

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

6919 *Resolución de 20 de mayo de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles II de Alicante, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdo de aumento de capital social.*

En el recurso interpuesto por don G. P. S. M., en nombre y representación de la sociedad «Aqualandia España, S.A.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Alicante, don Julián Muro Molina, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdo de aumento de capital social.

Hechos**I**

Por el Notario de Benidorm, don Juan Antonio Martín Carvajal, se autorizó escritura el día 7 de agosto de 2012 por la que la representación de la sociedad recurrente eleva a público los acuerdos adoptados por la junta general el día 30 de marzo de 2012. La convocatoria fue objeto de la preceptiva publicidad mediante anuncios publicados en un diario y en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil». En el anuncio consta lo siguiente: «Cualquier accionista tiene derecho a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta, incluyendo el texto íntegro de la modificación estatutaria propuesta y el informe justificativo formulado al efecto por el administrador único, así como a examinar dichos textos y documentos en el domicilio social».

Según resulta del certificado elevado a público, la junta se constituyó con la asistencia de un 93,75% de capital social. El acuerdo de aumento se adoptó con el voto favorable del 72% del total capital social, con el voto en contra del 11,75% del total capital social y con la abstención del 10% del total capital social.

II

Presentada la referida documentación en Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Alicante, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, del documento que precede, el cual ha sido presentado en unión de acta autorizada por el Notario de Benidorm, Don Ángel Manuel Puras Ripolles, el día 29 de marzo de 2012, número 492 de protocolo y de escritura complementaria otorgada en Benidorm, el 20 de septiembre de 2012 ante su Notario don Juan Antonio Martín Carvajal, número 579 de protocolo, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar operación alguna conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 284/514 de Fecha: 12/12/2012 Entrada: 1/2013/447.0 Sociedad: Aqualandia España SA Autorizante: Martín Carvajal, Juan Antonio Protocolo: 2012/484 de 07/08/2012 Fundamentos de Derecho (defectos): No consta en el anuncio de convocatoria, el derecho que asiste a los socios de pedir el envío gratuito del texto íntegro de la modificación y del informe del órgano de administración sobre la misma. Art. 287 L.S.C. y resoluciones de la DGRN de 16/11/2002, 14/03/2005, 18/04/2007. Tal infracción, como señala el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Alicante, es motivo más que suficiente para anular una Junta de Socios. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto

en el artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro En relación con la presente calificación (...) Alicante, a 15 de marzo de 2013 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador) El Registrador n.º 2».

III

Contra la anterior nota de calificación don G. P. S. M., en nombre y representación de la sociedad «Aqualandia España, S.A.», interpone recurso en virtud de escrito fechado el día 20 de febrero de 2013, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que de la lectura del anuncio de convocatoria se colige que, si bien no ha sido transcrito literalmente el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital, ello no puede ser causa obstativa para el ejercicio de los socios de su derecho a examinar los documentos, pues dicha facultad se encuentra perfectamente expuesta, por lo que no es posible afirmar que exista lesión de sus derechos; Que, de la ausencia de transcripción literal, no resulta que no se les haya permitido ejercer sus derechos, máxime cuando no hay norma alguna que exija una transcripción literal; y, Que cita en apoyo de su tesis las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 2001 y 2 de junio de 2003, así como las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1966, 10 de enero de 1973, 30 de abril de 1988 y 14 de junio de 1994.

IV

El registrador emitió informe el día 7 de marzo de 2013, elevando el expediente a este Centro Directivo y ratificándose en su calificación. Del informe resulta que fue objeto de presentación mandamiento de anotación preventiva de impugnación de los acuerdos sociales a que se refiere la escritura pública.

V

El Notario autorizante llevó a cabo alegaciones mediante escrito de fecha 11 de marzo de 2013, oponiéndose a la calificación realizada.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 93, 174, 197 y 287 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 144 de la Ley de Sociedades Anónimas; 158 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000, 30 de enero y 20 de julio de 2001, 29 de marzo de 2005, 13 de febrero y 20 de septiembre de 2006 y 26 de julio de 2010; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 y 3 de agosto de 1993, 14 de marzo y 3 de abril de 1997, 24 de noviembre de 1999, 18 de mayo y 8 de junio de 2001, 16 de noviembre de 2002, 9 de mayo y 2 de junio de 2003, 14 de marzo y 8 y 26 de julio de 2005, 18 de abril de 2007 y 8 de febrero y 29 de noviembre de 2012.

1. Se debate en este expediente la cuestión de si es inscribible en el Registro Mercantil una escritura pública de elevación de acuerdos sociales de aumento de capital social de una sociedad anónima habida cuenta de que en los anuncios de convocatoria se hizo constar lo siguiente: «Cualquier accionista tiene derecho a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta, incluyendo el texto íntegro de la modificación estatutaria propuesta y el informe justificativo formulado al efecto por el administrador único, así como a examinar dichos textos y documentos en el domicilio social».

A juicio del registrador el anuncio viola el derecho de información de los accionistas convocados al no hacer referencia al derecho de los socios a solicitar el envío gratuito de

la propuesta de modificación y del informe de los administradores. A juicio de la sociedad recurrente y del Notario autorizante el anuncio recoge suficientemente el derecho de información por lo que no procede considerar como nula la convocatoria ni los acuerdos alcanzados en la subsiguiente junta general de accionistas.

Es importante tener en cuenta que se presentó en el Registro Mercantil mandamiento ordenando tomar anotación preventiva de impugnación de los acuerdos adoptados en dicha junta.

2. Este Centro Directivo ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones (vid. «Vistos») que el derecho de información de los accionistas, cuya formulación básica se contiene hoy en el artículo 93.d) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y, ya con relación a los asuntos que hayan de tratarse en la junta general, en el 197 –con particularidades para diversos supuestos– encuentra una manifestación concreta en el caso de que se proponga una modificación de los estatutos sociales.

Para este caso, el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital y su inmediato antecedente, artículo 144.1.c) de la Ley de Sociedades Anónimas, dispone para este tipo de sociedades que el anuncio de la convocatoria debe expresar el derecho de los accionistas tanto a examinar el texto íntegro de la modificación propuesta como el informe sobre la misma así como la posibilidad de hacerlo bien en el domicilio social, bien solicitando su entrega, bien solicitando su envío gratuito. Esta Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones (por todas, Resolución de 29 de noviembre de 2012) que el derecho de información de los accionistas en supuestos de modificación estatutaria es unitario por lo que comprende el examen de los documentos especificados y las tres formas posibles de llevarlo a cabo. El especial rigor con que se pronuncia el legislador determina que la omisión total o parcial de esa exigencia haya de considerarse como un vicio de la convocatoria que invalida el acuerdo que sobre el particular se pueda adoptar (Resolución de 16 de noviembre de 2002, entre otras muchas).

Es precisamente el carácter «mínimo» y esencial del derecho de información del accionista el que ha provocado una dilatada doctrina que incide sobre su trascendencia y sobre la necesidad de extremar el rigor en su defensa hasta el punto de que se ha afirmado reiteradamente que en caso de duda procede actuar en su salvaguarda rechazando la inscripción (por todas, Resolución de 8 de julio de 2005).

3. Es cierto que esta rigurosa doctrina ha sido mitigada en ocasiones al afirmarse 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 (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, 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 y 26 de julio de 2005). Pero en todos los supuestos contemplados se ha partido de la base de que los derechos individuales del accionista no sufran una merma en condiciones tales que puedan considerarse postergados.

4. En el supuesto de hecho que ha dado lugar a la presente, los anuncios de convocatoria han recogido el derecho de información del accionista y, en concreto, su facultad de solicitar y obtener de forma gratuita la documentación precisa, si bien omitiendo en cuanto a la forma de ejercitarlo, la posibilidad de solicitar el envío gratuito de los documentos a cuyo examen puede acceder aquél. Esta falta formal conlleva la consideración de que la convocatoria es defectuosa de acuerdo a la doctrina expuesta provocando el rechazo de la inscripción. Ciertamente la convocatoria recoge el derecho de información de los accionistas en cuanto reconoce el derecho a examen de la propuesta de modificación estatutaria así como del texto del informe explicativo elaborado al efecto, pero no recoge todas las formas previstas legalmente de ejercicio del derecho. De acuerdo con la doctrina expresada más arriba podría considerarse que dicha falta no

llega al extremo de poner en duda la plena validez de los acuerdos adoptados por tratarse de un mero defecto formal. Pero lo cierto es que del contenido del expediente resulta lo contrario al haber sido objeto la convocatoria y los acuerdos adoptados de acción de nulidad, entre otros motivos, por nulidad de convocatoria: es indiscutible que los accionistas minoritarios han considerado sus derechos individuales violados por lo que esta situación de hecho impide cualquier consideración relativa a una interpretación flexible que se aleje de la rigurosa tradicional de este Centro Directivo. Precisamente el hecho de que la cuestión se haya planteado ante los tribunales aconseja mantener la calificación habida cuenta de la naturaleza esencial del derecho de información y de la especial protección que le depara el ordenamiento jurídico sin perjuicio de que serán aquéllos, con plenitud de medios de conocimiento, los que decidan la cuestión.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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, 20 de mayo de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.