

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**1585** *Resolución de 24 de enero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil II de Madrid a inscribir la escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don A. A. M. C., en nombre y representación de la sociedad «Taisa Syvalue, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil II de Madrid, don Manuel Casero Mejías, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha entidad.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 24 de julio de 2017 por el notario de Pozuelo de Alarcón, don Juan Ramón Ortega Vidal, con el número 1.914 de protocolo, se elevaron a público acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad «Taisa Syvalue, S.L.», por los que se aumenta el capital social y se introduce un nuevo artículo de los estatutos, con el siguiente contenido: «Artículo 8 Bis «prestaciones accesorias asociadas a la titularidad de las participaciones de la serie 2». 1. Los socios dueños de las participaciones de la serie 2 a través de los sistemas de administración que posee la empresa, tendrán derecho a obtener un dividendo por estas participaciones, proporcional 80% del beneficio contable que obtenga la sociedad, en proporción a la implicación en su consecución, en base al siguiente sistema de la prestación: a) Como primer requisito para obtener las prestaciones económicas por los socios que tengan derecho a las prestaciones accesorias, y como condición necesaria es la de no poseer directamente o a través de otras personas o sociedades vinculadas (en los términos expresados en la Ley vigente del Impuesto sobre Sociedades Ley 27/2014, de 27 de noviembre) directa o indirectamente al socio, facturación con clientes de Taisa Syvalue, S.L. Considerando tal circunstancia como competencia a la sociedad. b) Los socios que posean participaciones con prestaciones accesorias, y realicen operaciones por sí o por entidades participadas, y o controladas directa o indirectamente por ellos y por lo tanto realicen competencia a Taisa Syvalue, S.L., en los términos expresados en el párrafo anterior, determinará la prohibición de recuperar cualquier aportación realizada a la sociedad. c) Se establece un sistema contable que determine la aportación al resultado mediante facturación de clientes, así como mediante la consecución de clientes por los socios que prestan servicios efectivos y o trabajo para la sociedad, el resultado de este cálculo se votará por mayoría simple de los socios, los clientes y su asignación al beneficio que no se pueda acordar por mayoría simple se repartirá en proporción a la participación de los socios que suscriban y desembolsen la ampliación de capital propuesta acuerdo. En cualquier caso, los socios podrán acordar junta a junta la distribución proporcional de los resultados a los que dan derecho las participaciones con derecho a prestaciones accesorias, con independencia al resultado del programa de gestión individualizado. 2. Esta asignación de dividendos en función a la obtención del beneficio de la empresa, se someterá a la deliberación de la Junta General de cada año, entendiéndose que las presentes condiciones establecen condiciones variables de forma clara para la sociedad. 3. El Administrador de la sociedad, establecerá estas obligaciones accesorias, en los Estatutos de la sociedad, si así fuese necesario. 4. Las prestaciones accesorias, se vinculan a las participaciones, por lo que cualquier transmisión de estas participaciones, determinará los requisitos de transmisión ordinario, así como los requisitos de aprobación del adquirente en cuanto a la obligación de asumir

las prestaciones accesorias. 5. Los socios firmantes del presente Acta, prestan consentimiento expreso a las prestaciones accesorias desarrolladas, estableciendo que este sistema de prestaciones se ponga en marcha con efectos 01 de enero de 2.017 y en el momento de la inscripción en el registro mercantil. 6. Los socios que no cumplan con las obligaciones que asuma al suscribir y desembolsar la ampliación de capital aquí propuesta, además de limitarse la posibilidad de retorno de sus aportaciones, por cualquier concepto, la sociedad podrá determinar y acordar la exclusión del socio en virtud de lo establecido en la normativa mercantil». Tales acuerdos se adoptaron con el voto favorable de la totalidad de los socios presentes en la reunión, que representaban a su vez el 65% del capital social.

## II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid el día 24 de agosto de 2017, causando el asiento 111.777 del año 2017, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Manuel Casero Mejías, registrador mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, 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 conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 2774/1161 F. presentación: 24/08/2017 Entrada: 1/2017/111.777,0 Sociedad: Taisa Syvalue SL Autorizante: Ortega Vidal, Juan Ramón Protocolo: 2017/1914 de 24/07/2017 Fundamentos de Derecho (defectos) - El acuerdo segundo (ampliación de capital y establecimiento de prestaciones accesorias) vulnera el artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), ya que, a pesar de calificarse el nuevo artículo 8-Bis como prestaciones accesorias, lo que se aprueba es la creación de una serie de participaciones privilegiadas (obtención de un 80% del beneficio) por lo que al afectar a un derecho individual de los socios (Artículo 93-a) LSC se requiere el consentimiento individual de los afectados, es decir de todos los socios, de conformidad con el citado artículo 292 LSC. Es defecto insubsanable. - Como consecuencia del defecto anterior el punto segundo del orden del día vulnera los artículos 174 y 287 LSC al no especificarse con la claridad necesaria las condiciones del aumento de capital (creación de una serie con privilegios y modo de desembolso). Es defecto insubsanable. - Según resulta del anuncio de convocatoria la propuesta de aumento de capital y establecimiento de prestaciones accesorias fue efectuada por el «administrador entrante», lo que vulnera el artículo 286 LSC que obliga al órgano de administración (vigente al convocar la junta) a realizar la propuesta. Es defecto insubsanable. - Tal y como resulta del primer defecto, el artículo 8 bis no regula una prestación accesorio, que ha de consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer, pero no en la concesión de un privilegio. - Para el supuesto de que se tratase de una autentica prestación accesorio (que no lo es), se observarían los siguientes defectos: 1) No resulta claro cómo se calcularían los hipotéticos beneficios de los titulares de las prestaciones accesorias (facturación de clientes, consecución de clientes, etc.), lo que vulnera el artículo 86 LSC que exige que el contenido sea concreto y determinado, lo que además ha de ser objeto de calificación con rigor dada su trascendencia como han establecido entre otras las Resoluciones de 27 de junio de 2001, 24 de junio de 1998, 25 de septiembre de 2014, 18 de junio de 2012 o 22 de octubre de 2013. 2) Al tener que ser un contenido concreto y determinado, no es válido dejar su desarrollo al arbitrio de la junta cada año, como resulta de las letras e) del apartado 1, y, especialmente, del número 2 del artículo 8 bis, que incluso prevé expresamente que la asignación de los dividendos se sujeta a «condiciones variables» y por eso se someterá anualmente a la deliberación de la junta. Al no quedar el contenido de la prestación concretado, se vulnera el citado artículo 86 LSC y los principios configuradores de la Sociedad Limitada (Artículo 28 LSC) (Ver entre otras Resoluciones de 27 de junio de 2001 y especialmente la de 24 de junio de 1998). 3) El número 3 del artículo 8 bis vulnera el artículo 85 LSC ya que la junta general es único órgano competente para incluir prestaciones accesorias en los estatutos. 4) El número 5 del artículo 8 bis es contradictorio

al establecer que entrará en vigor («se pondrá en marcha») el 1 de enero de 2017, y a continuación en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil. 5) Es necesario que conste el carácter gratuito o remunerado de la prestación accesoria (Artículo 86 LSC). 6) Es necesario que se establezca en los estatutos la necesidad de autorización de la sociedad para la transmisión de las participaciones (regulando completamente el sistema de transmisión): Artículo 88 LSC. 7) Si fuese posible establecer una prestación accesoria que otorgase privilegios en relación al dividendo, debe respetarse lo establecido en el artículo 184.2-2.º R.R.M. (indicar la cuantía por medio de múltiplos de la unidad). Tal y como resulta del primer defecto, el aumento de capital requiere unanimidad al afectar a un derecho individual de todos los socios por no tratarse de una prestación accesoria. No obstante, si se estableciese un auténtica prestación accesoria, es decir si para asumir las nuevas participaciones fuese necesario el cumplimiento de la prestación accesoria, se vulnera el derecho de asunción preferente previsto en el artículo 304 LSC, que no puede sujetarse a condición alguna dado su carácter imperativo: Al ser necesaria la asunción de la prestación accesoria para el ejercicio del derecho de asunción preferente, aquel socio que no quiera (o no le sea posible) el cumplimiento de dicha prestación se vería privado de dicho derecho y, como consecuencia de ello, diluida su participación en la sociedad. Además, la supresión o la limitación del derecho de preferencia exige el voto a favor de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social (artículo 199-b) LSC y el cumplimiento del artículo 308 LSC). En la junta solo está presente el 65% del capital por lo que se vulnera dicho precepto. Es defecto insubsanable. Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...) Madrid, a 4 de septiembre de 2017 El registrador (firma ilegible)».

### III

Solicitada calificación sustitutoria, la misma correspondió al registrador de la Propiedad de Las Rozas de Madrid número 1, don Manuel Antonio Hernández-Gil Mancha, quien, el día 3 de octubre de 2017, confirmó la calificación del registrador sustituido por entender que, bajo la apariencia de creación de participaciones sociales con prestaciones accesorias, lo que verdaderamente pretende llevarse a cabo es un aumento de capital mediante la creación de una serie de participaciones sociales privilegiadas, sin el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello.

### IV

Contra la nota de calificación sustituida, don A. A. M. C., en nombre y representación de la sociedad «Taisa Syvalue, S.L.», interpuso recurso el día 3 de noviembre de 2017 mediante escrito con las siguientes alegaciones: «Primera.–Calificación del nuevo artículo 8 bis de los estatutos como prestaciones accesorias.–1. El Sr. registrador y el sustituto consideran que el nuevo artículo 8 bis de los Estatutos Sociales de Taisa Svalue en realidad son la creación de una serie de participaciones privilegiadas que afectan a un derecho individual de los socios de acuerdo con el artículo 93. a de la Ley de Sociedades de Capital y por tanto, vulnera el artículo 292 del mismo cuerpo legal al no haber aprobación de todos los socios afectados. 2. Tenemos que subrayar que las prestaciones accesorias según la doctrina y la jurisprudencia son retribuidas y en consecuencia, dicha retribución puede consistir en la creación de una serie de participaciones con dividendo privilegiado incluso cuando no estén de acuerdo todos sus socios, es decir, cabe la prestación accesoria de comprometerse a suscribir un aumento de capital o la prohibición de competencia todo ello remunerado mediante un dividendo preferente a favor de los socios obligados. En este sentido debemos hacer mención expresa a la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) de 26 de febrero de 2003, la cual dice textualmente que «son retribuidas con cargo a beneficios, lo que repercute en el derecho al dividendo tal y como inicialmente estaba concebido, más en nuestro caso, cuando aparece que se concretó dicha retribución, con la creación de un dividendo privilegiado a

favor de los socios personalmente obligados, se acordó en la junta en la que fueron concretadas las prestaciones accesorias lo siguiente: 'la prestación accesoria tiene carácter retribuido y dicha retribución consistirá en el reparto preferente entre los socios, en proporción al valor nominal de sus participaciones, en el concepto de dividendo privilegiado, de un porcentaje que se detraerá del beneficio neto del ejercicio, que la Junta General determinará para cada ejercicio, que en ningún caso podrá ser superior al 50 por ciento. La cuantía de la retribución no podrá exceder en ningún caso del valor que corresponda a la prestación, a cuyo fin, la Junta General, mediante régimen de mayoría, establecerá el porcentaje aludido, dentro del límite antes mencionado, el dividendo aludido en este artículo podrá ser pagado a cuenta y, en consecuencia, deberá cumplir los siguiente requisitos...'. Sigue diciendo la sentencia en el siguiente párrafo que «está claro que los términos iniciales del negocio han variado sustancialmente porque frente a un derecho de participación anterior igual, se han creado una clase de participaciones con derecho a un dividendo privilegiado, lo que autoriza al contratante, que no está a favor de la creación de dicha diferencia entre participaciones, a desistir del negocio. De conformidad con el artículo 95.F) de la LSRL no puede negársele su derecho a separarse siempre que lo haya ejercitado en el plazo previsto en el artículo 97, es decir un mes contado desde la fecha de la publicación del acuerdo en el BORM en su defecto desde la comunicación escrita al socio que no haya votado a favor de tal acuerdo». 3. Teniendo en cuenta la jurisprudencia y la sentencia, podemos decir que aunque la creación de un dividendo privilegiado para la remuneración de prestaciones accesorias invade el ámbito del derecho individual de cada socio (artículo 93-a) de la LSC) y por tanto, cada socio afectado debiera dar su consentimiento individualizado (artículo 292 de la LSC), no es menos cierto que se ha respetado este derecho de cada socio y la posibilidad de su aprobación y adhesión a dicho acuerdo como se demuestra con el burofax enviado el día 2 de agosto de 2017 (...)

4. Teniendo en cuenta lo anterior y atendiendo a la sentencia arriba referenciada, el socio que esté en desacuerdo puede ejercer su derecho de separación, otro de los derechos individuales de cada socio recogido en el artículo 346 de la LSC. Segunda.—Incorrecta aplicación de los artículos 174 y 287 de la LSC por el que el registrador dice no especificarse con claridad las condiciones del aumento de capital del punto número dos del orden del día.—5. Es incorrecto el defecto insubsanable que el Sr. Registrador llega hacer en su punto número dos en relación a la vulneración de los artículos 174 y 287 de la LSC por no especificarse con la claridad necesaria las condiciones del aumento de capital del punto número dos del orden del día. 6. En el punto número dos del orden del día se especificó que «dentro de la estrategia comercial de la compañía y a los efectos de implicar más activamente a los socios de la entidad, desea proponer en junta una ampliación de capital en la proporción de 1 participación antigua por una participación nueva, de una serie, y que las mismas posean prestaciones accesorias», es decir, se especifica con claridad en el punto número dos del orden del día, las condiciones del aumento de capital. Además, la Junta General se especificó aún más si cabe todas las condiciones del aumento de capital y el porqué de ello. 7. Esta parte afectada no llega a entender porque el Sr. Registrador quiere que se especifique con más claridad el punto número dos, ya que se especifica y en Junta General se exponen todos los motivos a los socios. Tercera.—Error de transcripción al transcribir que fue el administrador entrante quien propuso y estableció las prestaciones accesorias.—8. No fue realmente el administrador entrante quien propuso y estableció el aumento de capital aunque sí se le ocurrió tal idea, idea que al anterior administrador le pareció bien y proporcionada a la realidad económica de la empresa para proponer y establecer tal medida, siempre contando con todos los socios de la sociedad, pues todos fueron avisados con antelación. 9. Por lo tanto, es error subsanable este defecto que el Sr. Registrador califica como insubsanable al ser un error de transcripción. Cuarta.—Correcta prestación accesoria sin defectos.—10. Defecto 1.º.—No tiene sentido este defecto pues con una sencilla operación aritmética se podrían obtener los beneficios de los titulares de las prestaciones accesorias. 11. Defecto 2.º.—La remuneración de la prestación accesoria no es arbitraria como tal, sino que irá en proporción al 80 % del beneficio que obtenga la sociedad, así como la implicación en su consecución, por los

servicios y el trabajo efectivamente realizado. Solo hace falta ver cualquier sentencia o algunas Resoluciones de la DGRN sobre este tema para ver que la remuneración de la prestaciones accesorias en cuanto a proporción del beneficio que obtenga la sociedad, es suficientemente claro y específico, pues basta con multiplicar 0,8 por el beneficio de la sociedad y dividirlo entre el número de socios que están sujetos a las prestaciones accesorias. 12. Defecto 3.º.—No se entiende que quiere decir el Sr. Registrador cuando dice que «el número 3 del artículo 8 bis vulnera el artículo 185 LSC ya que la Junta General es único órgano competente para incluir prestaciones accesorias en los estatutos», pues el artículo 185 de la LSC trata sobre la revocación de la representación y dice que «la representación es siempre revocable. La asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación», por lo tanto, no tiene sentido este defecto que alega el Sr. Registrador. 13. Defecto 4.º.—La entrada en vigor de las prestaciones accesorias no es contradictoria pues se pondrá en marcha a partir del 1 de enero de 2017, a expensas de ser efectiva su inscripción en el Registro Mercantil. 14. Defecto 5.º.—Las prestaciones accesorias tienen carácter remunerado. La retribución puede adoptar cualquier forma sin que la Ley de Sociedades de Capital ponga límite alguno. Por ello, cumpliendo con lo establecido en el artículo 86 de la LSC, la retribución de estas prestaciones accesorias consistirá en una asignación de dividendos, en función a la obtención del beneficio de la empresa en proporción a la implicación en su consecución. No procede el quinto defecto. 15. Defecto 6.º.—No existe confusión alguna, ya que como las prestaciones accesorias se vinculan a las participaciones, y por ello, la transmisión de estas se hará conforme al proceso de transmisión ordinario. 16. Defecto 7.º.—Es posible establecer una prestación accesorias con privilegios especiales en relación con el dividendo y además se respeta el artículo 184.2-2.º del RRM pues con una simple operación aritmética se puede hallar, pues con dividir el 80% del beneficio de la sociedad entre los socios obligados a prestaciones accesorias se halla».

V

Mediante escrito, de fecha 20 de noviembre de 2017, el registrador elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo. En dicho informe manifestaba que se ha dado traslado del recurso al notario autorizante, sin que se haya recibido alegación alguna.

#### Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 7, 1088, 1256, 1271, 1273, 1284 y 1285 del Código Civil; 28, 86, 87, 88, 89, 93, 140, 174, 178, 204, 285, 286, 287, 292, 353, 358, 359 y 393.2 de la Ley de Sociedades de Capital; 184.2.2.º y 187 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1965, 9 de julio y 17 de diciembre de 1966 y 24 de enero de 2008, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 y 3 de agosto de 1993, 1 de diciembre de 1994, 10 de octubre de 1995, 24 de junio de 1998, 21 de mayo de 1999, 7 de marzo de 2000, 18 de mayo y 27 y 30 de julio de 2001, 2 de junio de 2003, 14 de marzo y 26 de julio de 2005, 2 de noviembre de 2010, 19 de agosto y 7 de diciembre de 2011, 28 de enero, 8 de febrero, 18 de junio, 10 de octubre y 29 de noviembre de 2012, 20 de mayo de 2013, 6 de febrero, 30 de julio y 29 de septiembre de 2015 y 2 de septiembre y 26 de octubre de 2016.

1. Mediante la escritura cuya calificación ha motivado el presente recurso se elevan a público los acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada, con el voto favorable de la totalidad de los socios presentes en la reunión -titulares de participaciones que representan el 65% del capital social-, por el cual se aumenta el capital social de modo que las nuevas participaciones creadas, de la serie 2 [sic], comportan determinadas prestaciones accesorias que se regulan en un nuevo artículo de los estatutos que, entre otras reglas, dispone las siguientes: «Artículo 8 bis «prestaciones accesorias asociadas a la titularidad de las participaciones de la serie 2». 1. Los socios dueños de las participaciones de la serie 2 a través de los sistemas de administración que

posee la empresa, tendrán derecho a obtener un dividendo por estas participaciones, proporcional 80% del beneficio contable que obtenga la sociedad, en proporción a la implicación en su consecución, en base al siguiente sistema de la prestación: a) Como primer requisito para obtener las prestaciones económicas por los socios que tengan derecho a las prestaciones accesorias, y como condición necesaria es la de no poseer directamente o a través de otras personas o sociedades vinculadas (en los términos expresados en la Ley vigente del Impuesto sobre Sociedades Ley 27/2014, de 27 de noviembre) directa o indirectamente al socio, facturación con clientes de Taisa Syvalue, S.L. Considerando tal circunstancia como competencia a la sociedad. b) Los socios que posean participaciones con prestaciones accesorias, y realicen operaciones por sí o por entidades participadas, y o controladas directa o indirectamente por ellos y por lo tanto realicen competencia a Taisa Syvalue, S.L., en los términos expresados en el párrafo anterior, determinará la prohibición de recuperar cualquier aportación realizada a la sociedad (...).

2. El primero de los defectos que, a juicio del registrador, impiden la inscripción solicitada es «que, a pesar de calificarse el nuevo artículo 8 bis como prestaciones accesorias, lo que se aprueba es la creación de una serie de participaciones privilegiadas (obtención de un 80% del beneficio) por lo que al afectar a un derecho individual de los socios (Artículo 93-a) LSC se requiere el consentimiento individual de los afectados, es decir de todos los socios, de conformidad con el citado artículo 292 LSC».

Ciertamente, la disposición estatutaria cuestionada se formula sobre la base de la atribución de un determinado dividendo a los titulares de las nuevas participaciones creadas que cumplan la prestación accesorias consistente en una prohibición de competencia, de modo que su incumplimiento determinará «la prohibición de recuperar cualquier aportación realizada a la sociedad».

Este Centro Directivo, en su Resolución de 21 de mayo de 1999, expresó claramente que «entre las ideas rectoras de la Ley de Responsabilidad Limitada destaca la de una intensa tutela del socio y de la minoría, que se traduce, entre otras manifestaciones, en el establecimiento de algunas normas legales que introducen límites al poder mayoritario de la Junta general en caso de modificaciones estatutarias (véase el apartado III de la exposición de motivos de la Ley)». Cita a continuación una serie de medidas tuitivas, establecidas en preceptos de la Ley 2/1995, y trasladadas a la Ley de Sociedades de Capital, que se centran, en unos casos, en la exigencia del acuerdo de todos los socios, en otros, en la necesidad del consentimiento individual del socio afectado, y finalmente, en otros, en la posibilidad de separación del socio disconforme. Esta idea tuitiva respecto del socio que subyace en toda la Ley de Sociedades Limitadas y que ha recibido igualmente la vigente Ley de Sociedades de Capital, debe servir para, en caso de duda, llegar a una interpretación correcta de los preceptos legales. Y si bien es cierto que la Ley establece en determinados casos de forma expresa y específica el requisito de la unanimidad o el consentimiento de todos los socios, en el presente caso la conclusión ha de ser la misma puesto que, al tratarse de derechos individuales de los socios, los mismos deben ser protegidos con base en este carácter en los términos previstos en el artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital. Pero incluso aunque no existiera el citado artículo 292, el resultado debería ser el mismo, pues la introducción de su precedente, el artículo 71.1, párrafo segundo, de la Ley 2/1995, se hizo en la discusión parlamentaria mediante enmienda en cuya justificación ya se reconocía que «aunque la indisponibilidad de los derechos individuales de los socios constituye un principio general que no precisa expresa declaración legal, parece conveniente incluir en la Ley una referencia expresa a la necesidad de contar con el consentimiento de los socios afectados».

No puede interpretarse el precepto en el sentido de que, con la expresión «derechos individuales», se refiere a derechos especiales o privilegiados, pues al no distinguir la norma, como se expresa en la Resolución citada de 21 de mayo de 1999, «han de incluirse en aquel concepto todos los derechos esenciales que configuran la posición jurídica de socio y que no pueden ser suprimidos o modificados por acuerdo mayoritario de la Junta, si no concurre el consentimiento de su titular, de modo que la protección legal ahora

debatida está justificada por el perjuicio que la alteración estatutaria produzca sobre aquéllos». Y añade que «tales derechos no son únicamente los atribuidos por disposición estatutaria, o la medida o proporción en ésta fijada, sino también los reconocidos «ex lege» con carácter inderogable a cualquier socio, de suerte que el consentimiento individual ahora cuestionado será exigible no sólo cuando se trate de una modificación estatutaria que afecte al contenido de derechos de participaciones privilegiadas preexistentes o que pretendan alterarlo mediante la creación de nuevas participaciones privilegiadas que afecten a los privilegios de las anteriores, sino, igualmente, cuando no exista previa desigualdad entre las posiciones jurídicas de los socios y la modificación estatutaria implique la introducción de diferencias en el contenido de derechos» (vid. la Resolución de 7 de diciembre de 2011).

Hechas estas precisiones, resulta claramente que la modificación estatutaria cuestionada afecta a los derechos individuales de los socios, en cuanto que atañe al contenido del derecho participar en el reparto de las ganancias sociales -vid. artículo 93.a) de la Ley de Sociedades de Capital-. Y, por otra parte, nada cambia por el hecho de que ese dividendo privilegiado sea, como apunta el recurrente, el modo de retribuir las prestaciones accesorias.

3. La segunda objeción que expresa el registrador es que el orden del día vulnera los artículos 174 y 287 de la Ley de Sociedades de Capital, al no especificarse con la claridad necesaria las condiciones del aumento de capital (creación de una serie [sic] con privilegios y modo de desembolso).

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, la validez de los acuerdos que puede adoptar la junta general dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que hayan sido tomados por la mayoría legal o estatutariamente exigible, sino, como requisito previo, a la válida constitución de la propia junta, lo que exige su previa convocatoria (cfr. artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital) incluyendo el orden del día -salvo que se trate de junta universal, caso en el cual es necesaria la aceptación unánime, no sólo en relación con la celebración de la junta, sino respecto de los temas a tratar en ella (cfr. artículo 178.1)-. Esta exigencia cumple la doble finalidad de brindar a los socios un cabal conocimiento de los asuntos sobre los que son llamados a pronunciarse, permitiéndoles informarse y reflexionar sobre el sentido de su voto, así como decidir sobre la conveniencia de asistir o no a la reunión, y garantizarles, por otra parte, que no podrá tomarse ninguna decisión sobre asuntos acerca de los cuales no se preveía deliberar ni adoptar acuerdo alguno.

Por otra parte, la exigencia legal de que en todo anuncio de convocatoria de junta general para adoptar acuerdos de modificación de estatutos se expresen, «con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse» (artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital), tiene por objeto no sólo permitir a los socios asistentes o representados el ejercicio consciente y reflexivo del derecho de voto, con el asesoramiento e información que estimen oportuno recabar, para valorar su trascendencia, sino también el control por los ausentes de la legalidad de los acuerdos que se adopten y la impugnación de aquellos que no se correspondan con el orden del día de la convocatoria, derechos ambos de difícil ejercicio en caso de convocatorias ambiguas o indeterminadas (cfr. las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1965, 9 de julio y 17 de diciembre de 1966 y 24 de enero de 2008, así como la Resolución de 1 de diciembre de 1994, entre otras). El alcance de dicha exigencia ha sido objeto de diversas interpretaciones sobre el sentido, tanto de la claridad exigible como de la precisión sobre los extremos sujetos a modificación, lo que ha dado lugar a un casuismo jurisprudencial muy ajustado al supuesto concreto. La garantía adicional establecida en el mismo artículo 287, al exigir que en los anuncios se haga constar el derecho de todos los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como el de pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos, permite considerar suficiente que la convocatoria contenga una referencia precisa a la modificación que se propone, sea a través de la indicación de los artículos estatutarios correspondientes, sea por referencia a la materia concreta sujeta a modificación, sin necesidad de extenderse

sobre el concreto alcance de dicha modificación, del que podrán los socios informarse a través de los citados procedimientos (cfr., por todas, las Resoluciones de 18 de mayo de 2001 y 2 de junio de 2003).

Ahora bien, cuando como consecuencia del acuerdo por adoptar pueda verse comprometida la posición jurídica del socio, esta Dirección General ha exigido una mayor precisión en la convocatoria para evitar su adopción sin que los llamados a pronunciarse tengan cabal conocimiento del alcance de los acuerdos que se pretendan adoptar. Así lo ha exigido cuando, por ejemplo, como consecuencia de la reducción y aumento del capital propuestos pueden los socios perder su condición de tales (Resoluciones de 18 de mayo de 2001 y las citadas por ella -de 9 de mayo de 1991 y 3 de septiembre de 1998-, así como las de 30 de julio de 2001 y 14 de marzo de 2005, según las cuales, en el caso de reducción del capital social a cero, los radicales efectos que de adoptar dicho acuerdo se derivarían para el accionista que, de no ejercer el derecho de suscripción de las nuevas acciones que se emitieran, perdería su condición de socio y los derechos hasta entonces inherentes a dicha condición, requieren una mayor precisión en los anuncios en el sentido de determinar ese concreto alcance de la reducción de capital propuesta), o cuando como consecuencia de la pérdida de la condición laboral de la sociedad, van a ver alterados el conjunto de sus derechos y obligaciones (Resolución de 2 de junio de 2003) o cuando como consecuencia del acuerdo por adoptar resulte la exclusión de un socio en sociedad de responsabilidad limitada (Resolución de 10 de octubre de 1995). Más recientemente se ha considerado que la imposibilidad de deducir de un orden del día expresado en términos generales el alcance y consecuencias de la creación de una página web, justifica el rechazo a la inscripción de los acuerdos adoptados (Resolución de 10 de octubre de 2012).

La doctrina de este Centro Directivo se apoya en la doctrina del Tribunal Supremo que ha venido entendiendo suficiente que se reseñen los extremos o circunstancias básicas del aumento, de modo que la debida claridad a que se refiere el precepto se traduzca, al menos, en la reseña de los extremos por modificar (vid. la citada Sentencia de 24 de enero de 2008). Así, se ha considerado suficiente una referencia a los preceptos estatutarios por modificar (cfr. Sentencias de 9 de julio de 1966 y 30 de abril de 1988) o enunciando la materia y señalando que se trataba de modificar los artículos relativos a ella (Sentencias de 10 de enero de 1973 y 14 de junio de 1994). En otras ocasiones (Sentencia de 25 de marzo de 1988) no se ha considerado suficiente un enunciado como el de «estudio de los Estatutos» cuando después se ha producido la modificación de diversos artículos no especificados e incluso, en doctrina muy rigurosa (Sentencia de 29 de diciembre de 1999), el Tribunal Supremo ha entendido que se había producido la infracción de la exigencia legal referida cuando en la convocatoria no se fijaba el importe de la ampliación, ni se expresaba si podía hacerse por emisión de nuevas acciones o por elevación de valor de las existentes, ni preveía la delegación de facultades a los administradores.

Por otra parte, no es suficiente afirmar que determinado supuesto incurre en falta de claridad para mantener la nulidad de la convocatoria y por ende, de los acuerdos adoptados. Es preciso analizar el supuesto de hecho concreto para poder concluir si una determinada convocatoria, en atención a su contenido y a las circunstancias en que se ha producido, se ha llevado a cabo con violación de los derechos individuales del socio.

En este orden de cosas, es igualmente doctrina consolidada de esta Dirección General que deben distinguirse aquellos supuestos en los que la violación de la previsión legal conlleva indefectiblemente la nulidad de los acuerdos adoptados de aquellos otros en los que, al no existir perjuicio posible para socios o terceros, no procede la sanción de nulidad.

Esta Dirección General ha afirmado que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del accionista o socio (Resolución de 8 de febrero de 2012). Desde este punto de vista se ha impuesto en casos concretos la consideración de que es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos a fin de proteger la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas (vid. Resoluciones de 2 y 3 de

agosto de 1993, 26 de julio de 2005, 29 de noviembre de 2012, 6 de febrero y 29 de septiembre de 2015 y 2 de septiembre de 2016). Siempre partiendo de la base de que los derechos individuales del accionista no sufran una merma, en condiciones tales que puedan considerarse postergados, ni resulte de forma indiscutible que los socios minoritarios hayan considerado sus derechos individuales violados, situaciones éstas que impiden cualquier consideración relativa a una interpretación flexible que se aleje de la rigurosa tradicional del Centro Directivo (Resolución 20 de mayo de 2013).

A la luz de las consideraciones anteriores, es evidente que el inicial anuncio de convocatoria carece de la debida claridad que le exige el ordenamiento por cuanto la omisión de un dato esencial, como es el hecho de que se crean participaciones con dividendo privilegiado, afectaba ya decisivamente a la posición jurídica del socio y le privaba de la información necesaria para ejercer sus derechos de forma adecuada.

4. Respecto del tercero de los defectos -«según resulta del anuncio de convocatoria la propuesta de aumento de capital y establecimiento de prestaciones accesorias fue efectuada por el «administrador entrante», lo que vulnera el artículo 286 LSC que obliga al órgano de administración (vigente al convocar la junta) a realizar la propuesta»-, no debe pronunciarse este Centro Directivo toda vez que el recurrente admite que se trata de un error material de transcripción. No obstante, debe entenderse que se trata de un error subsanable.

5. Según el cuarto defecto, considera el registrador que el nuevo precepto estatutario «no regula una prestación accesorio, que ha de consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer, pero no en la concesión de un privilegio».

Este defecto no puede ser confirmado, pues aun cuando sería deseable que la disposición cuestionada estuviera redactada con mayor claridad, debe interpretarse en el sentido más adecuado para que produzca efecto (artículo 1284 del Código Civil), de suerte que, como ha quedado anteriormente expuesto, se atribuye un determinado dividendo a los titulares de las nuevas participaciones creadas, pero estas llevan consigo la prestación accesorio consistente en una prohibición de competencia a la sociedad, por lo que aquel dividendo puede interpretarse como retribución de la prestación (cuestión distinta es si tal sistema de retribución cumple o no los requisitos establecidos en la ley, algo que también plantea el registrador en su calificación).

6. Para el supuesto de que se trate -como se ha concluido- de una prestación accesorio considera el registrador que adolece de los defectos que se detallan.

El criterio del registrador debe ser confirmado en cuanto considera que no se expresa el contenido concreto y suficientemente determinado de tales prestaciones, toda vez que no resulta claro cómo se calcularían los hipotéticos beneficios de los titulares de las prestaciones accesorias (facturación de clientes, consecución de clientes, etc.) y se deja su desarrollo al arbitrio de la junta cada año, como resulta de las letras e) del apartado 1, y, especialmente, del número 2 del artículo 8 bis de los estatutos, que incluso prevé expresamente que la asignación de los dividendos se sujeta a «condiciones variables» y por eso se someterá anualmente a la deliberación de la junta.

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.

También debe confirmarse la objeción relativa a la atribución al administrador de la competencia para establecer las prestaciones accesorias, toda vez que es la junta general el órgano competente para ello -cfr. el artículo 285 de la Ley de Sociedades de Capital-.

Por el contrario, no puede confirmarse la objeción referente al número 5 del artículo 8 bis (que establece que ese «sistema de prestaciones se ponga en marcha con efectos 01 de enero de 2017 y en el momento de la inscripción en el registro mercantil»). Si se interpreta esta disposición en el sentido más adecuado para que produzca efecto, puede entenderse que se está fijando una fecha para el inicio de tal sistema pero se supedita a que la modificación estatutaria se inscriba.

Tampoco puede exigirse que conste el carácter gratuito o remunerado de la prestación accesorias (pues como ya ha quedado expuesto debe interpretarse que la que se establece es de carácter retribuida, mediante el privilegio en el dividendo), ni que se establezca en los estatutos la necesidad de autorización de la sociedad para la transmisión de las participaciones (pues es el artículo 88 de la Ley de Sociedades de Capital el que impone dicha autorización), aunque sí que deberá constar en la regulación estatutaria el procedimiento para la autorización o, el menos, la remisión al régimen general para la transmisión voluntaria por actos inter vivos establecido en la ley supletoriamente o, en su caso, en los mismos estatutos.

Respecto de la objeción expresada en la calificación en relación con los privilegios en el dividendo (en el sentido de que, conforme al artículo 184.2.2º del Reglamento del Registro Mercantil, debe indicarse la cuantía por medio de múltiplos de la unidad), nada alega el recurrente; y, sin necesidad de decidir sobre las distintas posibilidades de fijación numérica de los privilegios, lo cierto es que en el presente caso no hay determinación alguna de la relación entre el dividendo que se reconoce a los titulares de participaciones con prestaciones accesorias y el atribuido a los titulares de participaciones ordinarias.

7. Por último, considera el registrador que, al ser necesaria la asunción de la prestación accesorias para el ejercicio del derecho de asunción preferente, aquel socio que no quiera o no pueda cumplir tal prestación se verá privado de dicho derecho y, como consecuencia de ello, quedaría diluida su participación en la sociedad.

Entre los derechos mínimos del socio se encuentra el relativo a la «asunción preferente en la creación de nuevas participaciones» -cfr. artículo 93.b) de la Ley Sociedades de Capital-. Mediante el ejercicio de este derecho se permite al socio mantener esta condición y su misma cuota de participación preexistente tanto en el aspecto patrimonial como en el corporativo.

El carácter esencial del derecho de asunción preferente no impide que el mismo pueda ser renunciado bien expresamente, manifestándolo así el socio en la propia junta o con posterioridad a la misma, o bien de forma tácita dejando transcurrir el plazo para el ejercicio del derecho sin hacer manifestación alguna sobre la asunción y desembolso de las participaciones que le correspondan. Por otra parte, el reconocimiento de tal derecho es compatible con la satisfacción del interés de la sociedad, de modo que cuando éste lo exija, la junta general, al decidir el aumento del capital, podrá acordar la supresión total o parcial del «ius optandi».

En el presente caso resulta que el aumento de capital formalizado tiene como finalidad permitir que los socios que deseen tener mayor participación en el capital social se

comprometan -mediante la prestación accesoria que llevan consigo las participaciones creadas- a no competir con la sociedad. Y, habiéndose reconocido a los socios la posibilidad de ejercicio del derecho de asunción preferente, no puede concluirse que este quede vulnerado por el hecho de que alguno de los socios no quiera o no pueda cumplir con esa prohibición de competencia. Por lo demás, los socios que consideren que esta concreta modalidad de aumento del capital pudiera no estar justificada en el interés de la sociedad tienen la posibilidad de cuestionar la validez del acuerdo mediante la correspondiente acción de impugnación del acuerdo, cuyo conocimiento corresponde a los tribunales (cfr. artículos 204.1 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital y 7 del Código Civil).

Esta Dirección General ha acordado desestimar parcialmente el recurso, confirmando la calificación impugnada respecto de los defectos primero, segundo, tercero, cuarto y parte del quinto, y revocándola en cuanto a la parte restante del quinto defecto y el defecto 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 vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 24 de enero de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.