

RESOLUCIÓN de 12 de marzo de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Cádiz a inscribir una escritura de aumento de capital de una sociedad.

(BOE de 6 de julio de 2020)

SUMARIO:

Registro Mercantil. Elevación a público de acuerdos de aumento de capital, mediante compensación de créditos y aportaciones dinerarias, y suscripción de acciones. Derecho de información. Convocatoria de la junta.

El derecho de información ha sido **configurado por la jurisprudencia** como un derecho esencial, instrumental respecto del derecho de voto, imperativo e irrenunciable, que se tiene como consecuencia de la condición de socio. Tal derecho permite al socio actuar de forma efectiva en el seguimiento de la marcha de la gestión social, controlar las decisiones del órgano de administración, actuar en defensa de sus intereses y tener conocimiento preciso de los puntos sometidos a aprobación de la junta, posibilitando una emisión consciente y reflexionada del voto. Este derecho se concreta en la obligación de la sociedad de proporcionar datos y aclaraciones relativas a los asuntos comprendidos en el orden del día.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado que el derecho de información de los accionistas o socios, en cuanto unitario, determina que la ausencia o falta de alguno de los requerimientos que debe comprender la convocatoria afecta a la totalidad. Por ello, y por el especial rigor con que se pronuncia el legislador, la omisión total o parcial de todos o algunos de los requerimientos que conforman el derecho de información implica un vicio de la convocatoria invalidando el acuerdo que sobre el particular se pueda adoptar. Es precisamente el **carácter «mínimo» y esencial** del derecho de información del accionista o socio el que ha provocado una dilatada doctrina que incide sobre su trascendencia y sobre la necesidad de extremar el rigor en su defensa hasta el punto de que se ha afirmado reiteradamente que en caso de duda procede actuar en su salvaguarda rechazando la inscripción. Sin perjuicio de lo anterior, tan rigurosa **doctrina debe mitigarse en ocasiones**, por lo 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. Desde este punto de vista se ha impuesto en casos concretos la consideración de que es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos, la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas. Siempre partiendo de la base de que los derechos individuales del accionista no sufran una merma en condiciones tales que puedan considerarse postergados ni resulte de forma indiscutible que los accionistas o socios minoritarios hayan considerado sus derechos individuales violados, situaciones estas que impiden cualquier consideración relativa a una interpretación flexible.

Esta última consideración exige que la situación de hecho sea objeto de **análisis pormenorizado para determinar si los derechos individuales** de los socios llamados a reunirse en junta y, en su caso, expresar su voluntad mediante el ejercicio del derecho de voto, **han sido violentados** de forma tal que la rigurosa previsión del ordenamiento no admita corrección derivada de las circunstancias concurrentes. Para que así sea deben concurrir en la situación de hechos una serie de circunstancias que permitan, en su apreciación conjunta, llegar a la conclusión de que no ha existido una violación inadmisibles de los derechos individuales de los socios, como la naturaleza meramente formal de los defectos de convocatoria; su escasa relevancia en relación al conjunto de la convocatoria; el hecho de que el derecho de información haya sido respetado si bien insuficientemente en la convocatoria; que el contenido del derecho de información se haya reflejado con la debida claridad aunque insuficientemente; la consideración de que la omisión de uno de los medios de hacerlo efectivo (concretamente, en este caso, la posibilidad de solicitar el envío gratuito de los documentos) no implica *per se* una privación del mismo, pues el anuncio tiene un carácter meramente funcional, al ser el derecho de información de atribución legal; o incluso la circunstancia de que el resultado, presumiblemente, no vaya a ser alterado en una nueva junta.

PRECEPTOS:

Código de Comercio de 1885, arts. 18 y 61.

Código Civil, art. 5.1.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 3 y 322 y ss.

RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 93, 174, 196, 197, 204, 287 y 301.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), art. 108.
RD 1784/1996 (Rgto. Registro Mercantil), arts. 5, 6, 59 y 195.

En el recurso interpuesto por don M. V. F., en nombre y representación de la sociedad «Cádiz Club de Fútbol, Sociedad Anónima Deportiva», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Cádiz, don Rafael Jesús Rojas Baena, a inscribir una escritura de aumento de capital de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 29 de noviembre de 2017 por el notario de Cádiz, don Carlos Agustín Cabrera Barbosa, con el número de protocolo 2.393, la entidad «Cádiz Club de Fútbol, S.A.D.», elevó a público determinados acuerdos sociales de aumento de capital -en parte mediante compensación de créditos y en parte mediante aportaciones dinerarias- y suscripción de acciones en su ejecución (y se añade en la rúbrica de dicha escritura: «con el objetivo de cumplir el Real Decreto 1251/1999 de 16 de julio sobre la fijación del nuevo capital social mínimo de las SAD por haber ascendido a categoría profesional»).

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Cádiz, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

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

Hechos:

Diario/Asiento: 210/1346.

F. presentación: 04/11/2019.

Entrada: 1/2019/7.926,0.

Sociedad: Cádiz Club de Fútbol SAD.

Autorizante: Cabrera Barbosa, Carlos Agustín.

Protocolo: 2017/2393 de 29/11/2017.

Fundamentos de Derecho (defectos):

1. No se acompaña el acta notarial de la junta general. Debe aportarse el acta notarial para comprobar y calificar que efectivamente es acta notarial de junta de la regulada en los Artículos 101 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y que, por tanto, no necesita aprobación, además de comprobar si el requerimiento al Notario se ha efectuado correctamente y demás extremos concernientes a la celebración de una junta general que redunden en la validez de la misma (Arts. 103 y 105 del Reglamento del Registro Mercantil, 203 de la Ley de Sociedades de Capital, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10-4-2001, 8-4-2012, 18-4-2012, 29-1-2012 y 31-1-2018). Defecto subsanable.

2. Dado que parte del aumento de capital se ha suscrito con cargo a compensación de créditos, en el anuncio de convocatoria de la junta general celebrada no se recoge el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el informe de los administradores sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de acciones que hayan de emitirse y la cuantía del aumento, en el que se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social; así como la certificación del auditor de cuentas de la sociedad, que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar. Ese derecho incluye el de pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos al socio (artículo 301 Ley de Sociedades de Capital). Se trata del incumplimiento del derecho mínimo de información del socio (artículo 93, d de la Ley de Sociedades de Capital), especialmente previsto y regulado para el supuesto de aumento de capital por compensación de créditos en el artículo 301.4 de la Ley de Sociedades de Capital. Como ha dicho la Dirección General de los Registros y Notariado, la referencia en el anuncio de convocatoria a los artículos 272.2 y 287 de la Ley de Sociedades de Capital “no pueden suplir o englobar el específico régimen legalmente establecido para la modificación de estatutos por aumento de capital por compensación de créditos sin desnaturalizar la exigencia legal del artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital que prevé un régimen específico ampliado para tal supuesto. Por otra parte, no cabe hacer una interpretación que permita tener por cumplidos los requisitos especialmente previstos por la Ley para la protección del derecho de información en supuestos especiales por la mera consignación de los requisitos previstos para supuestos generales. Sí la ley ha considerado necesario exigir requisitos especiales es, precisamente, porque considera que el derecho de impugnación no está debidamente protegido en tales

supuestos por los requisitos generales de protección (Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 28-1-2019). Defecto insubsanable.

3. El plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente acordado por la junta general y publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil por el presidente del consejo de administración, consistente en treinta días a partir de la publicación en el BORME de la aprobación del acuerdo de ampliación de capital, no se ajuste al plazo mínimo previsto por el artículo 305.2 de la Ley de Sociedades de Capital que exige un plazo no inferior a un mes desde la publicación del anuncio de la oferta de suscripción de nuevas acciones en el BORME. El computo de plazos debe de hacerse teniendo en cuenta que los designados por meses deben computarse de fecha a fecha (artículo 5.1 del Código Civil) y según están designados en el calendario gregoriano (artículo 60 Código de Comercio). Ello implica que el plazo de treinta días desde la publicación en BORME, llevado a cabo el día 23 de mayo de 2017, finaliza el día 21 de junio de 2017, cuando el plazo legal exigido de un mes desde la publicación supondría la finalización del plazo de suscripción preferente el día 23 de junio de 2017. Con ello se ha producido una limitación en el ejercicio de uno de los derechos mínimos del socio, como es el de suscripción preferente de nuevas acciones (artículo 93.b) de la Ley de Sociedades de Capital) e incluso a sus facultades de transmisión del mismo (artículo 306.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Defecto insubsanable.

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro.

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

Cádiz, a 20 de Noviembre de 2019 (firma ilegible) El registrador D. Rafael Jesus Rojas Baena, Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Cádiz II.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don M. V. F., en nombre y representación de la sociedad «Cádiz Club de Fútbol, Sociedad Anónima Deportiva», interpuso recurso el día 17 de diciembre de 2019 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Motivos de recurso.

Primero.—Acerca del error material del acto administrativo dictado en cuanto al plazo señalado para formular recurso.

La calificación realizada por el Sr. Registrador Mercantil contiene un error en cuanto al plazo para formular este recurso, pues se señala en el último párrafo de la calificación, que cabe interponer recurso en este Registro Mercantil para la DGRN en el plazo de quince días desde la fecha de notificación en los términos de los artículos y siguientes de la Ley Hipotecaria, cuando el párrafo segundo del artículo 326 de la norma indicada señala que el plazo para la interposición será de un mes y se computará desde la fecha de la notificación de la calificación conforme el Art 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Existe por tanto un error que afecta al contenido preceptuado en el Artículo 40.2 de la Ley 39/2015. de uno de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dice expresamente:

“2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.”

Insistimos en que el plazo mencionado y contenido al efecto es erróneo y debe ser modificado al tratarse de un error material procediéndose a su subsanación en el plazo de los cinco días que la ley concede al Registrador del que ha emanado el acto, una vez recepcionado el presente recurso.

Segundo.—Antecedentes del contenido del acto jurídico del que se solicita la inscripción en el registro mercantil.

La inscripción de la escritura de elevación a público de acuerdos sociales de aumento de capital y suscripción otorgado por la sociedad anónima deportiva Cádiz Club de Fútbol, S.A.D. en el Registro Mercantil de Cádiz constituye la pretensión de mi representada.

El aumento de capital obedece a lo preceptuado en el Real Decreto 1251/1999, art. 3.2, y exigido por el Consejo Superior de Deportes, respecto a la fijación del capital social mínimo de las sociedades anónimas deportivas cuando éstas ascienden de categoría profesional, fijándose un capital social mínimo de 2.383.672,39.—€ para la entidad Cádiz Club de Fútbol, SAD.

El día 30 de diciembre de 2015 se aprobó en Junta General Extraordinaria el restablecimiento del equilibrio patrimonial de la sociedad Cádiz Club de Fútbol a través de una operación simultánea de reducción y ampliación de capital, mediante la disminución del valor nominal de acciones ya existentes, y ampliando el capital por emisión de nuevas acciones. La reducción de capital propuesta contenía una disminución del valor nominal de acciones, pasando de un nominal de 30,05 euros a 1 euro de valor nominal por cada acción. De otro lado, la ampliación de capital aprobó la emisión de 958.958 nuevas acciones de 1 euro de valor nominal, desde la numerada con el 136.995

a la 1.095.952, ambas inclusive, a través de 3 fases de suscripción. Esta operación de reducción y ampliación de capital fue elevada a público mediante escritura otorgada con fecha 2 de agosto de 2017 ante el notario D. Carlos Cabrera Barbosa, e incorporada a su orden de protocolo con el número 1.632. La operación señalada culminó con la inscripción en el Registro Mercantil de Cádiz el día 27 de noviembre de 2017. El capital social quedó cifrado en 1.095.952 euros con idéntico número de acciones de un euro de valor nominal.

El día 19 de mayo de 2017, la entidad Cádiz Club de Fútbol, S.A.D. acordó en Junta General Extraordinaria la ampliación del capital social en 1.400.000 euros por emisión de nuevas acciones de 1 euro de valor nominal cada una de ellas hasta alcanzar la cifra de 2.495.952 euros. Esta operación de ampliación de capital se llevó a cabo en tres fases, y en ellas, al igual que en la anterior operación de ampliación de capital, se admitió la modalidad de aportaciones no dinerarias por compensación de créditos.

Las tres fases señaladas se realizaron de la siguiente forma:

1.ª) Una primera fase, de aumento de capital desde la aprobación de la ampliación en la Junta General Extraordinaria, en la que todos los accionistas legitimados y debidamente inscritos en el Libro Registro de Socios en el plazo de 30 días podrían realizar su suscripción en la cuenta designada a tal efecto por la Entidad. Verificados los ingresos efectuados, se procedía a entregarles los resguardos acreditativos de las suscripciones efectuadas.

2.ª) Una segunda fase, en 5 días hábiles, tenía lugar para los accionistas intervinientes en la primera fase, y por la regla de la prorrata, realizándose la publicación de las subsiguientes acciones que cada accionista podía suscribir.

3.ª) Y una tercera fase, en la que se daba entrada en el capital social a todas aquellas personas físicas y jurídicas que tuvieran interés en entrar en el capital social de la entidad.

Se respetó íntegramente el derecho de suscripción preferente de los accionistas de la entidad, quedando el capital social aumentado en la cifra efectivamente suscrita.

Se produjo la suscripción y desembolso del 97,6366% del capital emitido, conformando un total de 1.366.913 acciones suscritas y desembolsadas, quedando el objetivo de la ampliación ampliamente cubierto.

El aumento de capital fue íntegramente desembolsado en los términos previstos mediante aportaciones dineradas y compensación de créditos en los términos de la certificación que quedó anexa al protocolo de elevación a público del aumento de capital.

Posteriormente, el 29 de noviembre de 2017, se procedió a la elevación a público de los acuerdos para su presentación e inscripción en el Registro Mercantil, la cual ha sido sin embargo denegada y constituye la causa de este recurso.

Tercero.–De la calificación denegatoria anterior realizada por el Registro Mercantil de Cádiz.

El Registro Mercantil de Cádiz emitió con anterioridad a la calificación denegatoria actual objeto del presente recurso una anterior calificación denegatoria del mismo documento de escritura de aumento del capital y suscripción que se presentó el día 4 de diciembre de 2017 (...)

- Diario/Asiento N.º 202/683.
- Número de entrada 1/2017/8.389.
- Protocolo N.º 2.393 del Ilmo. Sr. notario don Carlos Agustín Cabrera.

La calificación denegatoria contenía el fundamento de derecho único del tenor literal siguiente que a continuación reproducimos:

“El plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente acordado en la Junta General y publicado en el BORME en cuanto a ‘primera fase de suscripción’ treinta días desde la aprobación del acuerdo 19 de mayo 2017)- no se ajusta al plazo mínimo exigido por el artículo 305-2 de la Ley de Sociedades de Capital que dispone: ‘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 inscripción de nuevas acciones en el Boletín Oficial del Registro Mercantil’. Respecto al cómputo de plazos, debe de tenerse en cuenta que los plazos designados por meses deben de computarse de fecha a fecha (artículo 5.5 del Código Civil) y según están designados en el calendario gregoriano (artículo 60 Código de Comercio).”

Si bien es cierto que, aun cuando sea el mismo documento el que se haya presentado a inscripción una vez haya caducado el asiento de presentación anterior, éste puede ser objeto de una nueva calificación, en la que el registrador puede mantener su anterior criterio o variarlo, es cierto que conforme al artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria, la calificación ha de ser unitaria y global, de forma que el registrador debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación, genere una inseguridad jurídica en el rogante de su ministerio incompatible con la finalidad y eficacia del Registro.

Se trata del Principio de Seguridad Jurídica preservado en nuestra Constitución Española que ha de prevalecer frente a la legalidad de revisar los actos cuantas veces fuere necesario a los efectos de que las calificaciones no resulten tan discrepantes unas de otras, máxime cuando no se ha aportado documentación complementaria anexa alguna en esta última presentación del documento, ni tampoco ha sido requerida en la anterior ocasión.

Así, de esta forma, exponemos una parte de los fundamentos de Derecho contenidos en la Resolución de 21 de noviembre de 2018, que hace alusión a que, cuando la calificación del registrador sea desfavorable, es

exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011, 20 de julio de 2012 y 18 de noviembre de 2013, entre otras muchas).

Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada, podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el registrador que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso.

Cuarto.—Acerca del primer defecto observado en la calificación del registrador mercantil de Cádiz. Calificado como defecto subsanable.

“1.—No se acompaña el acta notarial de la Junta. Debe aportarse el acta notarial para comprobar y calificar que efectivamente es acta notarial de Junta de la regulada en los Artículos 101 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y que, por tanto, no necesita aprobación, además de comprobar si el requerimiento ante Notario se ha efectuado correctamente y demás extremos concernientes a la celebración de una junta general que redunden en la validez de la misma (Arts., 103 y 105 del Reglamento de Registro Mercantil, 203 de la ley de sociedades de capital, Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 10-04- 2001, 08-04-2012, 18-04-2012, 29-11-2012 y 31.01-2018). Defecto Subsancable.”

Tenemos que señalar en primer lugar que el defecto ahora rebatido no fue mencionado en la calificación realizada en 2007 [sic] (...)

Si bien se trata de un defecto que se califica como defecto subsanable, ningún elemento nuevo ni cambio de circunstancias ha propiciado la inclusión del mismo. No obstante, y en consonancia con lo ahora requerido en la presente Calificación (...) el Acta Notarial de la Junta que incluye además el requerimiento de presencia notarial para Junta General de Accionistas, realizado el día 18 de mayo de 2017 e incorporado al protocolo n.º 982 del orden del infrascrito notario, don Carlos A. Cabrera Barbosa, requerimiento que fue realizado por quien suscribe este recurso, don M. V. F., en su calidad de Presidente del Consejo de Administración de la compañía mercantil Cádiz Club de Fútbol, S.A.D.

En el protocolo señalado se incluyen los requisitos estatutarios de convocatoria y reunión conforme resulta de la escritura social de la entidad, constando la convocatoria de las juntas en el artículo 15 de los Estatutos Sociales, que transcribimos literalmente:

“La Junta General será convocada por el Consejo de Administración y, en su caso, por los liquidadores de la Sociedad. El Consejo de Administración convocará la Junta General siempre que lo considere necesario o conveniente para los intereses sociales y, en todo caso, en las fechas o períodos que determine la Ley y los presentes Estatutos. El Consejo de Administración deberá convocar la Junta General cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, el menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso, la Junta General deberá ser convocada para su celebración dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente al Consejo de Administración para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud. La convocatoria expresará el nombre de la Sociedad, la fecha y hora de la reunión, el orden del día en el que figurarán los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria. La convocatoria contendrá, asimismo, todas las exigencias previstas en la Ley o en los presentes Estatutos. La Junta General será convocada mediante anuncio publicado en la página web corporativa de la Sociedad, referida en el artículo 3 de los presentes Estatutos. Entre la convocatoria y la fecha para la celebración de la reunión de la Junta General deberá existir un plazo de al menos un mes. Queda a salvo lo establecido para el complemento de convocatoria. El anuncio de la convocatoria podrá hacerse constar, asimismo, la fecha en la que, si procediera, se reunirá la Junta General en segunda convocatoria. Entre la primera y segunda convocatoria deberá mediar por lo menos un plazo de 24 horas. Los accionistas que representen al menos, el 5% del capital social, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de la Junta General, incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. El complemento de la convocatoria deberá publicarse en la página web corporativa de la sociedad referida en el artículo 3 de los presentes estatutos con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la Junta General.”

Por su parte, el artículo 16 -Asistencia a las juntas- en su literalidad, dice:

“Podrán asistir a las Juntas Generales los accionistas que acrediten ser titulares de, al menos, 100 acciones inscritas a su nombre con cinco días de antelación como mínimo en el Registro de Acciones nominativas de la Sociedad. Con este fin solicitarán y obtendrán desde la publicación de la convocatoria hasta la iniciación de la Junta, la correspondiente Tarjeta de asistencia. Los titulares de acciones en número inferior al mínimo exigido por el párrafo anterior para la asistencia personal a las Juntas Generales podrán agruparse hasta alcanzar el mínimo exigido. Todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar a la Junta General por medio de otra

persona, aunque esta no sea accionista. Como excepción, cuando el derecho de asistencias se alcance por agrupación de acciones, la representación deberá recaer en cualquiera de los accionistas agrupados. La representación deberá conferirse por escrito y con carácter especial para cada junta. Este último requisito no será de aplicación cuando el representante sea el cónyuge, ascendiente o descendiente del representado o en los casos de poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tenga en territorio español.”

Fueron publicados sendos anuncios de la convocatoria tanto en el BORME n.º 73 de 18 de abril de 2017, como en el Diario de Cádiz con idéntica fecha, los cuales fueron aprobados por el Consejo de Administración en sesión celebrada el 8 de abril de 2017. Y ello con el contenido para la junta general extraordinaria de accionistas a celebrar el día 19 de mayo de 2017 a las 10 horas en primera convocatoria en la sede social de esta Sociedad sita (...), y el día 20 del mismo mes, mismo sitio y hora, en segunda convocatoria. Ambos anuncios constan protocolizados en el documento público que se acompaña al presente recurso clasificado con el numeral 4.

Todo ello conlleva la afirmación de que la Junta ha sido convocada con todos los requisitos legales y estatutarios.

Quinto.—Acerca del segundo defecto observado en la calificación denegatoria del registrador mercantil de Cádiz, calificado como defecto insubsanable.

“2.—Dado que parte del aumento de capital se ha suscrito con cargo a compensación de créditos, en el anuncio de convocatoria de la junta general celebrada no se recoge el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en domicilio social el informe de los administradores sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar; la identidad de los aportantes, el número de acciones que haya de emitirse y la cuantía del aumento, en el que se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social; así como la certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar. Ese derecho incluye el de pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos al socio (artículo 301 Ley de Sociedades de Capital). Se trata del incumplimiento del derecho mínimo de información del socio (artículo 93 d. de la Ley de Sociedades de Capital), especialmente previsto y regulado para el supuesto de aumento de capital por compensación de créditos en el artículo 301.4 de la Ley de Sociedades de Capital. Como ha dicho la Dirección General de los Registros y del Notariado, la referencia en el anuncio de convocatoria a los artículos 272.2 y 287 de la Ley de Sociedades de Capital ‘no pueden suplir o englobar el específico régimen legalmente establecido para la modificación de estatutos por aumento de capital por compensación de créditos sin desnaturalizar la exigencia legal del artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital que prevé un régimen específico ampliado para tal supuesto. Por otra parte, no cabe hacer una interpretación que permita tener por cumplidos los requisitos especialmente previstos por la Ley para la protección del derecho de información en supuestos especiales por la mera consignación de los requisitos previstos para supuestos generales. Si la ley ha considerado necesario exigir requisitos especiales es precisamente porque considera que el derecho de impugnación no está debidamente protegido en tales supuestos por los requisitos generales de protección (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28-02-2019).”

Tenemos que decir en primer lugar respecto de este defecto observado en la Calificación del Sr. Registrador Mercantil, que dicho defecto no había sido observado en la calificación realizada en el año 2017, coincidiendo con la primera presentación del protocolo notarial respecto del que se pretende su inscripción. Sin embargo, aparece el defecto ahora y calificado como insubsanable, tras haber procedido la entidad Cádiz Club de Fútbol, S.A.D. a presentar nuevamente a inscripción en el Registro Mercantil de Cádiz la escritura de elevación a público de acuerdos sociales de aumento de capital y suscripción de fecha 29 de noviembre de 2017. Consideramos, dicho sea con los debidos respetos, que se ha quebrantado el principio de seguridad jurídica, toda vez que las circunstancias obrantes en diciembre de 2017 son idénticas a las actuales.

Aun cuando la eficacia del acuerdo de ampliación de capital frente a la sociedad debe reconocerse desde el preciso instante en que dicho acuerdo está ejecutado mediante la suscripción, desembolso y adjudicación de las nuevas acciones sociales, es cierto que la inscripción en el Registro le confiere una presunción de exactitud que la entidad Cádiz Club de Fútbol, SAD no puede ni quiere obviar, ya que de la inscripción se deriva que los asientos registrales quedan bajo la salvaguarda de los Tribunales, los actos inscritos son oponibles a terceros desde su publicación en el BORME, y no se perjudican los derechos de terceros de buena fe que confiaron en el contenido del Registro.

Volviendo a la calificación de este defecto, tenemos que afirmar, dicho sea con los debidos respetos, que el derecho de suscripción y de información al socio está completamente salvaguardado por todas las cuestiones que enumeramos a continuación:

– En primer lugar, porque en el Acta Notarial de la Junta que incluye el requerimiento de Presencia Notarial para Junta General de Accionistas, realizado el día 18 de mayo de 2014 (protocolo n.º 982) ante el notario don Carlos A. Cabrera Barbosa y Acta de la Junta, se incluye la convocatoria publicada en el BORME n.º 73 de 18 de abril de 2017 y en el periódico Diario de Cádiz con idéntica fecha, sendos anuncios de la convocatoria que fueron aprobados por el Consejo de Administración en sesión celebrada el 8 de abril de 2017.

En la convocatoria (...) se dice expresamente en el punto titulado “Documentación Disponible” lo que a continuación literalmente se transcribe:

“Documentación Disponible: De acuerdo con lo previsto en el artículo 272 y 287 de la Ley de Sociedades de Capital. A partir de la fecha de remisión de la presente convocatoria, los Señores accionistas tendrán derecho solicitar y obtener de la sociedad de forma inmediata y gratuita, la entrega y/o envío de los documentos que han de ser sometidos a aprobación de la misma, Asimismo, los accionistas tendrán derecho a examinar dicha documentación en el domicilio social”

– A continuación de lo expresado, en la propia convocatoria se hace expresa referencia a los Informes del Consejo de Administración respecto a los puntos del Orden del día, donde se dice expresamente:

“Los informes del Consejo de Administración respecto a los puntos del orden del día relativo a la ampliación de capital están a disposición de los accionistas en el domicilio social de la entidad, donde podrá ser examinado y obtener de forma inmediata y gratuita copia del mismo o solicitar el envío gratuito de dichos documentos”

– En segundo lugar, el Acta Notarial de la Junta contiene el Informe del Órgano de Administración (...) en el cual, de conformidad con lo previsto en los arts. 299 y 301 de la Ley de Sociedades de Capital, además de contener el capítulo correspondiente a “Justificación y Descripción de la Ampliación del Capital Social”, se adjunta un Informe Anexo de Compensación de Créditos, que especifica y detalla que los que se suscribirán mediante la modalidad de compensación de créditos se corresponden con los saldos que refleja la contabilidad a favor de las compañías mercantiles:

- Grupo Atela Chiclana SLP.
- Estudio Legal Roca & Asociados Madrid, S.L.
- Alcabala Economistas, S.L.

Cuyos saldos ascendían a la cantidad de 75.000.–euros.

Ello consta igualmente en la propia escritura de elevación a público de acuerdos sociales de aumento de capital y suscripción otorgado por la sociedad Cádiz Club de Fútbol, SAD, cuya inscripción en el Registro Mercantil de Cádiz se pretende, en cuyo capítulo quinto, titulado “documentación aportada, complementaria y acreditativa” se incluye el Informe del Órgano de Administración sobre la ampliación de capital por compensación de créditos, el Informe Especial del Auditor sobre el mismo extremo, y la procedencia de los créditos, a los efectos de acreditar las fechas en que fueron contraídos dichos créditos que se compensan, relacionándose pues los créditos contraídos por Grupo Atela Chiclana SLP, Estudio Legal Roca & Asociados Madrid, S.L. y Alcabala Economistas, S.L., que proceden de las cuentas 55100003, 55100004 y 55100005.

Constan las fechas en que los citados créditos fueron contraídos, su concepto e importe individualizado a fecha de cierre del ejercicio 2016.

Todos los acreedores, por tanto, han accedido a compensar sus créditos de forma unánime, no existiendo por tanto vulneración de ningún derecho.

– En tercer lugar, y a efectos de dar fiel cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 301 de la LSC, se adjuntó Informe Certificación del Auditor de Cuentas Páez & Serrano Auditores. S.L.U. (...), quien acreditó que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por el Consejo de Administración sobre los créditos a compensar, cuya naturaleza y características fueron descritos a continuación en este Informe Anexo que mencionamos, dejándose expresa constancia de la concordancia existente entre los datos relativos al crédito y la contabilidad social.

Señala el Tribunal Supremo en su Sentencia número 584/2006 de 9 junio, que: “La certificación del auditor, al que se reclama una declaración de coincidencia de los datos ofrecidos por los administradores y la contabilidad social, en ejercicio de una función en cierta medida similar a la que, en la valoración de aportaciones no dinerarias, se atribuye a los llamados expertos, cumple un importante papel en defensa de los intereses de los socios y los terceros (Resoluciones de la Dirección de los Registros y del Notariado de 15 de julio de 1992 (RJ 1992. 6537) y 11 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7972))”

– Ha de señalarse en cuarto lugar, que los citados créditos tenían su origen en desembolsos para financiar necesidades de tesorería a corto plazo y se encuentran contabilizados en las cuentas de préstamos a corto plazo, concretamente en el epígrafe otros pasivos financieros del pasivo corriente del balance a 31 de diciembre de 2016. En base a lo expuesto, los créditos mencionados y cuyo importe total es de 75.000.–euros son líquidos, se encuentran vencidos y son exigibles en su totalidad.

– Lo cierto es que no se ha producido vulneración de ningún derecho de socios ni de terceros en el aumento de capital que fue elevado a público el día 27 de noviembre de 2017.

– A los efectos de rebatir con contundencia en el ámbito jurisprudencial lo afirmado en este defecto por parte del Registro Mercantil de Cádiz, mencionamos la Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil. Sección 1.ª) Sentencia número 584/2006 de 9 junio, que en sus fundamentos de derecho, especifica lo siguiente:

“La modalidad de aumento del capital social en la que el contravalor está constituido por créditos contra la sociedad, permite a ésta aligerar su pasivo destinando las nuevas acciones emitidas como consecuencia de la ampliación a extinguir créditos existentes contra ella, adjudicándolas al acreedor o acreedores. Para que proceda un aumento del capital social, en este caso simultáneo a su reducción, por medio de la llamada compensación de

créditos es necesario, en primer término, que al menos un veinticinco por ciento de los derechos a canjear sean líquidos, vencidos y exigibles y que el vencimiento de los demás no supere los cinco años. Tal exigencia, contenida en la norma que la recurrente dice fue desconocida por el Tribunal de apelación, evidencia que la llamada compensación de créditos con acciones no coincide en sus requisitos con el subrogado del pago del mismo nombre que regula el Código Civil (Leg 1689, 27), y, en particular, que puede estar referida a créditos no vencidos y, por tal, no exigibles (en contra de lo que impone el artículo 1.196 del Código Civil, apartados 3.º y 4.º). Antes bien, como un reflejo de las reglas sobre suscripción y desembolso inicial mínimo (artículo 12 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas [RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206]), el artículo 156.1.a permite que un setenta y cinco por ciento de los créditos a canjear no tengan aquellas tres condiciones, con tal que el vencimiento de los mismos no supere los cinco años. Se trata de un crédito que ya entonces era líquido, cual corresponde a la determinación completa de su objeto y cuantía (dos millones de pesetas y su interés, a calcular según un tipo establecido). Y, con independencia de que fuera exigible o no en la fecha de capitalización, punto en lo que los Tribunales de las dos instancias discrepan, es lo cierto que su cuantía, puesta en relación con los demás créditos que se dicen canjeados por otros socios, indiscutidamente tenidos por vencidos y exigibles, impone considerarlo incluido en el amplio margen de tolerancia que la norma mencionada establece, del mismo modo que la inexistencia de determinación accesoria al respecto impide, en todo caso, calificarlo como sometido a plazo de vencimiento superior a los cinco años. Lo expuesto convierte en innecesario examinar la razón por la que créditos de los otros socios, del mismo origen y naturaleza que el de las cesionarias demandantes (según declaró la Audiencia: apartado segundo, letra C del fundamento de derecho cuarto de su sentencia), fueron calificados por los administradores y el auditor de cuentas como líquidos y exigibles y no lo fue el derecho cedido por D. Julián a sus hijas.”

– Mediante la modalidad del aumento por compensación de créditos se consigue la capitalización de una deuda y la consecuente extinción de los créditos de los acreedores frente a la sociedad, que disminuye el pasivo exigible de la Sociedad y aumenta el Patrimonio neto. Ello se articula como compensación de crédito y no como aportaciones dinerarias, cuestión doctrinal consolidada dentro de esa DGRN en Resoluciones de 3-12-92: 24-12-97 y 26-02-2000.

La doctrina registral considera la compensación de los créditos existentes contra la propia sociedad como una especie de subcategoría de aumento de capital mediante aportaciones no dinerarias, pero en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada, en las que se exige una serie de requisitos adicionales, cuales son especificar la numeración de las participaciones que corresponden a tales aportaciones, distinguiéndolas de las participaciones atribuidas por las aportaciones en metálico. Dicha obligación de identificar la numeración de las participaciones sociales desembolsadas mediante aportación no dineraria puede cumplirse estableciendo la proporción en relación con cada participación o participaciones sociales suscritas por cada socio, en que las mismas son desembolsadas con cargo a aportación dineraria y con cargo a aportación no dineraria.

En la práctica, el aumento por compensación de créditos se realiza mediante la emisión de nuevas acciones (como es nuestro caso) destinando acciones a los acreedores que han consentido el canje de sus créditos por dichas acciones (todos, en nuestro caso). Las reglas singulares de este aumento de capital requieren unas reglas singulares relativas a la liquidez y exigibilidad de los créditos, así como a la verificación de su existencia contable.

Ha conestado de forma clara el consentimiento de los acreedores, obrando en el Informe del Consejo de Administración y en el Informe de Auditoría que los créditos eran líquidos, vencidos y exigibles, circunstancia que respecto de la Sociedad Anónima se refiere al 25% de los créditos a compensar, no siendo el vencimiento de los restantes superior a cinco años. Toda obra completamente en el Informe de los Administradores y en la Certificación del Auditor.

Se han cumplido, pues, todas las formalidades exigidas en el artículo 301. 4 y 5 de la LSC, así como en los artículos 165. 166, 168.3 y 199.3 del Reglamento de Registro Mercantil.

Tanto el informe de los administradores como la certificación del Auditor se han puesto a disposición de los socios, constando en el anuncio de la convocatoria de la Junta General el derecho a examinar en el domicilio social dichos documentos, así como el de pedir su entrega o envío gratuito.

Sexto.–Acerca del tercer defecto observado en la calificación del registrador mercantil de Cádiz, calificado como defecto insubsanable.

“3.–El plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente acordado por la junta general y publicado en el boletín oficial del registro mercantil por el presidente del consejo de administración, consistente en 30 días a partir de la publicación en el BORME de la aprobación del acuerdo de ampliación de capital, no se ajusta al plazo mínimo previsto por el artículo 305.2 de la Ley de Sociedades de Capital que exige un plazo no inferior a un mes desde la publicación del anuncio de la oferta de suscripción de nuevas acciones en el BORME. El cómputo de plazos debe de hacerse teniendo en cuenta que los designados por meses deben computarse de fecha a fecha (art. 5.1 del Código Civil) y según están designados en el calendario gregoriano (artículo 60 Código de Comercio). Ello implica que el plazo de treinta días desde la publicación en el BORME, llevada a cabo el 23 de mayo de 2017 finaliza el 21 de junio de 2017, cuando el plazo legal exigido de un mes desde la publicación supondría la finalización del plazo de suscripción preferente el día 23 de junio de 2017. Con ello se ha producido una limitación en el ejercicio de uno de los derechos mínimos del socio, como es el de suscripción preferente de nuevas acciones (artículo 9.3 b) de la

Ley de Sociedades de Capital) e incluso a sus facultades de transmisión del mismo (artículo 306.2 de la Ley de Sociedades de Capital).”

Es el único de los defectos coincidentes con la primera calificación realizada por el Sr. Registrador mercantil y que pasamos a recurrir a continuación.

Afirmamos con total rotundidad y dicho sea con los debidos respetos, que no ha existido vulneración alguna de los derechos de suscripción preferente de los socios. Prueba evidente de lo aseverado es que la suscripción quedó sin completar. La ampliación de capital prevista era de 1.400.000 euros habiéndose suscrito y desembolsado 1.366.913.—euros, capital social en que quedó ampliado. Se respetó íntegramente el derecho de suscripción preferente de los accionistas de la entidad, quedando el capital social aumentado en la cifra efectivamente suscrita. Se produjo la suscripción y desembolso del 97,6366% del capital emitido, conformando un total de 1.366.913 acciones las que se suscribieron y desembolsaron, con lo que el objetivo de la ampliación quedó ampliamente cubierto.

No hay que olvidar que la finalidad del derecho de suscripción preferente es garantizar que los socios no vean disminuido su porcentaje de participación en la sociedad como consecuencia de una ampliación de capital.

En nuestro caso y conforme a lo previsto en los artículos 304 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, desde la publicación del anuncio de la oferta de suscripción de la nueva emisión en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil se dispuso de un mes para ejercitar el derecho a suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las acciones que posean o de las que corresponderían a los titulares de obligaciones convertibles de ejercitar en ese momento la facultad de conversión.

La sociedad no ha privado a ningún accionista del derecho a suscribir acciones, lo que ocurre es que hay accionistas que lo han ejercitado y accionistas que no, lo que implica una renuncia del accionista y no una merma de sus derechos como consecuencia de los acuerdos sociales aprobados. Se ha respetado escrupulosamente el derecho de información.

Entre los derechos del socio recogidos en el art. 93 LSC se encuentran los siguientes:

- 1) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
- 2) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.
- 3) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.
- 4) El de información.

La junta general de socios es soberana para adoptar el acuerdo de ampliación de capital cuando lo estime preciso, con arreglo al principio mayoritario que rige en las entidades mercantiles. Sólo si la operación de ampliación careciese realmente de una justificación suficiente que permitiera comprender su adopción por la necesaria mayoría del capital social, podría tener éxito una causa de impugnación sustentada en un posible intento de abuso de derecho. Desde luego este no es el caso, ya que ha quedado completamente definido, tanto en la convocatoria, como en la elevación a público de los acuerdos sociales, que el motivo por el que se efectúa el aumento de capital es por la exigencia contenida en el Real Decreto del cumplimiento del capital social mínimo de las entidades deportivas (de fútbol) que se encuentren en primera división.

Otra cuestión importante a tener en cuenta es que ha transcurrido dos años y medio desde la adopción de los acuerdos sociales, que fueron adoptados en fecha 19 de mayo de 2017. La ley atribuye a los accionistas el derecho de suscripción preferente de las acciones que les correspondan en los aumentos de capital, en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones. De manera más concreta, se les concede el derecho a suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las acciones que posean (Art. 304 LSC). Pero, según el artículo 205.1 LSC. “la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá”.

El aumento de capital y suscripción fue elevado a público el día 27 de noviembre de 2017, habiendo tenido lugar la Junta General Extraordinaria el día 19 de mayo de 2017. La cronología, pues, de los plazos de impugnación de los acuerdos sociales en nuestro caso, rechaza de pleno cualquier vulneración de los derechos de suscripción preferente de los socios, ya que ha transcurrido más de 2 años y medio desde la fecha en que se tomaron los acuerdos en Junta General Extraordinaria y fueron ejecutadas las ampliaciones de capital que se relatan en los antecedentes tácticos de este Informe, conforme a las cuestiones planteadas. Y no sólo nos encontramos ante una cuestión de fondo, sino también de caducidad, pues el plazo para impugnar los acuerdos sociales adoptados concluyó como máximo el 19 de mayo de 2018, es decir, transcurrido un año desde la celebración de la Junta General Extraordinaria.

La cuestión controvertida que señala el registrador mercantil de Cádiz al emitir este defecto, calificado como insubsanable en su calificación, es el plazo de cumplimiento de un mes para salvaguardar los derechos de suscripción del socio, cuestión que manifiesta haberse incumplido por contener 31 días el mes de mayo, mes de publicación en el BORME del aumento de capital y suscripción. Sin embargo, tenemos que insistir en el hecho importante de que el aumento de capital no llegó ni tan siquiera a concretarse, ya que, insistimos el aumento de

capital era de 1.400.000.–euros, habiéndose realizado la suscripción y desembolso del 97.6366% del capital emitido, conformando un total de 1.366.913 acciones las que se suscribieron y desembolsaron íntegramente. Por tanto, no llegaron a cubrirse en su totalidad los derechos de suscripción preferente.

La segunda fase de la ampliación de capital estableció un período de cinco días hábiles en los que, por la regla de la prorrata, los socios pudieron suscribir nuevas acciones. De haber habido cuestiones divergentes y controversias derivadas del cómputo inexacto de plazo en la primera fase, se hubieran suscitado en esta segunda fase, no habiendo existido ninguna polémica a este respecto. Por ello, entiende este Consejo de Administración que se trata de valorar esencialmente si se ha salvaguardado de forma completa la posición jurídica tanto de socios como de terceros.

La propia DGRN recoge supuestos extremos en que reconoce a cada socio el derecho de suscripción preferente, y en los que sin embargo ni tan siquiera consta el plazo y, por ende, la observancia del artículo 304 de la LSC por no señalarse el citado plazo. No ha de olvidarse que la validez de los acuerdos que puede adoptar la Junta General, Ordinaria o Extraordinaria, dentro del ámbito de sus competencias, está condicionada, no sólo a lo que lo haya sido por mayoría legal o estatutariamente exigible, (en nuestro caso fue casi unánime), sino que, como requisito previo a la válida celebración de la Junta, la previa convocatoria (art. 174 de la LSC) incluye en el orden del día “los asuntos a tratar”. Ello brinda a los socios un conocimiento perfecto de los asuntos sobre los que son llamados a pronunciarse, permitiéndoles en su consecuencia informarse y reflexionar sobre el sentido de su voto, decidir sobre la conveniencia o no de asistir a la reunión, y garantizarles, por otra parte, que no podrá tomar ninguna decisión sobre asuntos de los que no se preveía deliberar ni adoptar acuerdo alguno.

Si bien es cierto que el artículo 305 de la LSC afirma en su punto 2.º que “ 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 quedan salvaguardados los derechos de suscripción preferente de los socios, pues precisamente la segunda fase de la ampliación de capital estableció un periodo de 5 días hábiles en los que, por la regla de la prorrata, los socios pudieron suscribir nuevas acciones. Recalamos nuevamente el hecho de que, de haber habido cuestiones divergentes o controversias de cualquier tipo, las mismas se hubieran suscitado en esta segunda fase, sin que hubiera existido ningún tipo de reclamación.

Es por este conjunto de cuestiones jurídicas analizadas por las que afirmamos que no todos los incumplimientos exactos de las previsiones legales tienen la misma trascendencia, habida cuenta que de lo que se trata es de valorar esencialmente la salvaguarda de la posición jurídica de socios y terceros.

La doctrina de la DGRN (Resolución de 26 de julio de 2005), distingue entre los supuestos en que el incumplimiento de la previsión legal conlleva la nulidad de los acuerdos adoptados, de aquellos otros en los que, al no existir perjuicio para los socios o para otros terceros, no procede la nulidad. Y así, la Resolución de la DGRN mencionada se refiere a la evitación de los efectos devastadores de la nulidad si los derechos individuales del accionista no resultan dañados. Ello no es otra cosa que favorecer el principio de conservación de los actos jurídicos, evitando así graves inconvenientes y perjuicios que al final no van a reportar mayores garantías. En el caso de la Entidad que represento, los perjuicios derivados de una declaración firme de denegación de la inscripción supondrían un coste importante, ya que conllevaría una nueva convocatoria de Junta General con las publicaciones y BORME que conllevan, así como movilizar a los socios de la entidad Cádiz Club de Fútbol. S.A.D.: y aún más importante sería el daño de imagen que la entidad Cádiz Club de Fútbol. S.A.D. tendría por la repercusión social de los actos no inscritos.

La entidad Cádiz Club de Fútbol, S.A.D. se encuentra actualmente en momento de recuperación, tanto desde el punto de vista económico como en lo deportivo, y esta parte tiene el fundado temor de que aparezca alguna cuestión formal como ésta que tratamos que dañe la propia imagen de la entidad o del propio Consejo de Administración que repercuta en la imagen y futuro de la misma, máxime cuando estamos convencidos de que ningún quebranto se ha producido para los socios ni para terceros adquirentes.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008, que dice literalmente:

“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 de 17 de enero y 12 de diciembre de 2000, 3 de diciembre de 2001, 18 de junio de 2002, 27 de febrero de 2004 y 25 de septiembre de 2006)”

La doctrina, insistimos, que plasma en su Resolución de 26 de julio de 2005 la DGRN, 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.

Y así:

“La falta de previsión en el acuerdo social del plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente no puede tener la trascendencia que propone el Registrador pues ni ha impedido ni ha limitado el ejercicio del

derecho de suscripción preferente por el socio ausente. El órgano de administración ha notificado el acuerdo de aumento y el subsiguiente derecho de suscripción preferente al socio ausente quien ha recibido la notificación.”

Acompañamos (...) una certificación extendida por el Consejo de Administración respecto de los días 22 y 23 de junio de 2017, comprensiva de que no apareció ningún socio por la sede del club para ejercitar cualquier derecho de suscripción ni preguntar sobre ninguna cuestión atinente al aumento de capital. Esta cuestión, unida perjuicio evidente que causaría la no inscripción en el Registro Mercantil, ayudarán sin duda a la obtención de una resolución estimatoria de las pretensiones del Cádiz Club de Fútbol, Sociedad Anónima Deportiva.»

IV

Mediante escrito, de fecha 8 de enero de 2020, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 5.1 del Código Civil; 18 y 61 del Código de Comercio; 93, 174, 196, 197, 204, 204, 287 y 301 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; 3 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 108 del Reglamento Hipotecario; 5, 6, 59 y 195 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000, 30 de enero y 20 de julio de 2001, 22 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003, 29 de marzo de 2005, 13 de febrero y 20 de septiembre de 2006, 22 de febrero de 2007, 26 de julio de 2010, 13 de diciembre de 2012 y 26 de noviembre de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2, 3 y 19 de agosto de 1993, 7 y 14 de marzo y 3 de abril de 1997, 9 de enero de 1998, 24 de noviembre de 1999, 18 de mayo, 8 de junio y 20 de julio de 2001, 16 de noviembre de 2002, 9 de mayo y 2 de junio de 2003, 14 y 29 de marzo y 8 y 26 de julio de 2005, 13 de febrero y 20 de septiembre de 2006, 18 de abril de 2007, 8 de febrero, 23 de abril y 29 de noviembre de 2012, 20 y 30 de mayo y 24 y 28 de octubre de 2013, 18 de febrero y 29 de septiembre de 2015, 2 de septiembre de 2016, 24 de marzo de 2017, 28 de febrero de 2018 y 25 y 28 de enero de 2019.

1. Mediante la escritura cuya calificación es impugnada se elevaron a público determinados acuerdos adoptados el día 19 de mayo de 2017 por la junta general de la entidad «Cádiz Club de Fútbol, S.A.D.», de aumento de capital -en parte mediante compensación de créditos y en parte mediante aportaciones dinerarias- y suscripción de acciones en su ejecución (se añade en la rúbrica de dicha escritura: «con el objetivo de cumplir el Real Decreto 1251/1999 de 16 de julio sobre la fijación del nuevo capital social mínimo de las SAD por haber ascendido a categoría profesional»).

2. Antes de examinar el fondo del recurso, es preciso analizar previamente varias cuestiones de índole procedimental planteadas por el recurrente.

La primera es relativa a un posible error en la notificación de la calificación, pues según afirma el recurrente en la misma se señala que cabe interponer recurso en el plazo de quince días desde la fecha de notificación, cuando el artículo 326 de la Ley Hipotecaria establece que el plazo para la interposición del recurso será de un mes. El registrador, en su informe, indica que el documento que se acompaña al recurso como calificación carece de firma y no se corresponde exactamente con la notificación de la calificación registral extendida al pie del documento, señalando además el registrador que en ésta aparece el plazo de un mes. Se trata de una cuestión que no tiene relevancia, pues el recurso se ha interpuesto claramente en plazo.

En segundo lugar, se indica en el recurso que al mismo se acompañan algunos documentos que no fueron aportados inicialmente, que por ello no se emplearon para emitir la calificación y el registrador, por tanto, no pudo examinar en tiempo y forma. Y a tal fin debe indicarse, respecto de tales documentos aportados extemporáneamente, que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por consiguiente, no han de ser tenidos en cuenta ninguno de aquellos documentos que acompañen al escrito -según se indica en el informe del registrador, meras fotocopias-, y no se presentaron al inicio del procedimiento registral que culminó con la calificación que ahora se recurre.

Por último y en lo referente a la alegación por parte del recurrente sobre el incumplimiento de la obligación de realizar una calificación global y unitaria, es cierto que la calificación ha de tener tal carácter (artículos 258.5 de la Ley Hipotecaria y 59.1 del Reglamento del Registro Mercantil), por lo que el registrador debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación genere una inseguridad jurídica en el rogante de su función incompatible con la finalidad y eficacia del Registro de la Propiedad. Pero también tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente (vid. Resoluciones de 12 de noviembre de 2001, 28 de diciembre de 2004, 2 de abril y 18 de

noviembre de 2005, 5 de marzo de 2014, 4 de octubre de 2017 y 13 de febrero de 2019). Por otra parte, caducados los asientos de presentación anteriores de un documento, el artículo 108 del Reglamento Hipotecario permite volver a presentar dichos títulos que pueden ser objeto de una nueva calificación, en la que el registrador -él mismo, o quien le suceda en el cargo- puede mantener su anterior criterio o variarlo, si lo estimase justo.

Como ha reiterado asimismo la Dirección General de los Registros y del Notariado, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificador de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función. Caducado un asiento de presentación, cesan todos sus efectos y, de la misma forma que el registrador no puede tener en cuenta en modo alguno títulos con asiento de presentación caducado para calificar, ni siquiera para lograr un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, tampoco puede verse vinculado por las calificaciones anteriormente efectuadas aun cuando sean propias. En definitiva, la nueva presentación significa el inicio -«ex novo»- de todo el procedimiento registral, como ha sucedido en el presente caso entre las distintas notas de calificación emitidas por el registrador (cfr. Resoluciones de 5 de marzo de 2014, 1 de abril, 5 de junio y 7 de septiembre de 2015 y 2 de noviembre de 2016).

Ahora bien, en este caso junto a la escritura calificada no se presentó el acta notarial de junta y la calificación tiene bien presente la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado reiterada en la Resolución de 28 de enero de 2019, entre otras, por lo que no cabe abundar tampoco más en esta cuestión.

3. En cuanto al fondo del recurso, según el primero de los defectos expresados por el registrador, debe aportarse el acta notarial de la junta general para comprobar y calificar que se trata de una de las actas de las reguladas en los artículos 101 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y que, por tanto, no necesita aprobación, además de comprobar si el requerimiento al notario se ha efectuado correctamente y demás extremos concernientes a la celebración de la junta general que redunden en la validez de la misma.

Sobre esta cuestión, la noticia que ofrece el informe sobre el hecho de acompañarse al escrito de interposición del recurso una mera fotocopia del acta en cuestión y que por tanto -y en forma auténtica- no habría sido presentada en tiempo y forma para ser calificada, hacen innecesarias mayores precisiones; indudablemente, debe aplicarse el principio de titulación auténtica que recogen los artículos 3 de la Ley Hipotecaria, 18 del Código de Comercio y 5 del Reglamento del Registro Mercantil, y unas fotocopias quedan lejos de cumplir tal exigencia, por lo que el primer defecto ha de ser confirmado.

4. La problemática que plantea el defecto segundo de la nota de calificación se encuadra dentro del derecho de información de los accionistas (más en concreto sobre la aplicación del artículo 301, apartados 2 y 4, de la Ley de Sociedades de Capital y sus especiales exigencias formales respecto de la convocatoria de la junta en determinados casos).

Este defecto se formula en los términos siguientes: «Dado que parte del aumento de capital se ha suscrito con cargo a compensación de créditos, en el anuncio de convocatoria de la junta general no se recoge el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el informe de los administradores sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de acciones que hayan de emitirse y la cuantía del aumento, en el que se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social; así como la certificación del auditor de cuentas de la sociedad, que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar. Ese derecho incluye el de pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos al socio (artículo 301 Ley de Sociedades de Capital). Se trata del incumplimiento del derecho mínimo de información del socio (artículo 93, d de la Ley de Sociedades de Capital), especialmente previsto y regulado para el supuesto de aumento de capital por compensación de créditos en el artículo 301.4 de la Ley de Sociedades de Capital. Como ha dicho la Dirección General de los Registros y Notariado, la referencia en el anuncio de convocatoria a los artículos 272.2 y 287 de la Ley de Sociedades de Capital “no pueden suplir o englobar el específico régimen legalmente establecido para la modificación de estatutos por aumento de capital por compensación de créditos sin desnaturalizar la exigencia legal del artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital que prevé un régimen específico ampliado para tal supuesto. Por otra parte, no cabe hacer una interpretación que permita tener por cumplidos los requisitos especialmente previstos por la Ley para la protección del derecho de información en supuestos especiales por la mera consignación de los requisitos previstos para supuestos generales. Sí la ley ha considerado necesario exigir requisitos especiales es, precisamente, porque considera que el derecho de impugnación no está debidamente protegido en tales supuestos por los requisitos generales de protección (Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 28-1-2019)».

Sobre esta cuestión la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en distintas ocasiones, poniendo de relieve la trascendencia que el derecho de información tiene en el ámbito de la regularidad de los acuerdos adoptados por una junta general y perfilando una doctrina que por ser de plena aplicación al presente supuesto de hecho no cabe sino reiterar.

El texto de la convocatoria de la junta general cuyos acuerdos son objeto de la calificación impugnada en este recurso es el siguiente: «Documentación disponible: De acuerdo con lo previsto en el artículo 272 y 287 de la

Ley de Sociedades de Capital, a partir de la fecha de remisión de la presente convocatoria, los señores accionistas tendrán derecho a solicitar y obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, la entrega y/o envío de los documentos que han de ser sometidos a aprobación de la misma. Asimismo, los accionistas tendrán derecho a examinar dicha documentación en el domicilio social. Los informes del consejo de administración respecto a los puntos del orden del día relativo a la ampliación de capital estarán a disposición de los accionistas en el domicilio social de la entidad, donde podrá ser examinado y obtener de forma inmediata y gratuita copia del mismo o solicitar el envío gratuito de dichos documentos».

Y el artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital (Aumento por compensación de créditos), dispone lo siguiente: «(...) 2. Al tiempo de la convocatoria de la junta general se pondrá a disposición de los socios en el domicilio social un informe del órgano de administración sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de participaciones sociales o de acciones que hayan de crearse o emitirse y la cuantía del aumento, en el que expresamente se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social (...) 4. En el anuncio de convocatoria de la junta general, deberá hacerse constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el informe de los administradores y, en el caso de sociedades anónimas, la certificación del auditor de cuentas, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos».

El derecho de información ha sido configurado por la jurisprudencia (vid. Sentencias citadas en «Vistos»), como un derecho esencial, instrumental respecto del derecho de voto, imperativo e irrenunciable, que se tiene como consecuencia de la condición de socio. Tal derecho permite al socio actuar de forma efectiva en el seguimiento de la marcha de la gestión social, controlar las decisiones del órgano de administración, actuar en defensa de sus intereses y tener conocimiento preciso de los puntos sometidos a aprobación de la junta, posibilitando una emisión consciente y reflexionada del voto. Este derecho se concreta en la obligación de la sociedad de proporcionar datos y aclaraciones relativas a los asuntos comprendidos en el orden del día (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003 y 22 de febrero de 2007).

Desde esta última perspectiva, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado en numerosas ocasiones (vid., por todas, Resoluciones de 29 de noviembre de 2012 y 28 de enero de 2019) que el derecho de información de los accionistas o socios, en cuanto unitario, determina que la ausencia o falta de alguno de los requerimientos que debe comprender la convocatoria afecta a la totalidad. Por ello, y por el especial rigor con que se pronuncia el legislador, la omisión total o parcial de todos o algunos de los requerimientos que conforman el derecho de información implica un vicio de la convocatoria invalidando el acuerdo que sobre el particular se pueda adoptar (Resolución de 16 de noviembre de 2002, entre otras muchas). Es precisamente el carácter «mínimo» y esencial del derecho de información del accionista o socio el que ha provocado una dilatada doctrina que incide sobre su trascendencia y sobre la necesidad de extremar el rigor en su defensa hasta el punto de que se ha afirmado reiteradamente que en caso de duda procede actuar en su salvaguarda rechazando la inscripción (por todas, Resolución de 8 de julio de 2005).

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha afirmado que tan rigurosa doctrina debe mitigarse en ocasiones, por lo que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del accionista o socio (Resolución de 8 de febrero de 2012). Desde este punto de vista se ha impuesto en casos concretos la consideración de que es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos, la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas (vid. Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993, 26 de julio de 2005, 29 de noviembre 2012, 29 de septiembre de 2015, 28 de febrero de 2018 y 25 y 28 de enero de 2019). Siempre partiendo de la base de que los derechos individuales del accionista no sufran una merma en condiciones tales que puedan considerarse postergados ni resulte de forma indiscutible que los accionistas o socios minoritarios hayan considerado sus derechos individuales violados, situaciones estas que impiden cualquier consideración relativa a una interpretación flexible que se aleje de la rigurosa tradicional del mencionado Centro Directivo (Resolución 20 de mayo de 2013).

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

efectivo (concretamente, en este caso, la posibilidad de solicitar el envío gratuito de los documentos) no implica «per se» una privación del mismo pues, como afirma el Tribunal Supremo, el anuncio tiene un carácter meramente funcional al ser el derecho de información de atribución legal (Sentencia de 13 de febrero de 2006 y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de septiembre de 2015); o incluso la circunstancia de que el resultado, presumiblemente, no vaya a ser alterado en una nueva junta (Resolución de 24 de octubre de 2013, entre otras).

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

5. En el supuesto al que se refiere el presente recurso el texto de la convocatoria de la junta general, respecto del derecho de información se refiere a los derechos que confieren los artículos 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital relativo a la aprobación de las cuentas anuales y 287 en lo que se refiere a la modificación de estatutos. La cuestión se centra en el hecho de que el anuncio de convocatoria no hace referencia explícita alguna a los apartados 2 y 4 del artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital, para el caso de aumento de capital por compensación de créditos, conforme a los cuales el anuncio de convocatoria debe expresar el derecho de los socios a examinar el informe del órgano de administración sobre los extremos a que se refiere el apartado 2 de este artículo y la certificación del auditor de cuentas, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos.

El recurrente alega que la omisión queda salvada por la mención del derecho reconocido en los artículos 272 y 287 de la Ley de Sociedades de Capital a obtener los documentos que se sometan a la aprobación de la junta así como la referencia al derecho de examinar y obtener los «informes del Consejo de Administración respecto a los puntos del orden del día relativo a la ampliación de capital».

Estas referencias que legalmente vienen referidas al supuesto de convocatoria para la aprobación de cuentas anuales o al específico de convocatoria en la que se proponga la modificación en general de estatutos sociales no pueden suplir o englobar el específico régimen legalmente establecido para la modificación de estatutos por aumento de capital por compensación de créditos sin desnaturalizar la exigencia legal del artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital que prevé un régimen específico y ampliado para tal supuesto. Basta leer con atención este precepto -parcialmente transcrito más arriba- para hacer patente la enorme importancia que el legislador le atribuye a este informe especial de los administradores (contrástese con el contenido del artículo 286 sobre informe de los administradores para modificaciones, en general, de estatutos de las sociedades anónimas).

Es cierto, como resulta de las consideraciones ya expuestas, que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el severo régimen de exigencia formal de la convocatoria de juntas debe mitigarse cuando por el conjunto de circunstancias concurrentes no resulten indebidamente postergados los derechos individuales del accionista. Ahora bien, esta doctrina no puede resultar de aplicación en aquellos supuestos en que la convocatoria omite en su totalidad el régimen de protección específico del derecho de información: Así se ha considerado en las Resoluciones de 18 de marzo de 2013, 18 de febrero de 2015, 24 de marzo de 2017 y 28 de enero de 2019, en las que, aceptando la doctrina de la mitigación de efectos y su plasmación legal en el artículo 204.3.a), esa Dirección General así lo entendió por tener la omisión «el carácter relevante» a que se refiere el precepto al excepcionar del régimen de dispensa las infracciones formales que afectan a derechos esenciales de los socios.

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

La ausencia en el supuesto de hecho de referencia al derecho de los socios al examen, entrega o envío del informe especial a que se refiere el artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital no puede quedar suplida por la referencia genérica al derecho a obtener los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la junta, sin producirse una grave merma de las garantías específicamente señaladas por la Ley para el supuesto de propuesta de modificación de estatutos por aumento de capital con cargo a compensación de créditos.

El recurrente considera que dicha norma ha quedado cumplida por la referencia que se hace en la convocatoria de la junta a los «informes del consejo de administración respecto a los puntos del orden del día relativo

a la ampliación de capital»; y en el propio texto de la convocatoria se detalla que «la forma de suscripción podrá ser o bien con cargo a aportaciones dinerarias (artículo 299 de la LSC) o bien con cargo a compensación de créditos (artículo 301 de la LSC)», pero debe tenerse en cuenta que en caso de que el aumento propuesto pueda llevarse a cabo mediante la compensación de créditos de los socios contra la sociedad, el legislador adopta garantías especiales para los socios que se traducen no sólo en la obligación de emitir un informe por el órgano de administración con el contenido específico a que se refiere el artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital y que la convocatoria haga específica mención del derecho al examen, entrega o envío de dicho documento por parte de los socios, sino que, al tratarse de una sociedad anónima, se exige también que, al tiempo de la convocatoria de la junta general, se ponga a disposición de los accionistas en el domicilio social una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar; y que en la convocatoria también se haga constar el derecho al examen, entrega o envío de dicha certificación por parte de los socios. Por ello, la falta de mención alguna en la convocatoria del derecho de información sobre la referida certificación del auditor de cuentas impide tener por válidamente realizada dicha convocatoria, sin que los actos posteriores de la propia sociedad (consistentes en la incorporación del informe del órgano de administración y la certificación del auditor de cuentas al acta de la junta y a la escritura calificada) puedan sanar la infracción cometida. Tampoco es admisible el argumento aducido por el recurrente de que el hecho de que todos los acreedores hayan accedido a compensar sus créditos ha de llevar a la conclusión de que no existe vulneración de ningún derecho. Dicho argumento es inadmisibles por cuanto debe asegurarse el respecto del derecho de información de todos los socios, tanto los que fueran también acreedores sino además de los restantes, hubieran asistido o no a la junta. Asimismo, el argumento del recurrente según el cual los referidos informes de administradores y certificación del auditor estuvieron a disposición de los socios tampoco puede enervar la conclusión anterior tanto porque las meras afirmaciones de parte no tienen cabida en este procedimiento como por el hecho de que la doctrina de mitigación de los efectos anulatorios de los defectos formales no es de aplicación al supuesto de hecho tal y como se ha justificado anteriormente.

Por lo expuesto, a la vista de los inequívocos términos del artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital, al que no se ajusta la convocatoria realizada, el segundo defecto ha de ser igualmente confirmado.

6. Toca por último analizar el tercer defecto expresado en la nota de calificación: «El plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente acordado por la junta general y publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil por el presidente del consejo de administración, consistente en treinta días a partir de la publicación en el BORME de la aprobación del acuerdo de ampliación de capital, no se ajuste al plazo mínimo previsto por el artículo 305.2 de la Ley de Sociedades de Capital que exige un plazo no inferior a un mes desde la publicación del anuncio de la oferta de suscripción de nuevas acciones en el BORME (...)».

Sobre esta cuestión hay que recordar, en primer término y respecto de tal suscripción preferente que, según establece el artículo 305.2 de la Ley de Sociedades de Capital, «2. El plazo para el ejercicio del derecho no podrá ser inferior a un mes desde la publicación del anuncio de la oferta de suscripción de las nuevas participaciones o de suscripción de nuevas acciones en el Boletín Oficial del Registro Mercantil».

En el acuerdo elevado a público en la escritura calificada consta que «se establecen 3 fases de suscripción: a. en la primera fase en treinta días desde la aprobación o en su caso de la ampliación (...) b. en la segunda fase, que durará cinco días hábiles, solamente podrán acceder los socios que hayan suscrito acciones en la primera fase, y podrán hacerlo por la regla de la prorrata. Para ello se faculta al Consejo de Administración del club para que una vez cerrada la primera fase, publique el resultado y las acciones que cada accionista pueda volver a suscribir».

Salta enseguida a la vista la evidente discordancia entre el texto legal y lo acordado en la junta, y debe ponerse de relieve, en primer término, algo obvio, como es que los plazos por meses se computan de fecha a fecha (vid. artículos 5.1 del Código Civil y 60 del Código de Comercio), lo que bastaría por sí para confirmar el defecto recurrido, pues computar treinta días es algo bien distinto a computar un plazo de fecha a fecha.

Por lo demás, tampoco pueden ser atendidas las diversas alegaciones que el recurrente presenta con la intención de combatir este tercer defecto de la calificación; tales como que no hay posible perjuicio posible para los socios, dado que la ampliación no se cubrió en la primera fase (añádase que el plazo de esta fase no se ajustaba a la ley, por quedar acortado, y era el habilitante para que el socio que hubiera acudido a la suscripción en esa primera fase pudiera acudir a la segunda fase de la ampliación). O que no acudió ningún socio a la sede del Club determinados días del mes de junio de 2017; extremo éste -un hecho negativo, con lo que ello implica en el campo probatorio- que se pretende acreditar con una certificación del Consejo. Incluso que habría transcurrido al plazo de impugnación -caducidad- de los acuerdos, y que el posible incumplimiento no conllevaría la nulidad, al no haber perjuicio para accionistas y terceros. Cuestiones todas estas que sobrepasan el marco de la calificación registral y que solo -y en su caso- podrán ser suscitadas y eventualmente defendidas ante los tribunales de Justicia. Y sin olvidar, tampoco, que el artículo 205 de la Ley de Sociedades de Capital excluye del plazo de caducidad aquellos acuerdos que, por sus circunstancias, causa, o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá; algo que el registrador en el marco de su calificación no puede apreciar, pues es materia reservada a los tribunales de Justicia. Y es que el artículo 59.1 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que la calificación del registrador y, en su caso, la resolución de la Dirección General de los Registros y del

Notariado dictada en vía de recurso contra aquella se entenderán limitadas a los efectos de extender, suspender o denegar el asiento principal solicitado. Por todo ello, este tercer defecto ha de ser igualmente confirmado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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, 12 de marzo de 2020. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.