



www.civil-mercantil.com

RESOLUCIÓN de 25 de septiembre de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Vizcaya a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha entidad.

(BOE de 7 de noviembre de 2014)

SUMARIO:

Registro Mercantil. Sociedad limitada. Modificación estatutaria. Prestaciones accesorias. Determinación de su contenido. Los estatutos pueden establecer, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, que se configuran como obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatutario, y deben constar en los propios estatutos los rasgos básicos de las mismas, en primer lugar, expresándose su contenido concreto y determinado. Y si bien no debe excluirse la posibilidad de establecer una prestación de contenido determinable, será necesario que se establezcan las bases o criterios que permitan hacerlo de suerte que otorguen la debida claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados. Tal exigencia viene corroborada por el hecho de que las prestaciones accesorias, aunque tengan naturaleza societaria, son obligaciones fruto de una relación jurídica entre partes, la sociedad y los socios obligados, lo que impone acudir supletoriamente al régimen general del derecho de obligaciones en orden a su existencia y validez. Y al igual que ha de estarse al artículo 1.088 del Código Civil a la hora de determinar qué puede ser objeto de la prestación, habrá que recurrir al 1.271 y siguientes a la hora de precisar sus requisitos, entre los que el 1.273 exige la determinación. Ciertamente que en esta misma norma se permite una indeterminación en la cuantía, pero siempre y cuando sea posible determinarla en su momento sin necesidad de nuevo convenio entre las partes. Con ello, resulta admisible no sólo una total concreción o determinación inicial, sino una determinación primaria o mediata, pero en este último caso se requiere que estén ya establecidos o señalados los criterios con arreglo a los cuales tal determinación deberá producirse, criterios que de igual suerte que excluyan la necesidad de nuevo convenio entre las partes, con mayor razón impidan que esa determinación quede al arbitrio de una de ellas. Pero lo que no es admisible es que esa determinación del contenido de la prestación accesoria y de las consecuencias de su incumplimiento que se realice en el propio acuerdo de la junta general resulte discordante con la especificación estatutaria. Indudablemente, los socios pueden concertar determinadas obligaciones, pero las que integren el contenido de las prestaciones accesorias necesariamente deben trasladarse a los estatutos.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 1.088, 1.256, 1.271, 1.273, 1.284 y 1.285.
RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 28, 86, 87, 88, 89, 140, 353, 358, 359 y 393.2.
RD 1784/1996 (Rgto. Registro Mercantil), art. 187.

En el recurso interpuesto por don J. B. O., en representación de la sociedad «Ingem Energía, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Vizcaya, don Íñigo Basurto Solagurenbeascoa, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha entidad.



www.civil-mercantil.com

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Bilbao don Juan Ignacio Gomeza Villa el 22 de noviembre de 2013 bajo el número 2.000 de su protocolo se elevan a público los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad «Ingem Energía, S.L.» el mismo día por los que se aumenta el capital social y se crean determinadas prestaciones accesorias, con la consiguiente modificación de los estatutos sociales.

Tales acuerdos tienen el siguiente contenido:

«...Se procede a la creación de prestaciones accesorias en las participaciones números 3.051,00 a la 4.575,00, ambas inclusive. Dicha prestación accesorias obligará a su poseedor a la prestación de servicios a la sociedad de forma exclusiva, ya sea mediante contrato laboral o de servicios. La prestación accesorias creada tendrá una validez de 4 años desde su creación, y a la finalización de dicho plazo se entenderá extinguida la prestación, y la condición de socio se equiparará al resto de participaciones. La prestación accesorias vinculada a las participaciones aquí enumeradas no será retribuida. El incumplimiento de la prestación será causa de exclusión, si se trata de un incumplimiento obligatorio o involuntario, o de separación, si se trata de incumplimiento voluntario, en atención a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2013. Será necesaria la autorización del órgano de administración o de la Junta de Socios para la transmisión de participaciones con prestación accesorias. El incumplimiento tanto voluntario como por causas no imputables al socio será causa de exclusión o separación. Tanto en los supuestos de exclusión como de separación, las participaciones serán adquiridas por la sociedad para su inmediata amortización, extinguiéndose la prestación, y el socio obligado recibirá como contraprestación las participaciones de la sociedad Mexicana a constituir, y en su defecto, efectivo metálico. En la determinación de su valor se tendrán en cuenta las siguientes reglas: - Se tomará como valor de transmisión el que resulte de aplicar al valor de adquisición, un incremento anual del 1 % hasta la fecha de transmisión. - La valoración de las participaciones bajo el criterio anterior, a falta de pacto entre las partes, será realizada por un experto independiente nombrado por la sociedad. D. P. B. G. T. titular de las participaciones 3.051,00 a la 4.575,00, ambas inclusive, según lo establecido en el artículo 89 de la Ley de Sociedades de Capital, presta su consentimiento expreso a la creación de dicha prestación accesorias. La aportación de trabajo por el socio titular de las participaciones enumeradas será valorada, a los efectos de su extinción, mediante el cumplimiento de los siguientes objetivos: 1) La apertura, con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, de una actividad económica en México, actividad que podrá ser desarrollada a través de cualesquiera de las siguientes figuras: - La apertura de una sociedad mercantil en la que participen, directa o indirectamente, los socios de Ingem Energía, S.L. en proporción a su capital en el momento de la constitución. - La apertura de una sucursal o un establecimiento permanente en México bajo titularidad, directa o indirecta, de los socios de Ingem Energía, S.L. en proporción a su capital en el momento de la apertura. - La facturación, a clientes con domicilio fiscal en México, a través de medios materiales y personales de Ingem Energía, s.l. 2) La generación de una cifra de negocio en los próximos tres años vinculada al socio trabajador de, cumulativamente, 500.000,00 €. Los ejercicios que servirán de referencia se corresponderán con los años 2014, 2015 y 2016. La moneda en la que se cuantificará el acuerdo será el euro, valorándose la cifra de negocios en México por el contravalor de la cifra de negocio vinculada al desarrollo de la sociedad mexicana a 31 de diciembre de cada año. - A los efectos del cómputo de la cifra de negocio exigida al socio trabajador se tomará en



www.civil-mercantil.com

consideración tanto la facturación vinculada al negocio mexicano detallado en el apartado anterior, como la facturación vinculada al socio trabajador en la sociedad Ingem Energía, s.L. en España. A estos efectos, la dirección de Ingem Energía, S.L. deberá contar con los adecuados medios de gestión analítica que permitan cuantificar la facturación vinculada al socio trabajador. 3) El desembolso de un préstamo de 20.000,00 € a favor de la filial, establecimiento permanente, o a la propia Ingem Energía, S.L., según la forma que se adopte para el desarrollo del negocio de México recogido en el apartado 1), cuyas condiciones serán: - Plazo: 4 años. - Amortización: A la finalización del periodo de 4 años pudiendo realizarse amortizaciones anticipadas. - Comisiones: 0%. - Interés: Euribor + 5%. Todos los socios aquí presentes acuerdan y consienten, a modo de pacto entre socios, todo lo recogido en el presente acuerdo. Tercero.—Como consecuencia del acuerdo de creación de prestación accesoria vinculada a las participaciones 3.051,00 a la 4.575,00, ambas inclusive, vinculada al socio D. P. B. G. T., se procede a la modificación del artículo 7º de los estatutos sociales que, a partir de la presente, tendrá la siguiente redacción: Artículo 7º.—... Además de lo anterior, las participaciones 3.051,00 a la 4.575,00, ambas inclusive, disponen de prestaciones accesorias vinculadas a la condición de socio. Dicha prestación accesoria obligará a su poseedor a la prestación de servicios, ya sea mediante contrato laboral o de servicios, así como al desarrollo de una actividad comercial en México y en España en los años 2014, 2015 y 2016, donde deberá desarrollar una cifra de negocios cumulativa de 500.000,00 €. La prestación accesoria creada tendrá una validez de 4 años desde su creación. Finalizados los 4 años, la prestación accesoria se extinguirá, y la condición de socio se equipará al resto de participaciones. La prestación accesoria vinculada a las participaciones aquí enumeradas no será retribuida. El incumplimiento tanto obligatorio o involuntario de la prestación será causa de exclusión. En caso de incumplimiento voluntario se otorgará al socio facultad de separación. Será necesaria la autorización del órgano de administración o de la Junta de Socios para la transmisión de participaciones con prestación accesoria. En los supuestos aquí regulados que den lugar a la exclusión o separación, las participaciones serán adquiridas por la sociedad para su inmediata amortización, extinguiéndose por tanto la prestación. En la determinación del valor de transmisión de las participaciones con prestación accesoria adquiridas, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: - Se tomará como valor de transmisión el que resulte de aplicar al valor de adquisición, un incremento anual del 1 % hasta la fecha de transmisión. - La valoración de las participaciones, a falta de pacto entre las partes, será realizada por un experto independiente nombrado por la sociedad».

II

Se presentó copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Vizcaya el 19 de junio de 2014, y fue objeto de la siguiente calificación por el registrador don Íñigo Basurto Solagurenbeascoa: «...El registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: 1.—Existen discrepancias entre el acuerdo segundo de la Junta y el nuevo artículo 7º de Estatutos, a la hora de regular la prestación accesoria creada. Estas discrepancias se refieren tanto al contenido de la propia prestación, que es más extensa en el acuerdo segundo que en el propio artículo 7º, como en las consecuencias de su incumplimiento, que son distintas en uno y otro; además, no resulta admisible, conforme a los artículos 353 y siguientes, una contraprestación en especie al socio excluido o separado como se prevé en el acuerdo segundo de la Junta. 2.—No se expresa de una manera concreta y determinada en el nuevo artículo 7º de Estatutos, tal como exige el



www.civil-mercantil.com

artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital, el contenido de la prestación accesoria, tanto en su vertiente de «prestación de servicios» como en el de «actividad comercial», y, además, el desarrollo que de esta última se hace en el acuerdo segundo de la Junta, luego no se recoge en el precepto estatutario. Por otro lado, existen dudas sobre el periodo de duración de la prestación pues por un lado se habla de 4 años y, por otro, de actividad comercial en los años 2014, 2015 y 2016. 3.–El párrafo primero del acuerdo tercero de la Junta plantea dudas sobre si la prestación accesoria va vinculada a la titularidad de participaciones sociales o a la cualidad de socio de Don P. B. G. T. 4.–El artículo 88.2 de la Ley de Sociedades de Capital no admite la posibilidad de que la competencia para autorizar la transmisión de participaciones sociales con prestación accesoria la tenga tanto la Junta como el órgano de administración, tal como se establece en el párrafo octavo del nuevo artículo 7º. Piénsese en la posibilidad de obtener respuestas contrarias de dichos órganos ante una solicitud de autorización planteada a ambos. 5.–El último párrafo del artículo 7º de Estatutos, al atribuir la valoración de las participaciones sociales a un experto nombrado por la sociedad, vulnera el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital que exige el nombramiento de un auditor por el registrador Mercantil; y ello, a falta de pacto entre las partes. 6.–El párrafo noveno del nuevo artículo 7º parece obligar a la sociedad a adquirir las participaciones del socio incumplidor de la prestación accesoria e incurso en causa de exclusión o separación, lo cual contrasta con el artículo 358 de la Ley de Sociedades de Capital, que exige la previa autorización de la Junta General para que las participaciones sean adquiridas por la sociedad. 7.–La Sociedad tiene practicado el cierre de hoja registral, por falta de depósito de cuentas anuales, de conformidad con el art. 378 del Reglamento del Registro Mercantil. La nota de calificación ha sido practicada de conformidad con los demás titulares registrales de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil. La precedente nota de calificación podrá ser revisada o aclarada, previa manifestación de las alegaciones oportunas, por cualquiera de los registradores Mercantiles de Vizcaya. Asimismo puede instarse (...) Bilbao, 19 de Junio de 2014 El Registrador Mercantil de Bizkaia (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Mediante escrito presentado en el Registro Mercantil de Vizcaya el 30 de junio de 2014, don J. B. O., en representación de la sociedad «Ingem Energía, S.L.», interpuso recurso contra la calificación (únicamente respecto de los seis primeros defectos) en el que alega lo siguiente: 1º.–Respecto del primer defecto, la Ley 2/1995 vino a establecer el requisito de constancia estatutaria de la prestación accesoria, incluyendo una regulación detallada y completa, que ofrece una respuesta adecuada a buena parte de las cuestiones que suscitan. Tal y como figura en el artículo 86, la prestación accesoria no se trata de un acuerdo social sino que tiene una configuración estrictamente estatutaria, y todo lo que no figure en estatutos no vincula a los socios sino como terceros. Según determinado autor (que se cita) la exigencia de que las prestaciones accesorias consten en los estatutos no debe entenderse en el sentido de que en ellos hayan de estar explicitados todos los extremos relativos a las prestaciones accesorias, sino que sólo se exige que conste su núcleo esencial a los efectos de satisfacer la exigencia de determinación de las obligaciones (artículo 1273 del Código Civil). Dado el carácter potestativo y estatutario del establecimiento de las prestaciones accesorias, el examen y calificación que corresponde realizar al registrador Mercantil debe centrarse en determinar si los estatutos sociales establecen las bases o criterios de suerte que otorguen la debida claridad a las relaciones entre los interesados, es decir, que los mismos respondan a un contenido concreto y determinado y no, como parece deducirse de la calificación, sobre las discrepancias, que a juicio del mismo existen entre la redacción del acuerdo de la Junta general y el nuevo artículo

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.The text 'Revista práctica del Derecho CEFLegal.-' is written in a bold, white, sans-serif font, positioned below the logo on a dark red background. To the right of the text, there is a partial image of a person in a dark suit holding a pair of golden scales of justice.

www.civil-mercantil.com

de los estatutos sociales. En cuanto a la contraprestación de las participaciones de la sociedad mexicana a constituir en los supuestos tanto de exclusión como de separación, el artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital señala de forma exclusiva «valor razonable», entendiéndose que el elemento principal es el valor de la participación, y no tanto la materialización de las mismas. Aun cuando la norma parece sugerir que el reembolso se ha de realizar en metálico al emplear el término «cantidad» en su apartado 2, lo que en realidad se está produciendo es una remisión a la regulación específica para el supuesto de que el pago se lleve a cabo en efectivo. Aceptando la obligatoriedad de realizar el reembolso en efectivo, supondría una limitación problemática a la perfección del derecho y una problemática de cobro por cuanto en la actualidad numerosas empresas teniendo cuentas perfectamente solventes se encuentran con dificultades de liquidez. Es perfectamente lícito que se prevea en los estatutos esta modalidad de pago o reembolso porque puede ser una medida de interés tanto para la sociedad como para el socio en cuestión. Pero es que incluso cuando no esté contemplado en los estatutos, también puede ser conveniente para la sociedad, siempre que el socio esté de acuerdo que en lugar de liquidar el reembolso al socio afectado mediante efectivo, la sociedad lo haga entregando un bien que no afecte a su liquidez patrimonial. Así se pronuncia determinado autor (que se cita). En idéntica coherencia, el artículo 393 de la Ley de Sociedades de Capital establece el carácter dispositivo de los estatutos para fijar como cuota de liquidación, la entrega de otros bienes sociales distintos del dinero; 2º.—El segundo defecto plantea si la prestación accesoria establecida en la cláusula estatutaria cuestionada, consistente en la prestación de servicios, ya sea mediante contrato laboral o de prestación de servicios, así como al desarrollo de una actividad comercial en México y en España en los años 2014, 2015 y 2016, donde deberá desarrollar una cifra de negocios cumulativa de 500.000 euros, satisface la exigencia legal del artículo 86.1 de la Ley de Sociedades de Capital, de tener «un contenido concreto y determinado». La regulación contenida en el artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital define el contenido de la obligación (prestación) exigiendo en su fijación un contenido concreto y determinado. La fijación estatutaria que ha establecido la obligación a su poseedor a la prestación de servicios así como «al desarrollo de una actividad comercial en México y en España en los años 2014, 2015 y 2016, donde deberá desarrollar una cifra de negocios cumulativa de 500.000,00 €», no puede fijar de forma más clara y precisa la obligación. Es determinada, porque fija la cifra de negocios cuantitativa (500.000) y la obligación de desarrollarla en los años 2014, 2015 y 2016, siendo tan precisa que marca tanto el «quantum», como el período para validar el «quantum». Para la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 7 de marzo de 2000, la exigencia debe referirse a los elementos esenciales: el tiempo y cuantía de las aportaciones a realizar. En este mismo sentido se pronuncia en la Resolución de 18 de junio de 2012, en un supuesto en que el defecto alegado por la registradora es la indeterminación del objeto de la prestación por cuanto únicamente se ha fijado un plazo máximo de diez años y una cuantía máxima de treinta euros por participación, quedando su exacta determinación al acuerdo de la junta general, determina en su fundamento segundo que es cierto «que el artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital, tras permitir que en los estatutos se establezcan, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, configurándolas así como obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatutario, exige que consten en los propios estatutos los rasgos básicos de las mismas, y, en primer lugar, que se exprese su «contenido concreto y determinado». De ello se deduce la necesidad de un especial rigor en la determinación de ese contenido, del que son elementos esenciales el tiempo y cuantía de las prestaciones a realizar. Y si bien no debe excluirse la posibilidad de establecer una prestación de contenido determinable, será necesario que se establezcan las bases o criterios que permitan hacerlo de suerte que otorguen la debida claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados. Tal exigencia viene corroborada por el hecho de que las prestaciones



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

accesorias, aunque tengan naturaleza societaria, son obligaciones fruto de una relación jurídica entre partes, la sociedad y los socios obligados, lo que impone acudir supletoriamente al régimen general del derecho de obligaciones en orden a su existencia y validez. Y al igual que ha de estarse al artículo 1088 del Código Civil a la hora de determinar qué puede ser objeto de la prestación, habrá que recurrir a sus artículos 1271 y siguientes a la hora de precisar sus requisitos, entre los que el artículo 1273 exige la determinación». La cláusula debatida sí concreta esos dos elementos, esenciales, de la prestación: de cuantía (deberá desarrollar una cifra de negocios cumulativa de 500.000 euros) y de tiempo (la prestación accesoria creada tendrá una validez de cuatro años desde su creación). Por eso una cláusula estatutaria como la analizada, no es contraria al artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital, por cuanto se ha cumplido con la exigencia de que el contenido de la prestación sea concreto y determinado, habiéndose señalado su cuantía, su duración y el objeto de la prestación accesoria. Por tanto, no queda al arbitrio de la junta general su contenido, sino que ha quedado delimitado en el tiempo, cuatro años, en su cuantía, 500.000 euros y en su finalidad, la prestación de servicios, ya sea mediante contrato laboral o de prestación de servicios, así como al desarrollo de una actividad comercial en México y en España en los años 2014, 2015 y 2016. No existe tampoco por lo tanto ninguna discrepancia en plazos, ya que una cosa es la duración de la prestación accesoria (cuatro años) y otra los ejercicios que sirven de base para la cuantificación de los 500.000,00 euros de cifra de negocio, esto es, los ejercicios 2014, 2015 y 2016; 3º.—Según se expresa en la calificación impugnada (tercer defecto) se plantean dudas acerca de la determinación del obligado. La misma se produce vinculando la obligación a las participaciones sociales números 3.051,00 a la 4.575,00. La calificación del registrador Mercantil hace alusión exclusivamente al párrafo primero del acuerdo tercero de la junta. Tal y como se ha expresado en el apartado primero de este recurso, la prestación accesoria debe fijarse en estatutos, por lo que aquellos argumentos son igualmente válidos en este apartado y además la calificación otorgada hace una incorrecta exégesis del párrafo enumerado en la medida que se da redacción a la coletilla final «vinculada al socio D» sin contextualizar la precisión del párrafo cuando se establece que la prestación accesoria está vinculada a las participaciones 3.051 a la 4.575. Si nos atenemos a la regulación estatutaria, esta es clara al establecer lo siguiente: «Además de lo anterior, las participaciones 3.051,00 a la 4.575,00, ambas inclusive, disponen de prestaciones accesorias vinculadas a la condición de socio». La prestación accesoria vinculada a las participaciones es clara, y la coletilla «vinculadas a la condición de socio» no cambia tal certeza, ya que sólo un socio puede ser titular de participaciones, o todo titular es socio, e igualmente titular de participaciones con prestación accesoria; 4º.—Respecto del defecto cuarto, la regulación contenida en el artículo 88.2 debe ser analizada junto con el 123.2 del Reglamento del Registro Mercantil que limita la autorización estatutaria a la transmisión por un tercero. Así, esa debe ser la disposición legal que limita la legitimidad para transmisión de participaciones, y en caso contrario, el artículo 88.2 resulta claro al primar la regulación estatutaria. Y el 88.2 prima la voluntad de las partes a fijar como preferente la regulación estatutaria. Es en esos términos donde debe entenderse la regulación otorgada por la compañía al artículo 7º de sus estatutos, donde se decidió recoger la autorización de cualquiera de los órganos (junta de socios u órgano de administración) para autorizar la transmisión de las participaciones sociales, y sólo debe calificarse negativamente si se produce la vulneración del citado artículo 123.2 del Reglamento del Registro Mercantil (que según determinado autor puede constituir un exceso reglamentario). No existe por lo tanto ningún precepto legal que impide la regulación establecida en estatutos debiendo primar el carácter dispositivo del artículo 88.2; 5º.—Respecto del defecto quinto, cabe tener en cuenta que a la hora de fijar la valoración de las participaciones el art. 353 de la Ley de Sociedades de Capital opta por otorgar máxima preferencia al acuerdo que a tal respecto pacten la sociedad y el socio. Este acuerdo podrá consistir en la fijación del valor de las participaciones o acciones,

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

pero también podrá referirse a la persona que debe valorarlas, como ocurre en este caso, o al procedimiento que ha de seguirse para determinar la valoración. En este sentido la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 15 de octubre de 2003, señala que «la solución al problema que da el artículo 100 de la Ley es atribuir preferencia, como es lógico, al acuerdo que puedan lograr las partes bien directamente sobre ese valor, bien por la indirecta de convenir sobre la persona o personas que han de valorar y el procedimiento a seguir al respecto. De no existir ese acuerdo la solución legal es la de una valoración por auditor, bien sea éste el de la sociedad o el designado por el registrador Mercantil con referencia al valor real o al razonable, según la misma norma en sus diferentes redacciones, previa y posterior a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del Sistema Financiero. Es evidente que esa valoración puede ser combatida a través del procedimiento correspondiente, pero es suficiente por sí para ejecutar el acuerdo una vez pagado o consignado el valor fijado (cfr. Artículos 101 y 102 de la Ley) y por tanto inscribirlo en el Registro». Los criterios para la obligatoria designación de perito, encomendada de forma subsidiaria al Registro Mercantil por el 353, como para que la figura deba recaer en un auditor, deben ser aplicables únicamente de forma subsidiaria para aquellos supuestos en los que la sociedad no haya fijado ex ante, quién debe valorarlas. El establecimiento de una cláusula estatutaria donde se fije que la determinación del valor razonable o valor real de la sociedad sea fijada por un experto independiente, que no tiene por qué tener la cualificación de auditor inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas no es una cláusula arbitraria sino que ha sido fijada precisamente para evitar que tenga que ser un auditor de forma preconcebida, lo que no debe ser óbice para que la valoración otorgada deba realizarse siguiendo los dictados de la Norma Técnica contenida en la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 10 de mayo de 1991 tal y como recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 29 de julio de 2008, asunto «El Corte Inglés». Debemos recordar que esta sentencia, aunque contraria a la tesis que defendía la falta de capacidad del auditor para determinados supuestos de valoración, estaba interpretando una cláusula estatutaria que designaba al auditor de la sociedad o en su defecto, a lo que estableciese la ley. Por ello, que lo que de verdad debe analizarse en la regulación otorgada por «Ingem Energía, S.L.» al artículo 7 de sus estatutos es si la fijación del experto independiente puede ser fijada ex ante o no. A nuestro juicio, el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital es claro al establecer un régimen subsidiario, que no preferente o preeminente, y que no sólo debe operar únicamente «ex post», sino que fija, al arbitrio de los estatutos, que éstos puedan regular quién debe valorar la participación, qué procedimiento debe seguir, y cuál es el procedimiento para su valoración. Dicho acuerdo es por tanto efectivo en los términos del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, en la medida que es el propio artículo el que aclara la preferencia por la voluntad de las partes, voluntad que queda recogida en el propio precepto estatutario. Y es que no cabe sino concluir la lógica validez del hecho de que el convenio de voluntades quede plasmado en los estatutos, que no son sino la norma básica que recoge los acuerdos entre los socios. Cuando el legislador regula en el artículo 353 la preeminencia del acuerdo entre las partes, está dejando la facultad del nombramiento por parte del registrador Mercantil como una opción subsidiaria, es decir, en defecto de tal acuerdo o convenio. Nada obsta, conforme a las reglas generales del derecho común, que dicho acuerdo, haya sido previamente fijado, con un carácter general (y en garantía de objetividad, al fijar unos criterios comunes que rijan entre las partes sin que la conveniencia de la situación determinada pueda frustrar lo convenido como justo para la resolución de diferencias futuras) entre las partes. Ninguna objeción puede plantearse, desde un punto de vista de interpretación de la «voluntas legis», a la posibilidad de que dicho convenio quede incorporado en los estatutos, en pro de la cognoscibilidad y publicidad de dicho pacto por todos los socios, dado que ello no refleja sino el convenio entre partes que permite el artículo 353 y que ninguna norma jurídica impide que haya podido quedar



www.civil-mercantil.com

fijado con carácter previo, y con carácter general, en los estatutos sociales, y 6º.—En relación con el defecto sexto, no se comparte el criterio mantenido por el registrador al no existir contrariedad con lo regulado en el artículo 358 de la Ley de Sociedades de Capital. El citado artículo regula la preceptiva autorización de la junta para la adquisición y tenencia de acciones propias, en la medida que la regla general es la adquisición para su amortización, supuesto regulado expresamente por el artículo 358, para el que es competente el órgano de administración. La regulación del artículo 7 de los estatutos recoge no obstante que las participaciones serán adquiridas por la sociedad para su inmediata amortización, lo que conlleva irremediamente la reducción del capital de la sociedad tal y como establece el artículo 358.1 de la Ley de Sociedades de Capital. No existe por lo tanto disparidad de criterio entre lo regulado en el artículo 358.1 y el precepto estatutario modificado, siendo coherente la adquisición de participaciones propias con las adquisiciones derivativas del artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital que son adquiridas para su inmediata amortización en los supuestos de separación o exclusión. De la misma forma, y aunque no se refleje tampoco en estatutos, se podrá igualmente acudir a la amortización directa por sumisión expresa a la Ley. Y es que la compra tal y como queda regulada en estatutos en un instrumento que sirve para la reducción de capital inmediata, que deberá ser adquirida en ejecución de un acuerdo de reducción de capital para cumplir con lo establecido en el artículo 140 de Ley de Sociedades de Capital, y ser autorizada por la junta, algo, que no requiere su plasmación expresa en estatutos al quedar expresamente recogido en la Ley de Sociedades de Capital. Siendo ésta la correcta interpretación, y a tenor de lo establecido en el artículo 358.1 de la Ley de Sociedades de Capital, no será necesaria la previa autorización de la junta general: «Salvo que la junta general que haya adoptado los acuerdos correspondientes autorice la adquisición por la sociedad de las participaciones o de las acciones de los socios afectados, efectuado el reembolso o consignado el importe de las mismas, los administradores, sin necesidad de acuerdo específico de la junta general, otorgarán inmediatamente escritura pública de reducción del capital social expresando en ella las participaciones o acciones amortizadas, la identidad del socio o socios afectados, la causa de la amortización, la fecha de reembolso o de la consignación y la cifra a la que hubiera quedado reducido el capital social».

IV

Mediante escrito de 18 de julio de 2014, el registrador elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo, en el que tuvo entrada el 21 de julio. En dicho informe manifiesta que se ha dado traslado del recurso al notario autorizante, sin que se haya recibido alegación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1088, 1256, 1271, 1273, 1284 y 1285 del Código Civil; 28, 86, 87, 88, 89, 140, 353, 358, 359 y 393.2 de la Ley de Sociedades de Capital; 187 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de esta Dirección General de 24 de junio de 1998, 7 de marzo de 2000, 27 de julio de 2001, 2 de noviembre de 2010, 19 de agosto de 2011 y 28 de enero y 18 de junio de 2012.

1. El primero de los defectos que, a juicio del registrador, impiden la inscripción de la escritura de modificación de estatutos de sociedad de responsabilidad limitada objeto de calificación, con establecimiento de determinadas prestaciones accesorias, consiste en la existencia de discrepancias entre el acuerdo adoptado por la junta general y el texto del



www.civil-mercantil.com

modificado artículo estatutario, tanto respecto del contenido de la prestación como en cuanto a las consecuencias de su incumplimiento.

El defecto debe ser confirmado. El artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital, tras permitir que en los estatutos se establezcan, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, configurándolas así como obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatutario, exige que consten en los propios estatutos los rasgos básicos de las mismas, y, en primer lugar, que se exprese su «contenido concreto y determinado»

De ello se deduce la necesidad de un especial rigor en la determinación de ese contenido. Y si bien no debe excluirse la posibilidad de establecer una prestación de contenido determinable, será necesario que se establezcan las bases o criterios que permitan hacerlo de suerte que otorguen la debida claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados. Tal exigencia viene corroborada por el hecho de que las prestaciones accesorias, aunque tengan naturaleza societaria, son obligaciones fruto de una relación jurídica entre partes, la sociedad y los socios obligados, lo que impone acudir supletoriamente al régimen general del derecho de obligaciones en orden a su existencia y validez. Y al igual que ha de estarse al artículo 1088 del Código Civil a la hora de determinar qué puede ser objeto de la prestación, habrá que recurrir a sus artículos 1271 y siguientes a la hora de precisar sus requisitos, entre los que el artículo 1273 exige la determinación. Ciertamente que en esta misma norma se permite una indeterminación en la cuantía, pero siempre y cuando sea posible determinarla en su momento sin necesidad de nuevo convenio entre las partes. Con ello, resulta admisible no sólo una absoluta y total concreción o determinación inicial, sino una determinación primaria o mediata, pero en este último caso se requiere que estén ya establecidos o señalados los criterios con arreglo a los cuales tal determinación deberá producirse, criterios que de igual suerte que excluyan la necesidad de nuevo convenio entre las partes, con mayor razón impidan que esa determinación quede al arbitrio de una de ellas. Pero lo que no es admisible es que esa determinación del contenido de la prestación accesoria y de las consecuencias de su incumplimiento que se realice en el propio acuerdo de la junta general resulte discordante con la especificación estatutaria. Indudablemente, los socios pueden concertar determinadas obligaciones pero las que integren el contenido de las prestaciones accesorias necesariamente deben trasladarse a los estatutos.

Resuelta dicha cuestión, no es necesario decidir sobre la objeción expresada por el registrador sobre el hecho de que se prevea una contraprestación en especie al socio separado o excluido, pues habida cuenta de que dicha previsión es objeto únicamente del acuerdo de la junta general pero no se incluya en la regulación estatutaria de las prestaciones accesorias, es evidente que no puede ser inscrita. No obstante, cabe recordar que, aun cuando el crédito del socio separado o excluido es de carácter dinerario, es generalmente admitido que los estatutos establezcan el reembolso «in natura», con base en el principio de autonomía de la voluntad y en la aplicación analógica de lo dispuesto para la cuota de liquidación (cfr. artículos 28 y 393.2 de la Ley de Sociedades de Capital), algo que, por lo demás, puede interesar tanto al socio como a la propia sociedad.

2. Según el segundo defecto, no se expresa de una manera concreta y determinada en los estatutos, «tal como exige el artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital, el contenido de la prestación accesoria, tanto en su vertiente de «prestación de servicios» como en el de «actividad comercial», y, además, el desarrollo que de esta última se hace en el acuerdo segundo de la Junta, luego no se recoge en el precepto estatutario».

En determinación estatutaria de la prestación accesoria se indica únicamente que obliga a «a la prestación de servicios, ya sea mediante contrato laboral o de servicios, así como al desarrollo de una actividad comercial en México y en España en los años 2014, 2015 y 2016,



www.civil-mercantil.com

donde deberá desarrollar una cifra de negocios cumulativa de 500.000,00 €». Habida cuenta de la imposibilidad de tener en cuenta las precisiones contenidas en el acuerdo de la junta general no incluidas en la regulación estatutaria, el defecto debe ser también confirmado, pues adolece de la claridad exigible de toda disposición estatutaria y, al referirse a la prestación de unos servicios y realización de actividad comercial que no especifica, infringe la exigencia de concreción del contenido de la prestación accesoria que impone el artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital (distinto sería si, por ejemplo, se limitara a indicar que se trata de servicios y actividad comercial propios de las actividades que integran el objeto social).

No obstante, no puede confirmarse la objeción del registrador respecto del hecho de la existencia de dudas sobre el período de duración de la prestación, pues interpretando la cláusulas estatutarias unas por otras y en el sentido más adecuado para que produzcan efecto (artículos 1284 y 1285 del Código Civil) resulta compatible la disposición por la que se señala un plazo de duración de la prestación accesoria de cuatro años con la fijación de una duración de la actividad comercial de tres años, de modo que aquel se trata de una plazo máximo que se aplicaría en toda su extensión únicamente para la prestación de servicios.

3. Según el tercero de los defectos expresados en la calificación impugnada, «el párrafo primero del acuerdo tercero de la Junta plantea dudas sobre si la prestación accesoria va vinculada a la titularidad de participaciones sociales o a la cualidad de socio...». Con independencia de la claridad u oscuridad de dicho acuerdo de la junta general, lo que debe examinarse para decidir acerca de la inscripción solicitada es la definición estatutaria de la prestación accesoria, según ha quedado anteriormente expuesto, y en este aspecto la disposición de los estatutos no deja lugar a dudas al especificar que «las participaciones 3.051,00 a la 4.575,00, ambas inclusive, disponen de prestaciones accesorias vinculadas a la condición de socio» y añadir a continuación que es «su poseedor» el obligado a dicha prestación.

4. En el cuarto defecto, el registrador rechaza la previsión según la cual la transmisión de participaciones con prestación accesoria requiere «la autorización del órgano de administración o de la Junta de Socios».

El artículo 88 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que será necesaria la autorización de la sociedad para la transmisión voluntaria por actos «inter vivos» de las participaciones sociales que lleven vinculadas prestaciones accesorias y, salvo disposición estatutaria en contra, atribuye dicha competencia a la junta general. Ahora bien, si se tiene en cuenta el ámbito reservado por el legislador a la libre autonomía de la voluntad negocial en orden a la configuración del régimen de funcionamiento y organización de la sociedad (cfr. artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital) no cabe entender que una disposición estatutaria como la debatida resulte inadmisibles, pues ni se opone a las leyes, a falta de norma que expresamente lo prohíba, ni a los principios configuradores de la sociedad limitada. Esta conclusión no queda empañada por el hecho de que, como afirma el registrador, pueda existir el riesgo de solicitud de autorización a ambos órganos sociales, pues entra dentro del margen de la autonomía de los socios la hipótesis de libertad de la transmisión en el caso extremo de que sea autorizada por cualquiera de los órganos a los que se hubiera solicitado, sin perjuicio de las consecuencias que en el ámbito interno pudiera tener la discrepancia entre los mismos.

5. Según el quinto defecto, considera el registrador que no cabe atribuir a un experto nombrado por la sociedad la competencia para valorar las participaciones del socio que se separa o del excluido, por entender que la norma del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, que atribuye dicha facultad al auditor de cuentas distinto al de la sociedad designado por el registrador Mercantil competente, es imperativa.



www.civil-mercantil.com

El defecto debe ser confirmado, no porque dicha norma legal impida todo juego de la autonomía estatutaria, sino porque el sistema adoptado no ofrece suficientes garantías de imparcialidad.

Como ha entendido este Centro Directivo (cfr. Resolución de 28 de enero de 2012), con base al principio de autonomía de la voluntad pueden admitirse sistemas objetivos de valoración de las participaciones sociales (Resolución de 2 de noviembre de 2010), pero han de rechazarse todos aquellos sistemas de tasación que no respondan de modo patente e inequívoco a las exigencias legales de imparcialidad y objetividad. Por eso, no cabe atribuir a una de las partes (sociedad o socio) la determinación de su cuantía, como ocurre cuando se atribuye a una persona designada por la sociedad, sea empleado o auxiliar externo o interno, pues con ello se estaría dejando el cumplimiento del «contrato al arbitrio de una de las partes, contraviniendo con ello lo preceptuado por el artículo 1256 del Código Civil» (véase Resolución de 19 de agosto de 2011).

En el presente caso la determinación del valor de las participaciones se deja a la propia sociedad, a través del experto que ella misma debe nombrar para hacer la valoración.

6. Por último, el registrador rechaza la inscripción de la disposición estatutaria según la cual «en los supuestos aquí regulados que den lugar a la exclusión o separación, las participaciones serán adquiridas por la sociedad para su inmediata amortización, extinguiéndose por tanto la prestación». Considera que «parece obligar a la sociedad a adquirir las participaciones del socio incumplidor de la prestación accesorio e incurso en causa de exclusión o separación, lo cual contrasta con el artículo 358 de la Ley de Sociedades de Capital, que exige la previa autorización de la Junta General para que las participaciones sean adquiridas por la sociedad».

El defecto no puede ser confirmado, pues la disposición debatida debe entenderse en el sentido más adecuado para que produzca efecto y es indudable que no excluye sino que presupone la aplicación de las normas sobre adquisición derivativa por la sociedad de sus propias participaciones, como la del artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital, de la que resulta que la adquisición para amortizar las participaciones adquiridas requiere inexcusablemente el acuerdo de la junta general.

Esta Dirección General ha acordado desestimar parcialmente el recurso, confirmando la calificación impugnada respecto de los defectos primero, segundo y quinto; y revocándola en cuanto a los defectos tercero, cuarto y sexto, en los términos que resultan de los precedentes 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 vigésimo cuarta de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 25 de septiembre de 2014. El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.