

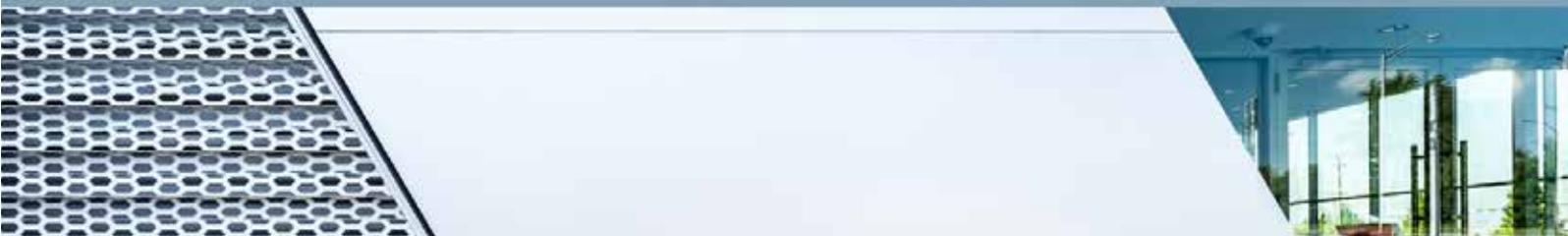
G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo

Boletín

Sociedades

N.º 34



Contenido

Análisis	4	• Administradores	12
— Consecuencias de incorporar el pacto parasocial a una prestación accesoria. Fernando Marín de la Bárcena, Consejero académico de GA_P	4	— Posible nulidad de (algunas) cláusulas de retribución variable de administradores (RDGSJFP de 21 de octubre de 2024)	12
Práctica Societaria.....	8	• Cuentas anuales	13
• Constitución y estatutos	8	— En sociedades no obligadas a auditar, la designación de auditor voluntario puede llevarse a cabo en cualquier momento, antes o después del cierre del ejercicio social, sin sujetarse a un periodo mínimo (RDGSJFP de 28 de noviembre de 2024)	13
— Es válida la constitución de una SLU con una sola participación social de un euro de valor nominal (RDGSJFP de 29 de octubre de 2024)	8	• Modificaciones estructurales	14
• Transmisión de acciones y participaciones.....	9	— Escritura de escisión con adjudicación de inmuebles inscritos a favor de sociedades resultantes: es necesario incluir en la escritura aquellos datos de los inmuebles que permitan apreciar de modo indubitado la identidad entre el inmueble inscrito y el transmitido (RDGSJFP de 20 de noviembre de 2024)	14
— Cláusula estatutaria de sociedad limitada: en los supuestos de transmisiones <i>inter vivos</i> , el valor razonable de las participaciones sociales puede ser fijado por un experto independiente distinto al nombrado por el registrador mercantil (RDGSJFP de 11 de octubre de 2024)	9	— Fusión por absorción de sociedad íntegramente participada: se puede prescindir del informe de administradores —incluso de la sección para trabajadores—, en aquellos supuestos en los que la sociedad absorbida carece de trabajadores (RDGSJFP de 16 de diciembre de 2024)	15
• Junta general.....	9	• Disolución y liquidación.....	16
— De nuevo sobre el artículo 160.f LSC: para inscribir la compraventa de un bien social no es necesario acreditar, ni siquiera manifestar en la escritura su carácter de activo no esencial (RDGSJFP de 29 de julio de 2024)	9	— Funciones del interventor en la liquidación (RDGSJFP de 22 de octubre de 2024).....	16
— Comunicación de la solicitud de convocatoria registral de junta remitida al domicilio registral, no coincidente con el real: nulidad (SAP Madrid, de 13 de septiembre de 2024).....	11		



<ul style="list-style-type: none"> — Declaración de concurso sin masa: es posible la liquidación de la sociedad durante el plazo de cierre provisional de la hoja registral (RDGSJFP de 2 de octubre de 2024)... 17 — Reforma del apartado 3 del artículo 365 LSC (Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, 	<ul style="list-style-type: none"> de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia)..... 17 — Suspensión de la causa de disolución por pérdidas derivadas de los efectos causados por la DANA (Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero)..... 18
--	--

ANÁLISIS

Consecuencias de incorporar el pacto parasocial a una prestación accesoria

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

La técnica de reforzar la eficacia de los pactos parasociales mediante el diseño de prestaciones accesorias consistentes en la exigencia de cumplir las obligaciones asumidas en el pacto está muy extendida en la práctica societaria española y cuenta con el aval de las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes DGRN) de 26 de junio del 2018, y de 11 de octubre y 29 de noviembre del 2024.

Estas resoluciones declararon que el requisito legal de la determinación del contenido de la prestación accesoria (art. 1273 del Código Civil —CC—) queda cumplido si la cláusula estatutaria se remite a una escritura pública otorgada ante notario, sin necesidad de depositar el pacto o protocolo en el

Registro Mercantil. Conforme a las dos últimas resoluciones citadas, si bien es cierto que los futuros adquirentes de las acciones o participaciones obligadas a dar cumplimiento al pacto parasocial deben poder conocer su contenido, ésta es una cuestión reservada al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes en el marco de los tratos preliminares del negocio jurídico de adquisición.

La redacción y aprobación de este tipo de prestaciones accesorias tiene como finalidad principal activar el remedio societario de la exclusión del socio por incumplimiento doloso —o meramente imputable a título de culpa— del pacto parasocial, con previsión estatutaria en la sociedad anónima (arts. 89.2 y 350 de la Ley de Sociedades de Capital —LSC—). También se pretende asegurar la limitación de la transmisibilidad

de las acciones o de las participaciones que lleven vinculada la obligación de realizar la prestación accesoria, ya que dicha transmisión requerirá la autorización de la sociedad mediante el acuerdo o decisión del órgano competente (art. 88 LSC).

El objetivo del siguiente análisis consiste en poner de manifiesto las consecuencias que tiene (y que no tiene) la decisión de crear e inscribir en el Registro Mercantil una prestación accesoria consistente en cumplir el pacto parasocial, consecuencias que derivan de la modificación de la naturaleza jurídica del acuerdo de socios que, una vez vinculado a la prestación accesoria, pasa a integrar la organización corporativa de la sociedad de capital¹.

2. La oponibilidad frente a futuros adquirentes y frente a la sociedad

La inscripción en el Registro Mercantil de la prestación accesoria consistente en cumplir el pacto parasocial meramente referenciado en escritura pública no determina la oponibilidad del pacto frente a futuros adquirentes de acciones o participaciones, ni siquiera cuando el acuerdo o protocolo esté depositado en dicho Registro. La publicidad que se ofrece al amparo del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la Publicidad de los Protocolos Familiares, es la de una mera publicidad o noticia, pero no genera la oponibilidad propia de la inscripción porque ésta requiere un control de legalidad de lo inscrito que no llega a producirse (art. 21 del Código de Comercio).

La oponibilidad del pacto requiere que sea inscrito en el Registro Mercantil, una posibilidad reconocida para sociedades limitadas por la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes. Es necesario en este caso que se otorguen en escritura pública y que el notario efectúe un control de la legalidad del clausulado del pacto («si no contienen cláusulas contrarias a la ley»).

En un término medio, la prestación accesoria consistente en cumplir el pacto parasocial no inscrito sólo requiere que el pacto esté identificado (no necesariamente en escritura pública) de modo que los futuros socios puedan conocerlo con carácter previo a la adquisición de la condición de socio.

En todo caso, desde el punto de vista de la sociedad, lo importante es que ningún tercero podrá obtener la autorización necesaria para adquirir la condición de socio sin suscribir el acuerdo parasocial, lo que garantiza la coincidencia en todo momento entre socios y firmantes del pacto y, por consiguiente, su plena oponibilidad frente a la sociedad (art. 1257 CC).

Los operadores suelen prever además la posibilidad de que el pacto parasocial sea modificado con el paso del tiempo, generalmente porque así lo exige la entrada de nuevos socios que requieren una reestructuración de las relaciones internas. Se debe incluir por ello una regla en el pacto de modificación por mayoría y un inciso en la redacción de la prestación accesoria que remita la determi-

¹ Cfr. para lo que sigue, PÉREZ MILLÁN, D., «La inscripción de la prestación accesoria de cumplimiento de un protocolo familiar» (*RDM*, núm. 311, enero-marzo 2019), que además aborda la compleja cuestión del funcionamiento de este tipo de cláusula cuando existan socios que no formen parte del pacto parasocial.

nación del contenido del pacto parasocial a la escritura inicial con su número de protocolo y «sus modificaciones realizadas de acuerdo con lo previsto en la misma» (es decir, a la versión vigente del pacto en cada momento).

3. Contenido del pacto y activación de los medios societarios

La aprobación e inscripción de una prestación accesoria consistente en cumplir el pacto parasocial determina que los firmantes del pacto se obliguen frente a la sociedad y *en su condición de socios* a cumplir las obligaciones previstas en él. Y, una vez que se produce el tránsito de lo meramente obligacional a lo *societario*, el pacto se integra en la organización corporativa y, por consiguiente, queda sometido a las mismas limitaciones de contenido que se aplicarían a una regla estatutaria.

Lo anterior tiene también sus consecuencias en lo que se refiere a la aplicación de las normas societarias que los operadores desean anudar al pacto parasocial.

En cuanto a la activación del remedio societario de la exclusión por incumplimiento de una prestación accesoria, requiere la adopción de un acuerdo de junta general (que puede ser impugnado) y de una resolución judicial adicional si el porcentaje del capital del socio excluido excede del veinticinco por ciento. En ambos casos, el órgano judicial o arbitral encargado de dirimir el conflicto deberá analizar la conformidad entre la regla del pacto que se considere infringida y las normas imperativas del Derecho de sociedades. Además, la exclusión de un socio no puede llevarse a cabo por cualquier causa, sino que debe concurrir un justo motivo o el incumplimiento de una obligación que tenga un carácter principal para la conse-

cución del fin común perseguido por las partes (art. 1707 CC).

En lo que respecta a la decisión de autorizar o denegar la transmisión de las cuotas de socio (sean acciones o participaciones) obligadas por la prestación accesoria es necesario tomar en consideración que el órgano competente para dar la autorización no podrá actuar de modo discrecional, sino que deberá justificar su decisión sobre la base de la capacidad del adquirente para cumplir las obligaciones definidas en el pacto; e incluso se ha sostenido que, al menos en la sociedad anónima, habría que identificar en los estatutos las causas que permitan denegar la transmisión (art. 123.3 LSC).

4. Conclusiones

- 1.^a La aprobación e inscripción de una prestación accesoria consistente en cumplir el pacto parasocial implica la integración del pacto en la organización corporativa y, por consiguiente, su contenido quedará sometido a las mismas limitaciones que las reglas estatutarias (esto es, a las reglas imperativas del Derecho de sociedades).
- 2.^a La incorporación del pacto a la prestación accesoria no requiere que el pacto esté otorgado necesariamente en escritura pública, sino que es suficiente con que esté identificado de forma que lo puedan conocer no sólo los socios que lo hayan suscrito, sino también los futuros socios. La accesibilidad del pacto es requisito para una adecuada formación del consentimiento en la adquisición de la condición de socio, mas se trata de una cuestión que queda reservada a la autonomía de la voluntad de los socios en los tratos preliminares. El depósito

del pacto en el Registro Mercantil no resulta necesario.

- 3.^a Los nuevos adquirentes de las participaciones sociales (sea de forma originaria o derivativa) deberán obtener la autorización del órgano competente para adquirir la condición de socio, aunque la decisión de dicho órgano no será totalmente libre o discrecional, sino que estará limitada en función de la capacidad del adquirente de cumplir las obligaciones establecidas en el pacto parasocial.
- 4.^a El incumplimiento del pacto parasocial determinará la posibilidad de excluir al socio incumplidor, si bien resultarán de aplicación las mismas reglas que atañen a la exclusión de cualquier socio de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada (necesidad de acuerdo de la junta, decisión judicial en función

de la participación social y valor razonable, salvo pacto o regla estatutaria en contra). El acuerdo de exclusión podrá ser impugnado si el pretendido incumplimiento de la prestación accesoria se basa en la infracción de una cláusula del pacto parasocial que deba reputarse nula según las normas del Derecho de sociedades o resulta de un incumplimiento que no pueda considerarse justo motivo para la exclusión de un socio.

- 5.^a Es conveniente tomar en consideración todo lo anterior antes de decidir si incorporar el pacto a la prestación accesoria o garantizar su cumplimiento mediante los remedios contractuales tradicionales (cláusulas penales, opciones de compra y venta entre socios, etc.) o las típicas restricciones a la transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales (cláusulas de autorización, derechos de tanteo con su retracto, etc.).

Práctica Societaria

Constitución y estatutos

Es válida la constitución de una SLU con una sola participación social de un euro de valor nominal (RDGSJFP de 29 de octubre de 2024)

El registrador mercantil deniega la inscripción de una escritura de constitución de una sociedad limitada unipersonal, con un capital social de un euro, representado por una participación social de un euro (1 €) de valor nominal, numerada con el número 1, quedando suscrito y desembolsado íntegramente.

El registrador deniega la inscripción por entender que dividir el capital social en una sola participación, contradice los principios configuradores de la sociedad limitada y su normal desenvolvimiento.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), mediante resolución de 29 de octubre de 2024 (BOE núm. 282, de 22 de noviembre) revoca la calificación registral y confirma la inscripción: manifiesta expresamente que la existencia de una sola participación social no contradice los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada y su normal desenvolvimiento.

Es cierto que a la sociedad con un capital social representado por una sola participación social

no serán de aplicación numerosas normas de la Ley de Sociedades de Capital que presuponen la pluralidad de participaciones, pero en opinión del centro directivo, no existe ningún precepto legal que se oponga a ello.

Desde el momento en que se admite la constitución y subsistencia por tiempo indefinido de la sociedad unipersonal, así como la existencia de la sociedad con un capital mínimo de un euro —y aunque esta última circunstancia no obligue a admitir la existencia de una sola participación social, dado que dicho capital puede estar dividido en varias participaciones sociales con valor nominal de importe fraccionario de un euro—, debe admitirse el juego de la autonomía de la voluntad del socio fundador de la sociedad para que tenga la posibilidad de adecuar el número de participaciones sociales en que se exprese el capital social a sus necesidades y conveniencias específicas.

Precisamente, uno de los objetivos de la modificación introducida por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, en el artículo 4 LSC, para fijar el capital mínimo en un euro, es, como se indica expresamente en el Preámbulo de la citada ley «ampliar las opciones de los socios fundadores respecto al capital social que desean suscribir en función de sus necesidades y preferencias».

Transmisión de acciones y participaciones

Cláusula estatutaria de sociedad limitada: en los supuestos de transmisiones *inter vivos*, el valor razonable de las participaciones sociales puede ser fijado por un experto independiente distinto al nombrado por el registrador mercantil (RDGSJFP de 11 de octubre de 2024)

Se deniega la inscripción de la siguiente cláusula estatutaria de una sociedad limitada sobre la fijación del valor razonable de las participaciones sociales para el ejercicio del derecho de adquisición preferente, en los casos en que un socio pretenda transmitir sus participaciones con carácter «*inter vivos*: «(...) *Con la finalidad de que la Sociedad y los socios puedan tener un valor que les sirva de referencia para tomar su decisión con respecto al ejercicio del derecho de adquisición preferente previsto en esta cláusula, el Consejo de Administración nombrará un experto independiente, por unanimidad o, en su defecto, mediante sorteo entre una de las cuatro sociedades auditoras de mayor volumen de facturación en España, para la determinación del valor razonable de la sociedad (...)*».

El registrador objetó que no se contemplaba la posibilidad de nombramiento de un experto independiente por el registrador mercantil, como establece el artículo 107.2.d) LSC.

Recurrida la calificación, la Dirección General estima el recurso y confirma la inscripción de la cláusula citada.

Confirma el centro directivo que el artículo 107.2.d) LSC tiene carácter supletorio, y que sólo es aplicable a falta o por insuficiencia del régimen estatutario. Dado que los estatutos en cuestión ya preveían un procedimiento específico para la valoración de las participaciones sociales, no era necesario incluir la disposición supletoria del artículo 107.2.d) LSC. Indica, además, que los estatutos pueden establecer sus propios criterios de valoración sujetos únicamente a los límites generales derivados de las leyes y de los principios configuradores del tipo social elegido (art. 28 LSC). Añade que también en los casos de aportación a sociedad anónima o comanditaria por acciones, la determinación del valor razonable puede fijarse por un experto distinto al nombrado por el registrador mercantil.

Junta general

De nuevo sobre el artículo 160.f LSC: para inscribir la compraventa de un bien social no es necesario acreditar, ni siquiera manifestar en la escritura su carácter de activo no esencial (RDGSJFP de 29 de julio de 2024)

Se presenta en el Registro de la Propiedad escritura pública de compraventa de un inmueble en la que el notario hace constar expresamente que para el juicio de suficiencia de las facultades de los representantes de la parte vendedora y compradora «se han tenido en cuenta los elementos

de hecho y de derecho concurrentes en el negocio formalizado en la escritura, y en particular lo dispuesto por el artículo 160.f de la Ley de Sociedades de Capital».

La registradora suspendió la inscripción porque no se hizo constar el carácter de activo esencial o no esencial del inmueble objeto de la compraventa para la entidad compradora o vendedora (siendo necesario aportar certificado de la junta general aprobando la transmisión en caso de que se tratase de un activo esencial).

Mediante Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 29 de julio de 2024 (BOE núm. 245, de 10 de octubre), el centro directivo, remitiéndose a su doctrina sobre activos esenciales, revoca la calificación y confirma la inscripción de la compraventa. Para resolver el recurso recuerda que:

- a) El término «activos esenciales» del artículo 160.f LSC es un concepto jurídico indeterminado que comporta problemas de interpretación. El carácter esencial —o no— de los activos escapa de la apreciación del notario y del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuran en el último balance aprobado—.
- b) En el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, la forma de actuar de notarios y registradores viene determinada por las consecuencias que pueda tener la falta de aprobación por la junta general de una operación en concreto. Es cierto que facilita el cumplimiento del deber de diligencia del notario en el control sobre la adecuación del negocio a la legalidad, la acreditación o manifestación en la escritura de que el importe de la operación no hace entrar en juego la presunción legal establecida por el artículo 160.f LSC —no

superar el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuran en el último balance aprobado— o, de superarlo, sobre el carácter no esencial del activo. Por su parte, el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (*v.gr.* activo afecto al objeto social notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (*v.gr.* del propio título o de los asientos resulta la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal).

- c) No obstante lo anterior, el artículo 160.f LSC no ha derogado el artículo 234.2 de la misma ley, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. No existe, por ello —aunque pueda resultar conveniente— ninguna obligación de aportar a la escritura un certificado del órgano social o de hacer una manifestación expresa por parte del representante de la sociedad de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial. Si bien dicha certificación o manifestación puede mejorar la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave, no puede exigirse como requisito imprescindible para practicar la inscripción de la transmisión, pues el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar también protegido en estos casos (todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial del activo de que se trate).

En el caso objeto de esta resolución, la Dirección General considera que mediante la afirmación expresa del notario de haber tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 160 f) para emitir el juicio de suficiencia sobre las facultades de los

representantes de las partes se deja constancia de que «ha cumplido con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a la legalidad; deber que le obligaría a denegar la autorización de la escritura si el carácter del activo adquirido es manifiesto y no se acredita suficientemente la autorización de la junta general», siendo suficiente esta afirmación para la inscripción de la operación, sin necesidad de que se aporte una certificación o manifestación sobre el carácter no esencial del activo transmitido.

Comunicación de la solicitud de convocatoria registral de junta remitida al domicilio registral, no coincidente con el real: nulidad (SAP Madrid, de 13 de septiembre de 2024)

El registrador mercantil convocó junta general de una sociedad anónima al amparo del artículo 169 LSC. La junta se celebró en abril de 2017 y en ella se acordó el cese del administrador social y el nombramiento de uno nuevo. Lo peculiar del caso es que las socias iniciadoras del expediente registral indicaron como domicilio social el que figuraba en los estatutos de la compañía, a sabiendas que ése no era su domicilio efectivo y de que no podrían ser localizadas en él ni la sociedad ni su (entonces) administradora.

La administradora cesada impugnó el acuerdo social mencionado. Su demanda fue estimada en primera instancia al considerarse que la manera de proceder de las socias iniciadoras del expediente infringió la buena fe, lo que se tradujo en que no se llegó a dar a la administradora oportunidad real de ser oída (trámite esencial en el expediente: art. 169 LSC). Como consecuencia, se consideró inválida la convocatoria realizada y nulos los acuerdos impugnados. En su posterior apelación la sociedad demandada adujo que no era relevante, a los efectos de apreciar un vicio en la convocatoria, el hecho de que las solicitantes

supieran que el domicilio en el que era realmente posible la localización de la sociedad no era el indicado en la solicitud (el registral), porque —según se sostuvo— para el registrador la exigencia legal se reduce a dirigir la notificación al domicilio señalado en la solicitud, lo que efectivamente se hizo. A ello se añadían otras dos consideraciones: que el contenido del Registro debe presumirse exacto y válido y que era una carga (incumplida) de la anterior administradora promover la adecuación del contenido del Registro a la realidad extrarregistral.

La Audiencia Provincial de Madrid (28ª) desestimó el recurso en su Sentencia 274/2024, de 13 de septiembre (ECLI:ES:APM:2024:12368).

La Audiencia recordó, en primer término, que la Ley (art. 169.2 LSC) exige que se dé audiencia a los administradores de la sociedad cuya junta se quiere convocar. Por ello, si a estos efectos se entendiera aplicable (ante la falta de regulación específica de este expediente registral) el artículo 351.1 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM), la indicación del domicilio al que debe remitirse la correspondiente notificación a los administradores no puede verse como una mera exigencia formal. Antes bien, para que la solicitud sea atendible tal designación del domicilio debe permitir la efectiva intervención de las personas a las que deba darse audiencia por imposición legal.

En segundo lugar, la Audiencia Provincial apuntó que, una vez acreditado que las solicitantes conocían que la sociedad ya no tenía realmente su domicilio en el que constaba registralmente (y que, por tanto, en dicha dirección no podía localizarse a su administradora única), no podían encontrar amparo en la presunción de exactitud del contenido del Registro (art. 20.1 Código de Comercio) ya que, precisamente, el conocimiento de la realidad extrarregistral y de su discordancia con el contenido tabular destruyó para ellas el efecto de esa presunción.

Finalmente, la Sentencia reseñada consideró que el hecho de que la anterior administradora no hubiera procurado la modificación del Registro (lo que podría, en su caso, generar responsabilidad), no resulta relevante para enervar las consecuencias del conocimiento que las solicitantes tenían de la realidad extrarregistral. Según señala la Audiencia, con o sin corrección previa del contenido del Registro, las peticionarias conocían que el domicilio que indicaron en su solicitud era inútil para realizar comunicaciones a los efectos del preceptivo trámite de audiencia (y, además, conocían otra dirección que, en ese momento, podía asegurar la recepción de la notificación por la administradora y la sociedad).

La Audiencia Provincial completó los anteriores razonamientos advirtiendo que en nada se verían afectados por el hecho de que una de las socias solicitantes notificara a la (luego cesada) administradora social que se había procedido

a solicitar la convocatoria registral de la junta de la compañía. Y ello por dos razones. De un lado, porque dicha comunicación fue remitida cuando ya había expirado el plazo de 10 días otorgado por el registrador mercantil para que la administradora pudiera manifestarse. De otro, porque en la comunicación (que no era la oficial a realizar por el registrador) la socia remitente se limitó a mencionar que se había efectuado la petición de convocatoria de junta. Por tanto, era razonable que su destinataria confiara en que, una vez incoado tal expediente (que en la carta enviada se anunciaba como instado), se le daría la preceptiva audiencia.

La Sentencia reseñada concluyó, así, que en el procedimiento registral para la convocatoria de la junta se incurrió en un vicio grave, por no dar oportunidad a una parte con interés legítimo de ser oída, lo que invalidó su resultado y, en consecuencia, los acuerdos adoptados en la junta defectuosamente convocada.

Administradores

Posible nulidad de (algunas) cláusulas de retribución variable de administradores (RDGSJFP de 21 de octubre de 2024)

Se presenta a inscripción una cláusula estatutaria de sociedad limitada que establece, en lo que aquí interesa, que los conceptos retributivos a incluir en los contratos de administración de los consejeros ejecutivos: *a)* serán (anualmente) «determinados por la junta general» y *b)* podrán incluir «una retribución variable, según indicadores o parámetros generales de referencia».

En cuanto a la primera mención, la registradora no cuestiona la licitud de la cláusula que atribuye

a la junta general la competencia para la determinación «anual» de los conceptos retributivos que se pueden incluir en los contratos de administración, entre los identificados en la cláusula estatutaria.

Es una cláusula poco frecuente. Cuando los operadores acuden a la denominada «cláusula menú» (ver Resolución de 4 de junio de 2020, BOE 30 de julio y, más reciente, Resolución de 30 de octubre de 2024, BOE 22 de noviembre), lo que quieren es facilitar al consejo de administración la posibilidad de negociar con los ejecutivos (muchas veces personal directivo de la sociedad) los conceptos de retribución que sean más adecuados, de entre los previstos en los estatutos. Los socios en junta

general se limitan a aprobar la retribución máxima anual a pagar. En todo caso, la cláusula nos parece lícita. Dicho lo cual, téngase en cuenta que, por mucho que la junta altere los conceptos retributivos a pagar a los consejeros ejecutivos, esto no puede modificar los contratos de administración ya suscritos. La negativa a pagar lo acordado en el contrato sería incumplimiento, con las consecuencias que procedan.

La calificación negativa se produce respecto de la cláusula estatutaria que dispone como uno de los «conceptos retributivos» la retribución variable conforme a «indicadores o parámetros generales de referencia». El centro directivo confirma la decisión de la registradora porque considera (críptica frase) que es necesario «indicar cuáles son estos, si bien interpretados de manera flexible». De este modo, queda en manos de los operadores la tarea de concretar esos indicadores o parámetros. En nuestra opinión, decir que se trata una retribución «en función de objetivos» (en una sociedad cerrada, sin política de remuneraciones), no sería suficiente porque es también una expresión indeterminada.

Se supone que los conceptos retributivos deben constar en los estatutos porque definen una determinada forma de gestión de la empresa en el corto y en el largo plazo, que los socios deben

consentir «ab initio» (en la función) o modificar sólo con mayorías reforzadas. Desde ese punto de vista parece razonable pensar que sería suficiente establecer que dichos parámetros podrán ser cuantitativos (financieros) y/o cualitativos o (no financieros). No obstante, ante la duda, es posible que los operadores opten por cláusulas más amplias y dispongan algunos indicadores de carácter alternativo en la «cláusula menú». Por ejemplo, entre los parámetros de carácter financiero se podrían enunciar el EBITDA, la cifra neta de negocios, el beneficio ajustado, flujos de caja generados, consecución de objetivos de determinadas áreas de negocio u otros equivalentes, que se concretarán en los contratos. Entre los no financieros se pueden citar las evaluaciones de desempeño, la consecución de objetivos medioambientales, satisfacción de empleados, clientes, diversidad, inclusión o, por supuesto, la consecución de objetivos en materia de sostenibilidad, también a concretar en los contratos de administración.

Lo que sí está claro es que, contra lo que se pretendía en la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014, habrá que revisar de nuevo las cláusulas estatutarias sobre retribución variable de los administradores de las sociedades de capital españolas, con el derroche de tiempo y costes que esto conlleva.

Cuentas anuales

En sociedades no obligadas a auditar, la designación de auditor voluntario puede llevarse a cabo en cualquier momento, antes o después del cierre del ejercicio social, sin sujetarse a un periodo mínimo (RDGSJFP de 28 de noviembre de 2024)

El registrador mercantil rechaza la inscripción del nombramiento de un auditor voluntario nombrado por la junta general de una SL una vez transcurrido el ejercicio a auditar y sólo para ese año, estando pendiente de resolución por parte de la Dirección General el nombramiento de un auditor a solicitud de socio minoritario para el mismo

ejercicio, por los siguientes motivos: (i) el nombramiento del auditor por la sociedad debía realizarse antes de finalizar el primer ejercicio a auditar y por un periodo mínimo de tres años, conforme al artículo 264.1 LSC, (ii) por existir un expediente de solicitud de nombramiento de auditor a instancia de un socio minoritario para el mismo ejercicio, pendiente de resolución por el centro directivo.

Recurrida la calificación registral, el centro directivo —RDGSJFP de 28 de noviembre de 2024 (BOE núm. 310, de 25 de diciembre)— estima el recurso y revoca la nota de calificación del registrador en cuanto a los defectos invocados, argumentando, en resumen:

- 1) En sociedades no obligadas a verificación contable no se aplican las limitaciones impuestas legalmente para sociedades que si lo están. Por ello, en sociedades no obligadas a auditar, la designación de auditor voluntario puede llevarse a cabo en cualquier momento, antes o después del cierre del ejercicio social; y, puede llevarse a cabo por el periodo de tiempo determinado que resulte del contrato, sin sujetarse a un periodo mínimo; pudiendo realizarse por la junta general o por el órgano de administración al no existir atribución competencial exclusiva a favor de aquella.
- 2) El derecho del socio minoritario a nombrar un auditor no se ve frustrado por el origen del nombramiento de éste, ya sea judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.
- 3) Para que la auditoria voluntaria de la sociedad pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable se han de cumplir dos condiciones concurrentes: a) que se acredite el nombramiento voluntario de auditor a instancia de la sociedad, y b) que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del informe o mediante su incorporación al expediente (inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de auditoría).
- 4) Si bien es cierto que la doctrina de la Dirección General había venido exigiendo que la fecha de nombramiento del auditor por parte de la sociedad resultase anterior a la solicitud del minoritario de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta acreditado el nombramiento voluntario por la sociedad, debe prevalecer esta circunstancia, primando de esta manera el principio de efectividad frente al requisito de la anterioridad del acuerdo de designación voluntaria (lo que se justifica en el caso analizado en el que no existe nombramiento definitivo en el expediente tramitado a instancia del socio minoritario),

Modificaciones estructurales

Escritura de escisión con adjudicación de inmuebles inscritos a favor de so-

iedades resultantes: es necesario incluir en la escritura aquellos datos de

los inmuebles que permitan apreciar de modo indubitado la identidad entre el inmueble inscrito y el transmitido (RDGSJFP de 20 de noviembre de 2024)

El registrador de la propiedad suspende la inscripción de una escritura de escisión total a favor de dos sociedades existentes a las que se adjudican inmuebles identificados en la escritura por su localización, datos registrales y referencias catastrales, por considerar que la identificación de los inmuebles es insuficiente por no constar en la escritura la descripción, superficie y linderos, ni incorporarse notas simples con dichos extremos.

La RDGSJFP de 20 de noviembre de 2024 (BOE núm. 304, de 18 de diciembre) revoca la calificación y confirma la inscripción: si bien es doctrina reiterada del centro directivo que los títulos inscribibles deben contener una descripción precisa y completa de los inmuebles que permita su individualización e identificación, esta doctrina se matiza para inmuebles ya inscritos cuya descripción ya recoge los requisitos establecidos en el ordenamiento hipotecario. La omisión de algunos datos descriptivos no constituye un obstáculo para la inscripción si no compromete la correspondencia segura entre el bien inscrito y el transmitido.

En este caso, la escritura de escisión especifica las fincas adjudicadas indicando su naturaleza, ubicación, número de finca registral, tomo, libro y folio de inscripción. Aunque se omita la superficie y linderos, se puede apreciar de modo indubitado la identidad entre el bien inscrito y el transmitido.

El hecho de que la descripción de la finca que consta en la escritura no coincida con la descripción catastral no impide la inscripción, que puede practicarse con la descripción que consta en el Registro.

Fusión por absorción de sociedad íntegramente participada: se puede prescindir del informe de administradores —incluso de la sección para trabajadores—, en aquellos supuestos en los que la sociedad absorbida carece de trabajadores (RDGSJFP de 16 de diciembre de 2024)

Se suspende la inscripción una escritura de fusión, aprobada por unanimidad en junta general universal de las sociedades participantes, siendo la sociedad absorbente titular de la totalidad del capital social de la sociedad absorbida, sociedad esta última que carece de trabajadores (matriz absorbe a una filial íntegramente participada sin trabajadores), por no adjuntarse el informe de administradores —sección para trabajadores—.

Recurrida la calificación registral, la Dirección General, mediante resolución de 16 de diciembre de 2024 (BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2025) admite el recurso, confirmando que en este supuesto (matriz absorbe a una filial íntegramente participada sin trabajadores) no es necesario informe de administradores —tanto la sección para socios como la sección para los trabajadores— y ordena la inscripción de la fusión.

En su argumentación el centro directivo considera, en primer lugar, que es innecesario decidir si, pese a la literalidad del artículo 9.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales (LME), se puede prescindir del informe de los administradores —en concreto de la sección destinada a los trabajadores— en aquellos supuestos en los que la sociedad absorbida carece de trabajadores, la fusión es acordada por unanimidad en junta universal y se pone de manifiesto en el proyecto de fusión que ésta no produce efecto alguno sobre el empleo de la absorbente.

Lo relevante, a juicio de la Dirección General, es el hecho de que la sociedad absorbida está

íntegramente participada por la absorbente. En estos supuestos, la regla general del artículo 9 LME debe ceder ante la norma especial prevista para las fusiones internas en el artículo 53 LME, que dispone que en los casos en que la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad absorbida, la operación podrá realizarse sin necesidad —entre otros requisitos— de los informes de administradores.

En relación con el informe de los administradores, continúa el centro directivo afirmando que el artículo 53 LME permite prescindir no solo de la sección destinada a los socios, (pues la fusión es acordada por unanimidad en junta universal), sino también de la sección destinada a los trabajadores, dado que la fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada «no afecta sustancialmente a la estructura de poder ni a la composición societaria, porque la sociedad absorbente ya disponía de la totalidad de

las participaciones representativas de capital de la sociedad absorbida, de suerte que se trata de una mera reorganización societaria». Añade que esta simplificación de las fusiones internas intragrupo (en las que, generalmente, existen menos riesgos para los trabajadores que en las fusiones transfronterizas a las que se refieren las Directivas que se transponen) no afecta a los derechos laborales de los trabajadores, pues son de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Y nótese la importancia que tiene para la práctica: si no es preciso el informe para los trabajadores sobre los efectos que la operación pudiera tener para el empleo, tampoco es precisa la publicidad preparatoria (arts. 7 y 9.2 LME). De este modo, una vez adoptado el acuerdo y realizada la publicación (en cualquiera de sus modalidades) del artículo 10 LME, se puede otorgar la escritura pública. Quizá todo se pueda hacer en un día.

Disolución y liquidación

Funciones del interventor en la liquidación (RDGSJFP de 22 de octubre de 2024)

Se presentó a inscripción la escritura por la que se elevaron a público los acuerdos sociales relativos a la liquidación de una sociedad anónima. La registradora mercantil decidió no practicar la inscripción solicitada porque no constaba en la documentación presentada «*la intervención ni el consentimiento del interventor nombrado a las operaciones de liquidación*».

El recurso gubernativo interpuesto por la compañía afectada fue estimado por la DGSJFP en

su resolución de 22 de octubre de 2024 (BOE núm. 281, de 21 de noviembre).

La discusión giraba en torno al alcance de las funciones del interventor nombrado a solicitud de la minoría al amparo del artículo 381 LSC. En este sentido, la calificación de la registradora parecía partir de la idea de que el consentimiento o la autorización del interventor constituyen requisitos de eficacia de las operaciones de liquidación llevadas a cabo por los liquidadores y de la aprobación por la junta del balance final de liquidación. De ahí que, al no constar dicho consentimiento, procediera —según su criterio— denegar la inscripción.

Sin embargo, la Dirección General recordó que, en rigor, la función de los interventores se contrae a fiscalizar las operaciones de liquidación (art. 381.1 LSC), por lo que su labor se limita a controlar que la actuación de los liquidadores se realiza dentro de las normas legales y estatutarias referentes al proceso de liquidación, poniendo en conocimiento de los socios cualquier actuación de los liquidadores que las infrinjan. Todo ello con el objeto de poner de manifiesto las responsabilidades en que hayan podido incurrir éstos y de que pueda instarse su separación en los términos del artículo 380 LSC.

En suma: los liquidadores pueden actuar sin obtener la aprobación de los interventores, cuya función es de mera fiscalización y no de aprobación de la actuación de los liquidadores.

Declaración de concurso sin masa: es posible la liquidación de la sociedad durante el plazo de cierre provisional de la hoja registral (RDGSJFP de 2 de octubre de 2024)

Se solicita la inscripción de la disolución y nombramiento de liquidadores de una sociedad declarada en concurso de acreedores sin masa, con el propósito de liquidar los bienes subsistentes de la sociedad.

La registradora suspende la inscripción, por encontrarse cerrada provisionalmente por el plazo de un año la hoja registral de la sociedad, conforme al artículo 485 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Recurrida la calificación registral, la Dirección General, mediante Resolución de 2 de octubre de 2024 (BOE núm.273, de 12 de noviembre) estima el recurso, revoca la nota de calificación y ordena la inscripción pretendida, concluyendo que la sociedad, aun con el cierre provisional de la hoja

registral, puede nombrar liquidadores y adoptar el acuerdo de disolución para proceder a la liquidación real y definitiva de la sociedad durante el año de cierre provisional, en aquellos supuestos en que quedan por formalizar situaciones jurídicas pendientes.

Reforma del apartado 3 del artículo 365 LSC (Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia)

La Disposición Final decimoséptima de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia ha reformado el último inciso del apartado 3 del artículo 365 LSC para establecer que, en el caso de que los administradores hubieran comunicado al juzgado competente la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración del activo, del pasivo o de ambos, el plazo para convocar la junta general será de «dos meses desde que dejen de estar vigentes los efectos de esa comunicación».

La reforma afecta por tanto al plazo de convocatoria de la junta general para que acuerde la disolución desde que cesan los efectos de una comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración. La norma todavía en vigor establece que la junta general se debe convocar «de inmediato» desde el cese de efectos y ahora se ofrece un nuevo plazo de dos meses.

El nuevo texto no es coherente con la eficacia de la comunicación de la existencia de negociaciones, que consiste en suspender el deber legal de acordar la disolución por pérdidas (art. 613 del Texto Refundido de la Ley Concursal). Si resultaba insostenible la idea de que la junta se convocase de inmediato porque el plazo de dos meses no se hubiera agotado, lo lógico habría sido disponer

que se reanude el plazo una vez cesan los efectos (como dispone el apartado 3 del artículo 367 LSC). Sin embargo, la reforma es clara: el plazo no se reanuda, sino que se reinicia.

La ley no dice nada del deber de solicitar la disolución judicial (art. 366 LSC). En nuestra opinión, del citado apartado 3 del artículo 367 LSC se deduce que la comunicación de la existencia de negociaciones tiene una «verdadera» eficacia suspensiva del deber de solicitar la disolución judicial que (aquí sí) se «reanuda» desde que la comunicación deje de surtir efectos. Quizá se podría haber aprovechado para retocar el artículo 613 del Texto Refundido de la Ley Concursal y recordar que, donde se dice deber de «acordar» la disolución (que no es competencia de los administradores) se quiere decir deber de «promover» la disolución, ya sea mediante la convocatoria de la junta general, ya sea mediante la disolución judicial.

La reforma del apartado 3 del artículo 365 LSC entrará en vigor a los tres meses desde el 3 de enero de 2025 (publicación en el *BOE*).

Suspensión de la causa de disolución por pérdidas derivadas de los efectos causados por la DANA (Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero)

El Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, por el que se aprueban medidas urgentes en materia económica, de transporte, de Seguridad Social, y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad, regula la suspensión de la causa de disolución por pérdidas provocada por la DANA. En este

sentido, aquellas sociedades mercantiles que se hayan visto afectadas por pérdidas derivadas de los efectos causados por la DANA, no incluirán el importe de las mismas a efectos del cálculo de la causa de disolución por pérdidas prevista en el artículo 363.1.e) LSC, hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2026. En la memoria que acompañe a las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2024 y sucesivos se incorporará la información precisa para la correcta identificación de las pérdidas excluidas de su cómputo a efectos de la causa de disolución.

Si, excluidas las pérdidas de los años 2024 y 2025 en los términos señalados en el apartado anterior, en el resultado del ejercicio 2024, 2025 y 2026 se apreciaran otras pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 LSC, la celebración de junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente

Nótese que el Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, que extendía la denominada «moratoria contable» del cómputo de las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 causadas por el COVID-19 hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2026, a los efectos de determinar si la sociedad está incurso en causa de disolución por pérdidas, a día de hoy no ha sido convalidado y, por consiguiente, continúa computando el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio 24.