

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

758 *Resolución de 7 de diciembre de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por un notario de Cádiz contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de Cádiz a inscribir una escritura de aumento de capital y modificación de estatutos.*

En el recurso interpuesto por don Íñigo Fernández de Córdova Claros, notario de Cádiz, contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Cádiz, doña Ana María del Valle Hernández, a inscribir una escritura de aumento de capital y modificación de estatutos.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario recurrente, el día 4 de agosto de 2011, número de protocolo 1.271, se procede a la elevación a escritura pública de acuerdos adoptados por mayoría en junta universal, con asistencia de notario, por la sociedad «Biogades Food Tech, S.L.», por la que, entre otros acuerdos que no afectan a este recurso, se procede a una ampliación de capital de la sociedad y a la modificación de estatutos de la misma. Se acompaña el acta notarial de la junta autorizada en San Fernando ante su notario, don Lorenzo María Fernández Cuadrado, el 20 de junio de 2011, número 1.004 de su protocolo. En los estatutos de la sociedad, en su artículo 6 relativo al capital social, figura una disposición en los siguientes términos: «Las participaciones 1 a la 752, ambas inclusive, llevan incorporado privilegio en cuanto al voto, para todo tipo de acuerdos, siempre que la titularidad de las mismas corresponde a su suscriptor, don J. C. C. S., consistente en que su titular emitirá dos votos por cada voto que emitan los titulares de las participaciones ordinarias». Es de hacer notar que a la junta universal, uno de los socios, asiste representado por otro en virtud de escrito especial para la junta de que se trata. En dicha escritura se ejecuta un acuerdo de aumento del capital de la sociedad, adoptado por mayoría del 75% de los votos, incluyendo el voto del titular de las participaciones privilegiadas, y el voto en contra del 50% del capital social, en el que en ejercicio del derecho de asunción preferente, 10.000 participaciones son suscritas por uno de los socios y las restantes participaciones son asumidas «en ejercicio del derecho de asunción que les ha sido ofrecido por la administradora única» por tres personas ajenas a la sociedad con prima de asunción de las participaciones, prima no prevista en el acuerdo de aumento del capital social. En el acuerdo se hace constar, por remisión a escrito unido al acta, que «todo socio tiene la posibilidad de ejercitar el derecho de suscripción preferente en el plazo de un mes desde la fecha de publicación del anuncio» y que «el plazo general de suscripción es de 30 días (sic) desde la publicación del anuncio en el «BORME» o desde que se hubiera dirigido comunicación escrita a cada uno de los socios a elección del órgano de administración». Se hace constar igualmente en la escritura que «dado el carácter universal de la junta, el inicio del cómputo del derecho de preferencia debe entenderse establecido en el mismo día de la celebración de la Junta».

En la misma junta se acuerda por el socio titular de todas las participaciones con voto privilegiado, lo que representa el 75% del total de los votos posibles, y el voto en contra del restante 50% del capital social, la modificación del artículo 6 de los estatutos en el sentido de que el privilegio de votos de don J. C. C. S., lo puedan ejercer «sus herederos legales y posteriores herederos». No se da nueva redacción al artículo modificado. En la

propia escritura se procede asimismo, en ejecución del anterior acuerdo de la junta de modificación de estatutos, a dar nueva redacción al artículo 6 de los estatutos en relación al privilegio de voto «con estricta fidelidad al acuerdo adoptado» en el siguiente sentido: «Las participaciones 1 a la 752, ambas inclusive, llevan incorporado privilegio en cuanto al voto, para todo tipo de acuerdos, siempre que la titularidad de las mismas corresponde a su suscriptor, Don J. C. C. S., o a sus sucesores, consistente en que su titular emitirá dos votos por cada voto que emitan los titulares de las participaciones ordinarias».

II

Dicha escritura fue presentada el 4 de agosto de 2011 en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Cádiz, bajo el asiento 1164 del Diario 173, siendo calificado por la registradora titular del mismo, doña Ana del Valle Hernández, el 26 del mismo mes, en los siguientes términos: «1.–El plazo para el ejercicio del derecho de preferencia no puede ser inferior a un mes –no 30 días– a contar desde la publicación en el “BORME” o la comunicación a los socios (art. 305 LSC). En cualquier caso, el aumento de capital debe llevarse a efecto en los términos acordados en la junta. Y según el acta notarial el aumento se acordó “en los términos que resultan del documento número 8 incorporado” a la misma. En la escritura de ejecución de aumento de capital no se expresa cuándo fue efectuada la comunicación a los socios para el ejercicio del derecho de asunción preferente, a fin de comprobar si la ejecución del acuerdo en todos sus grados se realizó conforme a lo acordado. No puede entenderse, como se manifiesta en la escritura, que al estar presentes todos los socios ya no es necesaria comunicación alguna, pues para ello debió manifestarse expresamente en la junta. De otro modo, los socios, aún presentes, podrían estar esperando a que se les efectuara la comunicación para decidir si acudían o no al aumento y en qué medida. El acuerdo en sí es muy escueto y se remite por completo a lo establecido en el mencionado documento n.º 8 que regula minuciosamente los términos en que el aumento debe llevarse a efecto y nada se expresó en el momento de la votación en relación a considerar iniciado el plazo de suscripción desde la propia junta, en contra de lo establecido en la propuesta acordada. (arts. 305, 307 LSC, 198.4.2 RRM).–2.–La escritura, no contiene la manifestación de que el aumento ha sido íntegramente desembolsado “en los términos previstos”, como exige el artículo 198.4.1º. Por lo que se ha indicado en el número 1 anterior no parece que así haya sido.–3.–En cuanto al acuerdo relativo al punto 9 del orden del día extendiendo el privilegio del socio Sr. C.: A) No existe inconveniente en que la redacción del artículo se efectúe en la escritura de elevación a público del acuerdo social, pero la expresión utilizada “sucesores” no es equivalente a lo acordado “los herederos legales y posteriores herederos”. Ambas expresiones en cualquier caso resultan indeterminadas jurídicamente: herederos legales ¿son sólo los legitimarios o también los voluntarios? ¿incluye o no a los legatarios?; posteriores herederos ¿Los herederos de los herederos?; la expresión “sucesores” incluiría no sólo a los “mortis causa” sino también por título “inter vivos”. B) La escritura no contiene la declaración de que desde la convocatoria el texto íntegro de la modificación propuesta ha estado a disposición de los socios (Arts. 287 LSC, 195.1 RRM). Al estar la sociedad constituida con carácter universal esto no invalida la junta, pero es que ni siquiera ha sido discutido en el acuerdo. Este se ha adoptado sin ningún tipo de concreción en su contenido. C) El acuerdo afecta a los derechos individuales de los restantes socios, porque el privilegio que antes sólo se establecía en relación al Sr. C., se extiende ahora a otras personas. El privilegio debe ser interpretado estrictamente. Por ello sería necesario el consentimiento de los afectados por el acuerdo. (arts. 292 LSC, 195.2 RRM).–4.–Observación: No se practicará la inscripción de la revocación del poder contenida en el acta notarial pues para ello es necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública (art. 95.1 RRM En relación con la presente calificación (...) Cádiz, a 26 de agosto de 2011».

III

Don Íñigo Fernández de Córdoba Claros, notario autorizante de la escritura calificada, interpone recurso contra la anterior calificación por medio de escrito presentado en el Registro Mercantil de Cádiz el 16 de septiembre de 2011. En dicho escrito acepta el defecto referido en el punto 3 del acuerdo de calificación bajo la letra A) en el sentido de que efectivamente la expresión utilizada en la redacción dada por el órgano de administración al artículo 6 de los estatutos de «sucesores» no es equivalente a lo acordado en la junta de «los herederos legales y posteriores herederos», y tampoco hace alegación alguna respecto de la observación señalada bajo el número 4.

Con relación a los demás defectos incluidos en el acuerdo de calificación alega en síntesis lo siguiente: Sobre el defecto primero, «el carácter universal de la junta en la que se acuerda un aumento de capital con derecho de preferencia hace innecesario publicar el acuerdo en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o comunicarlo individualmente a los socios. Si la finalidad de esa publicación o de esa comunicación es la de poner a todos los socios en conocimiento de las condiciones acordadas para el ejercicio del derecho de preferencia, se entenderá que sobran, si todos los socios asistieron a la junta. Y, si entre las condiciones acordadas para el ejercicio del derecho de preferencia, no se hizo mención del día inicial de cómputo del plazo reconocido para el ejercicio de ese derecho, para el caso de que la junta se celebrara con carácter universal, deberá entenderse que ese día no puede ser otro sino, precisamente, el día de celebración de la junta». En apoyo de su tesis cita el artículo 305.2 y 3 de la Ley de Sociedades de Capital, pues según este precepto el plazo se cuenta desde la publicación o la comunicación y por ello «nada más razonable entender que, tratándose de junta universal, el plazo se cuente desde el día de celebración de la junta». Lo contrario iría «en contra de la acusada tendencia legislativa actual a favor de la simplificación y reducción de costes en el funcionamiento de las sociedades mercantiles».

«En cuanto al segundo defecto, exigir que, donde se dice que “el aumento acordado ha quedado enteramente ejecutado”, debe decirse literalmente, como quiere la nota, que el aumento ha sido íntegramente desembolsado “en los términos previstos”, porque ésta es expresión reglamentaria (artículo 198.4.1 del Reglamento del Registro Mercantil), como si aquella otra no fuera suficientemente expresiva al respecto (el aumento que se declara ejecutado no es cualquier aumento, sino precisamente, el aumento acordado), conduciría a una sacralización del lenguaje jurídico absolutamente incompatible con un funcionamiento mínimamente entendible del servicio público en que el Registro Mercantil consiste. En apoyo de su opinión alega “una copia (sic) doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ha puesto freno a calificaciones registrales que, con pretexto de supuestos defectos que en nada inciden en la validez del acto, lesionan el derecho del ciudadano a la inscripción y perjudican la celeridad del tráfico, con daño a los intereses generales (crf. al respecto, el artículo 34 de la Ley de Sociedades de Capital: “Hasta la inscripción... del acuerdo de aumento de capital social en el Registro Mercantil, no podrán transmitirse las participaciones sociales...”»).

«En cuanto al defecto consistente en la falta de aseveración de la puesta a disposición de los socios del texto íntegro de la modificación estatutaria propuesta» recuerda el carácter universal de la junta en la que al aceptar los socios «la inclusión en el orden del día de la propuesta en cuestión, en las condiciones que les fueron planteadas» no había necesidad de «texto justificativo de la misma. El artículo 158.1 del Reglamento del Registro Mercantil (con criterio aplicable, por absoluta identidad de razón, a la limitada) zanja todo debate al respecto, al disponer que «la manifestación de los otorgantes de que ha sido emitido el preceptivo informe justificando la modificación y su fecha...» «...no será de aplicación a los acuerdos adoptados en junta universal».

«En cuanto al defecto consistente en que el acuerdo de modificación del privilegio en cuanto al voto por el que su titular deja de serlo sólo el socio y pasan a serlo también sus sucesores por causa de muerte, el artículo 94.2 de la Ley de Sociedades de Capital («para la creación de participaciones sociales... que confieran algún privilegio frente a las ordinarias, habrán de observarse las formalidades prescritas para la modificación de

estatutos») deja bien claro que la mayoría exigible debe ser la legal reforzada prevista para la modificación de estatutos (artículo 199 de la Ley de Sociedades de Capital). La nota de calificación funda su posición en un artículo (292 de la Ley de Sociedades de Capital: «cuando la modificación afecte a los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados») no aplicable al caso, pues la modificación acordada no afecta directamente a los derechos individuales de los socios que no votaron a favor del acuerdo, sino que lo que hace es modificar la posición corporativa de los titulares de participaciones ordinarias». Siendo la limitada una sociedad de capital (artículo 1.1 de la Ley de Sociedades de Capital), la afectación indirecta que éstos soportan, y el correlativo desequilibrio que puede entonces decirse producido en el juego de las relaciones endosocietarias, no puede resolverse, como pretende la nota de calificación, a través de la exigencia de unanimidad (rectius, ex artículos 204.2 y 207.2 del Reglamento del Registro Mercantil, de consentimiento individual de todos los socios), sino por otras vías bien distintas, ya autónomas (v.gr.: previsión de una causa estatutaria de separación, al amparo del artículo 347.1 de la Ley de Sociedades de Capital), ya heterónomas (v.gr.: impugnación del acuerdo por lesión del interés social en beneficio del titular del privilegio, al amparo del artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Cuando el legislador ha querido atemperar el juego del principio mayoritario en tutela de la minoría exigiendo el consentimiento individual de los socios o el acuerdo unánime de todos ellos, lo ha hecho expresamente (cfr. artículo 89.1 de la Ley de Sociedades de Capital, sobre creación, modificación y extinción de prestaciones accesorias; artículo 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital, sobre cláusulas prohibitivas de la transmisión voluntaria por actos inter vivos de las participaciones; artículo 296.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sobre aumento de capital por elevación del valor nominal de las participaciones; artículo 329 de la Ley de Sociedades de Capital, sobre reducción de capital con devolución de aportaciones que no afecte por igual a todas las participaciones; artículo 330 de la Ley de Sociedades de Capital, sobre alteración de la regla de prorrata en la devolución del valor de las aportaciones por reducción de capital; artículo 347.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sobre incorporación, modificación o supresión de causas estatutarias de separación; artículo 351 de la Ley de Sociedades de Capital, sobre incorporación, modificación o supresión de causas estatutarias de exclusión; artículo 393.1 de la Ley de Sociedades de Capital, sobre pago en especie de la cuota de liquidación) y no lo ha hecho así en el caso aquí enjuiciado de creación o modificación de privilegios. Aquí no se sostiene que el artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital sobre, por ser sólo aplicable en esos casos especialmente previstos, pero sí que sólo lo es en los casos de incidencia directa o afectación plena en la posición individual del socio de la limitada, so pena de hacer inviable toda modificación estatutaria, por reconducirla a una regla, la de unanimidad, absolutamente disconforme con el funcionamiento de ese tipo social (artículo 200.1 de la Ley de Sociedades de Capital). La posición aquí mantenida no es contradicha por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1999, cuyo razonamiento se explica por el hecho de que, en el caso allí debatido, el derecho afectado era el derecho al dividendo, razón por la cual pudo decir que el acuerdo cuestionado trascendía de la mera modificación estatutaria para incidir sustancialmente en el aspecto contractual, antes que en el corporativo, basando su argumentación en la cita de los artículos 1665 y 1691 del Código Civil, de modo que fue la beligerancia del ánimo de lucro en la definición del estatuto del socio de la limitada la verdadera ratio decidendi de la resolución. En nuestro caso, el derecho indirectamente afectado lo es el derecho de voto, que, como vertebrador del principio mayoritario, configurador (artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital) de la estructura corporativa de toda sociedad de capital, debe merecer, según ha quedado explicado, un discurso distinto.

IV

Mediante escrito de fecha 22 de septiembre de 2011, la registradora, manteniendo su calificación, remite informe con toda la documentación necesaria para la resolución del recurso.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 93.b y.c., 96, 98 a 102, 159, 178, 188.1, 184, 190, 199, 204, 287, 292, 304, 305 y 307 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio; 7, 195.1 y.2, 198.4 y 220.1.1º del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio; 32, 34.4 y.5, 42, 73 y 87.1 de la Ley 3/2009, de 3 de julio, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles; 326 de la Ley Hipotecaria, aplicable al Registro Mercantil por lo dispuesto en la Disposición adicional 24 de la Ley 24/2001, de 28 de diciembre; 18 y 20 del Código de Comercio; la Directiva 2009/109/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo, y la Directiva 2005/56/CEE, en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de fusiones y escisiones; artículos 92 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; 9 de la Constitución Española; las Resoluciones de esta Dirección General de 30 de junio de 1993, 21 de enero, 21 de mayo y 26 de noviembre de 1999, 5 de julio de 2001 y 24 de julio de 2007; y la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2005.

1. A la vista del escrito de interposición del recurso y de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria (aplicable al Registro Mercantil conforme a lo establecido en la disposición adicional 24 de la Ley 24/2001, de 28 de diciembre), en congruencia con las pretensiones deducidas en su escrito por el recurrente, el presente recurso queda limitado a decidir sobre las siguientes cuestiones:

1.ª Si dado que la junta que acuerda el aumento del capital social fue universal, no es necesario hacer comunicación alguna a los socios a los efectos del ejercicio de su derecho de asunción preferente, computándose el plazo establecido para ello desde la fecha de la junta.

2.ª Si es requisito de la escritura de aumento de capital que el administrador manifieste de forma expresa que «el aumento ha sido íntegramente desembolsado en los términos previstos».

3.ª Si también es requisito que dicha escritura contenga la manifestación de que «desde la convocatoria el texto íntegro de la modificación propuesta ha estado a disposición de los socios».

4.ª Si afecta a los derechos individuales de los socios la extensión de un privilegio sobre el derecho de voto que se había previsto a favor de una persona individualmente considerada y ahora se pretende extender a favor de «sus herederos legales y posteriores herederos».

Es decir, el recurso ha de circunscribirse a los defectos señalados en el acuerdo de la registradora bajo los números 1, 2 y 3 letras B) y C) respectivamente.

2. Dentro de los derechos mínimos del socio se encuentra el relativo a la «asunción preferente en la creación de nuevas participaciones» (cfr. artículo 93.b. de la Ley Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio). Con la precisión de este derecho del socio se pretende mantener estable el porcentaje de los socios en relación con el ejercicio de sus derechos políticos y económicos en la sociedad, tras la ejecución de un aumento de capital. Este carácter esencial del derecho de asunción preferente no impide que el mismo pueda ser renunciado bien de forma expresa, manifestándolo así el socio en la propia junta o con posterioridad a la misma, o bien de forma tácita dejando transcurrir el plazo para el ejercicio del derecho sin hacer manifestación alguna sobre la asunción y desembolso de las participaciones que le

correspondan. Para posibilitar el ejercicio de este derecho el artículo 305 de la Ley de Sociedades de Capital establece que los administradores deberán publicar el «anuncio de la oferta de asunción de las nuevas participaciones en el BORME» pudiendo sustituir dicha publicación por una comunicación escrita a cada uno de los socios, teniendo estos el plazo que establezca el acuerdo de la junta, y como mínimo un mes, para ejercitar si les interesa su derecho de asunción preferente de nuevas participaciones.

Se trata, por tanto, en el presente recurso de dilucidar si la previsión del artículo 305 de la Ley de Sociedades de Capital opera también en los casos de junta universal o si puede entenderse sustituida o suplida por el conocimiento directo que tienen los socios del acuerdo, como sostiene el notario autorizante, o si, pese a ese conocimiento directo, es necesario cumplir el requisito de la publicación o comunicación.

El elemento central que debe tenerse en cuenta para resolver el presente recurso reside en la singularidades de la junta universal respecto de la que no tiene dicha naturaleza, consistente en que se mantiene la validez de la su constitución y de los acuerdos en ella adoptados, aunque no se hubieran cumplido los requisitos de convocatoria previstos en la ley y los estatutos, siempre que estén presentes o representados todos los socios y acuerden por unanimidad la celebración de la junta y el orden del día Sólo en algún caso excepcional se establecen otras distinciones en función de que la junta sea universal (v. gr. en el artículo 42 de la Ley 3/2009, de 3 de julio, sobre Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles).

En consecuencia, la junta universal constituye un supuesto en el que se prescinde exclusivamente de los requisitos de convocatoria y de publicación del orden del día, por considerar que la presencia de todos los socios y la unanimidad exigida respecto al acuerdo de celebración de la junta y del orden del día garantiza la no lesión de sus derechos de asistencia, información sobre el orden del día y voto cuya protección subyace a las normas de convocatoria y publicidad del orden del día, no cumplidas en el caso de junta universal. No se cuestiona, sin embargo, la aplicabilidad de otros requisitos de publicidad y comunicación que se imponen legalmente para acuerdos concretos o en función de otros aspectos y que nada tienen que ver con la circunstancia de que la junta adoptante de dichos acuerdos sea o no universal.

Por tanto, en el supuesto concreto objeto del presente recurso en nada influye que el aumento de capital fuera acordado por junta universal a los efectos del deber de efectuar la publicación o notificación que prescriben el artículo 305 de la Ley de Sociedades de Capital que en todo caso será exigible.

Tampoco las menciones contenidas en el acta notarial donde se formaliza el acuerdo de aumento de capital permiten concluir que se hubiera cumplido el deber de comunicación en la propia junta general a los efectos de alcanzar los fines de protección de dicho precepto.

Del acta notarial levantada de la celebración de la junta resulta que el acuerdo de aumento del capital social se toma «en los términos que resultan del documento que pide que se acompañe (como número ocho)» y en dicho documento, como condiciones del aumento, entre otras, se establecen las siguientes: «todo socio tiene la posibilidad de ejercitar el derecho de suscripción preferente, en el plazo de un mes desde la fecha de publicación del anuncio». Añadiendo en párrafo aparte que «el plazo general de suscripción, es de 30 días (sic) a contar desde la publicación del anuncio en el Borme o desde que se hubiere dirigido comunicación escrita a cada uno de los socios a elección del órgano de administración». Se deja por tanto a la elección del órgano de administración la concreta forma de cumplimentar las exigencias legales respecto del ejercicio del derecho de asunción preferente. Pese a ello nada más se dice en el acuerdo sobre el ejercicio de dicho derecho. Ni se manifiesta por el administrador nombrado en la propia junta la previsión de un plazo específico para el ejercicio del derecho de asunción preferente, ni tampoco se manifiesta en la escritura que se hicieron las comunicaciones pertinentes, ni que los socios titulares del 50% del capital social que votaron en contra del acuerdo han renunciado a su derecho de forma expresa, ni siquiera de forma tácita por transcurso de plazo alguno. Se deduce de los términos del acta que el no ejercicio del

derecho de asunción preferente resulta del hecho, reflejado en la escritura, de que la restante mitad del capital social aumentado, previa renuncia del socio que ejercitó su derecho, es decir las participaciones «sobrantes», fueron suscritas por personas no socios.

Del artículo 305.1 de la Ley de Sociedades de Capital resulta claramente que en las sociedades limitadas el ejercicio del derecho de asunción preferente debe hacerse en el plazo que se hubiera fijado al adoptar el acuerdo de aumento, siendo por tanto de la competencia de la junta general la fijación de dicho plazo y ello con independencia de que se adopte el acuerdo en junta universal o no universal. En cambio, y según el mismo artículo 305.1, en las sociedades anónimas, la fijación del plazo es competencia de los administradores. Pese a ello, si la junta en su acuerdo ha omitido dicho plazo o su forma de cómputo, pudiera entenderse que su fijación, –en virtud de las facultades concedidas por la propia junta al órgano de administración para aclarar, subsanar o rectificar y para la realización de «cuantas operaciones fueran precisas para la plena eficacia de los acuerdos», según se dice en el documento unido número ocho–, pasa a ser competencia del órgano de administración, pero lo que no puede deducirse de esa falta de determinación del sistema de cómputo del plazo por la junta o por el órgano de administración, es que el mismo va implícito en la adopción de acuerdo, pues precisamente de este acuerdo resulta todo lo contrario. Por tanto, los socios asistentes a la junta, si bien tienen exacto conocimiento del acuerdo de aumento, no tienen conocimiento del «dies a quo» en que se inicia el plazo dentro del cual se pueda ejercitar su derecho, el cual como consecuencia de ello queda indeterminado. Y esto es relevante para la resolución del presente recurso ya que en el propio acuerdo se expresaba que el «dies a quo» había de ser el de la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en la comunicación escrita, previa elección de uno de estos dos sistemas por el órgano de administración y no se ha seguido ninguno de tales sistemas. En definitiva, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 5 de julio de 2001, la observancia de las garantías legalmente establecidas para posibilitar el ejercicio del derecho de suscripción preferente condiciona la validez de la ejecución del acuerdo y, por tanto, ha de estar sujeta a calificación registral.

Por todo ello procede la confirmación del primer defecto recurrido, pues en la junta no se concretó el inicio del cómputo del plazo a efectos del ejercicio del derecho de asunción preferente, las condiciones del ejercicio de dicho derecho no resulta que hayan sido cumplidas, ni por otra parte en la escritura se expresó que los socios renunciaran individualmente a su ejercicio, ni que se haya dado cumplimiento a lo exigido en el artículo 305 de la Ley de Sociedades de Capital y en el artículo 198.4.2 del Reglamento del Registro Mercantil, conforme al cual en la escritura de aumento de capital se expresará que, a los efectos del ejercicio del derecho de preferencia, fue realizada por los administradores una comunicación escrita a cada uno de los socios o, en su defecto, deberá protocolizarse en la escritura el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» en el que, con tal finalidad, se hubiese publicado el anuncio de la oferta de asunción de las nuevas participaciones.

3. En cuanto al segundo defecto recurrido, el mismo, tal y como ha sido formulado, no puede ser confirmado.

El acuerdo de calificación considera que en la escritura de ejecución del aumento de capital deberá manifestarse que «el aumento ha sido íntegramente desembolsado en los términos previstos» añadiendo, pero sin más especificaciones, que parece que no ha sido así. Dicha manifestación es exigida por el artículo 198.4.1 del Reglamento del Registro Mercantil. Su ausencia no puede determinar por sí misma la suspensión de la inscripción de un acuerdo social cuando la finalidad a la que responde haya sido satisfecha y así resulte del propio acuerdo o de la ejecución del mismo. El Reglamento del Registro Mercantil responde a la finalidad, con dicha manifestación, de reforzar la concordancia del acuerdo con su ejecución, comprometiendo a la persona que eleva a público los acuerdos a que manifieste que efectivamente así ha sido. Pero si esa concordancia resulta de la propia escritura que documenta la ejecución del aumento del capital social,

la manifestación será innecesaria pues la misma queda suplida, sin perjuicio para la seguridad jurídica, por los datos que resultan de la misma escritura. Por ello el defecto, en su caso, sería que no existiese concordancia entre el acuerdo y su ejecución y en este sentido si a pesar de ello la escritura contuviera la manifestación requerida, es indudable que no sería posible la inscripción pese al cumplimiento formal del requisito exigido, dada la incongruencia que se produciría entre lo manifestado y lo ejecutado.

En este mismo sentido se pronunció este Centro Directivo en un tema similar en su Resolución de 24 de julio de 2007, al señalar que si bien la omisión de las manifestaciones exigidas para la escritura en el artículo 195.1 del Reglamento del Registro Mercantil puede ser una irregularidad documental, en modo alguno pueden ser un obstáculo para la inscripción, «toda vez que de los propios anuncios de convocatoria ha quedado debidamente acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos...». Lo esencial por tanto para la inscribibilidad o no del acuerdo es que del mismo resulte el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos exigidos por el legislador para la validez del mismo y no la manifestación de que dichos requisitos se han cumplido que lógicamente no puede en ningún caso contradecir lo que resulta de los propios documentos calificados.

4. El tercer defecto del acuerdo de calificación recurrido tampoco puede ser confirmado. El artículo 195.1 del Reglamento del Registro Mercantil al exigir que en la escritura de modificación de estatutos conste que, «desde la convocatoria el texto íntegro de la modificación propuesta ha estado a disposición de los socios», responde a la necesidad de garantizar el derecho de información del accionista establecido en el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital. En dicho precepto se impone que en el anuncio de convocatoria de la junta se haga constar «el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta». Pero cuando la junta que adopta los acuerdos modificativos de los estatutos es una junta universal, dado que su principal característica es que se trata de una junta no convocada, la inexistencia de anuncio de convocatoria impide la consignación formal del derecho al que se refiere el precepto mencionado. Es decir los socios al aceptar la celebración de la junta universal para la adopción del acuerdo de modificación de estatutos, y al aceptar el orden del día, implícitamente están renunciando al derecho de la disponibilidad formal de la información citada.

En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de octubre de 2005, en la que el problema planteado se centraba en que determinados accionistas asistentes a una junta universal cuya celebración y orden del día habían aceptado, impugnaron los acuerdos adoptados por aquella junta, relativos a la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad, por infracción del derecho de información previsto en el antiguo artículo 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. En dicha Sentencia se consideró que aceptar la celebración de la junta, sin que se haya realizado previa convocatoria, por estar presente todo el capital social, «es porque nada tiene que objetar respecto del cumplimiento por parte de los administradores de cualquier requisito previo a la misma» y que si no ha recibido la información requerida o se muestra disconforme con la misma «es suficiente con que se oponga a la celebración de la Junta universal, forzando la convocatoria en forma de una junta general» la cual sí quedará sujeta con toda amplitud al ejercicio del derecho de información de los socios, derecho de información que si no se cumple posibilitará entonces la impugnación de los acuerdos adoptados.

5. El último defecto del acuerdo de calificación se centra en determinar si la extensión de derecho de voto reforzado del que ya gozaba un socio a favor de sus herederos legales y posteriores herederos requiere el consentimiento de los demás socios por entender que afecta sus derechos individuales.

La nota de calificación de la registradora se basa en el artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital (procedente del artículo 71.1, párrafo segundo, de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada) que dispone que cuando una modificación estatutaria afecte a los derechos individuales de cualquier socio, deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados. Limitado como está el recurso a las cuestiones directamente relacionadas con la calificación registral (cfr. artículo 326 de la

Ley Hipotecaria), no procede plantear ahora la cuestión de si el socio, titular precisamente de las participaciones privilegiadas cuyo privilegio se aumenta, y con cuyos votos se adoptó el acuerdo, debió abstenerse, en evitación de una situación de posible conflicto de intereses, por tratarse de un supuesto de aplicación del artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital, pues se trataba de incrementar los derechos de participaciones de las que era titular si bien no a su favor directamente sino a favor de «sus herederos legales y posteriores herederos». El precepto viene a exigir el consentimiento del socio o socios que se vean afectados en sus derechos individuales por un acuerdo mayoritario de la junta general.

El artículo 188.1 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que «salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación da derecho a un voto» lo que permite la creación de participaciones de voto plural, como ya se hizo en la cláusula estatutaria en su redacción original y cuyos efectos se extienden en la cláusula debatida a favor de sus herederos y siguientes herederos.

La cláusula estatutaria en su redacción original establece el privilegio de voto plural con base en un doble criterio, objetivo y subjetivo. Según el primero, el privilegio reside en las participaciones numeradas del 1 al 752, pero siempre que según el criterio subjetivo, de las mismas sea titular don J. C. S. S. Ambos criterios debían cumplirse lo que significa que si don J. C. S. S. fuera titular de otras participaciones distintas a las numeradas no dispondría del privilegio de voto plural respecto de las mismas y que si dicho socio transmitiera a terceros dichas participaciones o pasaran por transmisión mortis causa a sus herederos, los nuevos titulares no dispondrían del privilegio del voto plural.

Con la modificación propuesta de esta cláusula estatutaria se pretende el mantenimiento del privilegio del voto plural a los que tengan la condición de herederos del actual titular, es decir, de quienes pudieran adquirir mortis causa la titularidad de las participaciones 1 a 752 y de quienes en el futuro pudieran ostentar su titularidad por vía mortis causa de los primeros herederos de don J. C. S. S.

Con la nueva redacción de la mencionada cláusula estatutaria se mantiene el criterio objetivo (participaciones numeradas del 1 al 752) y el subjetivo, aunque en relación con éste ya no se define como titular de las participaciones referidas a una persona concreta, sino a sus herederos y los herederos de éstos, criterio, por tanto, que no determina personas concretas, en el momento de la adopción del acuerdo.

La registradora entiende que con la nueva redacción se estarían reduciendo los derechos de voto de los demás socios y, por tanto, que ello requiere su consentimiento expreso, no bastando el acuerdo mayoritario de la junta general.

Aunque la registradora no expresa de forma concreta de qué modo la cláusula afecta a los derechos de los demás socios, su tenor literal permite deducir que supone la conversión de un privilegio atribuido a un socio concreto de naturaleza temporal, aunque de extensión indeterminada en el tiempo (hasta su fallecimiento o hasta que transmitiera sus participaciones a un tercero) en un privilegio de duración indefinida, por cuanto se extendería a sus herederos y a los sucesivos herederos de las participaciones.

La modificación de la cláusula estatutaria referida afecta a los demás socios por cuanto que su redacción original, aunque limitaba su capacidad de inferencia en la sociedad con el derecho de voto plural reconocido a un socio determinado, lo hacía de forma temporal. La cláusula no concretaba la finalización de dicho privilegio, pero era determinable: cuando lo transmitiera el socio a un tercero (por actos inter vivos, mortis causa o ejecución forzosa). Sin embargo, la modificación propuesta supone de facto una extensión indefinida al mantenerse vigente en el tiempo a favor de los herederos del socio y de los sucesivos herederos de aquéllos, cuya identidad es indeterminada en el momento de la adopción del acuerdo.

En definitiva, los socios en la redacción original de la cláusula estatutaria debatida, aceptaron un derecho de voto plural referida a unas concretas participaciones y respecto a un titular concreto, generando una expectativa de que en el futuro acrecentaran su capacidad de influencia en la sociedad mediante la extinción de dicho privilegio si se producía la transmisión de dichas participaciones por cualquier medio (inter vivos, mortis

causa o ejecución forzosa). Quedaba indeterminado el momento en el que la extensión del privilegio pudiera producirse y, por tanto, cuando pudiera acrecentarse su capacidad de influencia en la sociedad. Sin embargo, con la alteración de la cláusula referida, se suprime la expectativa de acrecentar la capacidad de influencia en la sociedad ya que el privilegio de voto plural se mantendría más allá del fallecimiento del titular registral actual de las participaciones, extendiéndose a sus herederos y a los herederos sucesivos. Se trata, en consecuencia, de la conversión de un privilegio limitado en el tiempo, aunque con plazo indeterminado, por un privilegio indefinido, lo que supone una limitación indefinida del peso político de los demás socios.

Admitido el privilegio del voto plural de las participaciones sociales, debe analizarse si dicho voto plural puede establecerse o extenderse, como sucede en este caso, por voluntad mayoritaria de los socios en junta general o bien requiere el consentimiento de los socios indirectamente afectados por la existencia de participaciones con un plus de derecho de voto pues la existencia de dicho derecho limita indudablemente sus derechos políticos en la sociedad. No cabe duda de que en el momento de la constitución de la sociedad es perfectamente posible la creación de participaciones de voto plural pues el consentimiento de todos los fundadores es necesario para el nacimiento de la sociedad como persona jurídica. Por el contrario, una vez nacida la sociedad, debe rechazarse toda creación de participaciones de voto plural o la extensión de los efectos inicialmente previstos que no cuente con el asentimiento de todos los socios, pues todos ellos van a verse afectados en uno de los derechos mínimos que la ley les concede, disminuyendo de forma más o menos acusada su posibilidad de influir en la adopción de acuerdos por la junta general.

Este Centro Directivo en su Resolución de 21 de mayo de 1999, al tratar de un caso similar referido al derecho al dividendo, expresó claramente que «entre las ideas rectoras de la Ley de Responsabilidad Limitada destaca la de una intensa tutela del socio y de la minoría, que se traduce, entre otras manifestaciones, en el establecimiento de algunas normas legales que introducen límites al poder mayoritario de la Junta general en caso de modificaciones estatutarias (véase el apartado III de la exposición de motivos de la Ley)». Cita a continuación una serie de medidas tuitivas, establecidas en preceptos de la Ley 2/1995, y trasladadas a la Ley de Sociedades de Capital, que se centran, en unos casos, en la exigencia del acuerdo de todos los socios, en otros, en la necesidad del consentimiento individual del socio afectado, y finalmente, en otros, en la posibilidad de separación del socio disconforme. Esta idea tuitiva del socio que subyace en toda la Ley de Sociedades Limitadas y que ahora ha recibido igualmente la vigente Ley de Sociedades de Capital, debe servir para, en caso de duda, llegar a una interpretación correcta de los preceptos legales. Y si bien es cierto que la Ley establece en determinados casos de forma expresa y específica el requisito de la unanimidad o el consentimiento de todos los socios, en el caso que nos ocupa la conclusión ha de ser la misma puesto que al tratarse de derechos individuales de los socios, los mismos deben ser protegidos con base en este carácter en los términos previstos en el artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital. Pero incluso aunque no existiera el citado artículo 292, el resultado debería ser el mismo, pues la introducción de su precedente, el artículo 71.1 párrafo segundo de la Ley 2/1995, se hizo en la discusión parlamentaria mediante enmienda en cuya justificación ya se reconocía que «aunque la indisponibilidad de los derechos individuales de los socios constituye un principio general que no precisa expresa declaración legal, parece conveniente incluir en la Ley una referencia expresa a la necesidad de contar con el consentimiento de los socios afectados». El acuerdo cuestionado disminuye indudablemente los derechos de los socios que no votaron a favor de la modificación estatutaria propuesta y, por otra parte, no responde a un claro interés social pues se trata de beneficiar o incrementar los privilegios de las participaciones pertenecientes a determinado socio. En definitiva se priva al socio de su expectativa de ejercer su derecho de voto en condiciones de igualdad, pues el derecho de voto es común para todos los socios, su posición en la sociedad cambia al modo que cambian las participaciones

ordinarias con la creación de nuevas participaciones privilegiadas o con el incremento del derecho de estas como sucede en el presente caso.

Por todo ello no puede acogerse la interpretación del precepto en el sentido de que se refiere, con la expresión derechos individuales, a derechos especiales o privilegiados, pues al no distinguir la norma, como dijo la Resolución citada de 21 de mayo de 1999, «han de incluirse en aquel concepto todos los derechos esenciales que configuran la posición jurídica de socio y que no pueden ser suprimidos o modificados por acuerdo mayoritario de la Junta, si no concurre el consentimiento de su titular, de modo que la protección legal ahora debatida está justificada por el perjuicio que la alteración estatutaria produzca sobre aquéllos». Y añade que «tales derechos no son únicamente los atribuidos por disposición estatutaria, o la medida o proporción en ésta fijada, sino también los reconocidos «ex lege» con carácter inderogable a cualquier socio, de suerte que el consentimiento individual ahora cuestionado será exigible no sólo cuando se trate de una modificación estatutaria que afecte al contenido de derechos de participaciones privilegiadas preexistentes o que pretendan alterarlo mediante la creación de nuevas participaciones privilegiadas que afecten a los privilegios de las anteriores, sino, igualmente, cuando no exista previa desigualdad entre las posiciones jurídicas de los socios y la modificación estatutaria implique la introducción de diferencias en el contenido de derechos». En definitiva se hace preciso el consentimiento de los socios afectados pues la extensión del privilegio de determinadas participaciones, afecta de forma indirecta a las participaciones no privilegiadas, al disminuir de forma indefinida su derecho de voto en contra de su voluntad.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto en cuanto a los defectos recurridos señalados bajo los números uno y tres C) y estimarlo en cuanto a los defectos números dos y tres B) en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

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, 7 de diciembre de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.