones y adjudicaciones en pago de las mismas, del mismo modo que en la Sociedad Limitada; mas, sin embargo, el Registro Mercantil sólo recoge el acto de la Sociedad: la ampliación. Las acciones, como tales, no se inscriben en el Registro, y ningún reflejo han de tener en él. Si son nominativas, como prescribe la ley en su artículo 35, se inscribirán en un libro especial, en el que se anotarán las sucesivas transferencias. Este libro obra en poder de la Sociedad, y la acción vive a espaldas del Registro. Al Registro sólo llega el acto social, es decir, la ampliación con la creación del número de acciones que represente, y haciendo constar si se han desembolsado total o parcialmente. Lo demás no importa, salvo comprobar si se ha respetado el derecho de suscripción preferente, lo cual resultaría acreditado por la propia certificación del acuerdo de la Junta que sirva de base a la escritura de aumento de capital; pero los títulos creados, si son nominativos, se harán constar en el libro especial de la Sociedad, y si son al portador, simplemente se entregarán a los respectivos adjudicatarios. Es lógico, pues, que la escritura sea otorgada exclusivamente por el representante social, pues el único acto inscribible es el que otorga la Sociedad.

No sucede lo mismo en la Sociedad Limitada. Se ha de inscribir el acuerdo social que motiva la correspondiente modificación estatuta-

ria, mas, a su vez, han de inscribirse las participaciones sociales a favor de los respectivos adjudicatarios, y, por consiguiente, las circunstancias personales de éstos, su estado civil, nombre de la esposa y su capacidad han de apreciarse para la inscripción, puesto que han de servir de base a las transmisiones futuras, que igualmente han de constar en el Registro, por aplicación del artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil.

La Sociedad Anónima es una Sociedad típicamente capitalista. Los socios en sí carecen de importancia, salvo en cuanto se refiere a su aportación. Ni aun en la propia fundación, si es sucesiva, se exige la comparecencia de los mismos. Y, por supuesto, menos aún si se trata de una escritura de ampliación de capital. Pero aun tratándose de la Sociedad Anónima, en la que tan tipificada aparece su condición de Sociedad capitalista, no puede prescindirse de la intervención y comparecencia de los socios en la escritura cuando la aportación es de algún bien susceptible de inscripción. Así, si se aporta un inmueble, no sólo será precisa la comparecencia del socio aportante, sino también la de la esposa, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código Civil, pues una cosa será el acuerdo de ampliar y otra la ampliación propiamente dicha, que requiere la aportación y consiguiente transmisión a la Sociedad, que precisa a su vez capacidad, identificación, fe de conocimiento, etc., y que no podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad si tales requisitos no se acreditan.

Esto mismo sucede con las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Las participaciones han de inscribirse, como vimos anteriormente, pues de otro modo resultaría de imposible cumplimiento lo dispuesto en el artículo 4.º del Reglamento, que exige la previa inscripción a favor del transferente, y esta inscripción será hecha con la escritura de constitución a favor de los socios fundadores mediante la adjudicación realizada en contraprestación a la aportación y con comparecencia de todos ellos, y en las escrituras de ampliación, también por el mismo procedimiento y con iguales requisitos, ya que nacen nuevas participaciones sociales.

La identificación, capacidad, circunstancias personales, como estado, nombre de la esposa, vecindad y nacionalidad de los nuevos socios, han de constar en el Registro, tal como sucede en la escritura de constitución, y ello sería imposible si la comparecencia en la escritura no se realiza, y no por tratarse de Sociedad más personalista que la Sociedad Anónima, pues los socios pueden configurarla igualmente como capitalista, dado que, según resulta de la propia exposición de motivos de la ley, el legislador no ha querido adscribirla a uno u otro tipo de Sociedad, habiendo dejado en libertad a los socios de configurarla como ten-

gan por conveniente, sino por la necesidad de inscribir las participaciones sociales a favor de los respectivos titulares de las mismas.

Frente a esta postura se argumentaría que en nuestra propia legislación hipotecaria existen supuestos en que se realiza la inscripción a favor de adjudicatarios, sin que conste su comparecencia en la correspondiente escritura, como sucede en la inscripción de adjudicaciones hereditarias en las particiones realizadas por el testador o bien por Comisario designado por el mismo, en las que no es precisa la comparecencia de los herederos. Y por analogía, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.708 del Código Civil, en las adjudicaciones de bienes sociales como consecuencia de la liquidación de Sociedades realizada por los liquidadores, pues aun cuando en este supuesto la cuestión no sea tan clara, ya que puede interpretarse en el sentido de que las normas de la división de la herencia que son aplicables a las sociedades, son las relativas a la forma de hacer los lotes y distribuir los bienes, pero no los requisitos formales del documento particional, que son excepcionales, establecidos en los artículos 1.056 y 1.057 del Código Civil y en el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, y que serían de muy difícil aplicación analógica al supuesto de Sociedades. Mas aun admitido así, no hemos de olvidar que la norma, en los supuestos que acabamos de contemplar, resulta lógica. Nos encontramos ante unos casos de reflejo de una voluntad unilateral que vincula a todos los herederos o socios. La partición o liquidación y subsiguiente adjudicación la realiza el contador o testador, o el liquidador, que no precisa consentimiento alguno de los respectivos adjudicatarios. La exigencia de intervención de éstos en el otorgamiento transformaría estos actos en contractuales, en vez de unilaterales, y la falta de consentimiento de cualquiera de los interesados impediría la inscripción, lo cual sería absurdo, dado que la voluntad de los adjudicatarios ningún valor tiene en tales supuestos.

Nada de esto sucede en las ampliaciones de capital que estamos estudiando. El socio viene obligado a aceptar el acuerdo de ampliación de capital decidido por la Sociedad, si se tomó con las mayorías legales, y cuya ejecución realiza el órgano de administración; mas la subsiguiente aportación o desembolso de las participaciones creadas dependen exclusivamente de su voluntad individual. Tiene derecho preferente para asumir tales participaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la ley; pero es igualmente libre de no hacerlo, en cuyo caso éstas serán asumidas por los restantes socios o por personas extrañas. Se trata de actos de voluntad distintos: uno, de la Sociedad; otro, de los socios. Y para este último, su intervención es necesaria.

Ninguna analogía mantiene este supuesto con los supuestos de adjudicación antes examinados. Sin embargo, la analogía es patente, en

cambio, con el acto de constitución social. Se crean unas nuevas participaciones sociales, se aportan bienes en pago de aquéllas y se realiza la correspondiente adjudicación a los socios, que han de inscribirse a favor de los mismos, entrando nuevos socios o aumentando el número de participaciones de los primitivos, lo mismo que sucede en el acto constitucional, y si para éste era preciso la comparecencia de todos los socios, del mismo modo deberá serlo en el caso de ampliación, por su indudable analogía. De no hacerlo así, la inmatriculación de las participaciones sociales a favor de los socios quedaría falta de base, al no poderse apreciar los requisitos personales de los mismos, impidiendo las posteriores transmisiones conforme al artículo 4.º del Reglamento.

II. LA TRANSMISIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES. SUS REQUISITOS

Entramos en un punto que, aun cuando en principio parece claro, habida cuenta de la regulación legal de la materia, no deja de plantear diversos problemas, algunos de enorme trascendencia práctica.

a) *Capacidad y titularidad dispositiva*

No vamos a entrar en el estudio de las diversas situaciones planteadas por los casos de menores, incapacitados, suspensos, etc., que tienen su adecuada regulación en nuestras leyes mediante los correspondientes órganos legales de representación, por lo que limitaremos nuestro estudio al supuesto de mujer casada, socio, sujeta al régimen legal de gananciales, o, lo que es lo mismo, a ventilar si las transmisiones de tales participaciones han de ser realizadas por ella por sí sola, por el marido o por ella con el consentimiento del marido.

La cuestión, en el momento socio-político actual, no deja de tener importancia. El legislador trata de ampliar la esfera de actuación de la mujer casada, según claramente resulta de la Ley de 2 de mayo de 1975. La Dirección General, fiel a esta postura del legislador, admite su posibilidad de adquirir en diversas resoluciones, quizá de no muy convincente doctrina jurídica, pero ajustada a lo que exige el momento, y dado que a nadie se le exige ser héroe jurídico en el ejercicio de la función, tampoco a la Dirección, y poco menos que de héroe se trataría si, habida cuenta del movimiento feminista, se hubiese resuelto en el sentido contrario. Todos estábamos convencidos de que la postura a adoptar sería la que efectivamente se adoptó, lo cual no impide que en cada momento el funcionario sienta algo de aprensión cuando despacha un

documento de tales características, pues ante la afirmación de la propia exposición de motivos de la ley en el sentido de que no quiere alterar el régimen económico matrimonial, y habida cuenta de lo establecido en los artículos 1.412 y 1.416 del Código Civil, la verdad es que el Registrador no se siente cómodo al calificar tal tipo de documentos. De ahí la proliferación de recursos en esa materia, que no dudamos seguirán en cada ocasión en que el documento tenga un matiz algo diferente de lo específicamente resuelto en recursos anteriores, y ello porque, en el fondo, los juristas no estamos demasiado convencidos de la bondad de la doctrina creada, no porque no sea justa en el fondo, sino porque no se adecua demasiado a la normativa legal, y desearíamos que fuese el legislador quien, de una vez, abordase directamente la cuestión, por lo que, mientras ese momento deseado llega, estiman preferible acudir al recurso para que la Dirección decida, y ello aunque, como dice nuestro compañero TIRSO CARRETERO, en su magnífico comentario a la Resolución de 27 de septiembre de 1978, en el número 535 de la *Revista Crítica*, se esté expuesto «a la admonición de la Dirección por supuesta pertinacia en suscitar recursos sobre lo mismo»; pero, como él mismo afirma, la doctrina sentada descansa en el principio de solidaridad en la administración de la Sociedad de gananciales, que no es el regulado en nuestro Derecho. Por ello claramente manifiesta su disconformidad con tal doctrina, que no es lo mismo que su disconformidad con que llegue a regularse así.

Naturalmente, no vamos a entrar a discutir este problema, que ya está resuelto por la doctrina de la Dirección General, pues sería inútil; pero sí vamos a ver su repercusión en la esfera mercantil, especialmente por cuanto la cualidad de socio es personal, y la Sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica.

La Resolución de 4 de noviembre de 1969, reconociendo la capacidad de la mujer casada para aportar dinero presuntivamente ganancial, afirma «que el hecho de la suscripción, por su carácter eminentemente formal, concede al suscriptor el carácter de socio, aunque las acciones vayan a integrar, en definitiva, el patrimonio ganancial». Es claro, pues, que la condición de socio es eminentemente personal, independientemente de que las acciones o participaciones pasen a integrar el patrimonio ganancial. De ahí que existiendo sólo marido, mujer y un tercero, reconocieran validez a la Sociedad Anónima creada por considerar socios a ambos cónyuges, aunque sólo existieran dos patrimonios. Mas la condición personal de socio lleva consigo el ejercicio de determinados derechos—asistencia a Juntas, voto, suscribir ampliaciones, etcétera—ejercitables personalmente, que suponen verdaderos actos de administración de bienes gananciales.

La cuestión parece carecer de trascendencia, por cuanto que la mujer administra bienes gananciales es evidente en la práctica, y lo reconocen las resoluciones que en tal materia ha dictado la Dirección General. Pero esa administración realizada por la mujer es una administración de hecho, tolerada por el marido, pues los términos del artículo 1.412 son suficientemente claros, y, como decíamos anteriormente y afirmaba la exposición de motivos, la Ley de 2 de mayo de 1975 no ha pretendido alterar el régimen legal de los bienes matrimoniales. La mujer administra por consentimiento tácito o expreso del esposo; pero éste, en cualquier momento, como administrador legal, puede dejar sin efecto esta autorización. Le bastará para ello dejar de entregar el dinero a la esposa, o administrar por sí mismo los bienes de que se trate. Pero en materia de acciones o participaciones sociales, la cuestión se complica, pues, contra lo que sucede en los anteriores casos, la administración no puede ser revocada, basándose en la presuntiva ganancialidad de las acciones o participaciones sociales y en la condición de administrador del marido, porque, como hemos visto, el carácter de socio es exclusivamente personal, y no se puede impedir la actuación de la esposa como tal en la esfera societaria. Ello supondría la creación de un régimen distinto de administración para los distintos bienes del patrimonio conyugal, lo cual no parece, francamente, aceptable.

Por tal razón, parece más peligroso en el régimen legal actual admitir la aportación a Sociedades por mujer casada que adquirir bienes inmuebles, pues mientras éstos pasarán a ser administrados por el marido, aquéllas habrán de ser administradas por la mujer de modo irrevocable, creando una dualidad en el régimen de administración.

Pero veamos lo que sucede en orden a la disposición cuando se trata de participaciones sociales.

Reconocido que la condición de socio es personal, resulta bastante claro que las participaciones sociales habrán de inscribirse a favor del cónyuge que ostente el carácter de socio, pues la expresión del nombre del otro lo es por cuanto puede afectar a los derechos presentes o futuros de la Sociedad conyugal, pero no parece aplicable la norma establecida en el número primero del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, porque ello implicaría el considerar a ambos esposos como socios y, habida cuenta de que la ley exige en el artículo 17 mayorías personales, además de las de capital, supondría una ventaja en la formación de aquéllas para los socios casados, incompatible con el régimen de igualdad que han de tener las participaciones sociales. Es así que las participaciones sociales adquiridas por la mujer han de inscribirse a nombre de ésta, exclusivamente, aunque se haga constar el nombre del marido.

La enajenación de las mismas, para cumplir con el tracto formal del artículo 4.º del Reglamento, deberían ser otorgadas por la mujer.

Obsérvese que el Reglamento Hipotecario ha resuelto esta cuestión formal del tracto al exigir que los bienes se inscriban a favor de ambos, por lo que al realizarse la posterior transmisión, y conforme al párrafo primero del artículo 96, el marido, a quien corresponde la facultad de disponer, de acuerdo con el artículo 1.413 del Código Civil, aparecerá inscrito como titular, aunque la adquisición haya sido realizada por la mujer. Mas en este caso, como vimos, la adquisición y su inscripción no puede hacerse a favor de ambos, dada la condición personal del carácter de socio, y tampoco sería de aplicación lo dispuesto para los bienes adquiridos conforme a la regla segunda del artículo 95, pues el marido no asevera que el precio es de la exclusiva propiedad de la esposa; luego la enajenación de las participaciones sociales, al estar comprendida dentro del párrafo primero del 95, debería regirse por lo establecido en el párrafo primero del 96, o sea, que habrá de hacerse exclusivamente por el marido, a quien compete la facultad dispositiva sobre los gananciales, y sin consentimiento uxorio, habida cuenta del carácter mueble de las participaciones sociales, con lo que se producirá a su vez un incumplimiento del tracto formal, por lo que entendemos que la disposición debería realizarse por la mujer que apareciera como titular, con el consentimiento del esposo, para dejar a salvo la facultad de disposición que compete al marido sobre los gananciales.

La enajenación realizada por la mujer exclusivamente no nos parece aceptable, por cuanto, mientras otra cosa no se disponga—ya que las resoluciones de la Dirección General sólo han contemplado supuestos de adquisiciones realizadas por mujer casada—, los actos de disposición competen exclusivamente al marido, y no puede prescindirse de su actuación. Quizá se llegue a soluciones distintas en una futura reforma del Código Civil, pero en el régimen actual entendemos que no puede admitirse otra solución.

b) *Requisitos formales*

Aquí hemos de distinguir dos tipos de requisitos, según que los adquirentes sean o no socios. Para los primeros basta que se otorgue la transmisión en escritura pública, que habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, mientras que para los segundos se precisará, además, la observancia del derecho de tanteo que compete a los demás socios y a la Sociedad, conforme a la regulación establecida en el artículo 20 de la ley o en los estatutos sociales.

Respecto al requisito de la escritura pública, no plantea problema alguno, salvo el que hemos examinado en el apartado a) precedente. No así el relativo a la inscripción, que, aun cuando en principio parecía igualmente claro en orden a la necesidad para la validez de la transmisión, la Resolución de 3 de febrero de 1979 ha venido a sembrar la duda, sentando una doctrina, a nuestro modesto criterio, discutible.

La citada resolución sienta la doctrina de que la inscripción sólo es precisa, de conformidad con el artículo 4.º del Reglamento, para poder inscribir la transmisión a favor del adquirente, pero que no es necesaria para la validez de la adquisición ni para el ejercicio de los derechos de socio, para lo que simplemente basta la notificación a la Sociedad que previene el artículo 22 de la ley, porque la inscripción no tiene carácter constitutivo, sino simplemente obligatorio.

El artículo 20 de la ley establece que «la transmisión de participaciones sociales *se formalizará* en escritura pública que *se inscribirá* en el Registro Mercantil». Se exigen, pues, dos requisitos de forma, la escritura y la inscripción, sin distinción alguna en cuanto a la trascendencia de cada uno de ellos y con idénticos términos imperativos: «se formalizará» y «se inscribirá».

La interpretación dada por la resolución que comentamos nos lleva a una conclusión que consideramos exorbitante: la de que los requisitos que señala el artículo 20 de la ley no son requisitos de validez, sino requisitos para que pueda inscribirse en el Registro, pues si basta la simple notificación a la Sociedad para ejercitar los derechos de socio, es evidente que no precisará de inscripción ni de escritura, ya que ambos requisitos, como vimos, están en situación de paridad y con regulación idéntica. La transmisión será válida aunque se otorgue en documento privado o verbalmente, sin más que ello se haya notificado a la Sociedad. Pretender que la escritura sea imprescindible y no lo sea la inscripción no tiene fundamento alguno, pues ambos requisitos de forma, repetimos, están establecidos en idénticos términos y conjuntamente, y la conclusión a que se llega, a nuestro juicio, parece excesiva.

En nuestra opinión, el artículo 22 no puede considerarse desgajado de los que le preceden. La regulación de las transmisiones de participaciones sociales se contiene en tres preceptos consecutivos, los artículos 20 a 22, que han de interpretarse sistemáticamente, estableciendo los dos primeros los requisitos para la adquisición, y el tercero, los requisitos para el ejercicio de los derechos de socio, que es cosa harto diferente. Como ya decía el Registrador en su acuerdo, y recoge el artículo 22 de la ley, lo que se notifica a la Sociedad es «la adquisición», y ésta se ha perfeccionado cuando se han cumplido los requisitos que

para tal adquisición establecen los artículos precedentes, es decir, la escritura y la inscripción.

Los dos párrafos del artículo 22 son claros en este sentido. A la Sociedad se le notifica la adquisición realizada, y sin cumplir este requisito—la notificación—no podrá el socio pretender el ejercicio de los derechos que le corresponden en la Sociedad, aunque haya adquirido válidamente.

Admitir otra cosa supone el que en la Sociedad de responsabilidad limitada puedan existir socios, como tales, totalmente desconocidos y que impedirían la calificación registral en orden, especialmente, al cómputo de las mayorías personales exigidas en el artículo 17 de la ley, pues la transmisión, no inscrita, de cualquiera de los socios insertos a favor de varias personas alterará tal régimen de mayorías personales, y, por otra parte, la validez de los acuerdos adoptados por socios cuyos títulos de adquisición pueden ser nulos se vería afectada por su falta de condición de socios, sin que el Registrador pueda calificarlos, por no haber sido presentados a inscripción o por haberse hecho las transmisiones sin la intervención del Notario.

Esta situación colocaría a las Sociedades Limitadas en condición inferior, a pesar de su carácter semipersonalista, a la de las propias Sociedades Anónimas, ya que en éstas el título es la acción, que si es al portador habrá de ser depositada previamente a la concurrencia a cualquier Junta, y si es nominativa, habrá de presentarse igualmente a la Sociedad para su inscripción en el libro correspondiente, y ello previa la pertinente intervención del corredor o Notario, mientras que en la Sociedad Limitada, al bastar, según la doctrina de la citada resolución, la simple notificación, y dado que la participación no es un título valor, no existe garantía alguna de la realidad de la condición de socio ni de la validez de la transmisión.

No podemos olvidar que, tal como ya nos dice la propia exposición de motivos de la ley en su párrafo sexto, *la necesidad de inscribir toda transmisión* en un Registro Mercantil excusaba la creación de un libro social destinado a la anotación de las partes sociales y sus transferencias, con lo que claramente señala que la inscripción tanto de la participación como de las transferencias es *necesaria*, no simplemente obligatoria.

En cuanto al requisito del previo derecho de tanteo reconocido a los socios y a la Sociedad, cuando se trate de transmisión a personas no socios es de resaltar lo impreciso de la calificación legal, pues la expresión «tanteo» supone la adquisición por el «tanto», cosa que no sucede en la regulación del artículo 20 de la ley, por cuanto éste permite

que el precio se regule por el acuerdo de los interesados o bien, en los supuestos de discrepancias, por peritos. Quizá hubiese sido más acertado calificarlo como opción de compra, o simplemente como derecho de preferente adquisición, máxime si contemplamos, cuando se trata de transmisiones *mortis causa*, que en realidad nos encontramos con un verdadero retracto, en el que, sin embargo, también falla el requisito del precio y el supuesto de que se trate de transmisión por compra o dación en pago, que señala el artículo 1.521 del Código Civil. Por tales razones, configurarlo como derecho de preferente adquisición hubiese sido más adecuado.

En este punto conviene resaltar que el artículo 20, que comentamos, sanciona con nulidad la transmisión de participaciones que no se ajusten a lo establecido en la escritura social o a lo prevenido en el propio artículo, nulidad que impide pactar la existencia de un retracto para el supuesto de que las transmisiones se hayan efectuado con infracción de las normas relativas al ejercicio del derecho de preferente adquisición.

Es cláusula, ésta del retracto, que con demasiada frecuencia suele aparecer en los estatutos sociales y cuya inscripción es imposible, por cuanto el retracto presupone una venta válida que se resuelve, y dado que, según lo dispuesto en la ley, la venta es nula, lo único procedente es ejercitar la acción de nulidad, y no reconocer al adquirente como socio, pero nunca resolver una venta que no ha existido.

Por otra parte, este denominado retracto es una figura que en poco se parece al retracto verdadero, pues si se trata del convencional, sólo se establece en favor del vendedor, cosa que aquí no sucede, pues se establece en favor de terceros, y si se trata del legal, por propia definición ha de venir establecido en la ley, y el artículo 20 sólo prevé el tanteo, porque si se incumple ya no hay tal posibilidad de retraer, al ser la venta nula.

El referido retracto suele pactarse también en las Sociedades Anónimas, a nuestro juicio, con igual inoperancia e imposibilidad de inscripción, pues aparte de no ser verdadero retracto, como acabamos de ver, ya que no puede crearse un retracto legal por pacto entre socios, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ya sentó en la sentencia de 17 de abril de 1967 que las cláusulas limitativas de la transmisibilidad de las acciones son de naturaleza puramente obligacional y no afectan a terceros, y como confirma igualmente la sentencia del mismo Tribunal de 24 de noviembre de 1978, la Sociedad lo único que puede hacer es desconocer la cualidad de socio en el adquirente, impidiéndole el ejercicio de los derechos de socio, pero sin que por ello la venta sea nula y quedando a salvo las acciones procedentes entre las partes.

III. EL EMBARGO Y LA PRENDA DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES

Hemos de confesar que el embargo de las participaciones sociales, frecuentemente presentado en el Registro, fue, como ya dijimos al principio, el resorte que movió estas meditaciones, ya que su despacho nos planteó graves dudas. En principio, nos pareció que dado que el Registro Mercantil era, en lo relativo a Sociedades, un Registro de personas, resultaba imposible practicar una anotación en la hoja de una Sociedad que nada tenía que ver con el titular de la participación social embargada. Por otra parte, el artículo 174 del Código de Comercio, aunque relativo a las Sociedades Anónimas, al establecer que: «Los acreedores de un socio no tendrán respecto a la compañía, ni aun en el caso de quiebra del mismo, otro derecho que el de embargar y percibir lo que por beneficios o liquidación pudiera corresponder al socio deudor», ya nos indicaba que respecto a la Sociedad no se podía exigir más que los beneficios, con lo que el embargo no podía trascender a la Sociedad. Mas la medida que resulta lógica en la Sociedad Anónima, por cuanto frente al socio se podía trabar el embargo sobre la acción, y frente a la Sociedad se podían exigir los beneficios o la cuota de liquidación, ya no lo era tanto cuando se trataba de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, por cuanto los derechos de socios no se incorporan a títulos, y si las participaciones no resultaran inscritas en el Registro, los acreedores de los socios no podrían tener garantía alguna de percibir sus créditos, lo cual parecía absurdo. Ello nos movió a considerar la necesidad de que el Registro Mercantil debía funcionar como Registro de bienes en orden a las participaciones sociales en todos sus aspectos, y no sólo en lo relativo a la transmisión de participaciones sociales, como recoge la resolución citada de 2 de febrero de 1979, inscribiendo las participaciones sociales, así como sus transferencias, como requisito necesario para su validez, lo cual, a su vez, posibilita la práctica de tales anotaciones.

En cuanto a la prenda, la regulación contenida en el artículo 25 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada viene a corroborar la tesis que venimos sosteniendo a lo largo de estas líneas, pues en su párrafo segundo, al disponer que: «La constitución de prenda de participaciones sociales se inscribirá en el Registro Mercantil», contiene una regulación idéntica en su redacción a la que anteriormente hemos visto reflejada en el artículo 20 de la ley en orden a la transmisión de las participaciones sociales, y nos parece imposible que pueda sostenerse que la prenda exista sin la correspondiente inscripción en el Registro. Baste para ello observar que es de esencia en la prenda que la cosa pignorada pase a posesión del acreedor, tal como establece el Código Civil, si bien

el requisito de la puesta en posesión ha sido sustituido en determinados bienes por la inscripción registral; así, la exposición de motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954, al estudiar la naturaleza de la garantía creada en la misma al regular la prenda sin desplazamiento, claramente expresa que: «Hay que distinguir dos grupos de bienes: los de identificación semejante a la de los inmuebles y, por tanto, como éstos, susceptibles de hipoteca, y los de identificación menos perfecta y, por consiguiente, de un derecho de más difícil persecución, que queda dentro de la figura clásica de la prenda, *si bien sustituyéndose por la publicidad el requisito del desplazamiento de posesión*». Es lo mismo que ha hecho el artículo 25 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la transferencia de posesión no puede realizarse porque la participación social no está incorporada a un título y sustituye este requisito por la inscripción registral. No se elimina un requisito, simplemente se cambia; pero sin que concurra el mismo no puede existir la prenda. El artículo 3.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954 señala que se constituirá por escritura, que se inscribirá en el Registro que se establece. La falta de inscripción priva de los derechos que la prenda confiere.

La regulación en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada es idéntica en formulación, y lo mismo la del artículo 20 en cuanto a la transmisión, por lo que la inscripción en ambos casos es necesaria, sin que el requisito de la notificación pueda suplir los necesarios para la transmisión.

Y termino disculpándome ante ti, querido compañero lector, por la falta de profundidad jurídica de estas líneas, sin citas de bibliografía, sin opiniones de autores. Bien es cierto que en los consultados no he encontrado grandes cosas sobre la materia, porque son cuestiones suscitadas en la práctica del despacho diario en la Oficina y se trata de unas simples reflexiones. Y también debo disculparme porque quizá, sin darte soluciones de carácter convincente, lo único que haya conseguido es sensibilizarte sobre cuestiones que antes te podrían pasar desapercibidas, con el aumento de intranquilidad cuando el documento te llegue. No obstante, entiendo que siempre es mejor meditar que ignorar, pues así, al menos, se unifican las prácticas y otros pueden encontrar soluciones a los problemas planteados.

EMILIANO CANO FERNÁNDEZ
Registrador Mercantil