

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 2508** *Resolución de 25 de enero de 2019, 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 III de Palma de Mallorca, por la que se rechaza la inscripción de acuerdos de una sociedad anónima.*

En el recurso interpuesto por don M. C. P., abogado, en nombre y representación de la compañía «Carob, S.A.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Palma de Mallorca, don Jesús Víctor Muro Villalón, por la que se rechaza la inscripción de acuerdos de una sociedad anónima de modificación de un artículo estatutario.

Hechos

I

Por el notario de Marratxí, don Carlos Luis Acero Herrero, se autorizó, el día 12 de julio de 2018, escritura de elevación a público de acuerdos sociales adoptados por unanimidad por la junta general de la sociedad hoy recurrente celebrada el día 29 de junio de 2018, según resultaba del certificado emitido por el propio compareciente en su condición de administrador único cuyo contenido se refería exclusivamente al acuerdo de modificación del artículo 16 de los estatutos sociales. Del citado certificado, resultaba que la junta se reunió en la fecha citada con la asistencia personal o por representación de socios que suponían el 55% del capital social conforme a la convocatoria llevada a cabo, según estatutos, mediante anuncios publicados en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en determinado diario.

Junto al anterior instrumento público, constaba presentada acta autorizada por el mismo notario en fecha 21 de junio de 2018 en la que, por diligencia de fecha 29 del mismo mes y año, hizo constar los particulares de la celebración de la junta general. El notario hizo constar en el acta que la convocatoria de la junta se llevó a cabo por medio de los anuncios a que se refiere el párrafo anterior, copia de los cuales quedaban incorporados al documento público.

De dichos anuncios resulta, en lo que es de interés para la presente, lo siguiente: «(...) convoca a la junta general ordinaria y extraordinaria de los accionistas (...) Orden del día Junta Ordinaria (...) Orden del día Junta Extraordinaria. Primero.–Debatir acerca de la modificación del artículos 16 de los estatutos sociales (...) Derecho de información: Los señores accionistas pueden pedir la entrega de cualquier documentación, informe o aclaración sobre los puntos del orden del día, así como cuanta demás información les asiste, de conformidad al derecho que prevé el artículo 197 de la Ley de Sociedades de Capital. Asimismo, y a partir de la presente convocatoria, los accionistas podrán obtener de forma inmediata y gratuita los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la mencionada Junta, así como el Informe de los Auditores de Cuentas, según lo previsto en el artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital».

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El Registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 231/9210.

F. presentación: 20/09/2018.

Entrada: 1/2018/12.794,0.

Sociedad: Carob SA.

Autorizante: Acero Herrero, Carlos Luis.

Protocolo: 2018/1173 de 12/07/2018.

Fundamentos de Derecho (defectos).

1. El anuncio de la convocatoria de la junta no cumple con los requisitos que en orden a respetar el derecho de información de los socios exige el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital -texto refundido aprobado por RDL 1/2010 de 2 de julio-, en cuanto a que no se hace constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación estatutaria propuesta, y dado que es una sociedad anónima el informe sobre dicha modificación, así como pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos. (Resoluciones de la DGRN de fecha 16 de noviembre de 2002, 9 de mayo de 2003, 8 de julio de 2005 y 29 de noviembre de 2012, entre otras)

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: (...)

Palma de Mallorca, a 2 de Octubre de 2018 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador) El registrador».

III

Contra la anterior nota de calificación, don M. C. P., abogado, en nombre y representación de la compañía «Carob, S.A.», interpuso recurso el día 5 de noviembre de 2018 en virtud de escrito en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente:

Que el informe relativo a la propuesta de modificación del concreto artículo de los estatutos sociales estuvo a disposición de los socios en el domicilio social; Que no se han producido impugnaciones del acuerdo adoptado por ninguno de los socios que, bien al contrario, han notificado a la sociedad un domicilio para ser notificados conforme al nuevo sistema de convocatoria aprobado (acompañando certificación del administrador para acreditar dicho extremo); Que en la convocatoria se omitió involuntariamente que los socios podrían consultar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta; Que cita a su favor la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de mayo de 2013; Que, además, es de hacer constar que todos los socios recibieron el dividendo aprobado en la misma junta (como resulta de la copia en extracto del Libro Mayor de la sociedad que se adjunta); Que todos los socios (que son siete), han sido debidamente informados y su comunicación con el órgano de administración es fluida, y Que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 y 3 de agosto de 1993 y 26 de julio de 2005 aconsejan atenuar el rigorismo formal en favor del normal tráfico jurídico sin imposición de trámites reiterativos que gravan el normal funcionamiento de una empresa.

IV

El registrador emitió informe el día 21 de noviembre de 2018, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que, notificado del recurso interpuesto el notario autorizante del título calificado, no realizó alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 93, 174, 196, 197, 204 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; 195 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, 22 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003, 29 de marzo de 2005, 13 de febrero y 20 de septiembre de 2006, 22 de febrero de 2007, 26 de julio de 2010, 13 de diciembre de 2012 y 26 de noviembre de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2, 3 y 19 de agosto de 1993, 7 y 14 de marzo y 3 de abril de 1997, 9 de enero de 1998, 24 de noviembre de 1999, 18 de mayo, 8 de junio y 20 de julio de 2001, 16 de noviembre de 2002, 9 de mayo y 2 de junio de 2003, 14 y 29 de marzo y 8 y 26 de julio de 2005, 13 de febrero y 20 de septiembre de 2006, 18 de abril de 2007, 8 de febrero, 23 de abril y 29 de noviembre de 2012, 20 y 30 de mayo y 24 y 28 de octubre de 2013, 18 de febrero y 29 de septiembre de 2015, 2 de septiembre de 2016 y 24 de marzo de 2017.

1. La junta general de una sociedad anónima celebrada en primera convocatoria con parte del capital social presente y representado aprueba por unanimidad de los presentes, entre otros acuerdos, una modificación de los estatutos sociales. En la convocatoria se contiene un apartado denominado derecho de información cuyo contenido ha sido transcrito en los hechos. El registrador rechaza la inscripción porque la convocatoria no cumple las exigencias del artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital en lo que se refiere al derecho de información cuando existe previsión de reforma de estatutos.

2. Esta Dirección General se ha pronunciado en distintas ocasiones (vid. «Vistos»), sobre la trascendencia que el derecho de información tiene en el ámbito de la regularidad de los acuerdos adoptados por una junta general perfilando una doctrina que por ser de plena aplicación al supuesto de hecho no cabe sino reiterar.

Conforme a dicha doctrina es preciso afirmar, en primer lugar, cómo el derecho de información ha sido configurado por la jurisprudencia (vid. «Vistos»), como un derecho esencial, instrumental al de voto (véase no obstante el inciso final de la presente), imperativo e irrenunciable, que se tiene como consecuencia de la condición de socio. Dicho derecho permite al socio actuar de forma efectiva en el seguimiento de la marcha de la gestión social, controlar las decisiones del órgano de administración, actuar en defensa de sus intereses y tener conocimiento preciso de los puntos sometidos a aprobación de la junta, posibilitando una emisión consciente y reflexionada del voto. Este derecho se concreta no sólo en la obligación de la sociedad de proporcionar datos y aclaraciones relativas a los asuntos comprendidos en el orden del día sino también en poner en conocimiento del socio el contenido de su derecho cuando le llama a participar en una junta (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003 y 22 de febrero de 2007).

Desde esta última perspectiva, 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 o socios en cuanto unitario determina que la ausencia o falta de alguno de los requerimientos que debe comprender la convocatoria afecta a la totalidad. Por ello, y por el especial rigor con que se pronuncia el legislador la omisión total o parcial de todos o algunos de los requerimientos que conforman el derecho de información implica un vicio de la convocatoria invalidando 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 o socio 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. Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, esta Dirección General ha afirmado que tan rigurosa doctrina debe mitigarse en ocasiones afirmando 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, 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 y 29 de noviembre 2012). 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 accionistas o socios minoritarios hayan considerado sus derechos individuales violados, situaciones estas que impiden cualquier consideración relativa a una interpretación flexible que se aleje de la rigurosa tradicional de este Centro Directivo (Resolución 20 de mayo de 2013).

Esta última consideración exige que la situación de hecho sea objeto de análisis pormenorizado para determinar si los derechos individuales de los socios llamados a reunirse en junta y, en su caso, expresar su voluntad mediante el ejercicio del derecho de voto, han sido violentados de forma tal que la rigurosa previsión del ordenamiento no admita corrección derivada de las circunstancias concurrentes. En esta línea este Centro Directivo ha considerado que para que así sea deben concurrir en la situación de hechos una serie de circunstancias que permitan, en su apreciación conjunta, llegar a la conclusión de que no ha existido una violación inadmisibles de los derechos individuales de los socios (Resolución de 20 de mayo de 2013). Circunstancias como la naturaleza meramente formal de los defectos de convocatoria; su escasa relevancia en relación al conjunto de la convocatoria; el hecho de que el derecho de información haya sido respetado si bien insuficientemente en la convocatoria (Resolución de 24 de octubre de 2013); que el contenido del derecho de información se haya reflejado con la debida claridad aunque insuficientemente (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006 y Resolución de 23 de abril de 2012); o incluso la circunstancia de que el resultado, presumiblemente, no vaya a ser alterado en una nueva junta (Resolución de 24 de octubre de 2013, entre otras).

Esta doctrina ha recibido el respaldo legal como resulta de las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que permiten sostener la doctrina expuesta. De acuerdo con dicha reforma (artículo 204.3 del texto refundido), no procede la impugnación de acuerdos sociales por «la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria (...)» salvo que se refieran a la «forma y plazo» para llevarla a cabo. El propio precepto permite corregir una aplicación indiscriminada de tales postulados añadiendo que son impugnables los acuerdos cuando se hayan infringido requisitos que por su naturaleza puedan ser considerados relevantes, determinantes o esenciales circunstancia que debe resolverse incidentalmente con carácter previo al conocimiento del fondo del asunto (artículo 204 «in fine»). En definitiva, como se afirma más arriba y por lo que se refiere al objeto de este expediente, son las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho concreto las que han de permitir determinar si el derecho de información de los socios ha sido o no cumplimentado en términos tales que los derechos individuales de los socios hayan recibido el trato previsto en la Ley.

4. En el supuesto que da lugar a la presente, la convocatoria se refiere tanto a la celebración de una junta general ordinaria (aprobación de las cuentas anuales, propuesta de aplicación del resultado,...), como a una junta general extraordinaria cuyo objeto lo constituye una modificación de un concreto artículo de los estatutos sociales. En el apartado relativo al derecho de información, los anuncios se refieren a los derechos que, en general, el artículo 197 de la Ley de Sociedades de Capital les confiere así como al especial a que se refiere el artículo 272.2 de la misma ley relativo a la aprobación de las cuentas anuales.

Sin embargo los anuncios no hacen mención alguna del derecho de información especial que para los supuestos de modificación de estatutos el artículo 287 de la propia Ley de Sociedades de Capital exige que se hagan constar en la convocatoria. Dice así el citado artículo: «En el anuncio de convocatoria de la junta general, deberán expresarse con la debida claridad los extremos que hayan de modificarse y hacer constar el derecho que corresponde a todos los socios de 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 pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos».

Es cierto que la convocatoria se refiere al derecho a la entrega de cualquier documentación sobre los puntos del orden del día como se refiere a la obtención de los documentos que han de ser sometidos a su aprobación, pero en ambos casos se hace en clara y expresa referencia a preceptos que vienen referidos al régimen de información en general y al supuesto de aprobación de las cuentas anuales. Considerar que estas referencias que legalmente vienen referidas a supuestos genéricos o al específico de aprobación de cuentas pueden suplir o englobar el específico régimen legalmente establecido para la modificación de estatutos desnaturalizaría por completo la exigencia legal del artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital que prevé un régimen específico y ampliado para tal supuesto.

Es cierto igualmente, como resulta de las consideraciones ya expuestas, que es doctrina reiterada de esta Dirección General que el severo régimen de exigencia formal de la convocatoria de juntas debe mitigarse cuando por el conjunto de circunstancias concurrentes no resulten indebidamente postergados los derechos individuales del accionista. Ahora bien esta doctrina no puede resultar de aplicación en aquellos supuestos en que la convocatoria omite en su totalidad el régimen de protección específico del derecho de información: Así se ha considerado en las Resoluciones de 18 de marzo de 2013, 18 de febrero de 2015 y 24 de marzo de 2017 en las que, aceptando la doctrina de la mitigación de efectos y su plasmación legal en el artículo 204.3.a), esta Dirección General así lo ha entendido porque la omisión tiene «el carácter relevante» a que se refiere el precepto al excepcionar del régimen de dispensa las infracciones formales que afectan a derechos esenciales de los socios.

No cabe hacer una interpretación que permita tener por cumplidos los requisitos especialmente previstos por la Ley para la protección del derecho de información en supuestos especiales por la mera previsión de los requisitos previstos para otros supuestos distintos. Si la Ley ha considerado necesario exigir requisitos especiales es, precisamente, porque considera que el derecho de información no está debidamente protegido en tales supuestos por los requisitos generales.

La ausencia en el supuesto de hecho de cualquier referencia del derecho de los socios al examen del texto íntegro de la modificación estatutaria propuesta o del informe que la justifica así como del derecho a la entrega o envío de dichos precisos documentos, no puede quedar suplida por la referencia genérica a «cualquier documentación», o a los documentos «que han de ser sometidos a la aprobación de la junta», sin producirse una grave merma de las garantías específicamente señaladas por la Ley para el supuesto de propuesta de modificación de estatutos.

Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

5. Los argumentos esgrimidos en el escrito de recurso no pueden enervar la conclusión anterior tanto porque las meras afirmaciones de parte no tienen cabida en este procedimiento (que el informe estuvo a disposición de los socios, que estos han

aceptado la modificación aprobada o que no han llevado a cabo impugnación alguna del acuerdo, artículo 326 de la Ley Hipotecaria), como por el hecho de que la doctrina de mitigación de los efectos anulatorios de los defectos formales no es de aplicación al supuesto de hecho tal y como se ha justificado en el considerando anterior.

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, 25 de enero de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.