

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12233 *Resolución de 24 de octubre 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 V de Barcelona, por la que se suspende la inscripción de una escritura de modificación estatutaria y cambio de sistema de retribución de los administradores.*

En el recurso interpuesto por doña M. B. V., en nombre y representación y como administradora solidaria de la sociedad «Intex, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles V de Barcelona, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz, por la que se suspende la inscripción de una escritura de modificación estatutaria y cambio de sistema de retribución de los administradores.

Hechos

I

Ante el notario de Sabadell, don Jesús Cembrano Zaldivar, el día 2 de julio de 2013, número 1.110 de protocolo, se otorga escritura de elevación a público del acuerdo de modificación estatutaria y cambio de sistema de retribución de los administradores de la sociedad «Intex, S.L.», adoptado en junta general de socios celebrada el día 19 de junio de 2013. Se complementa dicho documento con el acta de requerimiento efectuado el día 6 de junio de 2013 al notario de Sabadell, don Jesús Cembrano Zaldivar, número 951 de protocolo, reclamando su asistencia a la referida junta, así como la extensión del acta correspondiente conforme al artículo 203 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

II

Dicha documentación fue presentada en el Registro Mercantil de Barcelona el día 4 de julio de 2013, siendo objeto de la siguiente calificación: «Registro Mercantil de Barcelona El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio –con la conformidad de los cotitulares–, ha acordado suspender la práctica de la inscripción solicitada, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Hechos Diario/Asiento: 1167/925 F. presentación: 04/07/2013 Entrada: 33103226 Sociedad: Intex SL Documento calificado: Escritura otorgada el día 2 de julio de 2013 ante el Notario de Sabadell don Jesús Cembrano Zaldivar, número 1110/13 de protocolo. Se eleva a público el acuerdo adoptados por la Junta General de fecha 19 de junio de 2013, relativo a la modificación del artículo 19.º de los Estatutos Sociales. Documento complementario: Acta de requerimiento efectuado el 6 de junio de 2013 al Notario de Sabadell don Jesús Cembrano Zaldivar, número 651/13 de protocolo. Fecha de calificación: 19/07/2013 Fundamentos de Derecho (defectos) 1) El texto del anuncio de convocatoria de la Junta efectuado en el BORME y El Mundo Deportivo, no contiene la advertencia exigida por el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital en los términos establecidos en el mismo, con infracción del derecho de información que, en sede de modificación de estatutos, otorga la Ley a los socios. El derecho de información, recogido como tal en el artículo 93.d) y, con carácter general con relación a todos los asuntos que hayan de tratarse en las Juntas, en el artículo 196, encuentra una manifestación concreta en los casos de modificación de estatutos. En este caso el derecho de información supone que la propuesta de

modificación pueda ser examinada por los socios con facilidad. El ejercicio de este derecho se refuerza por el artículo 287, que exige que el derecho se advierta expresamente en la convocatoria, y no sólo en cuanto a su existencia, sino en cuanto a las tres formas de ejercitarlo: examen directo, solicitud de entrega y solicitud de remisión. La omisión total o parcial de esta exigencia constituye un vicio de convocatoria que invalida el acuerdo a adoptar. (Artículos 93.d), 196 y 287 de la Ley de Sociedades de Capital y 195 del Reglamento del Registro Mercantil y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de agosto de 1993, 1 de diciembre de 1994, 7 de marzo de 1997, 9 de enero de 1998, 11 de noviembre de 1999, 16 de noviembre de 2002, 14 de marzo de 2005 y 18 de abril de 2007, 29 de noviembre de 2012 y 20 de mayo de 2013). 2) Se observan las siguientes discordancias en cuanto al porcentaje de capital social asistente a la Junta: a) En la documentación relativa a las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio de 2012, se indica que asistieron socios representantes del 100% del capital social; b) En la escritura de elevación a público de los acuerdos n.º 1110713 que asiste el 97,6% del capital social; y en el acta de requerimiento n.º 951/13, por un lado se manifiesta que asistió el 97,61% del capital social y por otro lado de la suma de los porcentajes asistentes resulta el 97,63% del capital social. Dichas discordancias, en atención a la precisión y claridad de los asientos registrales, deben corregirse. (Artículos 6, 58, 97.1.4.ª, 112 y 113 del Reglamento del Registro Mercantil y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 2006). Los defectos consignados tienen carácter subsanable. La anterior nota de calificación (...) El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

Dicha nota de calificación fue notificada al presentante y al notario autorizante con fechas 23 y 24 de julio de 2013, respectivamente.

III

El día 20 de agosto de 2013, mediante escrito de fecha 19 de agosto de 2013, doña M. B. V., en nombre y representación y como administradora solidaria de la sociedad «Intex, S.L.», interpone recurso únicamente en cuanto al primero de los defectos señalados en la nota de calificación, acompañándose acta autorizada por el notario de Sabadell, don Jesús Cembrano Zaldivar, el día 16 de agosto de 2013, subsanatoria del segundo de los defectos. En el citado escrito la recurrente hace resumidamente las siguientes alegaciones: A) Después de reproducir el texto del artículo 287 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de capital, señala que el registrador interpreta que la parte final del artículo «así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos», se refiere tanto a las sociedades anónimas como a las limitadas, pero la recurrente interpreta dicha norma a sensu contrario de forma que, en las sociedades limitadas, el derecho de información se cumple con la posibilidad de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta, mientras que para las sociedades anónimas dicho derecho de información se refuerza pudiendo además pedir la entrega o envío gratuito de la modificación propuesta y el informe del administrador, debiéndose hacer constar en la convocatoria tales derechos, en la forma indicada para las limitadas o en su caso para las anónimas. En consecuencia, la parte final del artículo corresponde sólo a las sociedades anónimas y no a las limitadas. Aparte de la dicción literal del artículo, sostiene la recurrente que si la voluntad del legislador hubiera sido lo que pretende el registrador, el redactado del texto debiera haber sido distinto y dicho párrafo final se hubiese colocado antes de la referencia a las anónimas, o sea que hubiese dicho «examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos y en el caso de las sociedades anónimas además el informe sobre la misma». Por ello se reitera que en la convocatoria de las sociedades limitadas en que se pretenda una modificación estatutaria, basta sólo con efectuar la advertencia a los socios del derecho que les asiste de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta; B) Después de valorar la improcedencia de que vía texto refundido se incluyan en un texto

legal novedades en los derechos u obligaciones derivados de la norma, señala que el artículo 287 es una refundición de los artículos 71 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 144.c de la Ley de Sociedades Anónimas. Que en dichas normas existía un tratamiento diferenciado según el tipo de sociedad y que en la redacción del artículo 287 se mantiene la diferenciación, si bien, como novedad, se amplía el que el derecho de información que existe en las limitadas y que continúa siendo el mismo, deba hacerse constar en la convocatoria, tal y como se habría hecho en el caso de «Intex, S.L.»; C) Refiere a la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, exponiendo que los fundamentos de Derecho que el registrador alega en su nota son erróneos, por cuanto las Resoluciones que aporta en defensa de su calificación se refieren a supuestos en que se modificaban artículos de sociedades de naturaleza anónima y no limitadas. Que dichas Resoluciones son tanto anteriores como posteriores a la entrada en vigor del Texto Refundido, con lo cual se ha de deducir que él considera que las Resoluciones anteriores han de tenerse en cuenta en la actualidad y, por tanto, el derecho no ha cambiado. Que, así mismo, son incompletos, puesto que se olvida de las Resoluciones de 24 de julio de 2007 y las que en ella se citan, (14 y 25 de julio de 2006, entre otras), en las que se aborda el problema del distinto tratamiento que debe merecer el derecho de información de los socios para los casos de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada y en las que incluso se reitera la innecesariedad de hacer constar en los anuncios, el derecho de información que asistía a los socios de las limitadas, si bien tal derecho existe en los términos del artículo 71.1. Reitera el que dicha diferenciación se mantiene en el artículo 287, interpretación que según la recurrente ratifica el punto 3 de la Resolución citada. Y termina señalando que, si son aplicables las Resoluciones anteriores a la entrada en vigor del Texto Refundido a que hace referencia la nota de calificación, también lo serían estas; y, D) Por último, apoya su recurso en la interpretación doctrinal según la cual se sigue manteniendo solamente para las sociedades anónimas la necesidad de redactar un informe justificativo de la modificación y el derecho que asiste a los socios de entrega o envío gratuito de dichos documentos, en lugar de extenderlo también a las sociedades de responsabilidad limitada como propugnaban algunos autores.

IV

El registrador Mercantil y de Bienes Muebles V de Barcelona, don Jesús Santos y Ruiz de Egulaz, emitió informe el día 6 de septiembre de 2013, en el que resuelve mantener íntegramente la calificación recurrida, formó expediente y lo elevó a este Centro Directivo.

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; 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 y 26 de julio de 2010; 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 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, 8 de febrero y 29 de noviembre de 2012 y 20 y 30 de mayo de 2013.

1. Se debate en este expediente la cuestión de si es inscribible en el Registro Mercantil una escritura de modificación estatutaria y cambio de sistema de retribución de los administradores, habida cuenta de que en los anuncios de convocatoria se hizo constar lo siguiente: «A partir de la convocatoria de la Junta, los socios podrán obtener de

la sociedad de forma inmediata y gratuita los documentos a que se refiere el Artículo 272 del Texto Refundido de la Ley de sociedades de Capital y a examinar en el domicilio social aquellos a que se refiere el Artículo 287 de la misma ley». 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 la entrega o el envío gratuito de dichos documentos, tal y como recoge expresamente el artículo 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.

2. En primer lugar, hay que hacer alusión al argumento de la recurrente en cuanto a la finalidad de este último cuerpo legal; a tal efecto debe tenerse en cuenta que es el resultado de la regularización, aclaración y armonización de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, de forma que introduce una muy importante generalización o extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para una sola de las sociedades de capital (vid. el apartado II de la Exposición de Motivos 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), generalizando las normas para el mismo tipo social cuando existe identidad de razón y estableciendo de forma expresa las diferencias, e introduciendo cambios en aras a la consecución de dichos objetivos.

Sin ánimo exhaustivo son ejemplo de los cambios recogidos en el Texto Refundido los siguientes: Se incluyen tanto las sociedades limitadas y las anónimas como las comanditarias por acciones, bajo el término de sociedades de capital. Se extiende a la sociedad anónima la norma de la sociedad limitada relativa a la creación, supresión o traslado de sucursales. Se cambia el capital social mínimo exigible para cada tipo social. Se regula el contenido de los estatutos de ambos tipos. Se recoge la extensión a las limitadas de las juntas ordinarias y extraordinarias, se enumeran las competencias de la junta para la sociedad anónima, se establece para todo tipo de sociedades que la junta universal pueda reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero. En cuanto a los órganos de administración, extiende a la sociedad limitada la obligatoriedad de expresar en estatutos el número de administradores o, al menos, el número mínimo y máximo, se unifican los deberes de los administradores, amplía a todas las sociedades de capital la regulación en materia de cláusulas estatutarias prohibidas de la sociedad de responsabilidad limitada, especialmente las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción, justificado según también la propia exposición de motivos en que «la contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas –salvo, obviamente, las cotizadas– son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones».

3. En cuanto al derecho de información, y según criterio de la doctrina mayoritaria, entre las novedades del Real Decreto Legislativo 1/2010, destaca la extensión del derecho de los socios de la sociedad limitada a pedir la entrega o el envío gratuito de los documentos relativos a las modificaciones estatutarias, hasta entonces sólo recogido para sociedades anónimas. Según el artículo 287, los socios de la sociedad limitada ya no sólo tienen el derecho a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta, como recogía el artículo 71.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sino que también tienen derecho a pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos. Esta es la interpretación más acorde con el espíritu del texto y con la dicción literal del artículo, que hace un inciso para referirse a las sociedades anónimas «y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma», continuando en su parte final con la regulación aplicable a ambos tipos de sociedad.

4. El derecho de información, ha sido configurado por la jurisprudencia como un derecho esencial, instrumental al de voto, 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 en la obligación de la sociedad de proporcionar datos y aclaraciones relativas a los asuntos comprendidos en el orden del día (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003 y 22 de febrero de 2007). En esta misma línea, 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).

5. Ahora bien, 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, 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 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).

6. En el caso de este expediente, pese a la interpretación errónea que la recurrente hace del artículo 287 según ha quedado expuesto, resultan de aplicación los anteriores argumentos al supuesto debatido y por tanto debe resolverse en la misma línea marcada por la reciente Resolución de 30 de mayo de 2013 citada en los «Vistos», ya que: a) el derecho de información viene recogido en los anuncios de convocatoria y en dichos anuncios se expresa con suficiente claridad el contenido de la modificación y el artículo que debía modificarse (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006); b) la omisión de dos de los medios de hacerlo efectivo no implica «per se» una privación del mismo pues, como afirma el Tribunal Supremo, el anuncio tiene un carácter meramente funcional al ser el derecho de información de atribución legal (Sentencia de 13 de febrero de 2006); c) los socios disidentes que hayan deseado impugnar los acuerdos adoptados por la mayoría lo han podido llevar a cabo e incluso han podido solicitar y obtener el mandamiento de publicidad de su acción en el Registro Mercantil; y, d) el conjunto de circunstancias, máxime cuando los socios asistentes a la junta representan un 97,63% del capital y los acuerdos se tomaron por unanimidad, por lo que la convocatoria de una nueva junta en nada alteraría el resultado de lo acordado, señala «a priori» que no ha existido una violación directa de los derechos individuales de los accionistas, sin perjuicio de que dentro del correspondiente procedimiento judicial que pudiera abrirse y con la plenitud de medios que implica el ejercicio jurisdiccional pueda acreditarse que la omisión en los anuncios de convocatoria ha supuesto una efectiva violación de los mismos. Por todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de que se inicie un procedimiento de impugnación de los acuerdos adoptados cobra toda su fuerza la consideración de que debe mantenerse la eficacia del acto jurídico en tanto no recaiga

una resolución al respecto habida cuenta de la especial trascendencia y eficacia que una eventual declaración de nulidad tendría sobre los actos posteriores (artículo 208.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 24 de octubre de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.