

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCR009959

RESOLUCIÓN de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles I de Asturias a inscribir determinados acuerdos sociales de una entidad.

(BOE de 14 de marzo de 2020)

SUMARIO:**Registro Mercantil. Convalidación de acuerdos sociales declarados nulos. La eliminación de la distinción entre acuerdos nulos y anulables por la Ley 31/2014.**

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 en el Código Civil.

La posible convalidación de acuerdos sociales 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. 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.

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 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 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.

PRECEPTOS:

Código de Comercio de 1885, arts. 18 y 20.
Código Civil, arts. 6.3, 1.303 y 1.310 y ss.
Ley Hipotecaria de 1946, arts. 324 y ss.
RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 56, 57, 204, 205, 207, 293 y 295 a 345.

En el recurso interpuesto por don M. P. D., don M. A. S. M. y doña C. G. A., en nombre y representación de la sociedad «Laminados de Aller, S.A.», contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles I de Asturias, doña María de la Concepción Solance del Castillo, a inscribir determinados acuerdos sociales de dicha entidad.

Hechos

I

El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo, en sentencia de fecha 31 de octubre de 2016, declaró nulos los acuerdos de las juntas generales de la sociedad «Laminados de Aller, S.A.» de fechas 15 de septiembre de 2014 y 1 de diciembre de 2014 (autos de procedimiento ordinario número 58/2015), acuerdos entre los que se encontraba la operación de disminución de capital por compensación de pérdidas y simultáneo aumento de capital. Concretamente, dicha sentencia declaró nulos los siguientes acuerdos:

a) Acuerdo adoptado en la junta general de accionistas de «Laminados de Aller, S.A.» el 15 de septiembre de 2014, consistente en la «reducción de capital a cero mediante la amortización de todas las acciones y simultáneamente ampliar el capital social de la compañía en den mil euros, mediante la emisión de 100.000 acciones números 1 a 100.000, ambos inclusive, todas ellas de 1 euro de valor nominal, a desembolsar a través de nuevas aportaciones dineradas al patrimonio social».

b) Acuerdo adoptado en la junta general de accionistas de «Laminados de Aller, S.A.» el 15 de septiembre de 2014, consistente en «aceptar la modificación del artículo 5 de los estatutos sociales propuesta por el Consejo de Administración que queda redactado en los siguientes términos: - El capital social es de den mil euros- y está formado por 100.000 acciones ordinarias de 1 euro de valor nominal cada una de ellas, nominativas y numeradas correlativamente del al 100.000 ambos inclusive. El capital está íntegramente suscrito y desembolsado».

c) Acuerdo adoptado en la junta general de accionistas de «Laminados de Aller, S.A.» el 1 de diciembre de 2014, consistente en «aceptar la nueva redacción de los Estatutos Sociales de la sociedad propuesta por el Consejo de Administración, los cuales quedan redactados en los términos reflejados en esta acta».

Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Primera, en sentencia de 20 de marzo de 2018 (rollo de apelación número 168/2017), si bien se fundamentaba, en lo que interesa en este expediente, en que el acuerdo de reducción del capital social a cero por compensación de pérdidas y simultáneo aumento de dicho capital infringía, respecto del socio titular de acciones preferentes, «Sadim Inversiones, S.A.», unipersonal, los artículos 293.1 y artículo 343 de la Ley de Sociedades de Capital. Por ello, la Audiencia Provincial concluyó que «en este estado de cosas, teniendo presente que cualquier alteración de la cifra del capital social implica necesariamente una modificación de los estatutos sociales, la mejor solución para colmar la laguna legal que nos ocupa apunta a una interpretación integradora de lo dispuesto en ambos preceptos, de manera tal que el acuerdo de llevar a cabo la operación acordeón por la que se aprueba la reducción a cero y simultáneo aumento de capital social vendrá condicionado para su válida aprobación a la concurrencia de la doble mayoría, que incluye la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada, o bien a que la emisión de las nuevas acciones incluya los derechos para esa clase de acciones, dando así cumplimiento a los requisitos legales exigidos para la modificación estatutaria que atienden a la tutela del socio minoritario».



La junta general de la sociedad «Laminados de Aller, S.A.» de fecha 8 de abril de 2019, para dar cumplimiento a lo declarado en la referida sentencia de fecha 31 de octubre de 2016, aprobó, entre otros acuerdos, la reducción de capital social a cero y simultánea ampliación del capital en los términos que resultan de la siguiente propuesta:

«Cuarto.–La sustitución íntegra de la decisión adoptada en la JGE de 15 de septiembre de 2014 referida a la operación de disminución de capital por compensación de pérdidas y simultáneo aumento de capital, por otra decisión del siguiente tenor:

La reducción de capital por compensación de pérdidas en la suma de 7.500.000 euros mediante la amortización de todas las acciones existentes en la sociedad y simultánea ampliación de capital por importe de cien mil euros correspondientes a 29.400 acciones privilegiadas de clase A de un euro de valor nominal cada una y 70.600 acciones ordinarias de clase B de un euro de valor nominal cada una de ellas. Consiguiente modificación del artículo 5 de los Estatutos sociales».

Dicho acuerdo fue aprobado con el voto favorable de todos los accionistas salvo la sociedad «Sadim Inversiones, S.A.», que votó en contra. Todos los socios ejercitaron el derecho de suscripción preferente. Las 29.400 acciones suscritas por «Sadim Inversiones, S.A.» son de clase A, preferentes, que mantienen todos los privilegios que les otorgan los estatutos sociales; y las acciones suscritas por el resto de accionistas son de clase B, ordinarias. Tales acuerdos constan en acta notarial de la junta autorizada el día 8 de abril de 2019 por el notario de Cabañaquinta, don José Luis Meana Valdés, con el número 180 de protocolo, y fueron elevados a público en escritura otorgada ante el mismo notario el día 9 de mayo de 2019, con número 253 de protocolo.

II

Presentadas el día 28 de mayo de 2019 el acta notarial de la junta autorizada el día 8 de abril de 2019, en que constaban los referidos acuerdos, y la escritura de elevación a público de los mismos autorizada el día 9 de mayo de 2019 en el Registro Mercantil de Asturias, y fueron objeto de la siguiente nota de calificación:

«(...) El título recoge también la reelección del consejero Delegado, no inscribiéndose toda vez que no cabe la reelección de conformidad con el artículo 146 RRM, y siendo competencia del consejo su nombramiento de conformidad con el artículo 24.º de los vigentes Estatutos.

Se deniega la Inscripción del acuerdo adoptado en la junta general de la sociedad Laminados Aller, S.A, en cuanto a la sustitución de las decisiones adoptadas en la junta general extraordinaria de 15 de septiembre de 2014. Dichos acuerdos fueron declarados nulos, tanto por concurrir fraude de ley, como por infracción autónoma del artículo 293.1 en relación con el artículo 343 de la LSC, por sentencia firme de 31 de octubre de 2016, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo (en adelante la sentencia), que consta inscrita según resulta de la inscripción 18.º El acuerdo no puede admitirse: 1.–De ser posible tal acuerdo se vería frustrando el contenido de la tutela concedida. 2.–La pretendida plasmación del contenido de la sentencia por el acuerdo resulta insuficiente: Tal como señala la propia sociedad, al haberse anulado por la sentencia, los estatutos que causaron la inscripción 19.ª, aprobados en junta General Extraordinaria de 1 de diciembre de 2014, siguen vigentes los estatutos sociales a la fecha de la celebración de la junta de 15 de septiembre de 2014, que fueron aprobados en Junta General de nueve de noviembre de 2006, causando la inscripción 3.ª, modificación estatutaria que según resulta de los hechos probados de la sentencia, se produce como consecuencia de la entrada de Sadim Inversiones SA en el accionariado de Laminados de Aller, S.A. recogiendo la existencia de dos clases de acciones preferente y ordinarias regulando los artículos 7, 9, 18, 24, 32,35 y disposición final primera, lo relativo a dichas acciones preferente, siendo modificados posteriormente en cuanto al artículo 5.º como consecuencia de desembolsos de dividendos inscripción 4.ª, ampliación de capital inscripciones 8.ª, 9.ª y 10.ª en los que siempre, se mantuvieron las dos clases de acciones clase A preferente y clase B ordinarias, de la inscripción 17.ª resulta la modificación del artículo 28 de los estatutos relativo a la retribución de los administradores. Si como acabamos de señalar de los estatutos vigentes resulta la existencia de dos clases de acciones preferentes y ordinarias, el acuerdo debería referirse a las dos modificaciones de capital realizadas con posterioridad, que causaron las inscripciones 23.ª, en la que no se emiten acciones preferentes, puesto que los estatutos vigentes en aquel momento y que ha sido anulado, no las recogía y 26.ª Tal como señala de la Resolución de la Dirección General de 6 de junio de 2019, relativa a esta misma sociedad, si como consecuencia de la sentencia firme de declaración de nulidad de acuerdos, resulta una situación que no responda a las exigencias de coherencia y claridad que la legislación sobre



el Registro Mercantil demanda, corresponderá a quienes a ello están obligados instar la adopción de acuerdos necesarios para ejecutar la sentencia de nulidad y regularizar la situación jurídica de la sociedad respecto de los actos y relaciones jurídicas afectados. De este modo 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. Como consecuencia de la inscripción de la sentencia en el presente caso, se produce una anomalía, puesto que resultan inscritos de dos capitales, el capital existente a la fecha de la adopción del acuerdo anulado, que era de siete millones quinientos mil euros y el último capital escriturado de trescientos veintiséis mil novecientos setenta euros, esta anomalía habrá de regularizarse, partiendo de la situación de la sociedad en el momento de la adopción del acuerdo y teniendo en cuenta además que las decisiones sociales han de proteger tanto a los socios como a los terceros y que los nuevos socios siempre que lo sean de buena fe, tienen derecho a ser mantenidos en su posición jurídica.

3.–No cabe en el presente supuesto sustituir el acuerdo declarado nulo por la sentencia. Aunque existe la posibilidad de sustituir válidamente un acuerdo por otro de idéntico contenido, este mecanismo sanatorio encuentra su ámbito de aplicación en los supuestos en que la ineficacia de la decisión social sustituida lo sea por motivos formales, resolución de 26 de octubre de 2016, cuando los defectos son de orden material o sustantivo, (recordar que acuerdos fueron declarados nulos, tanto por concurrir fraude de ley, como por infracción autónoma del artículo 293.1 en relación con el artículo 343 de la LSC), lo que debe producirse es una alteración de la voluntad social, materializada en una nueva decisión asamblearia. Cualquiera que sea la decisión que tome la sociedad, esta ha de cumplir la normativa vigente, puesto que como reiteradamente señala la Dirección General por todas la resolución de 5 de junio de 2019 «inscrita la sociedad en el Registro Mercantil con una determinada cifra de capital, las alteraciones, al alza o a la baja, cualquiera que sea la causa que las explique, sólo podrán hacerse valer frente a terceros cuando exista el correspondiente acuerdo social adoptado con los requisitos previstos en la Ley para el aumento o reducción de capital social y una vez que el correspondiente acuerdo sea a su vez debidamente inscrito». 4.–Puesto que en el presente caso no cabe el acuerdo sustitutorio, sino que ha de tratarse de un nuevo acuerdo social que ha de ajustarse a lo dispuesto en la ley, el acuerdo calificado adolece de los siguientes defectos: 1.–El balance que sirva de base a la operación de reducción por pérdidas deberá referirse a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo (es decir seis meses antes del 10 de abril de 2019), fecha de celebración de la junta, previa verificación por el auditor de cuentas de la sociedad y estar aprobado por la Junta General. art. 323 LSC. 2.–el acuerdo de reducción ha de estar publicado en el BORME y en la página web de la sociedad o en el caso de que no exista en un periódico de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. art. 319 LSC. 3.–para la ejecución del acuerdo de aumento de capital ha de establecerse un derecho de preferencia. art 304 LSC y ss, y hacer constar en la escritura por el órgano de administración que la titularidad de las nuevas acciones se ha hecho constar en el libro Registro de socios. art. 314 LSC. Se precisa asimismo la certificación bancaria de donde resulta el depósito de las aportaciones dinerarias a nombre de la sociedad. art. 62 LSC (...)

Oviedo, 1 de Agosto de 2019 La registradora (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don M. P. D., don M. A. S. M. y doña C. G. A., en nombre y representación de la sociedad «Laminados de Aller, S.A.», interpusieron recurso el día 24 de septiembre de 2019 en el que alegaban lo siguiente:

« (...) Acuerdo:

Se trata de sustituir las decisiones adoptadas en la junta general extraordinaria de accionistas de 15 de septiembre de 2014 declaradas nulas, por la adopción de otros nuevos acuerdos con idéntico objeto que no idéntico contenido de los declarados nulos e independientes de aquellos, cuya razón de ser no se encuentra en la necesidad de dotar de eficacia a los anteriores sino que busca plasmar -ahora válidamente cumplido- el contenido de la sentencia emitida por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo y de la Sentencia emitida por la Audiencia Provincial referidas ambas a este asunto, especialmente en cuanto a las cautelas a seguir en el mantenimiento de los privilegios de las acciones de la clase A.



A tal fin se propone aprobar la reducción de capital a cero y simultánea ampliación de capital en los siguientes términos:

1. Reducción de capital a cero por importe de 7.500.000 euros mediante la amortización de todas las acciones.

2. Simultáneamente aumentar el capital social de la compañía en cien mil euros, mediante la emisión de 100.000 acciones, todas ellas de 1 euro de valor nominal, a desembolsar a través de nuevas aportaciones dinerarias al patrimonio social. Las acciones suscritas por Sadim Inversiones S.A. son de clase A privilegiadas que mantienen todos los privilegios que les otorgan los estatutos sociales. Las acciones suscritas por el resto de accionistas son de clase B ordinarias.

Dado que todos los socios han ejercitado el derecho de suscripción preferente la composición accionarial se mantiene inalterada, todos y cada uno de los accionistas mantienen el porcentaje que ostentaban con anterioridad, quedando el capital suscrito repartido de la siguiente manera:

Vidrios de Aller Holding, S.L.: 34.600 acciones ordinarias de clase B de un euro de valor nominal cada una (34.600 euros. 34,6%) numeradas de la 1 a la 34.600.

Sadim Inversiones, S.A.U.: 29.400 acciones privilegiadas de clase A de un euro de valor nominal cada una (29.400 euros. 29,4%) numeradas de la 1 a la 29.400.

Vetro Tool, S.A.: 36.000 acciones ordinarias de clase B de un euro de valor nominal cada una (36.000 euros. 36,0%) numeradas de la 34.601 a la 70.600.

El artículo 5 de los estatutos sociales queda redactado en los siguientes términos:

«El capital social es de cien mil (100.000 €) euros, y está dividido en dos clases de acciones: preferentes y ordinarias, todas nominativas, de un (1) euro de valor nominal cada una de ellas, que están íntegramente suscritas.

Las acciones preferentes, numeradas correlativamente del número treinta y cuatro mil seiscientos uno (34.601) al sesenta y cuatro mil cuatrocientos (64.000), ambos inclusive, constituyen la Clase A, por un total de veintinueve mil cuatrocientos (29.400 €) euros nominales, desembolsadas íntegramente.

Las acciones ordinarias, numeradas correlativamente del número uno (1) al treinta y cuatro mil seiscientos (34.600), y del sesenta y cuatro mil uno (64.001) al cien mil (100.000), ambos inclusive, constituyen la Clase B, por un total de setenta mil seiscientos (70.600 €) euros nominales, desembolsadas íntegramente.»

II.–Motivos de no inscripción.

Como se desarrollará pormenorizadamente a lo largo del presente escrito, los motivos giran en torno a tres argumentos principales:

a.–Todo acuerdo que se alcance en relación a la situación del capital social existente a fecha 15 de septiembre de 2014 tiene que contener necesariamente un pronunciamiento en cuanto a la afectación de los asientos posteriores que el registro nominativamente ya identifica.

b.–Que el mecanismo de la sustitución en los acuerdos sociales solo está previsto cuando la decisión social sustituida lo sea por motivos formales.

c.–Puesto que no cabe la sustitución, no es posible aprobar una ampliación de capital y reducción por pérdidas refiriéndose a la situación existente a 15 de septiembre de 2014, sino que se habrían de cumplir los requisitos de la operación acordeón conforme al marco temporal actual del año 2019.

Pasamos a transcribir la literalidad de la nota de defectos justificativa de la denegación de la inscripción:
(...)

III.–Se hace necesario recordar que la sentencia dictada por el juzgado de lo mercantil número 1 de Oviedo de fecha 31 de octubre de 2016 declaró nulos los acuerdos de las juntas de 15 de septiembre de 2014 y 1 de diciembre de 2014 (autos de procedimiento ordinario 58/2015), acuerdos entre los que se encontraba la operación de disminución de capital por compensación de pérdidas y simultáneo aumento de capital.



Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Primera, en resolución n.º 115/18 de 20 de marzo de 2018, (rollo de apelación 168/2017), modificando no obstante los argumentos para su nulidad, cuestión de absoluta relevancia para el caso que nos ocupa, esto es, la operación acordeón presentada ahora a inscripción vía acuerdo de sustitución.

Los argumentos para decretar la nulidad de la operación acordeón del 2014 no se basaron en la concurrencia de fraude de ley, como erróneamente expresa la nota de defectos del Registro Mercantil de Asturias, sino por infracción de la norma basada en una interpretación integradora de los artículos 293.1 y artículo 343 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC).

No obstante, la Audiencia Provincial más allá de limitarse a confirmar la nulidad por distintos motivos, marca expresamente la solución a adoptar por parte de Laminados a la hora de tener que respetar los derechos de los socios titulares de acciones de la clase A privilegiada, pertenecientes a Sadim Inversiones S.A. (en adelante también Sadim o Sadim Inversiones), concretamente:

«En este estado de cosas, teniendo presente que cualquier alteración de la cifra del capital social implica necesariamente una modificación de los estatutos sociales, la mejor solución para colmar la laguna legal que nos ocupa apunta a una interpretación integradora de lo dispuesto en ambos preceptos, de manera tal que el acuerdo de llevar a cabo la operación acordeón por la que se aprueba la reducción a cero y simultáneo aumento de capital social vendrá condicionado para su válida aprobación a la concurrencia de la doble mayoría, que incluye la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada, o bien a que la emisión de las nuevas acciones incluya los derechos para esa clase de acciones, dando así cumplimiento a los requisitos legales exigidos para la modificación estatutaria que atienden a la tutela del socio minoritario.»

Es decir, para el caso de no lograr una doble mayoría, sería suficiente que la ampliación de capital a la que concurra Sadim incluyera la emisión de acciones de la clase A inherentes a las que correspondería cualquier desembolso realizado por esta empresa.

IV.–Desde la adopción de los acuerdos declarados nulos referidos al 15 de septiembre de 2014 que afectan a la cifra del capital social, la sociedad ha continuado operando en el tráfico mercantil y efectuando operaciones posteriores, entre otras razones para cumplir con la normativa imperativa en materia de restablecimiento del equilibrio patrimonial consecuencia de las pérdidas alcanzadas (artículo 363.1 apartado e) de la LSC).

Ello ha dado lugar a las modificaciones en el capital social que contemplan las inscripciones 23.^a y 26.^a, operaciones que no han sido objeto de impugnación judicial.

V.–La postura del Registro Mercantil ha ido encaminada en todo momento a forzar la presentación de acuerdos por parte de Laminados que contemplaran la modificación de los relativos a la modificación de capital posteriores, concretamente los que dieron lugar a las inscripciones 23a y 26a, extralimitándose del contenido propio de la sentencia firme de fecha 31 de octubre de 2016 y de la literalidad del artículo 208.2 de la LSC.

Así, nos encontramos la primera negativa a dicha inscripción el 5 de febrero de 2019 que dio lugar el recurso gubernativo presentado por Laminados ante ese Centro Directivo, recurso que fue resuelto por resolución de 6 de junio de 2019 de forma favorable para la sociedad.

En dicha resolución de la DGRN, firme en este momento, se ordena la inscripción de la efectiva nulidad de los acuerdos de operación acordeón y nueva redacción del artículo 58 del capital social de fecha 15 de septiembre de 2014 declarados por sentencia firme, sin el requisito de acompañar acuerdos sociales posteriores adaptando, afectando o alterando el tenor literal de las inscripciones 23.^a y 26.^a

La segunda negativa a inscripción se recoge en la nota de calificación que ahora se recurre.

Alegaciones.

Primera.–Acogimiento escrupuloso del nuevo acuerdo adoptado el 10 de abril de 2019 con la sentencia firme en los términos establecidos en la Audiencia Provincial de Asturias.

Es cierto que la Sala al resolver sobre la nulidad se ha pronunciado -por virtud del principio de justicia rogada- en relación con lo que expresamente se solicita, que fue la nulidad de la operación acordeón aprobada en junta de 15 de septiembre de 2016 (sic) tal y como expresamente se propuso a la junta, es decir, sin la emisión de acciones privilegiadas, que son las únicas que podía adjudicarse en caso de suscripción la sociedad Sadim Inversiones.



Con ello, cualquier intento de volver a plantear la operación acordeón con la situación económico-financiera existente en dicho momento ha de observar escrupulosamente los postulados de la Audiencia en su resolución n.º 115/18 de 20 de marzo de 2018, (rollo de apelación 168/2017):

«el acuerdo de llevar a cabo la operación acordeón por la que se aprueba la reducción a cero y simultáneo aumento de capital social vendrá condicionado para su válida aprobación a la concurrencia de la doble mayoría, que incluye la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada, o bien a que la emisión de las nuevas acciones incluya los derechos para esa clase de acciones; dando así cumplimiento a los requisitos legales exigidos para la modificación estatutaria que atienden a la tutela del socio minoritario.»

El acuerdo de sustitución de 10 de abril de 2019 recoge en su nuevo contenido la emisión de las acciones preferentes de la clase A, como ya se ha expresado:

«La sustitución íntegra de la decisión adoptada en la JGE de 15 de septiembre de 2014 referida a la operación de disminución de capital por compensación de pérdidas y simultáneo aumento de capital, por otra decisión del siguiente tenor: La reducción de capital por compensación de pérdidas en la suma de 7.500.000 euros mediante la amortización de todas las acciones existentes en la sociedad y simultánea ampliación de capital por importe de cien mil euros correspondientes a 29.400 acciones privilegiadas de clase A de un euro de valor nominal cada una y 70.600 acciones ordinarias de clase B de un euro de valor nominal cada una de ellas. Consiguiente modificación del artículo 5 de los estatutos sociales.»

De momento dejamos planteado y acreditado documentalmente que la sociedad sí ha cumplido con la sentencia de la Audiencia emitida para el presente caso concreto emitiendo acciones preferentes para la suscripción correspondiente a Sadim.

Obvia no obstante el Registro Mercantil, como más adelante explicaremos, que los propios estatutos impuestos por la citada mercantil y vigentes a fecha actual (inscripción 3.ª) y vigentes a fecha inmediatamente anterior al 15 de septiembre de 2014 establecen en su artículo 18 la posibilidad real de que las acciones de la clase A dejaran de existir por haber sido íntegramente amortizadas:

«...La mayoría fijada en el párrafo anterior será sustituida por la que establece la Ley de Sociedades Anónimas para la adopción de estos acuerdos, una vez que las acciones de la clase A hayan dejado de existir, por haberse convertido en acciones ordinarias o por haber sido amortizadas.»

Segunda.–Concepto de sustitución de acuerdos sociales.

Si se ha optado por un acuerdo de sustitución del adoptado irregularmente el 15 de septiembre de 2014 es precisamente para salvar la situación de desequilibrio patrimonial existente a dicha fecha y no la existente en la actualidad, con un balance que no reflejaría la realidad habida a cierre del 30 de junio de 2014, todo ello cumpliendo los postulados de la Audiencia Provincial de Asturias.

La situación que se pretende recomponer y permítanos insistir, no es la actual, toda vez que se encuentra perfectamente equilibrada, a tenor de lo que se detalla en las últimas cuentas anuales aprobadas del ejercicio 2018 y depositadas, sino la existente el 15 de septiembre de 2014 (vía balance auditado de 30 de junio de 2014), momento en que se daba una determinada situación económico-financiera que solo se puede recomponer desde dicho punto de vista económico-financiero a la fecha en que concurrieron los hechos.

Sin embargo considera el registro mercantil que dicha operación, debería de tomar como balance de situación el existente a fecha actual, luego nada estaríamos restableciendo en relación a la situación económico-financiera recogida en el balance auditado que sirvió de base a la operación de 30 de junio de 2014.

Pongamos un sencillo ejemplo en defensa de lo anterior.

Supongamos que una sentencia con fecha de firmeza en mayo de 2018 declara la nulidad por abusivo de un acuerdo de junta general relativo a la falta de distribución de dividendos correspondiente al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2014.

En dicho supuesto deberá volver a reunirse la junta para acordar un reparto de resultados acorde a lo dispuesto en la sentencia firme.

El balance que sirviera de base a la operación no podría ser la actual puesto que la distribución de resultados anulada se refiere al 2014.



Según el razonamiento de la registradora no cabría un acuerdo sustitutorio (ya que la decisión de no repartir dividendos en 2014 no se puede considerar en absoluto como un defecto formal) por lo que se debería tomar un nuevo acuerdo utilizando de base un balance actual, resultado incongruente ya que las cifras de ambos balances, 2014 y 2018 nada tendrían que ver.

No podemos olvidar que la adopción de la medida para el restablecimiento del equilibrio patrimonial llevada a cabo en septiembre de 2014, era una obligación legal en los términos reflejados en el artículo 363.1 e) de la LSC para salir del desequilibrio patrimonial reflejado en el balance de 30 de junio de 2014.

En otro orden de cosas, establece el Registro Mercantil de Asturias en el punto 3 de su nota de calificación, que el mecanismo de sanación consistente en la sustitución de un acuerdo por otro acuerdo de idéntico contenido, encuentra su razón de ser en la ineficacia de la decisión social sustituida por motivos formales.

Discrepamos de la anterior aseveración por lo siguiente:

2.1 El caso que nos ocupa nada se ha pretendido sanar, especialmente tratándose de acuerdos nulos de imposible sanación.

Los acuerdos nulos no pueden ser ratificados o convalidados con eficacia ex tunc, porque la nulidad de pleno derecho no permite su subsanación y menos aún su convalidación, de ahí la elección del acuerdo de sustitución planteado en la junta de accionistas de 10 de abril de 2019.

2.2 No estamos ante la adopción de acuerdos con idéntico contenido sino diferentes, nuevos acuerdos en cuya propuesta se siguió de forma escrupulosa las directrices marcadas por la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias.

Veamos las concretas diferencias.

Acuerdo declarado nulo de 15 de septiembre de 2014 referido a la operación de disminución de capital por compensación de pérdidas y simultáneo aumento de capital:

«La reducción de capital a cero mediante la amortización de todas las acciones y simultáneamente ampliar el capital social de la compañía en cien mil euros mediante la emisión de 100.000 acciones números 1 a 100.000, ambos inclusive, todas ellas de 1 euro de valor nominal, a desembolsar a través de nuevas aportaciones dinerarias al patrimonio social.»

Nueva propuesta de acuerdo:

«La sustitución íntegra de la decisión adoptada en la JGE de 15 de septiembre de 2014 referida a la operación de disminución de capital por compensación de pérdidas y simultáneo aumento de capital, por otra decisión del siguiente tenor. La reducción de capital por compensación de pérdidas en la suma de 7.500.000 euros mediante la amortización de todas las acciones existentes en la sociedad y simultánea ampliación de capital por importe de cien mil euros correspondientes a 29.400 acciones privilegiadas de clase A de un euro de valor nominal cada una y 70.600 acciones ordinarias de clase B de un euro de valor nominal cada una de ellas. Consiguiente modificación del artículo 5 de los estatutos sociales.»

Vemos que el nuevo acuerdo contempla la emisión de acciones privilegiadas de la clase A con los privilegios que recogen los estatutos previstos en la inscripción 3.^a y vigentes en la actualidad.

Insistimos por tanto que no estamos ante una subsanación o ratificación sanatoria o convalidante, sino ante una sustitución, es decir, ante la adopción de un acuerdo nuevo con contenido propio, adoptado cumpliendo con los requisitos legales y más en concreto con los requisitos advertidos por la sentencia de 20 de marzo de 2018 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que resalta el respeto a los derechos de los socios titulares de acciones privilegiadas de la clase A.

2.3 Ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni la doctrina limitan los acuerdos de sustitución a situaciones donde la decisión a sustituir lo sea por motivos formales.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2012, Ponente D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos, es rotunda en cuanto a la procedencia de los acuerdos de sustitución, sin vincularlos en ningún momento a la existencia de dichas razones de forma:



«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.»

En igual sentido, sentencias de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de julio de 2014 y 17 de octubre de 2014.

Por su parte, la sentencia de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2018 ahonda en el concepto de sustitución, nuevamente sin aludir al requisito formal como elemento para su exclusiva utilización:

«Tal coincidencia permite validar los acuerdos anteriores, pues la LSC no exige para este supuesto más que la sustitución mediante un acuerdo que haya sido válidamente adoptado, sin exigir una identidad sustancial con el primer acuerdo, ni una identidad gramatical o literal sino que basta que desde una perspectiva material el acuerdo posterior pueda cumplir con los mismos objetivos o mantener los mismos efectos que el acuerdo previamente impugnado, sin perjuicio de que pudieran existir contenidos adicionales que no hubieran aparecido en el primer acuerdo. Tampoco resulta necesario que el acuerdo válido haga referencia expresa al anterior o a los vicios que le afectaban ni que se mencione de forma expresa tampoco la finalidad o la intención sustitutiva.

El control de regularidad de este segundo acuerdo viene exigido por la expresión ‘sustituido válidamente’, control que corresponde lógicamente al Juez, y que incluso se sostiene que debe ser previo al análisis de los vicios que afectan al primero de los acuerdos, ya que de verificarse su validez huelga entrar en toda consideración respecto de las irregularidades que pudiera tener el primer acuerdo.»

En la doctrina citamos el trabajo de L. C. A. al referirse a los acuerdos de sustitución, (...) páginas (...), 2009, destacando la independencia de la plena autonomía de los acuerdos, el sustituido y el nuevo acuerdo:

«Todo acuerdo de sustitución tiene un contenido compuesto. Por un lado, el relativo a la extinción del acuerdo originario, que se halla implícito en la misma propuesta de su adopción. Y, por otro, un contenido específico que es el que determina su efecto final sobre el acuerdo originario. Así, el acuerdo originario quedará sin efecto si el acuerdo de sustitución agota su contenido en la intención de extinguirlo, será sustituido cuando el nuevo acuerdo regule el mismo asunto de en sentido total o parcialmente distinto, y será subsanado cuando su contenido sea idéntico pero sin los defectos detectados en el primero.

Las modalidades enumeradas en el artículo 115.3 LSA tienen que ver con el contenido real de acuerdo de sustitución al margen de su alcance derogatorio sobre el acuerdo originario. Así, dejar sin efecto un acuerdo consistiría en revocar sin más el acuerdo originario. La sustitución del acuerdo se haría mediante la adopción un nuevo acuerdo sobre la misma cuestión pero de contenido diverso total o parcialmente. En realidad, más que una sustitución lo que tiene lugar es una modificación del acuerdo inicial. Y la subsanación de un acuerdo se llevaría a efecto adoptando otro con el mismo contenido que el original, eliminando, en esta segunda ocasión, los defectos denunciados determinantes de la nulidad. De hecho la subsanación no es más que una ratificación.»

El hecho de haberse adoptado un acuerdo de sustitución está directamente relacionado con la eficacia buscada, que en modo alguno trata de esquivar la sentencia firme de 31 de octubre de 2016 sino de recomponer, conforme a Derecho, la legalidad en la toma de los acuerdos a la fecha de 15 de septiembre de 2014.

Para ello apelamos a la soberanía de la junta de accionistas, como máximo órgano rector de la voluntad social y como único órgano competente para adoptar el acuerdo de sustitución y sus efectos.

El Tribunal Supremo viene reiterando desde la antigua sentencia de 4 de octubre de 1956 que:

«Los tribunales han de procurar no invadir la esfera de acción reservada por la ley o por los estatutos a los órganos de la sociedad, sin perjuicio, claro es, de que puedan y deban revisar los acuerdos de aquéllas si el proceso ofrece demostración suficientemente razonable de que el organismo social se ha extralimitado por exceso o por defecto en el ejercicio de sus facultades legales o estatutarias o ha causado lesión a la entidad en beneficio de un socio. Esfera de acción de la junta que, en última instancia, también ha de ser respetada, además de porque dimana de un ente con personalidad jurídica propia, por razones de seguridad jurídica.»



La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 22 de septiembre de 1994 establece que es conveniente indicar el sentido en que se piensa incidir en el acuerdo, esto es, si se pretende dejarlo sin efecto, modificarlo, sustituirlo por otro o ratificarlo y si el nuevo acuerdo tendrá efectos retroactivos o no.

La sentencia del Alto Tribunal anteriormente citada de 18 de octubre de 2012 se refiere a la eficacia «ex tunc» o «ex nunc» de los acuerdos de convalidación (que no de sustitución), estableciendo que «la intención de la convocatoria no es en ningún sentido vinculante para el Juzgador a la hora de calificarlos en cuanto a sus efectos.»

Tercera.–Condición impuesta por el Registro Mercantil al margen de la Ley de Sociedades de Capital en materia de contradicción con los asientos posteriores.

Al margen de la inscripción ordenada por la resolución de la DGRN señalada en el antecedente V, la postura del Registro Mercantil sigue girando en torno a la necesidad de contar con un pronunciamiento societario en torno a la afectación de asientos posteriores y concretamente en torno a las cifras de capital posteriores.

Dicho de otro modo, cualquier acuerdo que se limite a volver a aprobar la operación de operación acordeón en su día declarada nula, cumpliendo incluso en el momento actual con los requisitos exigidos por la Audiencia Provincial, no va a ser objeto de inscripción, salvo que vaya acompañada de acuerdos en materia de contradicción de acuerdos posteriores.

La referida sentencia de fecha 31 de octubre de 2016 no se pronunció sobre la cancelación de asientos posteriores, resolviéndose posteriormente judicialmente que ello debía ser objeto de análisis, en su caso, en el seno de una ejecución impropia ex artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC),

Llega incluso a citarse en la nota de calificación negativa que ahora se recurre referencias a la resolución de la DGRN de 6 de junio de 2019 (emitida a instancias de Laminados) en materia de cumplimiento de la sentencia de 31 de octubre de 2016, llegando a expresar que queda en mano de Laminados hacer todo lo posible para su cumplimiento.

Recordemos la mención:

«Tal como señala de la Resolución de la Dirección General de 6 de junio de 2019, relativa a esta misma sociedad, si como consecuencia de la sentencia firme de declaración de nulidad de acuerdos, resulta una situación que no responda a las exigencias de coherencia y claridad que la legislación sobre el Registro Mercantil demanda, corresponderá a quienes a ello están obligados instar la adopción de acuerdos necesarios para ejecutar la sentencia de nulidad y regularizar la situación Jurídica de la sociedad respecto de los actos y relaciones jurídicas afectados.»

Y recordamos que así se ha hecho en el pasado y se intenta hacer en el presente, con la persistente oposición del registro mercantil.

En primer lugar, respecto de la obligación de «instar la adopción de los acuerdos necesarios para ejecutar la sentencia de nulidad» reiteramos que la ejecución de la sentencia viene de la mano del artículo 521 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tratarse de un pronunciamiento declarativo y constitutivo.

«1. No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas.

2. Mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución.

3. Cuando una sentencia constitutiva contenga también pronunciamientos de condena, éstos se ejecutarán del modo previsto para ellos en esta Ley.»

Por su parte el artículo 522 del mismo texto leal dispone.

«1. Todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica,



2. Quienes hayan sido parte en el proceso o acrediten interés directo y legítimo podrán pedir al tribunal las actuaciones precisas para la eficacia de las sentencias constitutivas y para vencer eventuales resistencias a lo que dispongan.»

Y es particularmente (o que de forma insistente viene haciendo Laminados y que ha dado lugar a la antedicha resolución favorable.

En segundo lugar con relación a «regularizar la situación jurídica de la sociedad respecto de los actos y relaciones jurídicas afectados», precisamente lo que se busca con la inscripción del acuerdo de sustitución es lograr la coherencia tras el vacío que queda en la anotación 18.^a referida al capital social que dio lugar a una cifra de 100.000 € respecto de los actos y relaciones jurídicas afectados, asiento inexistente en la actualidad tras la definitiva inscripción registral de la sentencia de 31 de octubre de 2016.

Las relaciones jurídicas afectadas, de existir, han de ser analizadas en el seno de un proceso judicial, si alguien se siente verdaderamente afectado y no por el Registro Mercantil, arrojándose sistemáticamente en las notas de calificación la facultad que el artículo 208.2 de la Ley de Sociedades de Capital confiere a la autoridad judicial y excediéndose, dicho con todo el respeto, de las funciones propias de la calificación registral ex artículo 18.2 del Código de Comercio que no amparan pronunciamientos en torno a la tutela judicial concedida, frustrada o exitosa.

Si aun así este Centro Directivo quiere entrar a analizar dicho terreno de la coherencia con los actos posteriores y su coordinación con el acuerdo de sustitución pasamos a referenciar los siguientes datos:

3.1 En el acuerdo de sustitución se preservan las acciones de la clase A inherentes al desembolso de la participación de la sociedad Sadim, aplicándose en su integridad los estatutos sociales vigentes impuestos por dicha mercantil y recogidos en la anotación 3a de la hoja registral.

3.2 No es coherente inscribir otros acuerdos de la misma junta de 10 de abril de 2019 derivados precisamente de las imposiciones contempladas en dichos estatutos, como es la obligatoriedad de contar con un órgano de administración consistente exclusivamente en un consejo de administración y hacer caso omiso de otras menciones del mismo pacto social, como la que sigue del artículo 18 ya indicada en párrafos anteriores:

«...La mayoría fijada en el párrafo anterior será sustituida por la que establece la Ley de Sociedades Anónimas para la adopción de estos acuerdos, una vez que las acciones de la clase A hayan dejado de existir, por haberse convertido en acciones ordinarias o por haber sido amortizadas.»

3.3 El siguiente acuerdo social que afecta al capital social está recogido en la anotación 23.^a, junta de 30 de abril de 2015. En dicha junta, se verifica por el tenor literal de su contenido inscrito, que Sadim no concurrió a la ampliación de capital posterior a la reducción de capital por amortización de todas las acciones existentes, luego ningún derecho le ha sido vulnerado por inexistencia de participación en dicha ampliación.

A esto hay que añadir que, a diferencia de lo que ocurrió en la junta declarada nula de 15 de septiembre de 2014 donde Sadim concurrió efectivamente a la ampliación de capital, en la celebrada con fecha 30 de abril de 2015 y que recoge como hemos indicado la aludida inscripción 23, Sadim no suscribió acciones de ningún tipo.

Repárese que, en efecto, en esta junta de 30 de abril de 2015 queda aprobada la reducción de capital a cero mediante la amortización de todas las acciones (privilegiadas y ordinarias) y simultáneamente el aumento de capital social de la compañía a la que insistimos, Sadim no concurre, estando en consecuencia la nueva cifra de capital formada exclusivamente por acciones ordinarias.

Se recuerda que solo esta sociedad era la única con capacidad estatutaria de suscribir dichas acciones de la clase A.

El 30 de abril de 2015 por tanto se redujo el capital social en 100.000€ mediante amortización de todas las acciones y se produjo una ampliación de 605.500€, quedando el capital social fijado en esta última cifra compuesta por acciones ordinarias.

3.4 Sobre este nuevo capital social, resultante de la inscripción 23.^a, 605.500 € se opera una reducción de capital por condonación de los dividendos pasivos en importe de 278.484 €, inscripción 26.^a, que dio lugar a una cifra de capital final de 326.970 €.



En definitiva, de consentirse la interpretación del registro mercantil deberíamos mediante un balance actual (ejercicio 2019) restablecer la situación de desequilibrio patrimonial existente en el 2014 y adjudicar acciones de la clase A a un socio fantasma por inexistente.

3.5 Al no aceptar la inscripción del acuerdo de sustitución de 10 de abril de 2019 ni siquiera recogiendo las previsiones de la Audiencia Provincial de Asturias, por no encontrarnos, según el mismo registro, ante un supuesto de meras deficiencias formales, se acoge directamente la tesis del efecto contagio o dominó de unas cifras de capital a otras.

Resaltamos, como se verifica de la vida registral que se acompaña, que Sadim ni siquiera intentó solicitar la adopción por el juzgado de medidas cautelares consistentes en la anotación preventiva de su demanda que trajo como consecuencia la sentencia de 31 de octubre de 2016.

En este sentido, la Resolución de la DGRN de 18 de mayo de 2013 (BOE 26 junio 2013) dispone:

«5. Con independencia de cuanto antecede, advertirse que no se practicó en su momento la anotación preventiva de la demanda de impugnación de los acuerdos sociales prevista como medida cautelar en el artículo 155 del Reglamento del Registro Mercantil. No puede desconocerse que el artículo 156.2 del Reglamento del Registro Mercantil, al referirse a la posibilidad de practicar la cancelación de asientos posteriores que resulten contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia de cuya ejecución se trate, parte del supuesto de haberse practicado en el momento oportuno la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales, cuya constancia y vigencia justifica que puedan extenderse a otros asientos, cuya validez no ha sido directamente impugnada, las consecuencias de la declaración judicial de nulidad de un acuerdo anterior.

6. Habiéndose podido adoptar la medida cautelar de la suspensión de los acuerdos sociales ex artículo 727.10.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil o cuanto menos la anotación preventiva de demanda ex artículos 727.5. a y 6. a de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con lo previsto en el artículo 155 del Reglamento del Registro Mercantil (vid. también las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de noviembre 1995, 22 febrero 1999 o 26 febrero 2001), el actor no obró en consecuencia, ni procuró volcar la circunstancia de la pendencia del procedimiento judicial de impugnación de acuerdos sociales en la hoja registral. Por otra parte, parece no encajar con el valor constitucional de seguridad jurídica que constituye el nervio de la institución registral, que se sigan de la sentencia estimatoria de la nulidad de un acuerdo de aumento de capital efectos devastadores de la posición de socios de buena fe en su condición de adquirentes o subadquirentes; sobre todo tratándose de los suscriptores de acciones o participaciones emitidas en los aumentos de capital posteriores al declarado nulo. Y con mucha más razón cuando estemos ante la necesaria tutela de la posición jurídica de terceros acreedores de la sociedad, menoscabada si se entendiere que la cancelación de los aumentos de capital produce una rebaja 'ex lege' de la cifra de retención, sin que para ello sea necesario respetar los mecanismos de tutela de sus derechos incardinados en la regulación imperativa de la reducción de capital social. Es cierto que la sentencia produce efectos frente a todos los socios ex artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero los terceros de buena fe, incluidos los socios que tengan esa consideración, están protegidos en el orden procesal porque no les afecta la cosa juzgada y en el orden material por razón de la tutela frente a la inexactitud registral implícita en el principio de fe pública registral ex artículo 20.2 in fine del Código de Comercio cuando nos dice que «la declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme a derecho». En el mismo sentido el antiguo artículo 122.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que establecía que la sentencia estimatoria de la nulidad 'no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado'».

3.6 El efecto dominó tan ligeramente advertido por el registro como elemento indispensable para conseguir la inscripción del acuerdo de sustitución, exigiendo la adaptación de las cifras de capital recogidas en las inscripciones 23.^a y 26.^a, obvia completamente los derechos de terceros accionistas que han concurrido a las ampliaciones de capital que figuran en dichas inscripciones e incluso han adquirido acciones por título de compraventa, actuando con base en la confianza legítima de que su relación societaria estaba válidamente constituida.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 888/2016 de 30 de marzo, Ponente Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano, establece:



«...no cabe hacer 'tabla rasa' de lo acordado por la sociedad durante años, y estimando correcto que precisamente la Junta General intente adoptar una solución que permita dar cumplimiento a la declaración judicial de nulidad, respetando los derechos adquiridos de buena fe, ello ha de llevarnos a rechazar los motivos de recurso relativos a la válida constitución de la Junta y correcta relación de asistentes, no apreciando infracción de los arts. 192 y 193 LSC, ni en consecuencia de las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, sin infracción por tanto de los arts. 194, 201, 296 y 318 LSC y, en consecuencia, estimamos igualmente correcto el sistema que se utilizó de triple votación para reconocer los derechos de los accionistas que habían adquirido las acciones con posterioridad, cuyos derechos no pueden ser sin más eliminados u obviados...»

En la misma sentencia se trae a colación la Resolución de la DGRN de 30 de mayo de 2013 (BOE 28 julio de 2013), extractando gran parte de la misma. En lo que aquí interesa volvemos a reiterar que la Laminados de Aller S.A. ha efectuado todo lo que ha estado a su alcance para regularizar la situación de la sociedad en el 2019 de una nulidad declarada respecto de acuerdos del 2014:

«a) 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 tuvieran el cargo caducado o no quisieren convocar, procede instar la convocatoria judicial de la junta; b) Los «nuevos socios», siempre que lo sean de buena fe, tienen derecho a ser mantenidos en su posición jurídica de socios, estando la sociedad obligada a restituir aportaciones o a 'recapitalizar' el crédito de restitución adoptando al efecto las provisiones oportunas; c) No puede partirse exclusivamente del capital representado por las 'viejas acciones' (el capital social anterior a dicha fecha de referencia estaba formado por las acciones 1 a 300 de 10.000 pesetas de nominal) y considerar como inexistentes las 5.700 'acciones nuevas' que han sido creadas en los nuevos aumentos de capital inscritos en el Registro; d) No cabe entender que anulado un acuerdo social -como es en el presente caso el nombramiento de un administrador- deba extenderse la nulidad de modo absoluto a todo acuerdo subsiguiente al mismo -en este caso todos los adoptados por las juntas generales convocadas por ese administrador- para negar todo efecto a los acuerdos posteriores aun cuando éstos no sean dependientes o consecuencia de aquél inicialmente viciado ni estén afectados de una nulidad intrínseca, pues entender lo contrario implicaría que, a pesar de que se han adoptado los acuerdos necesarios para ejecutar la sentencia de nulidad referida y regularizar la situación jurídica de la sociedad respecto de los actos y relaciones jurídicas afectados, quedaría la sociedad abocada indefectiblemente a su liquidación -salvo una eventual transformación- en contra del principio informador de nuestro ordenamiento societario (igual que el concursal) cual es el principio de 'conservación de la empresa'.»

En la doctrina destacamos el artículo publicado en la página web de la Revista El Derecho con fecha 1 de febrero de 2013 por el magistrado de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, D. Juan Francisco Garnica Martín:

«La sentencia que determina la nulidad del acuerdo produce efectos ex tunc, esto es, efectos que se retrotraen en el tiempo al momento del propio acuerdo, con independencia de que la acción ejercitada sea la de nulidad o la de anulabilidad. El acuerdo pasa a ser nulo frente a todos desde el mismo momento en el que se produjo, lo que no significa que también lo pasen a ser todos los efectos desplegados por los actos de ejecución del acuerdo que se hayan llevado a cabo antes de la sentencia. Si lo serán, en cambio, los que se hubieran producido tras la firmeza de la sentencia o bien tras la suspensión del acuerdo, acordada como medida cautelar, pero no así los producidos en cumplimiento de un acuerdo válido y ejecutable.

La aplicación de las reglas de la nulidad del negocio jurídico en el ámbito del derecho de sociedades encuentra muchos problemas, porque no son entornos asimilables. Buena prueba de ello es el disfavor con el que el legislador trata las causas de nulidad en el negocio jurídico de constitución de la sociedad, particularmente en el art. 56.2 LSC, donde se establece que fuera de los casos contemplados en el art. 56.1 no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco acordarse su anulación. Lo que se pretende por el legislador con esa norma, y con la establecida en el art. 57 LSC, es proteger los derechos de terceros que contratan con la sociedad, proteger la apariencia del tráfico jurídico, lo que constituye una constante de todo el derecho mercantil y del societario.



Si la nulidad del acuerdo social no comporta la nulidad de las relaciones jurídicas nacidas a su amparo, dado que la regulación de la sociedad exige al tercero de la necesidad de comprobar si el acuerdo social se ajusta o no a los requisitos formales y materiales exigibles, para la efectividad del pronunciamiento de anulación del acuerdo será necesario que la sociedad revoque o rescinda los actos o relaciones jurídicas nacidas a su amparo. Por consiguiente, para determinar cuáles son los efectos del acuerdo nulo sobre esas otras relaciones jurídicas que ha generado es preciso estar al régimen de las acciones rescisorias, no al de las acciones de nulidad. Y ese régimen resulta particularmente del art. 1295 CC, en cuyo apartado segundo se establece que la rescisión no tendrá lugar cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.

En suma, la nulidad del acuerdo social debe ser respetuosa con los derechos adquiridos por terceros que hayan actuado de buena fe. Y la cuestión no es que a estos no les pueda alcanzar la cosa juzgada, cuestión que es completamente baladí desde su perspectiva, sino que su posición jurídica no se puede ver inquietada por la anulación de un acto del que trae causa el derecho adquirido por su parte, porque en otro caso se resentiría de forma inadmisiblemente el tráfico jurídico. La seguridad del tráfico exige que se preste tutela a los terceros de buena fe y que los mismos no deban desconfiar de la regularidad de sus actos siempre que contraten con una sociedad.»

Por todo ello, la Sociedad solicita al Centro Directivo que estime íntegramente el Recurso y ordene a la Registradora la inscripción de los acuerdos que recogen el antecedente I del presente escrito, todo ello en base a la normativa aplicable, doctrina jurisprudencial y del presente Centro Directivo anteriormente expuesta».

IV

Mediante escrito, de fecha 2 de octubre de 2019, la registradora Mercantil elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6.3, 1303 y 1310 y siguientes del Código Civil; 18 y 20 del Código de Comercio; 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 56, 57, 204, 205, 207, 293 y 295 a 345 de la Ley de Sociedades de Capital; las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008 y 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, 18 y 30 de mayo de 2013, 4 y 26 de julio y 26 de octubre de 2016 y 6 de junio de 2019.

1. Para resolver el presente recurso son hechos relevantes los siguientes:

El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo, en sentencia de fecha 31 de octubre de 2016, declaró nulos los acuerdos de las juntas generales de la sociedad «Laminados de Aller, S.A.» de 15 de septiembre de 2014 y 1 de diciembre de 2014, acuerdos entre los que se encontraba determinada operación de reducción del capital por compensación de pérdidas y simultáneo aumento de capital.

Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Primera, en sentencia de 20 de marzo de 2018, si bien se fundamenta, en lo que interesa en este expediente, en que el acuerdo de reducción del capital social a cero por compensación de pérdidas y simultáneo aumento de dicho capital infringe, respecto del socio titular de acciones preferentes, «Sadim Inversiones, S.A.», unipersonal, los artículos 293.1 y artículo 343 de la Ley de Sociedades de Capital.

La junta general de la sociedad «Laminados de Aller, S.A.» de 8 de abril de 2019, para «ejecutar en sus propios términos la sentencia firme de fecha 31 de octubre de 2016 (...), y regularizar la situación jurídica respecto de los actos y relaciones jurídicas afectados», aprobó, entre otros acuerdos, la reducción de capital social a cero y simultánea ampliación del capital en los términos que resultan de la siguiente propuesta:

«Cuarto.–La sustitución íntegra de la decisión adoptada en la JGE de 15 de septiembre de 2014 referida a la operación de disminución de capital por compensación de pérdidas y simultáneo aumento de capital, por otra decisión del siguiente tenor:

La reducción de capital por compensación de pérdidas en la suma de 7.500.000 euros mediante la amortización de todas las acciones existentes en la sociedad y simultánea ampliación de capital por importe de



cien mil euros correspondientes a 29.400 acciones privilegiadas de clase A de un euro de valor nominal cada una y 70.600 acciones ordinarias de clase B de un euro de valor nominal cada una de ellas. Consiguiente modificación del artículo 5 de los Estatutos sociales».

Dicho acuerdo fue aprobado con el voto favorable de todos los accionistas salvo la sociedad «Sadim Inversiones, S.A.», que votó en contra. Todos los socios ejercitaron el derecho de suscripción preferente. Las 29.400 acciones suscritas por «Sadim Inversiones, S.A.» son de clase A, preferentes, que mantienen todos los privilegios que les otorgan los estatutos sociales; y las acciones suscritas por el resto de accionistas son de clase B, ordinarias. Tales acuerdos constan en acta notarial de la junta autorizada el día 8 de abril de 2019 y en la escritura de elevación a público de los mismos que son objeto de la calificación impugnada.

En esencia, la registradora fundamenta su negativa a la inscripción solicitada en que los acuerdos adoptados, relativos a la situación del capital social existente el 15 de septiembre de 2014, tienen que contener necesariamente un pronunciamiento en cuanto a los efectos que la nulidad declarada tiene sobre determinados asientos posteriores; en que aun cuando existe la posibilidad de sustituir válidamente un acuerdo por otro de idéntico contenido, este mecanismo sanatorio encuentra su ámbito de aplicación en los supuestos en que la ineffectividad de la decisión social sustituida lo sea por motivos formales, mientras que cuando los defectos son de orden material o sustantivo, como ocurre en este caso, lo que debe producirse es una alteración de la voluntad social, materializada en una nueva decisión asamblearia; y ese nuevo acuerdo social debe ajustarse a los requisitos que la ley establece para adoptarlo (entre ellos el relativo al balance que sirva de base a la reducción del capital) atendiendo a la situación del momento en que se apruebe en este momento la reducción de capital.

2. Sobre la cuestión relativa a la posible convalidación de acuerdos sociales declarados nulos este Centro Directivo (como pusiera de relieve en Resolución de 4 de julio de 2016) 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 2377.4 del Codice 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 ésta 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, afirmó 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. 2379-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 prelegislativos 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 (vid., en la misma línea, la Resolución de 4 de julio de 2016) 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 sobrevinida 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. Como ha puesto de relieve esta Dirección General (vid. Resoluciones de 26 de julio y 26 de octubre de 2016) «la Ley de Sociedades de Capital recoge en su artículo 204.2 la posibilidad de sustituir válidamente un acuerdo por otro de idéntico contenido, mecanismo sanatorio que encuentra su ámbito de aplicación en los supuestos en que la ineficacia de la decisión social sustituida lo sea por motivos formales, pues cuando los defectos sean de orden material o sustantiva, la decisión corporativa idónea para enervar su eventual impugnación habrá de ser de sentido inverso a la característica de la sustitución, es decir, en lugar de producirse una confirmación de la voluntad social dirigida a reparar los defectos formales de un acuerdo social previo, lo que debe producirse es una alteración de esa voluntad, materializada en una nueva decisión asamblearia que prive de vigencia a la anterior, ya sea a través de una retractación pura y simple, ya sea por medio de un acuerdo de contenido objetivamente incompatible, fórmula que se encuentra igualmente contemplada en el artículo 204.2. La eficacia retroactiva de los acuerdos de subsanación encuentra refrendo normativo en el efecto preclusivo sobre la acción de impugnación que el artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital vincula precisamente a la existencia de un acuerdo de sustitución o revocación. Dicha eficacia retroactiva deberá entenderse sin perjuicio de los principios que informan el Registro Mercantil y no perjudicará los derechos adquiridos por terceros (cfr. artículo 20 del Código de Comercio)».

8. En el presente caso, los defectos que dieron lugar a la nulidad de los acuerdos eran de orden material o sustantiva. Y, en cuanto a la motivación de los acuerdos expresada en los títulos calificados y las alegaciones de la recurrente en el sentido de que los acuerdos cuya inscripción se solicita se han adoptado para dar cumplimiento a lo declarado en las sentencias referidas, debe tenerse en cuenta que en las mismas, propiamente, no se impone la adopción de tal acuerdo sino que determina las condiciones que tendrían que haber cumplido el acuerdo impugnado para que no tuviera tacha de nulidad alguna. Por ello, cobra sentido las consideraciones expresadas respecto del mismo caso por la Resolución de esta Dirección General de 6 de junio de 2019: «Y si como consecuencia de la inscripción de la sentencia firme de declaración de nulidad de acuerdos (previa a la cancelación de los asientos posteriores contradictorios) resulta una situación que no responda a las exigencias de coherencia y claridad que la legislación sobre el Registro Mercantil demanda, corresponderá a quienes a ello están obligados instar la adopción de acuerdos necesarios para ejecutar la sentencia de nulidad y regularizar la situación jurídica de la sociedad respecto de los actos y relaciones jurídicas afectados. De este modo 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 (vid. Resoluciones de 30 de mayo de 2013 y 30 de junio de 2014)».

Debe, por tanto, confirmarse el criterio de la registradora al exigir que el acuerdo de reducción de capital con simultáneo aumento del mismo cumpla con los requisitos legalmente establecidos a los que se refiere en su calificación y se regularice la situación de la sociedad respecto de otros actos y relaciones afectados, especialmente el relativo a la reducción por pérdidas y simultáneo aumento del capital social hasta la cifra de 650.500 euros (acuerdo aprobado el 30 de abril de 2015, después de los acuerdos impugnados y declarados



nulos), así como la reducción del capital en 278.530 euros -por condonación de dividendos pasivos- acordada el 24 de agosto de 2017, que constan en los asientos registrales (inscripciones 23.^a y 26.^a), en los que la sociedad favorecida por la nulidad declarada no pudo ejercer los derechos que le habrían correspondido como consecuencia de las acciones privilegiadas que en los acuerdos que ahora se pretende inscribir se le atribuyen. De lo contrario, como afirma la registradora en su calificación se vería frustrada la tutela judicialmente concedida a la sociedad «Sadim Inversiones S.A.». Por lo demás, esa regularización pendiente no podrá llevarse a cabo desconociendo los derechos de titulares de las acciones creadas mediante el aumento de capital anulado y el posteriormente realizado podían actuar con base en la confianza legítima de que su relación societaria estaba válidamente constituida.

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, 20 de diciembre de 2019. El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.