

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**2235** *Resolución de 6 de febrero de 2015, 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 Málaga, por la que se suspende la inscripción de una escritura de reducción y aumento de capital social.*

En el recurso interpuesto por doña M. M. B. G., en nombre y representación de la sociedad «Rural Andalus, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Málaga, don Constantino Reca Antequera, por la que se suspende la inscripción de una escritura de reducción y aumento de capital social.

#### Hechos

##### I

Por el notario de Málaga, don Juan Ángel Pino Lozano, se autorizó, en fecha 15 de septiembre de 2014, escritura por la que se elevaban a público los acuerdos de la junta general de la sociedad «Rural Andalus, S.L.» adoptados en la reunión celebrada el día 30 de junio de 2014. En el orden del día, en virtud del cual se llevó a cabo la convocatoria realizada con fecha 12 de junio de 2014, consta lo siguiente: «(...) Tercero.—Acciones a realizar para restablecer el equilibrio patrimonial por pérdidas. Aplicación de resultados a reservas y reducción del capital social a cero euros (0,00 euros) con amortización de todas las participaciones sociales por su valor nominal, y simultáneo aumento de capital en la cantidad de cuatro mil quinientos euros (4.500 euros) mediante aportación dineraria. Modificación del artículo 5 de los Estatutos Sociales».

Junto a la escritura, se presentó el acta autorizada el día 30 de junio de 2014 por el notario de Málaga, don José Joaquín Jofre Loraque, como acta de junta. De la diligencia de presencia resulta que concurren a la junta las tres socias que constituyen el cien por cien del capital social. En relación con lo que ahora interesa, dos de las tres socias votaron a favor del aumento de capital en la cantidad señalada de cuatro mil quinientos euros con una prima de emisión de treinta y un mil quinientos euros. La socia disidente, doña N. M. G. M. solicitó la nulidad de la junta por disparidad entre la convocatoria de la junta y lo decidido pese a lo cual entrega al notario autorizante un cheque por importe de mil quinientos euros como suscripción del capital.

En el acta constan protocolizadas la convocatoria y un escrito fechado el día 18 de junio de 2014 en el que se lee: «Con fecha 18/6/14, N. G. M. recoge en la sede de Rural Andalus S.L. auditoría de cuentas anuales y la auditoría del balance para la reducción y ampliación de capital, haciendo uso de su derecho informativo de cara a la Junta convocada el 30 de junio de 2014». Hay una firma manuscrita junto a la que se lee: «Recogida documentación sin analizar contenido». Consta a continuación un balance del ejercicio 2013, un documento llamado «Informe justificativo de modificación estatutaria propuesta por el órgano de administración de la mercantil Rural Andalus S.L.», el balance y el informe de verificación.

##### II

Presentada la referida documentación, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Málaga Notificación de calificación Don Constantino Reca Antequera, Registrador Mercantil de Málaga, 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 conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 352/896 F. Presentación: 22/09/2014 Entrada: 1/2014/16.913,0 Sociedad: Rural Andalus, SL Autorizante: Pino Lozano, Juan Ángel Protocolo: 2014/1296 de 15/09/2014 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–Presentada en unión de acta notarial de Junta General otorgada el día 30 de junio de 2014, ante el Notario de Málaga don José Joaquín Jofré Loraque, número 1.686 de protocolo, se observa lo siguiente: En el apartado «cuarto» del otorgamiento de la escritura existe error en cuanto al importe de la prima de emisión total que desemboca cada socia, que son 10.500 euros y no 8.500 como se indica (Art. 58.2 RRM).–2.–Falta expresar el modo y la fecha de la convocatoria de la Junta. (Arts. 97.1.2.<sup>a</sup> y 112.2 RRM).–3.–Infringir el artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital, por cuanto en el texto del Orden del día que se expresa en la escritura, no se hizo constar la prima de emisión que llevaba aparejada el acuerdo de aumento de capital.–Los defectos se califican de subsanables en la forma expresada. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro. En relación con la presente calificación: (...) Málaga, a 10 de Octubre de 2014 (firma ilegible) El registrador».

### III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. M. B. G., en nombre y representación de la sociedad «Rural Andalus, S.L.», interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 3 de noviembre de 2014, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que, subsanados los defectos 1 y 2, la convocatoria cumple los requisitos legales habiéndose extralimitado el registrador en su calificación, con cita de la Resolución de 14 de diciembre de 2004. En la convocatoria consta claramente que se va a tratar de la reducción del capital y de su aumento; Que, además, la convocatoria incluye el derecho del artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital como garantía adicional de puesta a disposición del informe emitido por la administradora de la sociedad en el que, con detalle, se expone la cuestión y se especifica la prima de emisión; Que dicho informe fue entregado a todos los socios; Que las Resoluciones de 2 de junio de 2003 y 26 de febrero de 2014 amparan la actuación pues, como se ha afirmado, todos han recogido el informe de la administradora (hay también cita de jurisprudencia); Que el acuerdo no ha sido impugnado por ningún socio; Que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha afirmado en diversas Resoluciones que los defectos formales pueden orillarse, siempre que no comprometan derechos individuales de los socios (Resolución de 8 de febrero de 2012 y otras), y Que, de existir tales deficiencias, habrían quedado subsanadas por cuanto los socios han ejercido su derecho de información, se ha puesto a disposición un informe justificativo y ha asistido a la junta el cien por cien del capital social, habiéndose respetado el derecho de suscripción preferente.

### IV

La registradora sustituta, doña María del Carmen Pérez López-Ponce de León, emitió informe el día 9 de diciembre de 2014, ratificando la calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que fueron notificados los notarios autorizantes. Del expediente no resulta que realizaran alegaciones.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 93, 159, 160, 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; la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo; el artículo 195 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo citadas en el texto, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 y 3 de agosto de 1993, 1 de diciembre de 1994, 10 de octubre de 1995, 24 de noviembre

de 1999, 18 de mayo de 2001, 2 de junio de 2003, 24 de abril, 30 de mayo y 26 de julio de 2005, 8 de febrero y 10 de octubre de 2012, 24 de abril, 30 de mayo, 28 de agosto y 2 de octubre de 2013 y 26 de febrero de 2014.

1. La única cuestión que se debate en este expediente consiste en determinar si pueden acceder al Registro Mercantil los acuerdos sociales adoptados en una junta general habida cuenta de que el orden del día recoge, entre los asuntos a tratar, la reducción del capital a cero y simultánea ampliación del capital a cuatro mil quinientos euros mediante aportación dineraria; reunidas en junta general las tres socias que constituyen su base social se acuerda, con el voto favorable de dos de ellas que representan el 66.66 % del capital, el aumento de capital en la cifra de cuatro mil quinientos euros con una prima de emisión de treinta y un mil quinientos euros.

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

Por otra parte, la exigencia legal de que en todo anuncio de convocatoria de junta general para adoptar acuerdos de modificación de estatutos se expresen, «con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse» (artículo 287 del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), tiene por objeto no sólo permitir a los socios asistentes o representados el ejercicio consciente y reflexivo del derecho de voto, con el asesoramiento e información que estimen oportuno recabar, para valorar su trascendencia, sino también el control por los ausentes de la legalidad de los acuerdos que se adopten y la impugnación de aquellos que no se correspondan con el orden del día de la convocatoria, derechos ambos de difícil ejercicio en caso de convocatorias ambiguas o indeterminadas (cfr. las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1965, 9 de julio y 17 de diciembre de 1966 y 24 de enero de 2008, así como la Resolución de 1 de diciembre de 1994, entre otras). El alcance de dicha exigencia ha sido objeto de diversas interpretaciones sobre el sentido, tanto de la claridad exigible como de la precisión sobre los extremos sujetos a modificación, lo que ha dado lugar a un casuismo jurisprudencial muy ajustado al supuesto concreto. La garantía adicional establecida en el mismo artículo 287, al exigir que en los anuncios se haga constar el derecho de todos los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como el de pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos, permite considerar suficiente que la convocatoria contenga una referencia precisa a la modificación que se propone, sea a través de la indicación de los artículos estatutarios correspondientes, sea por referencia a la materia concreta sujeta a modificación, sin necesidad de extenderse sobre el concreto alcance de dicha modificación, del que podrán los accionistas informarse a través de los citados procedimientos (cfr., por todas, las Resoluciones de 18 de mayo de 2001 y 2 de junio de 2003).

Ahora bien cuando como consecuencia del acuerdo a adoptar pueda verse comprometida la posición jurídica del socio, esta Dirección General ha exigido una mayor precisión en la convocatoria para evitar su adopción sin que los llamados tengan cabal

conocimiento del alcance de los acuerdos respecto de los que son llamados a pronunciarse. Así lo ha exigido cuando como consecuencia de la reducción y aumento del capital propuestos pueden los socios perder su condición de tales (Resolución de 18 de mayo de 2001), o cuando como consecuencia de la pérdida de la condición laboral de la sociedad, van a ver alterados el conjunto de sus derechos y obligaciones (Resolución de 2 de junio de 2003) o cuando como consecuencia del acuerdo a adoptar resulte la exclusión de un socio en sociedad de responsabilidad limitada (Resolución de 10 de octubre de 1995). Más recientemente se ha considerado que la imposibilidad de deducir de un orden del día expresado en términos generales el alcance y consecuencias de la creación de una página web, justifica el rechazo a la inscripción de los acuerdos adoptados (Resolución de 10 de octubre de 2012).

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

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

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

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

De modo más enfático, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008 declara que: «no es transportable a las causas de nulidad de la LSA el precepto del artículo 6.3 CC, ni las contravenciones legales tienen todas la misma entidad y efectos; y, además, incluso en el régimen general, aparte de los importantísimos matices que tiene la posibilidad de apreciación de oficio de la nulidad plena (SS., entre otras, 17 de enero y 12 de diciembre de 2000; 3 de diciembre de 2001; 18 de junio de 2002; 27 de febrero de 2004; 25 de septiembre de 2006), sobre lo que no cabe aquí entrar, en todo caso la doctrina jurisprudencial viene recomendando “extrema prudencia y criterios flexibles” en la aplicación de la nulidad radical (SS. 28 de mayo y 2 de noviembre de 2001, entre otras)».

Por su parte, la doctrina de este Centro Directivo en su Resolución de 26 de julio de 2005, con apoyo de doctrina anterior (la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1987 y

las Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993 y 24 de noviembre de 1999), tiene declarado que pueden conservarse aquellos acuerdos adoptados aun cuando existan defectos no sustanciales en la convocatoria o adopción en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, facilitando la fluidez del tráfico jurídico y evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios que no proporcionen garantías adicionales (vid., igualmente, Resoluciones de 8 de febrero y 29 de noviembre de 2012).

Este razonamiento del Centro Directivo, sólidamente anclado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha venido a ser confirmado por la reciente modificación de la Ley de Sociedades de Capital que ha llevado a cabo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, cuya Exposición de Motivos afirma que: «Se han ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia, se adoptan ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse». De acuerdo con la nueva regulación no sólo se limitan los acuerdos susceptibles de impugnación por criterios meramente materiales (por defectos procedimentales, por ejemplo), sino que además se enfatiza insistentemente en que el vicio de nulidad ha de tener un carácter relevante, esencial o determinante por usar la misma terminología del nuevo artículo 204 de la Ley. Si esta nueva consideración de los supuestos de nulidad de acuerdos no fuera ya de por sí de enorme trascendencia, la nueva regulación la completa restringiendo la legitimación activa de modo que: «5. No podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho» (artículo 206 de la Ley de Sociedades de Capital).

De la nueva regulación legal resulta en consecuencia que el legislador sólo considera susceptibles de impugnación aquellos acuerdos en los que concurre una causa cualificada de nulidad y siempre que el ejercicio de la acción se acomode a las exigencias de la buena fe (vid. Exposición de Motivos de la Ley 31/2014). Ciertamente la entrada en vigor de la reforma (24 de diciembre de 2014), es posterior a los acuerdos cuya validez se cuestiona pero su contenido no hace sino confirmar lo acertado de la doctrina hasta ahora expuesta.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, y en atención a las particulares circunstancias del supuesto que da lugar a la presente, es evidente que el anuncio de convocatoria carece de la debida claridad que le exige el ordenamiento por cuanto la omisión de un dato esencial, como es la emisión con prima, afecta decisivamente a la posición jurídica del socio y le priva de la información necesaria para ejercer sus derechos de forma adecuada. En el supuesto de hecho la prima de emisión septuplica el importe de capital que cada socio tiene derecho a suscribir por lo que resulta patente que la propuesta de aumento de capital tiene para cada socio un significado bien distinto para la preservación de su porcentaje de capital, según que se le informe debidamente o no del conjunto de obligaciones económicas que puede llegar a asumir (artículos 298 y 312 de la Ley de Sociedades de Capital).

Ahora bien y como queda suficientemente motivado no basta con llevar a cabo semejante afirmación pues es preciso determinar si de acuerdo a las circunstancias del supuesto concreto, la falta de claridad de la convocatoria ha derivado en una violación de la situación jurídica de la socio disidente que justifique un reproche de nulidad.

Resulta del supuesto de hecho que da lugar a este expediente, tal y como consta en el acta notarial en la que se documenta la junta general, que la socia disidente haciendo uso del derecho que le reconoce el artículo 196 de la Ley de Sociedades de Capital, retiró una copia del informe de auditoría (y no del informe de la administración como equivocadamente recoge el escrito de recurso), que la propia Ley hace obligatorio en la operación de reducción por pérdidas, previa al aumento de capital (artículo 323). Del informe de auditor, que recoge la memoria y el informe de la administración, resulta con toda claridad que dada la situación económica de la sociedad se articula una solución que pasa por reducir el capital a cero y aumentarlo a continuación en la cantidad de cuatro mil quinientos euros con una prima de emisión que coincide con la acordada. Es decir, de la documentación retirada por la socia disidente resulta la estrategia social para salir de la

situación en la que se encuentra en términos totalmente coincidentes con los acuerdos adoptados con posterioridad. De aquí resulta que tuvo en su poder con anterioridad a la junta de socios la información necesaria para poder emitir su voto de acuerdo a la mejor defensa de sus intereses en la sociedad.

Poco importa si la socia disidente llegó o no a leer, analizar o estudiar el citado informe o a recabar el asesoramiento que estimase conveniente pues no puede imputar a la sociedad las consecuencias de sus actos. Resultaría del todo punto desproporcionado considerar inválida la convocatoria y por ende los acuerdos sociales adoptados cuando del expediente resulta que la socia disidente conoció o pudo conocer con exactitud el concreto alcance y efectos de la modificación estatutaria propuesta y de las consecuencias económicas y societarias que de las mismas pudieran resultarle.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar 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, 6 de febrero de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.