

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15767 *Resolución de 25 de octubre de 2018, 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 de Albacete, por la que se rechaza la inscripción de un aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por doña R. H. L., abogada, en nombre y representación de la sociedad «Ediarte Alba, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Albacete, don Flavio Muñoz García, por la que se rechaza la inscripción de un aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Por el notario de Albacete, don José Manuel Ramírez López, se autorizó, el día 24 de abril de 2017, escritura de aumento de capital de la sociedad «Ediarte Alba, S.L.» en ejecución de los acuerdos adoptados en la junta general celebrada por la sociedad el día 23 de diciembre de 2015 y que venían recogidos en el acta autorizada por el mismo notario en la misma fecha. Consta protocolizado en la escritura pública el informe llevado a cabo por los administradores el día 21 de diciembre de 2015 relativo a los créditos que iban a ser objeto de capitalización por parte de tres de los cuatro socios que integran la base social.

Los administradores mancomunados de la sociedad comparecieron en la escritura al efecto de elevar a público el acuerdo de aumento de capital por el que tres de los cuatro socios de la sociedad compensan determinados créditos (la sociedad «Finca Manzanares, S.L.», la sociedad «Merocrismer, S.L.» y la sociedad «Trade Maritim, S.L.» que ostentan un tercio, un sexto y un sexto del capital social, respectivamente), declarando que el cuarto socio, la sociedad «Promociones Calderón Falero, S.L.» (que ostenta una participación de un tercio del capital social), no ejerció su derecho de suscripción preferente mediante aportación dineraria por lo que el capital se aumentaba en la cuantía de los créditos que se compensaban. En concreto, la sociedad «Finca Manzanares, S.L.» suscribía la cantidad de 19.000 euros y las sociedades «Merocrismer, S.L.» y «Trade Maritim, S.L.» 9.500 euros cada una de ellas haciendo un total de 38.000 euros.

De la copia del acta de junta resultaba que, de conformidad con el artículo 20 de los estatutos sociales: «Toda junta general deberá ser convocada mediante carta certificada con acuse de recibo dirigida a cada uno de los socios, que deberá remitirse al domicilio que estos hubieren designado a tal fin y, en su defecto, al que resulte del libro registro de socios (...)».

Constaba igualmente que la convocatoria de la junta había sido notificada a don E. C. F., administrador de la sociedad «Promociones Calderón Falero, S.L.» mediante burofax cuyo justificante se protocolizaba al final del acta. Consta efectivamente protocolizado el certificado de emisión del burofax pero no certificado del acuse de recibo o de su ausencia.

De la convocatoria resultaba, como único punto del orden del día, el siguiente: «Aumento del capital social de la sociedad mediante la creación de nuevas participaciones sociales (...) Se informa a los señores socios del derecho que les asiste a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta, del informe de los administradores sobre la misma y del informe relativo a los aspectos de la

ampliación relacionados con el artículo 308 de la Ley de Sociedades de Capital y a pedir la entrega o envío gratuito de estos documentos».

Del acta notarial resultaba que, constituida la mesa, se daba por válidamente constituida la junta con la asistencia de los tres socios que comparecían, que aprobaban el aumento de capital mediante la compensación de los créditos que cada uno de ellos ostentaban contra la sociedad y mediante la aportación dineraria que llevará a cabo el socio «Promociones Calderón Falero, S.L.», a fin de que mantuviese su porcentaje en el capital social, facultando al órgano de administración para la ejecución parcial del acuerdo.

Del informe del órgano de administración que constaba protocolizado a continuación, resultaba la justificación de la compensación de créditos afirmando que, para el pago de determinadas deudas, la sociedad «Finca Manzanares, S.L.» había hecho un préstamo a la sociedad de 19.000 euros y que las sociedades «Mercrizmer, S.L.» y «Trade Maritim, S.L.» habían hecho otro préstamo de la misma cuantía por partes iguales, así como que «se otorga al socio Promociones Calderón Falero S.L. en virtud de lo establecido en el artículo 391 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo de un mes para ejercitar el derecho de preferencia que le corresponde para asumir el capital correspondiente a 19.000 participaciones sociales de un euro de valor nominal cada una de ellas».

II

Tras una primera presentación en el Registro Mercantil de Albacete, que motivó la correspondiente calificación, fue presentada de nuevo la referida documentación, junto con la que resulta de la nota que se transcribe a continuación, siendo objeto de la siguiente nueva nota de calificación:

«Don Flavio Muñoz García, Registrador Mercantil de Albacete 2 Merc, 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: 41/1581.
F. presentación: 27/06/2018.
Entrada: 1/2018/2.043,0.
Sociedad: Ediarte Alba Sociedad Limitada.
Autorizante: Ramírez López, José Manuel.
Protocolo: 2017/563 de 24/04/2017.

Fundamentos de Derecho (defectos).

1. Hechos: Se presenta nuevamente escritura de ejecución de aumento de capital otorgada el día 24 de abril de 2017 ante el notario de Albacete, don José Manuel Ramírez López, número de protocolo 573; se acompaña acta notarial de 23 de diciembre de 2015, número de protocolo 1971 autorizada por el mismo Notario y ahora por primera vez se acompaña un informe complementario de los administradores de fecha 22 de junio de 2018 en el que hace constar que el informe emitido el 21 de diciembre de 2015 fue puesto a disposición de los socios, se concretan las fechas exactas de las cantidades aportadas y su causa y se expresa que son concordantes con la contabilidad social y vencidos, líquidos y exigibles. La citada acta notarial documenta los acuerdos adoptados en junta general de 23 de diciembre de 2015. En dicha junta se acuerda ampliar el capital social en parte mediante compensación de créditos y en parte en metálico a favor del otro socio, otorgándole el derecho de suscripción preferente a fin de mantener el porcentaje de su participación. En la convocatoria de la junta se expresa como orden del día "aumento de capital de la sociedad, mediante la creación de nuevas participaciones sociales". A los efectos de la convocatoria se incorpora un burofax –en el que no consta

el acuse de recibo— dirigido no al socio, ni a su domicilio, sino al que se dice que es administrador y al domicilio de este último. En la escritura de ejecución no constan las condiciones acordadas para el ejercicio del derecho de suscripción preferente.

Fundamentos de Derecho: 1.º Existen dudas sobre la validez de la convocatoria realizada al administrador del socio y a su domicilio, cuando lo correcto es remitir la convocatoria al socio y a su domicilio. No se incorpora además ningún acuse de recibo, ni tampoco asiste a la junta general. Debe justificarse que al menos le ha sido entregada al citado administrador la convocatoria de la junta general, para que en base al principio general de conservación de los actos jurídicos válidos pueda entenderse que en este punto la junta ha sido válidamente convocada. 2.º Infringir los artículos 174 y 287 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 "con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse" (artículo 287 del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). El citado artículo tiene por objeto 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, 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 cuando como consecuencia del acuerdo a adoptar pueda verse comprometida la posición jurídica del socio. Así por ejemplo en la 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. Criterio además refrendado por la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 6 de febrero de 2015. 3.º Sería igualmente necesaria la indicación de las circunstancias exigidas por el artículo 198.2-2 y 4, esto es: "las condiciones acordadas para el ejercicio del derecho de asunción preferente por parte de los socios" y "que a los efectos del ejercicio del derecho de preferencia fue realizada por los administradores una comunicación escrita a cada uno de los socios y, en su caso, a los usufructuarios inscritos en el Libro-Registro de socios. En otro caso deberá protocolizarse en la escritura el Boletín Oficial del Registro Mercantil en el que, con tal finalidad, se hubiera publicado el anuncio de la oferta de asunción de las nuevas participaciones"; todo ello en relación con lo que prevé el artículo 305 de la ley de Sociedades de Capital. 4.º No se inscribe el acuerdo de ampliación de capital por los defectos señalados anteriormente y además en cuanto a la cantidad de siete mil euros aportadas para el pago de la deuda con Hacienda sólo consta que los socios aportaron seis mil quinientos euros –Artículo 301.2 de la Ley de Sociedades de Capital y Art. 199.3 RRM y R. D. G. R. N. de 23 de mayo de 1997 y de 19 de enero de 2012—. Los diferentes intereses en juego –de los socios preexistentes en seguir manteniendo, después de la ampliación, su participación en el patrimonio social; y de los terceros que se puedan relacionar con la sociedad en que el aumento se corresponda con efectiva y al menos equivalente aportación patrimonial— exigen la debida identificación de los bienes o derechos que se aportan al patrimonio social. Esta necesidad de identificación viene recogida por el Reglamento del Registro Mercantil en el que, además, se establecen los criterios con arreglo a los cuales debe hacerse. Concretamente, para el caso de que el contravalor del aumento de capital consista en la compensación de créditos, el artículo 199 del Reglamento del Registro Mercantil impone la expresión del nombre del acreedor, la fecha en que fue contraído el crédito, la declaración de su liquidez y exigibilidad y la declaración de puesta a disposición de los socios del informe correspondiente de los administradores. Desde esta perspectiva, en el presente expediente no puede considerarse totalmente cumplido el requisito de constancia de la fecha de constitución del crédito cuya compensación se configura como contravalor del aumento de capital. La Dirección General ha puesto de manifiesto la necesidad de extremar el rigor en aquellos supuestos en que la operación de aumento de capital por compensación de créditos pueda encubrir una maniobra de postergación del derecho individual del socio al mantenimiento de su porcentaje de

participación en el capital social. Como afirma la Resolución de 7 de junio de 2012: "los aumentos de capital social por compensación de ciertos créditos concedidos exclusivamente por algunos, no todos, los socios no siempre están libres del reproche judicial de nulidad o anulabilidad por presunta violación del principio configurador de igualdad de trato ex artículos 97 y 514 de la Ley de Sociedades de Capital, por infracción del interés social, etc. (vid. por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2008)".

En el supuesto de hecho –no convocatoria correcta, no acreditación de entrega de la misma, no asistencia, no expresión en el orden del día de la modalidad de ampliación de capital prevista y no comunicación del plazo para ejercicio del derecho de suscripción preferente– sí aparecen indicios que permiten afirmar que la operación de aumento de capital pueda postergar el derecho de igualdad en la asunción consagrado en los artículos 93 y 304 de la Ley de Sociedades de Capital. Existe en consecuencia interés protegible y se produce alguna circunstancia que permita entender que el aumento acordado ha tenido como finalidad la postergación del derecho individual de los socios que no han acudido a la asunción-Resolución de la Dirección General de 2 de octubre de 2015.

En relación con la presente calificación: (...).

Albacete, a 28 de junio de 2018 (firma ilegible), el registrador.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña R. H. L., abogada, en nombre y representación de la sociedad «Ediarte Alba, S.L.», interpuso recurso el día 23 de agosto de 2018 en virtud de escrito en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente: Que, como resulta de la escritura pública presentada el notario autorizante afirma que la convocatoria ha sido realizada por burofax remitido a don E. C. F., administrador único de la sociedad «Promociones Calderón Falero, S.L.», lo que se acredita con el justificante que incorpora a la matriz. Por tanto, consta la notificación realizada al administrador de la sociedad que, además, es el único socio, y que ni siquiera se personó en la junta convocada; Que no es cierta la violación de los artículos 174 y 287 de la Ley de Sociedades de Capital pues en la convocatoria se explicaba oportunamente el orden del día, así como las modificaciones que se llevarían a cabo acompañándose. Además, el informe de los administradores en el que se explica exhaustivamente cómo se llevará a cabo el aumento de capital por compensación de créditos, que fue puesto a disposición de los socios, sin que haya existido queja alguna que justifique las afirmaciones del registrador; Que, tras una primera calificación negativa, se afirmó por parte del Registro que quedaban subsanados los defectos por lo que reiterarlos ahora supone indefensión para la parte; Que, en cuanto a la comunicación al socio para que ejercite el derecho de suscripción preferente, se entiende que queda debidamente cumplimentado en la escritura presentada pues en el acta consta su concesión y en la escritura que ha transcurrido el plazo sin que se haya ejercitado; Que el socio decidió no acudir a la junta pese a estar debidamente convocada, por lo que no puede exigirse a la sociedad una diligencia extraordinaria teniendo en cuenta además que ha presentado querrela criminal contra el citado; Que no es cierto que no consten las fechas concretas de los créditos aportados pues resultan del informe adicional de los administradores que, a solicitud del Registro, se ha presentado, y Que se reitera la indefensión y el carácter subjetivo de los defectos señalados.

IV

El registrador emitió informe el día 7 de septiembre de 2018, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resultaba que,

notificado el notario autorizante del título calificado del recurso interpuesto, no realizó alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 93, 159, 160, 173, 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; 58, 97.1.2, 107, 108, 112 y 195 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de noviembre de 1956, de 26 de abril de 1989, de 18 de febrero, 26 de julio y 4 de octubre de 1991, 2 y 3 de agosto de 1993, 1 de diciembre de 1994, 10 de octubre de 1995, 15 y 18 de octubre de 1998, 23 de abril y 24 de noviembre de 1999, 19 de marzo, 18 y 30 de mayo de 2001, 12 de abril de 2002, 2 de junio y 12 de noviembre de 2003, 24 de abril, 30 de mayo y 26 de julio de 2005, 6 de abril, 5 de julio y 16 de septiembre de 2011, 8 de febrero y 10 de octubre de 2012, 13, 16, 26, 28 y 29 de febrero y 1 y 2 de octubre de 2013, 26 y 28 de febrero y 16 de junio de 2014 y 13 de enero, 6 de febrero, 15 y 16 de junio y 9 de septiembre de 2015.

1. Presentada en el Registro Mercantil escritura pública de ampliación de capital por compensación de créditos a la que se acompaña el acta notarial de la junta celebrada, es calificada negativamente por los siguientes cuatro motivos que quedan aquí resumidos:

- a) La convocatoria no se ha realizado correctamente por cuanto se ha notificado al administrador de la sociedad que es socio y no propiamente a dicha sociedad (que no se encuentra presente en la junta celebrada), y no resulta el acuse de recibo.
- b) El orden del día carece de la debida claridad al referirse genéricamente al aumento de capital por creación de nuevas participaciones.
- c) No consta el medio por el que se notificó al socio ausente la posibilidad de ejercer su derecho de suscripción preferente.
- d) La aportación de determinado crédito no cubre la cantidad de capital social por no corresponder su cuantía a la totalidad de este. Además, se añade, las fechas de los créditos que se compensan no constan debidamente señaladas.

Como cuestión previa, la recurrente hace referencia a determinadas vicisitudes que tienen que ver con una presentación anterior y que, a su juicio le generan indefensión. Es preciso recordar, ante las alegaciones que al respecto lleva a cabo el escrito de recurso, que el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificador de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de otra idéntica o similar. De aquí que como ha reiterado en numerosas ocasiones esta Dirección General de los Registros y del Notariado (y muy recientemente, vid. Resolución de 13 de septiembre de 2017), no se pueda tener en cuenta dicha afirmación que se basa en unos hechos que, por otro lado, no resultan del expediente.

2. De los cuatro defectos señalados la sociedad recurrente no hace referencia alguna al hecho de que la nota de calificación, apartado cuarto de los fundamentos, afirma que: «No se inscribe el acuerdo de ampliación de capital por los defectos señalados anteriormente y además en cuanto a la cantidad de siete mil euros aportadas para el pago de la deuda con Hacienda sólo consta que los socios aportaron seis mil quinientos euros», por lo que no procede que esta Dirección General se pronuncie al respecto adquiriendo firmeza en vía administrativa sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en relación a los créditos compensados.

Entrando en el fondo del asunto y por lo que se refiere al primer defecto señalado, como ha afirmado reiteradamente esta Dirección General (vid. «Vistos»), las juntas generales de la sociedades de capital, por la forma en que las mismas son convocadas,

pueden ser de dos clases: o bien juntas universales, en las que ante la asistencia de todo el capital social, la aceptación unánime de todos los asistentes a la celebración de la junta y al orden del día de la misma, no necesitan ser convocadas (cfr. artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital), o juntas generales debidamente convocadas por el órgano de administración, que no requieren de la asistencia de todo el capital social, convocatoria que deberá tener lugar bien en la forma determinada en la Ley de Sociedades de Capital, bien en la forma estatutariamente establecida (cfr. artículo 173.2 de la citada ley).

Sobre esta base y como igualmente ha reiterado esta Dirección General, la previsión estatutaria sobre la forma de convocatoria de la junta general debe ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema (vid. Resolución de 1 de octubre de 2013). El derecho de asistencia a la junta general que a los socios reconoce el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital ha de ser integrado con el de ser convocados para ello, y no de cualquier forma, sino a través de la específicamente prevista a tal fin, en cuanto será la única a través de la que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. Con tales requisitos se pretende garantizar al socio una publicidad que le permita conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto por emitir.

De los hechos resulta la transcripción del artículo 20 de los estatutos sociales del que resulta prístinamente el requisito de que la convocatoria se lleve a cabo mediante notificación individual al socio por medio de correo certificado con acuse de recibo. No resulta de la documentación aportada dicho acuse por lo que el defecto debe ser confirmado.

Tampoco es posible la aplicación de la doctrina relativa a la conservación de actos societarios aquejados de defectos formales no relevantes como pone de relieve la nota de defectos. 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 y 26 de febrero de 2014). La inexistencia de convocatoria (o al menos de su acreditación conforme a estatutos), a uno de los cuatro socios hace imposible la aplicación de esta doctrina por la evidente lesión a los derechos individuales del socio que aquella falta comporta.

3. Por lo que se refiere al defecto relativo al contenido de la convocatoria, esta Dirección General tiene una dilatada doctrina al respecto que por ser de plena aplicación (muy especialmente, la contenida en la Resolución de 6 de febrero de 2015), es preciso traer de nuevo a colación. De acuerdo a la misma, la exigencia de que la convocatoria de junta general incluya el orden del día 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.

4. 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 art. 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 24 de noviembre de 1999 y 2 y 3 de agosto de 1993), 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 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).

5. Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho el defecto señalado en segundo lugar de los fundamentos de la resolución del registrador no puede mantenerse. Como resulta de los hechos la convocatoria de junta general se refiere al acuerdo a cuya adopción se llama a los socios: «el aumento de capital con emisión de nuevas participaciones», así como recoge los particulares precisos para el ejercicio del derecho de información por parte de los socios llamados. Incluso contiene una referencia al artículo 308 de la Ley de Sociedades de Capital relativo a la exclusión del derecho de suscripción preferente pese a que del contenido del informe de los administradores se

hacia su expresa reserva a favor del socio que no resultaba acreedor de la sociedad. Efectivamente, tanto del informe de los administradores como del contenido de los acuerdos adoptados resulta dicha reserva a pesar de que la operación de aumento se preveía por compensación de los créditos que tres de los cuatros socios ostentaban contra la sociedad. No procede en consecuencia la confirmación del defecto pues como resulta de lo hasta aquí narrado la adopción del acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos no tenía por qué comprometer la situación del otro socio en la sociedad al reconocérsele expresamente la posibilidad de suscribir capital equivalente a su participación en la sociedad.

6. Por lo que al tercer defecto se refiere, debe ser objeto de confirmación pues de la documentación presentada no resulta que los administradores hayan llevado a cabo acción alguna que haya permitido al socio ausente el ejercicio de su derecho de asunción preferente.

Dispone el artículo 305 de la Ley de Sociedades de Capital lo siguiente: «1. En las sociedades de responsabilidad limitada, el derecho de preferencia se ejercitará en el plazo que se hubiera fijado al adoptar el acuerdo de aumento. En las sociedades anónimas, el derecho de preferencia se ejercitará en el plazo que determinan los administradores. 2. El plazo para el ejercicio del derecho no podrá ser inferior a un mes desde la publicación del anuncio de la oferta de asunción de las nuevas participaciones o de suscripción de nuevas acciones en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil». 3. En las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas cuando todas las acciones sean nominativas, el órgano de administración podrá sustituir la publicación del anuncio por una comunicación escrita a cada uno de los socios y, en su caso, a los usufructuarios inscritos en el Libro registro de socios o en Libro de acciones nominativas, computándose el plazo de asunción de las nuevas participaciones o de las nuevas acciones desde el envío de la comunicación».

Por su parte el artículo 198.4.2 del Reglamento del Registro Mercantil dispone: «Que a los efectos del ejercicio del derecho de preferencia fue realizada por los administradores una comunicación escrita a cada uno de los socios y, en su caso, a los usufructuarios inscritos en el Libro-Registro de socios. En otro caso deberá protocolizarse en la escritura el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» en el que, con tal finalidad, se hubiera publicado el anuncio de la oferta de asunción de las nuevas participaciones».

Nada de esto existe en la documentación presentada a inscripción en la que los administradores se limitan a manifestar que el socio no asistente no hizo uso de su derecho de asunción preferente lo que, a la vista de la regulación legal y reglamentaria, es absolutamente insuficiente.

7. Como queda reflejado al principio de la presente el cuarto defecto se desdobra en dos: por un lado, que del segundo informe de los administradores no resulta la aportación correspondiente a la totalidad del capital aumentado (pues se afirma que se aportaron 6.500 euros para la satisfacción de 7.000 euros correspondientes a determinada deuda con Hacienda y el total de los créditos aportados por dos de los tres socios suma 9.000 euros frente a los 9.500 asumidos por cada uno de ellos). Como se hizo constar al principio de las presentes consideraciones el recurso no hace referencia alguna a dicha circunstancia por lo que no procede que esta Dirección General haga pronunciamiento alguno al respecto.

El segundo aspecto a que hace referencia el cuarto defecto señalado es el relativo a la fecha de los créditos compensados. El recurso debe prosperar en cuanto a dicho motivo pues del informe de los administradores presentado para completar el primero y que está fechado el día 22 de junio de 2018, resulta con total claridad que los préstamos objeto de compensación fueron realizados mediante el ingreso en la cuenta corriente de la sociedad en fechas concretas y determinadas que se especifican debidamente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en cuanto a los defectos señalados con los números dos y cuatro de la calificación (este último con la salvedad señalada) y confirmar la nota de calificación del registrador en cuanto al resto.

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 octubre de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.