CEF.-
Revista práctica del Derecho CEFLegal.-

www.civil-mercantil.com

RESOLUCIÓN de 4 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Valencia a inscribir determinados acuerdos sociales.

(BOE de 9 de agosto de 2016)

SUMARIO:

Registro Mercantil. Nulidad de acuerdos sociales. Posibilidad de convalidación. No cabe trasvasar, sin más, al campo societario los conceptos de ineficacia propios de la teoría general del negocio jurídico y en especial del contrato; la legislación societaria se inspira en dos grandes principios: el de la seguridad jurídica, que trata de hacerse efectivo mediante el sometimiento de los actos de nacimiento de las sociedades y sus modificaciones al control notarial y registral, ejercido en el ámbito respectivo por profesionales cualificados en el conocimiento del ordenamiento jurídico; y el de la seguridad del tráfico, que trata de hacerse realidad mediante la regulación de determinados supuestos de apariencia en la que pueden confiar los terceros por cuanto que el ordenamiento los protege. Precisamente, la protección del tercero, muy conectada con la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico, es la que exige que el perfil de la nulidad en el Derecho de sociedades sea diferente del que le confirió el legislador decimonónico en el Código Civil (de radicales perfiles como es bien sabido); ideas, por lo demás, claramente asentadas en trabajos pre-legislativos de tanto calado como el proyectado artículo 214-16 de la Propuesta de Código Mercantil. Admitida una posible convalidación de acuerdos sociales por el Centro Directivo y la jurisprudencia, debe afirmarse que tal convalidación tiene efectos *ex tunc* con independencia de la conducta procesal de las partes, y por esa línea discurren las importantes novedades sobre la materia introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Respecto de tal cambio legislativo, al igual que antes de la reforma, el primer párrafo del artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece que no procede la impugnación cuando el acuerdo social haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro, distinguiéndose ahora según que el nuevo acuerdo haya sido adoptado válidamente antes o después de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación (del primero), precisando la norma en uno y otro caso su régimen procesal. Asimismo es criterio general que la novedad más relevante de tal reforma es haber eliminado la distinción entre acuerdos nulos y anulables, por entenderse que esta distinción resultaba extraña a las categorías correspondientes en la teoría del negocio jurídico, superándose así una distinción tradicional, de modo que ahora solo hay acuerdos impugnables y para todos el plazo de caducidad ha quedado fijado en un año, con una única salvedad respecto de los acuerdos contrarios al orden público, que ni caducan ni prescriben.

PRECEPTOS:

Código de Comercio de 1885, art. 18.
Código Civil, arts. 6.3 y 1.310 y ss.
Ley Hipotecaria de 1946, arts. 324 y ss.
RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 56, 57, 204, 205 y 207.

En el recurso interpuesto por don J. P. M., en nombre y representación de la sociedad «Urbem, S.A.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Valencia, don Carlos Javier Orts Calabuig, a inscribir determinados acuerdos sociales.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 1 de marzo de 2016 por el Notario de Valencia, don Javier Máximo Juárez González, número 332 de protocolo, el representante de la sociedad «Urbem, S.A.», en concurso voluntario de acreedores, elevó a públicos los acuerdos adoptados por la junta general de la citada sociedad el día 14 de enero de 2016 por mayoría de accionistas; entre otros y por lo que afecta al presente recurso, el que consistió en la ratificación y/o convalidación de los acuerdos de aprobación del balance de fusión y de la fusión simplificada entre «Urbem, S.A.» (absorbente) y «Benimaclet Este» (absorbida), adoptado en su día por las juntas generales de ambas sociedades; y el relativo a la modificación del artículo 11 de los estatutos sociales para contemplar la publicación de las juntas en la web corporativa.

II

El 4 de marzo de 2016 se presentó dicha escritura en el en el Registro Mercantil de Valencia, y fue objeto de la siguiente calificación: «Carlos Javier Orts Calabuig, registrador Mercantil de Valencia, previo examen y calificación del documento que se dirá, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Asiento: 429. Diario: 831. Entrada: 1/2016/6761. Sociedad: Urbem, Sociedad Anónima. Notario/Protocolo: D. Javier Máximo Juárez González/16-332. Fundamentos de Derecho: 1.-No consta en la hoja registral de la mercantil Urbem Sociedad Anonima, la toma de razón de la declaración de concurso y del nombramiento de administrador concursal que obra en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, procedimiento 767/2015, de fecha 30 de junio de 2015, según el testimonio del mismo que se inserta en la precedente escritura. En efecto, su constancia registral es de carácter obligatorio, como se desprende del artículo 24 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, y de forma específica los artículos 4, 94 y 320 RRM y necesariamente previa a la que se solicita, como se desprende del artículo 11 RRM y del motivo de suspensión que se enuncia en el apartado siguiente. Defecto de carácter suspensivo. 2.-No consta la intervención del administrador concursal dada la naturaleza de los acuerdos adoptados por la Junta General y formalizados en la presente escritura, con especial mención del de ratificación y/o convalidación de los acuerdos de aprobación del balance de fusión y de la fusión que fue objeto de la inscripción 44a de la hoja registral y que fueron declarados nulos por sentencia firme del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, de fecha 6 de marzo de 2014 (art. 423 y concordantes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, y entre otras conforme a la RDGRN de 24 de julio de 2014). Defecto de carácter suspensivo. 3.-Existe incongruencia en la fecha de celebración de la Junta General cuyos acuerdos se elevan a público, ya que en el otorgamiento de la escritura consta que es la de 14 de enero de 2016, en la certificación del acta de la Junta consta el 15 de enero de 2012 (en primera convocatoria), y de los anuncios de convocatoria se desprende que se convoca en primera convocatoria para el 15 de enero de 2016. Arts. 97 y 112 RRM. Defecto de carácter suspensivo. 4.-Según el Registro (inscripción 52.ª), el número de acciones en que se encuentra

dividido el capital social es de 528.386, y no de 378.386 como consta en el precedente documento. En efecto, por acuerdo de la Junta General celebrada el 30 de junio de 2012, se procedió a aumentar el capital social, pasando la sociedad de tener 378.386 acciones a tener 528.386 acciones; sobre estos acuerdos recayó anotación de suspensión cautelar de los mismos por auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valencia de fecha 10 de octubre de 2012 (anotación letra A), que fue cancelada por auto del mismo Juzgado de fecha 3 de octubre de 2014, pero dichos acuerdos no han sido anulados por sentencia firme alguna, ni sobre los mismos, a fecha de celebración de la junta cuyos acuerdos se elevan a público ahora, pesa una anotación preventiva de demanda de impugnación de acuerdos sociales o de suspensión de los mismos, por lo tanto cabe resolver, que a la Junta que se celebra no asiste el total de acciones que integran el capital social; no obstante lo cual, los quorums de constitución y de adopción de acuerdos son suficientes, pero no constan expresados en los términos que exigen los artículos 97 y 112 RRM y con respecto de cada uno de dichos acuerdos, sin que tampoco se exprese que han sido adoptados en votación separada como determina el artículo 197 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Defecto de carácter suspensivo. 5.-Acuerdo primero.-En relación con la ratificación y/o convalidación de los acuerdos quinto y sexto de los adoptados en la Junta a la que se hace referencia en la certificación que se inserta, es de señalar: 1) que tales acuerdos fueron adoptados, no el 28 de mayo de 2007, como se afirma (tal fecha fue la del requerimiento para el levantamiento de la pertinente acta notarial), sino el 19 de junio de 2.007. 2) que según consta en la inscripción 53.ª, tales acuerdos fueron declarados nulos por Sentencia firme del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, de fecha 6 de marzo de 2014 y por tanto fueron objeto de cancelación. 3) que en el fallo de la citada Sentencia firme de 6 de marzo de 2014, se predica de los acuerdos adoptados su nulidad, descartando la petición subsidiaria de anulabilidad para el caso de que se considerase que no son nulos por no ser contrarios a la Ley, y 4) que tales acuerdos viciados de nulidad absoluta o radical, no son susceptibles de confirmación, ratificación o convalidación alguna, pues de tal ineficacia adolecen los que contravienen una norma imperativa o prohibitiva (arts. 6-3 y 1.310 del Código Civil), siendo su carencia de efectos «ipso iure», imprescriptible y no convalidable. Defecto de carácter denegatorio. 6.-Se modifica el artículo 11 de los estatutos sociales y en relación con el mismo y con el acuerdo adoptado, cabe señalar los siguientes motivos de denegación: a) Contempla la convocatoria judicial contraviniendo el tenor de los artículos 169, 170 y 171 de la Ley de Sociedades de Capital. b) Contempla la convocatoria de la Junta mediante anuncios publicados en la página web de la sociedad y por tanto posibilita su creación, pero tal creación no consta acordada por la Junta General de forma expresa. Art. 11 bis Ley de Sociedades de Capital. 7.-Dado el tenor de la certificación inserta de la que -como queda manifestado en los precedentes apartados- no se desprenden todos los datos y circunstancias necesarios, para una calificación completo, es exigible la aportación del acta notarial de la Junta a que se hace referencia en base y conforme a la RDGRN de 18 de abril de 2012. Defecto de carácter suspensivo. 8.-Habiendo transcurrido un año desde la fecha de cierre del último ejercicio social -2.012, 2.013 y 2.014- cuyas cuentas debieron ser aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil sin que se haya verificado tal depósito se produce el cierre registral que determina el art. 378 del R.R.M. y conforme al mismo. Defecto de carácter suspensivo. 9.-Dado que el administrador único de la mercantil Urbem SA, Regesta Regum, S.L., se encuentra en situación de concurso de acreedores y considerando que como señaló la RDGRN de 24 de julio de 2014 «Dentro del conjunto de relaciones de naturaleza patrimonial que se integran en el patrimonio del deudor se incluyen las relaciones de representación de modo que la restricción derivada de la intervención o suspensión se predica de los órganos titulares del poder de representación, cuando el concursado sea persona jurídica», se hace precisa la intervención del administrador concursal de la mercantil «Regesta Regum SL», que no consta (art. 48 y concordantes de la

Ley 2/2003, de 9 de julio, concursal. Defecto de carácter suspensivo. Se han cumplido en su integridad los trámites previstos en el artículo 18 del Código de Comercio y 6 y 15 del Reglamento del Registro Mercantil (…) Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos señalados y obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (…) Valencia, a 10 de marzo de 2016.-El Registrador n.º III (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

La calificación fue notificada al presentante el día 14 de marzo de 2016 y al notario autorizante el día 21 de marzo de 2016.

III

El 14 de abril de 2016, don J. P. M., en nombre y representación de la sociedad «Urbem, S.A.», interpuso recurso contra la anterior calificación en el que alega lo siguiente: «(…) Primera.-El principal motivo de suspensión de la inscripción y único de carácter denegatorio es el recogido bajo el número 5 de la nota de calificación: (…) Segunda.-Se suspende pues la inscripción de dos acuerdos de convalidación que pretenden regular la situación de una la -*sic*- fusión impropia o absorción de una sociedad participada al 100 % a los que les afectó la declaración de nulidad de la Junta General en la que fueron acordados como consecuencia de la participación en su constitución de unas acciones de las que fue posteriormente declarada nula su suscripción en sentencia firme. A nuestro juicio la nulidad de la constitución de la Junta, si bien arrastra la nulidad de los acuerdos en su seno celebrados, no puede extender su nulidad a la propia esencia o naturaleza de los mismos, sobre los que no cabe duda que hubieran sido considerados válidos de haberse acordado en una Junta válida y regular. Con los acuerdos adoptados en la Junta del pasado 15 de enero, no se está pretendiendo la renovación o regularización de unos acuerdos que fueron declarados nulos por ser ellos mismos contrarios a la Ley o a los Estatutos, sino que se está tratando de subsanar el defecto de nulidad que causó la de la Junta en la que fueron acordados conforme a la Ley y a los Estatutos. En contra de lo que interpreta el Sr. Registrador, los artículos del Código Civil recogen con claridad la posibilidad de convalidar los acuerdos nulos, concretamente en los arts. 12.306 -*sic*- y 1.313 en los que determina que la confirmación purifica el contrato de los vicios de que adoleciera; máxime en este caso en el que con claridad concurrían los requisitos de consentimiento, objeto y causa para su adopción. Tercera.-Hay dos tipos de nulidad: La nulidad radical de un acuerdo por ser su contenido contrario a la Ley o a los Estatutos, y la anulabilidad formal de un acuerdo que no es en sí mismo contrario a la Ley o a los Estatutos, pero que ha sido adoptado con el incumplimiento formal de alguna de las obligaciones previstas para su adopción. Una cosa es anular lo acordado, y otra, la forma en la que se ha acordado. En el primer caso no hay duda de la imposibilidad de su ratificación, pues con el nuevo acuerdo se estaría volviendo a incurrir en el mismo defecto que lo declaró nulo. Pero en el segundo caso es perfectamente posible subsanar por medio de un acuerdo convalidatorio y mayoritario de una nueva y válida Junta, los defectos formales que en su día pudieron haber invalidado la constitución de otra Junta anterior. Cuarta.-La causa de la nulidad no es objeto que deba quedar fuera del debate, tal y como reconoce la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de marzo de 2012: «En consecuencia, no cabe decir que los acuerdos aquí en liza resulten nulos como consecuencia directa de la nulidad del acuerdo instituyendo el órgano convocante de la junta en la que los primeros se adoptaron; la causa de la nulidad de los acuerdos impugnados habría que buscarla, eventualmente, en que la junta en que se adoptaron no fue debidamente convocada, al no serlo por alguien con facultades para ello». Por su parte, la Dirección General a la que nos dirigimos tiene dicho en su resolución de 30 de mayo de 2013 que: «2. En el primero de los defectos expresados por el registrador en la

calificación impugnada se plantea el discutido tema de la eficacia de la sentencia de nulidad de acuerdos sociales. Precisamente, estamos ante un típico caso difícil de Derecho de sociedades. No en vano se ha dicho que la implantación de un canon de retroactividad fuerte, por sus consecuencias devastadoras de los derechos adquiridos por socios y terceros, puede conducir al caos jurídico. Esto explica que hayan prosperado en tiempos recientes en ordenamientos societarios de nuestro entorno soluciones más ponderadas o conformes con el principio de estabilidad o conservación de los efectos de los acuerdos sociales de gestión, como es la que establece la convalidación de la fusión o escisión debidamente inscritas (artículo 47.1 LME; artículo 17 Directiva de Fusiones Transfronterizas; artículo 30 del Reglamento de la Sociedad Europea) o la misma sanación de aumentos y reducciones de capital inscritos en el Registro en Derecho alemán ex art. 246 a) AktG, o en el italiano, ex art. 2.379-ter CCivile. 3. El problema radica, en nuestro Derecho, en un extendido y a veces mal formulado así como equivocado entendimiento de la supuesta eficacia radical y retroactiva o 'ex tunc' de la declaración judicial de nulidad de los acuerdos sociales impugnados. Frente a lo que algunos presuponen, la sentencia declarativa de nulidad no produce de manera automática u *ope legis* una especie de radical *restituto in integrum* societaria o automático regreso al estado de cosas anterior al acuerdo anulado ni tan siquiera a efectos internos. Como bien expone el recurrente en su escrito de recurso, no cabe extender en este ámbito el régimen jurídico común de la nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos. No puede obviarse la existencia en la sociedad de dos planos, el contractual y el organizativo, y que los sucesivos actos organizativos adoptados por la sociedad, una vez sea declarada nula la causa jurídica de los mismos, deben ser convalidados o regularizados conforme a las reglas y principios propios del ordenamiento societario y con pleno respeto al principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución. En definitiva: no es posible la aplicación poco meditada del *brocardo quod nullum est nullum effectum producit*. 4. Del análisis de situaciones análogas en el ámbito del Derecho de sociedades resulta claro que la declaración de nulidad de la fusión o escisión ex artículo 47 LME no produce per se la inexistencia de la correspondiente modificación estructural y la desaparición del mundo jurídico de todos sus efectos, sino que es causa de una obligación societaria de remover, convalidar o 'regularizar' los efectos organizativos y societarios generados mediante los correspondiente acuerdos sociales de reintegración patrimonial a través, por ejemplo, de una escisión que permita restituir el 'stato quo ex ante'; que la nulidad de la sociedad ex artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital no produce una extinción legal de esta sino que trae por su consecuencia la obligación de su liquidación conforme se determina en el artículo 57 de la Ley de Sociedades de Capital y, en fin, que la sentencia anulatoria del derecho a utilizar la denominación social no tiene otro efecto que imponer a la sociedad el cambio de denominación y el deber consecuente de adoptar otra distinta o disolverse ex artículo 417 del Reglamento del Registro Mercantil y disposición adicional 17.ª Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. De la misma manera, anulado judicialmente un acuerdo social de aumento de capital social, por ejemplo, la subsanación o sanación de los vicios que aquejan los acuerdos sociales anulados deja de ser facultativa ex artículo 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital para convertirse en una renovación o regularización obligatoria. Así lo ha defendido la mejor doctrina alemana que se ha venido ocupando del tema en los últimos años, y también se deduce del artículo 2.377 del Codice Civile italiano cuando se dice que la anulación del acuerdo social obliga a los órganos de la sociedad a *prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità* (es decir: 'a tomar las consiguientes disposiciones bajo la propia responsabilidad'). 5. La cancelación de la inscripción del acuerdo objeto de impugnación, así como la de las inscripciones contradictorias, no produce como consecuencia jurídica, la automática supresión, en contra de terceros de buena fe, de los efectos jurídico-organizativos que se derivan de los actos de ejecución de

dichos acuerdos. Los administradores deberán convocar a los socios a una junta que resuelva adoptar las medidas adecuadas para regularizar la situación en que se encuentra la sociedad y al objeto de adecuar su situación a lo previsto en el contenido de la sentencia recaída. Si tuvieren el cargo caducado o no quisieren convocar, procede instar la convocatoria judicial de la junta, como se hace correctamente en nuestro caso. En el marco de las decisiones sociales regularizatorias deberán protegerse los derechos de socios y de terceros. A nuestros efectos, los problemas más serios se plantean en relación con la posición jurídica de los 'socios nuevos' (suscriptores y adquirentes de buena fe de acciones emitidas en acuerdos posteriores a los anulados) y con la de los propios acreedores sociales (los que lo fueren de la sociedad en el momento en que se adopta el acuerdo de regularización). En resumen: La Resolución es contraria a una interpretación excesivamente rigurosa de la doctrina general sobre la nulidad de los actos y negocios jurídicos siendo más partidaria de la doctrina jurisprudencial que viene recomendando 'extrema prudencia y criterios flexibles' en la aplicación de la nulidad radical; beneficiando así la seguridad del tráfico y la protección de los terceros por haberse manifestado ya una sociedad en el tráfico bajo apariencia de regularidad formal sujeta a su vez a control notarial y registral ya que la sanción (de nulidad) que tal declaración supone es de suma gravedad y exige, por ello, gran moderación en su empleo teniendo presente el carácter restrictivo de las causas de nulidad y, asimismo, la interpretación rigurosa y ceñida que debe hacerse de las mismas fuera de tentaciones expansionistas, para evitar que el tráfico civil y comercial se vea obstaculizado en su normal desarrollo.» La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2012 dispone que: «En conclusión, la sociedad puede ratificar, rectificar, sustituir o revocar *ad nutum* acuerdos anteriores, antes de ser objeto de impugnación, durante la pendencia del proceso de impugnación o concluido el mismo por sentencia definitiva. Otra cosa es la eficacia «ex nunc» o «ex tunc» de los acuerdos de convalidación ya que, como sostiene la sentencia de 17 de marzo de 1997, «la intención de la convocatoria no es en ningún sentido vinculante para el Juzgador a la hora de calificarlos en cuanto a sus efectos». La Audiencia Provincial de Las Palmas, en su auto de fecha 13 de febrero de 2004, o la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, en sentencia de 26 de enero de 2009, entre otras, se muestran proclives a admitir que, incluso durante la tramitación del proceso, pueda la sociedad, mediante nueva junta y por propia iniciativa, rectificar, revocar o sustituir el acuerdo impugnado. Quinta.-La sociedad absorbida Benimaclet Este, S.L. tiene confundido su patrimonio con la absorbente Urbem, S.A. (Que a la sazón era titular del 100% de las participaciones sociales) desde el ejercicio 2007. Han pasado ya nueve años. Todos los derechos y obligaciones de su balance se han confundido con los de la sociedad absorbente, siendo actualmente imposible segregarlos de nuevo como si no hubieran transcurrido los nueve años. Y han trascurrido nueve años porque la nulidad de la suscripción de las acciones, que fue la causa final de la nulidad de la Junta, fue confirmada y ratificada por las sentencias de Primera instancia y apelación con todos los pronunciamientos favorables. Pretender deshacer los efectos de una fusión tras nueve años de confusión patrimonial constituye un absurdo jurídico, legal y práctico que no tiene sino consecuencia perjudícales para todos los implicados y ninguna ventaja. Es cierto que la sociedad absorbente se podría ver obligada a acordar una escisión, pero no es menos cierto que la sociedad que naciera de esta escisión no tendría nada que ver (excepto el nombre, de lo que tampoco estamos seguros) con la sociedad que se extinguió. Aquellas obligaciones, bienes y derechos que formaron parte del balance de la absorbida han sido sustituidos por otros, y estos a su vez por otros, de modo que en la actualidad es imposible determinar cuál es o puede ser el renacido patrimonio de la sociedad extinguida. Ni la sociedad absorbente, ni sus socios, ni el resto de participantes en el tráfico mercantil y jurídico tienen el más mínimo interés en que renazca la sociedad absorbida y ya extinguida. A todos ellos les resulta exactamente igual que la absorbente tenga en su patrimonio las acciones de la

absorbida o todos los que fueron sus obligaciones, bienes y derechos. Sexta.-La convalidación y regularización de los acuerdos a los que les afectó la nulidad de una Junta General beneficia la seguridad del tráfico y la protección de los terceros por haberse manifestado ya una sociedad en el tráfico bajo apariencia de regularidad formal sujeta a su vez a control notarial y registral, de conformidad con el principio de estabilidad o conservación de los efectos de los acuerdos sociales de gestión. Impedir la renovación o regularización de estos acuerdos tendría consecuencias devastadoras de los derechos adquiridos por socios y terceros, y podría conducir al caos jurídico. Por lo expuesto solicita: Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y tenga por formulado recurso contra la calificación de referencia, y en su virtud se dicte en su día resolución por la que (sin perjuicio de la validez o eficacia del resto de defectos subsanables) se permita y ordene al Sr. Registrador la inscripción de los acuerdos quinto y sexto de la Junta de 15 de enero de 2016 eliminando y dejando sin efecto el defecto reflejado en el punto 5-4) de la nota de calificación».

IV

Mediante escrito, de fecha 3 de mayo de 2016, el registrador Mercantil elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6.3 y 1.310 y siguientes del Código Civil; 18 del Código de Comercio; 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 56, 57, 204, 205 y 207 de la Ley de Sociedades de Capital; las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008, 23 de febrero y 18 de octubre de 2012, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de abril del 2000, 16 de septiembre de 2011 y 30 de mayo de 2013.

1. Antes de entrar a examinar la cuestión de fondo planteada en este recurso, es necesario precisar algunos extremos a fin de ceñir el alcance de la Resolución.

a) De los antecedentes antes reseñados resulta claramente concretado el recurso a determinados extremos de la nota de calificación, pues como expresamente se indica en el «petitum» del recurrente se solicita: «…se dicte en su día resolución por la que (sin perjuicio de la validez o eficacia del resto de defectos subsanables) se permita y ordene al Sr. Registrador la inscripción de los acuerdos quinto y sexto de la Junta de 15 de enero de 2016 eliminando y dejando sin efecto el defecto reflejado en el punto 5-4) de la nota de calificación…».

Y el punto 5-4) de la nota de calificación se expresa lo siguiente: «5.-Acuerdo primero.-En relación con la ratificación y/o convalidación de los acuerdos quinto y sexto de los adoptados en la Junta a la que se hace referencia en la certificación que se inserta, es de señalar (…) 4) que tales acuerdos viciados de nulidad absoluta o radical, no son susceptibles de confirmación, ratificación o convalidación alguna, pues de tal ineficacia adolecen los que contravienen una norma imperativa o prohibitiva (arts. 6-3 y 1.310 del Código Civil), siendo su carencia de efectos «ipso iure», imprescriptible y no convalidable. Defecto de carácter denegatorio».

b) La certificación de acuerdos adoptados por la junta celebrada el día 15 de enero de 2016, objeto de elevación a público y causa este recurso, tiene el siguiente texto: «(…) Acuerdo que se corresponde con el punto primero del orden del día que literalmente dice: «Primero.-Ratificación y/o convalidación de los acuerdos de aprobación del balance de fusión y de la fusión simplificada entre Urbem S.A. (absorbente) y Benimaclet Este (absorbida), adoptado, en

su día, por las juntas generales de ambas sociedades: 'Ratificar y convalidar los acuerdos quinto de aprobación del balance de fusión y sexto de aprobación de la fusión simplificada entre Urbem, SA (absorbente) y Benimaclet Este, SA (absorbida), adoptados en su día por la Junta General de Urbem, SA celebrada el día 28 de mayo de 2007 extendida en el acta otorgada por el Notario de Valencia, D. Mariano Arias Llamas bajo el número 1.262 de su protocolo, elevados a público ante el Notario de Valencia, D. Javier M. Juárez González el 18 de octubre de 2007 con el número 2.189 de su protocolo, y posteriormente anulados por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número uno de Valencia de 6 de marzo de 2014'.- Acuerdo que se corresponde con el punto sexto del orden del día que literalmente dice: 'Sexto.- Modificación del artículo 11 de los Estatutos Sociales para contemplar la publicación de las juntas en la web corporativa: www.urbem.es (…)'. Lo así transcrito resulta del acta autorizada por el Notario de Valencia D. Javier Máximo Juárez González, con su número de protocolo 48 de 2016, que asistió a la junta a requerimiento del administrador único y levantó acta de la reunión, habiéndose transcrito en el libro de actas de la sociedad…».

Ante la parquedad con que se expresa la certificación incorporada, sería perfectamente congruente confirmar el criterio del registrador Mercantil al exige en su nota la aportación del acta notarial, pues cabe recordar que es doctrina del Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 20 de abril del 2000 y 16 de septiembre de 2011, entre otras muchas) que «tratándose de acuerdos que hayan de inscribirse en el Registro Mercantil, deben constar en la certificación que del acta se expida los elementos esenciales para poder apreciar la regularidad de la convocatoria, y en concreto, la fecha y modo en que la misma se haya efectuado, cuando no se trate de junta universal (véase artículos 97.2.a y 112.2 del Reglamento del Registro Mercantil)», y que «ello se debe a la competencia del registrador para calificar la validez de los actos inscribibles (artículo 18 del Código de Comercio), consecuencia de la cual el artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil exige que la certificación que se presente a inscripción deba contener los elementos necesarios para calificar su validez». Ahora bien, esta cuestión es absolutamente orillada por el recurrente en su escrito, por lo que no cabe entrar en modo alguno en el examen de tal exigencia de la nota.

c) Del mismo modo, se pide en el escrito que se ordene la inscripción del acuerdo sexto (relativo a la modificación del artículo 11 de los estatutos sociales), pero el recurso nada expresa sobre los defectos que respecto de tal extremo se especifican en la nota de calificación, por lo que no procede entrar en su examen al no ser, en rigor, combatido en el recurso.

2. Expuesto lo anterior, procede centrar la presente Resolución en el examen del defecto que en la nota de calificación aparece enumerado bajo el ordinal 5-4), con lo que debe abordarse la cuestión relativa a la posible convalidación de acuerdos sociales declarados nulos, algo sobre la que la nota se expresa con rotundidad al denegar la inscripción porque «…tales acuerdos viciados de nulidad absoluta o radical, no son susceptibles de confirmación, ratificación o convalidación alguna, pues de tal ineficacia adolecen los que contravienen una norma imperativa o prohibitiva (arts. 6-3 y 1.310 del Código Civil), siendo su carencia de efectos ipso iure, imprescriptible y no convalidable...».

Se trata de una cuestión sobre la que este este Centro Directivo ya ha tenido ocasión de pronunciarse; como también lo había hecho con anterioridad el Tribunal Supremo. Así, el Alto Tribunal ya declaró en su Sentencia de 23 de febrero de 2012 que el tradicional principio civil «quod nullum est nullum effectum producit» es matizado en el ámbito mercantil, alcanzando la nulidad exclusivamente a los actos posteriores que sean del todo incompatibles, y posteriormente, en su clarificadora Sentencia de 18 de octubre de 2012 afirmó lo siguiente: «19. La grave distorsión que en la vida de las sociedades mercantiles puede provocar la

declaración de nulidad de los acuerdos adoptados por sus órganos sociales, después de un proceso de formación de la voluntad social en ocasiones complejo y como regla sometido a rigurosos requisitos formales, a fin de garantizar el ejercicio por los socios de su derecho a intervenir de forma informada en la formación de la voluntad social, es determinante de que en aquellos supuestos en los que por su contenido no son contrarios al orden público, los distintos ordenamientos articulen diversos mecanismos dirigidos, por un lado, a potenciar su inatacabilidad limitando las causas de impugnación, fijando breves plazos a tal efecto y restringiendo la legitimación para impugnarlos, por otro, a impedir su impugnación cuando ésta ha perdido interés -en este sentido el artículo 2.377.4 del Códice Civile italiano previene que «[l]'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la liberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dell'atto costitutivo» (la anulación de la deliberación [del acuerdo] no puede tener lugar, si la impugnada es reemplazada con otra tomada en conformidad de la ley y el acto constitutivo [los estatutos]); y el 62.2 del Código das Sociedades Comerciais portugués «[a] anulabilidade cessa quando os sócios renovem a deliberação anulável mediante outra deliberação, desde que esta não enferme do vício da precedente» (la anulabilidad cesa cuando los socios renuevan la deliberación [acuerdo] anulable mediante otra deliberación [acuerdo], siempre que esta no adolezca de la irregularidad del precedente)-; y, por otro, finalmente, a facilitar la subsanación o convalidación de los que adolecen de irregularidades susceptibles de ser corregidas -en este sentido el artículo 363 de la Ley 66-537 de 24 de julio de 1966 sur les sociétés commerciales francesa dispone que «[l]e tribunal de commerce, saisi d'une action en nullité, peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités....» (el tribunal de comercio, que conoce de una acción de nulidad, puede, hasta de oficio, fijar un plazo para permitir salvar las nulidades....); y el 62.3 del Código portugués «[o] tribunal em que tenha sido impugnada uma deliberação pode conceder prazo à sociedade, a requerimento desta, para renovar a deliberação» (el tribunal ante el que haya sido impugnada una deliberación [acuerdo] puede conceder plazo a la sociedad, a petición de ésta, para renovar la deliberación [acuerdo]). 20. También el legislador europeo ha tenido en cuenta ambos mecanismos. Así la Sexta Directiva del Consejo, Directiva 1982/891/CEE, de 17 de diciembre de 1982, en el artículo 21 dispone que «[l]as legislaciones de los Estados miembros sólo podrán regular el régimen de nulidades de la escisión en las siguientes condiciones (...) c) no podrá intentarse la acción de nulidad cuando haya transcurrido un plazo de seis meses a partir de la fecha en que la escisión fuera oponible al que invoque la nulidad, ni cuando la situación hubiera sido regularizada; d) cuando sea posible remediar la irregularidad susceptible de ocasionar la nulidad de la escisión, el tribunal competente concederá a las sociedades interesadas un plazo para regularizar la situación». Y la Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril, reiterando la Tercera Directiva del Consejo 1978/855/CEE, de 9 de octubre, sobre fusión de sociedades, dispone en el artículo 21.1 que «[l]as legislaciones de los Estados miembros sólo podrán organizar el régimen de nulidades de la fusión en las siguientes condiciones: (...) c) no podrá intentarse la acción de nulidad después de la expiración de un plazo de seis meses a partir de la fecha en la que la fusión fuera oponible al que invoque la nulidad, o bien si la situación hubiera sido regularizada; d) cuando sea posible remediar la irregularidad susceptible de ocasionar la nulidad de la fusión, el tribunal competente concederá a las sociedades interesadas un plazo para regularizar la situación» (…). 24. Partiendo del contexto descrito, la primera premisa de la que debemos partir es que nuestro sistema admite de forma expresa que las sociedades mercantiles adopten acuerdos que dejen sin efecto los anteriores, mediante la adopción de otros para revocar expresamente los adoptados o mediante la adopción de otros incompatibles. Ello, sin perjuicio de que, como indica la sentencia 32/2006, de 23 de enero, no existe un «derecho al arrepentimiento» con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo

revocado, máxime si se tiene en cuenta que la propia evolución del mercado puede convertir en lesivos acuerdos inicialmente beneficiosos que los administradores deberían ejecutar de no ser revocados. (…) 29. En conclusión, la sociedad puede ratificar, rectificar, sustituir o revocar *ad nutum* acuerdos anteriores, antes de ser objeto de impugnación, durante la pendencia del proceso de impugnación o concluido el mismo por sentencia definitiva. 30. Otra cosa es la eficacia «ex nunc» o «ex tunc» de los acuerdos de convalidación ya que, como sostiene la sentencia de 17 de marzo de 1992, «la intención de la convocatoria no es en ningún sentido vinculante para el Juzgador a la hora de calificarlos en cuanto a sus efectos»».

3. En esa misma línea, esta Dirección General, en Resolución de 30 de mayo de 2013, declaró lo siguiente: «…se plantea el discutido tema de la eficacia de la sentencia de nulidad de acuerdos sociales. Precisamente, estamos ante un típico caso difícil de Derecho de sociedades. No en vano se ha dicho que la implantación de un canon de retroactividad fuerte, por sus consecuencias devastadoras de los derechos adquiridos por socios y terceros, puede conducir al caos jurídico. Esto explica que hayan prosperado en tiempos recientes en ordenamientos societarios de nuestro entorno soluciones más ponderadas o conformes con el principio de estabilidad o conservación de los efectos de los acuerdos sociales de gestión, como es la que establece la convalidación de la fusión o escisión debidamente inscritas (artículo 47.1 LME; artículo 17 Directiva de Fusiones Transfronterizas; artículo 30 del Reglamento de la Sociedad Europea) o la misma sanación de aumentos y reducciones de capital inscritos en el Registro en Derecho alemán ex & 246 a) AktG o en el italiano, ex art. 2.379-ter CCivile. 3. El problema radica, en nuestro Derecho, en un extendido y a veces mal formulado así como equivocado entendimiento de la supuesta eficacia radical y retroactiva o «ex tunc» de la declaración judicial de nulidad de los acuerdos sociales impugnados. Frente a lo que algunos presuponen, la sentencia declarativa de nulidad no produce de manera automática u «ope legis» una especie de radical *restitutio in integrum* societaria o automático regreso al estado de cosas anterior al acuerdo anulado ni tan siquiera a efectos internos. Como bien expone el recurrente en su escrito de recurso, no cabe extender en este ámbito el régimen jurídico común de la nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos. No puede obviarse la existencia en la sociedad de dos planos, el contractual y el organizativo, y que los sucesivos actos organizativos adoptados por la sociedad, una vez sea declarada nula la causa jurídica de los mismos, deben ser convalidados o regularizados conforme a las reglas y principios propios del ordenamiento societario y con pleno respeto al principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución. En definitiva: no es posible la aplicación poco meditada del brocardo «quod nullum est nullum effectum producit». 4. Del análisis de situaciones análogas en el ámbito del Derecho de sociedades resulta claro que la declaración de nulidad de la fusión o escisión ex artículo 47 LME no produce per se la inexistencia de la correspondiente modificación estructural y la desaparición del mundo jurídico de todos sus efectos, sino que es causa de una obligación societaria de remover, convalidar o «regularizar» los efectos organizativos y societarios generados mediante los correspondiente acuerdos sociales de reintegración patrimonial (…). 9. (…) Constituiría una interpretación excesivamente rigurosa de la doctrina general sobre la nulidad de los actos y negocios jurídicos cuya proyección sobre el Derecho de sociedades ha sido modulada por el propio legislador en aras de la seguridad jurídica y la protección del tráfico mercantil (…). Así lo ha entendido el Tribunal Supremo al afirmar, respecto de determinado acuerdo adoptado por la junta general, en Sentencia de 12 de junio de 2008 «que no es transportable a las causas de nulidad de la LSA el precepto del art. 6.3 CC, ni las contravenciones legales tienen todas la misma entidad y efectos (…) en todo caso la doctrina jurisprudencial viene recomendando «extrema prudencia y criterios flexibles» en la aplicación de la nulidad radical (SS. 28 de mayo y 2 de noviembre de 2001, entre otras)».

4. Sentado lo anterior y reiterando que no cabe trasvasar, sin más, al campo societario los conceptos de ineficacia propios de la teoría general del negocio jurídico y en especial del contrato, debe tenerse en cuenta que la legislación societaria se inspira en dos grandes principios: el de la seguridad jurídica, que trata de hacerse efectivo mediante el sometimiento de los actos de nacimiento de las sociedades y sus modificaciones al control notarial y registral, ejercido en el ámbito respectivo por profesionales cualificados en el conocimiento del ordenamiento jurídico; y el de la seguridad del tráfico, que trata de hacerse realidad mediante la regulación de determinados supuestos de apariencia en la que pueden confiar los terceros por cuanto que el ordenamiento los protege (caso, p. ej. de la sociedad irregular o de la sociedad nula).

Precisamente, la protección del tercero, muy conectada con la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico, es la que exige que el perfil de la nulidad en el Derecho de sociedades sea diferente del que le confirió el legislador decimonónico en el Código Civil (de radicales perfiles como es bien sabido); ideas, por lo demás, claramente asentadas en trabajos pre-legislativos de tanto calado como el proyectado artículo 214-16 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (objeto de informe en el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014), que establece, en relación con la inscripción en el Registro Mercantil de la sentencia o del laudo estimatorio lo siguiente: «…2. Cuando el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia o el laudo que estime la acción determinará, además, la cancelación de la inscripción, así como la de todos los asientos posteriores que resulten manifiestamente contradictorios con ella».

5. Admitida una posible convalidación de acuerdos sociales en línea con lo declarado por este Centro Directivo en su citada Resolución de 2013 y en las decisiones jurisprudenciales anteriores, debe afirmarse que tal convalidación tiene efectos «ex tunc» con independencia de la conducta procesal de las partes, y por esa línea discurren las importantes novedades sobre la materia introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Respecto de tal cambio legislativo, al igual que antes de la reforma, el primer párrafo del artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece que no procede la impugnación cuando el acuerdo social haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro, distinguiéndose ahora según que el nuevo acuerdo haya sido adoptado válidamente antes o después de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación (del primero), precisando la norma en uno y otro caso su régimen procesal. Asimismo es criterio general que la novedad más relevante de tal reforma es haber eliminado la distinción entre acuerdos nulos y anulables, por entenderse que esta distinción resultaba extraña a las categorías correspondientes en la teoría del negocio jurídico, superándose así una distinción tradicional, de modo que ahora solo hay acuerdos impugnables y para todos el plazo de caducidad ha quedado fijado en un año, con una única salvedad respecto de los acuerdos contrarios al orden público, que ni caducan ni prescriben.

6. En la teoría del contrato, la anulabilidad hace referencia a un tipo especial de nulidad por vicio del consentimiento o falta de capacidad que se distingue de la nulidad por la persona legitimada para hacerla valer, y tradicionalmente en el Derecho de sociedades la distinción entre acuerdos nulos y anulables se basó exclusivamente en las reglas infringidas por el acuerdo y las consecuencias de la infracción, algo que se reflejaba en la legitimación para impugnar los acuerdos y el plazo para hacerlo. La reforma, como se ha indicado anteriormente,

acaba con la distinción y unifica los plazos para la impugnación y la legitimación para impugnar, generalizando el plazo de un año para todos los acuerdos impugnables que se establece en el nuevo artículo 205.1, según el cual 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. Cuestión diferente es la relativa a los que, tradicionalmente caracterizados como inexistentes, no pueden sobrevivir con el paso del tiempo, toda vez que nunca se ha dudado que un acuerdo inexistente, por ejemplo un acuerdo «inventado» o simulado absolutamente, es un acuerdo cuya impugnación no caduca (piénsese en acuerdos adoptados en sedicentes juntas universales).

El nuevo artículo 204.2 establece que cuando la revocación o sustitución hubiere tenido lugar después de la interposición de la demanda, «el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto», rectificándose así, en relación con el segundo de los supuestos (la impugnación de acuerdos sociales una vez iniciado un proceso judicial), el criterio jurisprudencial anterior, que se oponía a la admisión de la revocación o sustitución del acuerdo en tales casos por aplicación del principio *ut lite pendente nihil innovetur*, conforme al cual carecen de eficacia las innovaciones introducidas después de iniciado el juicio en el estado de los hechos o de las personas o de las cosas que hubieren dado origen a la demanda. Este supuesto es ahora compatible con la posibilidad de subsanar (siempre que sea posible) la causa de impugnación, prevista tradicionalmente en la legislación societaria (vid. artículo 115.3, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas) y que el artículo 207.2 de la Ley de Sociedades de Capital mantiene inalterada. De esta forma -se ha dicho- la norma considera el supuesto de la subsanación diferente al de la sustitución del acuerdo impugnado por otro (artículo 204.2) y lo hace porque conceptualmente son diferentes, ya que la subsanación no supone necesariamente la desaparición del acto impugnado, sino de la causa de impugnación, aunque el efecto será el mismo: subsanada la causa de impugnación (por ejemplo, un requisito de forma) el proceso termina.

7. Finalmente, siendo cierto que la resolución judicial declarando la nulidad de los acuerdos (ahora convalidados) es anterior a la reforma de 2014, no lo es menos que el sentido y líneas maestras de ésta ya latían en previos y anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo y en Resoluciones de esta Dirección General, por lo que no se ve qué razón puede haber para apartase ahora de tales criterios, claramente sancionados por una reforma legislativa que plasma en un texto legal conceptos ya asentados tanto en decisiones jurisprudenciales como en opiniones doctrinas vertidas sobre dicha cuestión.

Son por ello acertadas las afirmaciones que se contienen en el escrito de interposición del recurso, en el sentido de que la convalidación y regularización (cabría añadir, vigente un nuevo marco legal que ofrece unas posibilidades aún mayores de sanación, algo que redunda sin duda a favor de la seguridad del tráfico), de determinados acuerdos a los que afectó la nulidad de una junta general, beneficia la seguridad del tráfico y la protección de los terceros por haberse manifestado ya una sociedad en el tráfico bajo apariencia de regularidad formal, y en aras del principio de estabilidad o conservación de los efectos de los acuerdos sociales de gestión, por lo que impedir la renovación o regularización de estos acuerdos podría tener consecuencias perjudiciales para los derechos adquiridos por socios y terceros.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada únicamente respecto del apartado 5.4 de los fundamentos de Derecho de la nota de calificación, único sobre el que cabe pronunciarse a la vista del escrito de interposición del

recurso, sin que proceda el examen del resto de defectos señalados en dicha nota en tanto que no combatidos en el mismo.

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, 4 de julio de 2016. El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.