

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10990 *Resolución de 26 de octubre 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 accidental de Burgos a inscribir la escritura de reducción del capital social de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don P. C. V., como administrador de la sociedad «Administración de Fincas Burgos, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles accidental de Burgos, don Eduardo Bravo Romero, a inscribir una escritura de reducción del capital social de dicha entidad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Burgos, don Julián Martínez Pantoja, el día 29 de marzo de 2016, número 994 de protocolo, el administrador de la sociedad «Administración de Fincas Burgos, S.L.», elevó a públicos los acuerdos adoptados por la junta general de socios celebrada, ante el mismo notario, el día 28 de diciembre de 2015, consistentes en: «la compensación para paliar pérdidas, de la cuenta del balance “Otras aportaciones de socios”; “la aprobación del balance y reducción del capital social a (0,00€) para compensar pérdidas”, y “la ampliación del capital social en la suma de veintinueve mil quinientos euros (29.500 €) mediante la creación de dos mil novecientas cincuenta nuevas participaciones de diez euros (10 €) de valor nominal..., que han sido totalmente suscritas».

Es de reseñar que la convocatoria de la junta tenía la siguiente redacción: «1.–Liquidación de Reservas para compensar pérdidas acumuladas en ejercicios anteriores. 2.–Reducción de capital social para compensar pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores, según Balance Auditado a 30 de Junio de 2015, por D. J. M. V. G., miembro del ROAC n.º 17.515. 3.–Ampliación de capital social, según establece la Ley de Sociedades del Capital (informe del Administrador de la Sociedad). 4.–Modificación del Art. 5 de los estatutos de la sociedad (informe del Administrador de la Sociedad). 5.–Ruegos y preguntas». A la junta asistieron los dos únicos socios de la sociedad, si bien los acuerdos se adoptaron con el voto favorable de uno solo de ellos, titular de participaciones sociales que representan el 66,66% del capital social.

Presentada dicha escritura al Registro Mercantil de Burgos en unión del acta que recogía la celebración de la junta, autorizada por el mismo notario con fecha 22 de diciembre de 2015 (protocolo 4012 y que recogía el requerimiento inicial), se calificó del siguiente modo: «(...) Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–Orden del día de la convocatoria: No consta con la debida claridad en la convocatoria de la Junta los extremos en que va a consistir los acuerdos adoptados. El orden del día “Reducción de Capital Social para compensar pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores” y “Ampliación de Capital Social según establece la Ley de Sociedades de Capital”, no satisface suficientemente la exigencia claridad preceptuada por el artículo 287 de la Ley de sociedades de Capital. En el caso de reducción de capital a cero se requiere una mayor precisión en los anuncios de la convocatoria de la Junta en el sentido de determinar el alcance de la reducción del capital propuesta, debido a los radicales efectos que produce en los socios antiguos una reducción de capital a cero, que de no ejercer su derecho de suscripción preferente de las nuevas participaciones emitidas, perderían su condición de socio, tal y como ha ocurrido en el presente caso. Por ello es necesario que ello se haga constar de forma expresa en el orden del día de la Junta la reducción de capital “a cero”,

no siendo suficiente la expresión únicamente de “reducción del capital social para compensar pérdidas de ejercicios anteriores” sin más especificaciones, y lo mismo ocurre en relación a la ampliación del capital social. El defecto es de carácter insubsanable y tiene su fundamento en lo preceptuado por el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital, RDGRN de 9.05.1991, 18.05.2001, 30.07.2001 y 14.03.2005, 10.10.2012, y STS 29.12.1999 y 16.09.2000. 2.—Tras la operación acordeón efectuada para restablecer el equilibrio patrimonial, la Sociedad sigue incurso en causa de disolución, de conformidad con el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital, a no ser que se efectúe la ampliación de capital en cuantía suficiente para enervar la citada causa de disolución. El defecto es de naturaleza subsanable y tiene su fundamento de derecho en lo establecido por el art. 320, 343, 344, 345 y 363 de la Ley de Sociedades de Capital. 3.—(...) En relación con la presente calificación: (...) Burgos, a 16 de mayo de 2016. El Registrador».

El día 6 de junio de 2016, número 1.766 de protocolo, el mismo notario, y a solicitud del administrador único de la sociedad recurrente, aceptó el requerimiento para levantar acta de junta general de la citada sociedad, por celebrar el 7 de junio del mismo año, con el siguiente orden del día: «1.—Liquidación de Reservas para compensar pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores. Ratificación de los acuerdos adoptados sobre este punto en Junta General celebrada el pasado 28 de diciembre de 2015, aprobación si procede. 2.—Reducción de Capital social a cero para compensar pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores, según Balance Auditado a 30 de junio de 2015, por D. J. M. V. G., miembro del ROAC n.º 17.515. Ratificación de los acuerdos adoptados sobre este punto en Junta General celebrada el pasado 28 de Diciembre de 2015, aprobación si procede. 3.—Ampliación de Capital Social, según establece la Ley de Sociedades de Capital (informe del administrador de la Sociedad), con emisión de nuevas participaciones sociales. Ratificación de los acuerdos adoptados sobre este punto en Junta General celebrada el pasado 28 de Diciembre de 2015, aprobación si procede. 4.—Modificación del Artículo 5 de los estatutos de la Sociedad (informe del Administrador de la Sociedad). Ratificación de los acuerdos adoptados sobre este punto en Junta General celebrada el pasado 28 de diciembre de 2015, aprobación si procede. 5.—Ruegos y preguntas».

A la citada junta asistió únicamente el socio que, según se expresa en la diligencia, es titular de participaciones sociales que representan el 66,66% del capital social, indicándose también, literalmente lo siguiente: «Se quiere dejar constancia que la repetición de la Asamblea celebrada el 28 de diciembre de 2015, para ratificar todos los acuerdos allí tomados, viene dada para la subsanación y aclaración al Registro Mercantil, de la clarificación en el enunciado del punto 2.º del orden del día, donde se habla de “Reducción de capital a cero para compensar...”, a pesar que en el propio desarrollo del punto ya se explica amplia y sobradamente que el Capital social queda a cero... No obstante y en relación con la Junta General de fecha 28 de diciembre de 2015, del propio Acta de la reunión resulta que la totalidad de los socios de la compañía, que representa el 100% del capital social de la misma, sabían y eran concedores de la reducción del capital a cero y de la propuesta de ampliación de capital social en 29.500 euros, y consecuentemente del alcance y de las consecuencias de las mismas, y que ninguno de ellos se opuso a la válida celebración de la junta».

Todos los acuerdos relativos a los puntos del orden del día constan como adoptados «por unanimidad de los socios asistentes –sic–, esto es el 66,666% del capital social de la compañía», con la fórmula «esta parte se ratifica en todo lo dicho ya en la asamblea de 28 de Diciembre de 2015».

II

El día 8 de abril de 2016 se presentaron copias autorizadas de la escritura y de las actas referidas en el Registro Mercantil de Burgos, y fueron objeto de la calificación negativa que, a continuación, se transcribe en lo pertinente: «Ramón Vicente Modesto Caballero, Registrador Mercantil de Burgos, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los

siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: Diario/Asiento: 79/1009 F. presentación: 08/04/2016 Entrada: 1/2016/2.362,0 Sociedad: Administración de fincas Burgos SL Autorizante: Martínez Pantoja, Julián Protocolo: 2016/994 En unión de: 01.–Acta autorizada por el notario Martínez Pantoja, Julián con fecha 6 de junio de 2016. Número 1766/2016 de su protocolo de Burgos. 02.–Acta autorizada por el notario Martínez Pantoja, Julián con fecha 22 de diciembre de 2015, Número 4012/2015 de su protocolo de Burgos, de 29/03/2016 Fundamentos de Derecho (defectos): 1.–Presentado nuevamente el documento junto con Diligencia de rectificación y junto con acta de junta n.º 1766/16 autorizada por el mismo notario, y en relación a la nota de calificación de 16 de mayo de 2016, que por la presente se reitera en cuanto a dos primeros defectos, siendo el primero de naturaleza insubsanable, los cuales se transcribirán a continuación, se hace constar, de conformidad con la RDGRN de 1 de diciembre de 1994, que no es posible que una vez acordado un aumento de capital en junta no debidamente convocada, se pretenda en una Junta posterior, ratificar dicho acuerdo para que valga como adoptado, con todos los requisitos formales desde aquella primera sesión; es rechazable esa pretendida “Ratificación Sanatoria”, porque en realidad se trata de un nuevo acuerdo cuya eficacia se producirá únicamente desde el momento en que es válidamente adoptado. Defectos que se reiteran: “1.–El Orden del día de la convocatoria: No consta con la debida claridad en la convocatoria de la Junta los extremos en que va a consistir los acuerdos adoptados. El orden del día ‘Reducción de Capital Social para compensar pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores’ y ‘Ampliación de Capital Social según establece la Ley de Sociedades de Capital’, no satisface suficientemente la exigencia claridad preceptuada por el artículo 287 de la Ley de sociedades de Capital. En el caso de reducción de capital a cero se requiere una mayor precisión en los anuncios de la convocatoria de la Junta en el sentido de determinar el alcance de la reducción del capital propuesta, debido a los radicales efectos que produce en los socios antiguos una reducción de capital a cero, que de no ejercer su derecho de suscripción preferente de las nuevas participaciones emitidas, perderían su condición de socio, tal y como ha ocurrido en el presente caso. Por ello es necesario que ello se haga constar de forma expresa en el orden del día de la Junta la reducción de capital ‘a cero’, no siendo suficiente la expresión únicamente de ‘reducción del capital social para compensar pérdidas de ejercicios anteriores’ sin más especificaciones, y lo mismo ocurre en relación a la ampliación del capital social. El defecto es de carácter insubsanable y tiene su fundamento en lo preceptuado por el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital, RDGRN de 9.05.1991, 18.05.2001, 30.07.2001 y 14.03.2005, 10.10.2012, y STS 29.12.1999 y 16.09.2000.–” “2.º.–Tras la operación acordeón efectuada para restablecer el equilibrio patrimonial, la Sociedad sigue incurso en causa de disolución, de conformidad con el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital, a no ser que se efectúe la ampliación de capital en cuantía suficiente para enervar la citada causa de disolución. El defecto es de naturaleza subsanable y tiene su fundamento de derecho en lo establecido por el art. 320, 343, 344,345 y 363 de la Ley de Sociedades de Capita”. Puesto que se trata de una simple reiteración de la nota de calificación mencionada, los plazos que se relacionan a continuación comenzarán a contar desde la fecha de notificación de dicha nota de calificación (RDGRN 29.03.2009). En relación con la presente calificación: (...) Burgos, a 30 de junio de 2016 (firma ilegible) El Registrador accidental D. Eduardo Bravo Romero».

III

Solicitada calificación sustitutoria, la misma fue emitida el día 26 de julio de 2016 por el registrador de la Propiedad accidental de Lerma, don Javier Ángel González García, confirmando la calificación del registrador sustituido por reiterar los mismos hechos y fundamentos de Derecho expresados en aquélla.

IV

Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Burgos el día 1 de agosto de 2016, don P. C. V., como administrador de la sociedad «Administración de Fincas Burgos, S.L.», interpuso recurso contra la calificación anterior con base en los siguientes motivos: «Primero.—En la calificación recurrida se alude fundamentalmente a que en el orden del día de la convocatoria de junta al efecto, no se hacía referencia a la expresión reducción a cero del capital social, que luego sería ampliado oportunamente para cumplir las previsiones legales. Siendo cierta nominalmente la falta de esa expresión, más cierto es que de todas las circunstancias concurrentes, resulta palmariamente que tal era el fin de la operación que se sometía a aprobación de los socios. Y de ello era perfectamente conocedor el otro socio (pues el otro socio existe). Tanto por el examen de la documentación que ya se había realizado, como de las propias circunstancias de la reducción y ampliación que en el desarrollo de la junta se aprueba y que viene reflejado en el acta notarial, como de las comunicaciones que se le van haciendo a dicho socio, resulta de forma clara y contundente la finalidad de la junta de que se trata. Segundo.—Y así lo corroboramos con la siguiente secuencia de actos y comunicaciones que manifiestan el completo conocimiento y constatación de la citada operación de reducción y ampliación de capital que indicamos [sigue una reseña]. Tercero.—De todo lo anteriormente expuesto resulta que los derechos del otro socio han sido en todo momento salvaguardados, teniendo pleno conocimiento del tipo de operación a realizar, plazos, garantías y consecuencias de la no asistencia a la ampliación propuesta».

V

El registrador dio traslado del recurso al notario autorizante, quien formuló las siguientes alegaciones a través del correo electrónico corporativo el día 18 de agosto de 2016: «(...) 1.—La ratificación y/o convalidación de acuerdos es válida a tenor de los artículos 1300 y siguientes del código civil. En particular el art. 1313. 2.—El Sr. Registrador confunde la nulidad de un acuerdo, por ser nulo, esto es contrario a ley o estatutos... y por tanto es nulo sustancialmente, y por otro el que un acuerdo válido adolece de un defecto de forma al constituirse la junta. En el presente caso, se trata de un acuerdo adoptado válidamente, donde, a juicio del señor registrador, no ha existido suficiente concreción en el orden del día. Y por ello lo considera, al parecer, nulo. Pues bien, el acuerdo sería válido si no se discutiera la formalidad, esto es, que se haya adoptado sin la concreción debida. Y a mayor abundamiento, no existe declaración judicial de nulidad. Es decir, ningún tribunal lo ha declarado nulo. Es por ello que, a mi juicio, es posible la ratificación de dicho acuerdo, con el fin de sanar defectos formales alegados por el Registrador... 3.—Así es, entendemos que en este caso, la celebración de la primera y de la segunda Juntas lo fueron: a.—Con el debido informa de administradores, en el que se concretaba la operación acordeón, con el fin de restablecer el equilibrio patrimonial. b.—Con la asistencia de todos los socios o sus representantes y asesor de los presentes, lo que supone que no hay socios ausentes, ajenos a este acuerdo. Por tanto no hay socios que merezcan, desde el derecho, protección especial, en este punto. c.—Ninguno de los asistentes puso en cuestión la constitución válida de la junta. d.—Ninguno de los asistentes dejó constancia en acta la reserva de su derecho a impugnar por esta causa».

VI

Mediante escrito, de fecha 18 de agosto de 2016, el registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero, emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 1280 del Código Civil; 174, 178.1, 204, 287, 320, 323, 343, 344, 345 y 363 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital; 5, 94, 95, 103 y 112 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1965, 9 de julio y 17 de diciembre de 1966, 10 de enero de 1973, 5 de marzo de 1987, 25 de marzo y 30 de abril de 1988, 14 de junio de 1994, 29 de diciembre de 1999, 16 de septiembre de 2000 y 24 de enero y 12 de junio de 2008, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de mayo de 1991, 2 y 3 de agosto de 1993, 1 de diciembre de 1994, 10 de octubre de 1995, 3 de septiembre de 1998, 24 de noviembre de 1999, 18 de mayo y 30 de julio de 2001, 2 de junio de 2003, 14 de marzo y 26 de julio de 2005, 8 de febrero, 10 de octubre y 29 de noviembre de 2012, 20 y 30 de mayo de 2013, 6 de febrero y 29 de septiembre de 2015 y 4 y 26 de julio y 2 de septiembre de 2016.

1. En el presente recurso son relevantes las siguientes circunstancias:

a) Mediante escritura otorgada el 29 de marzo de 2016 se elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta general de socios el 28 de diciembre de 2015, consistentes en: «la compensación para paliar pérdidas, de la cuenta del balance “Otras aportaciones de socios”»; «la aprobación del balance y reducción del capital social a (0,00€) para compensar pérdidas», y «la ampliación del capital social en la suma de veintinueve mil quinientos euros (29.500 €) mediante la creación de dos mil novecientas cincuenta nuevas participaciones...». A la junta asistieron los dos únicos socios de la sociedad, si bien los acuerdos se adoptaron con el voto favorable de uno solo de ellos, titular de participaciones sociales que representan el 66,66% del capital social.

Dicha escritura fue objeto de calificación negativa por entender el registrador que adolece de dos defectos: Primero.—«No consta con la debida claridad en la convocatoria de la junta los extremos en que va a consistir los acuerdos adoptados. El orden del día “Reducción de Capital Social para compensar pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores” y “Ampliación de Capital Social según establece la Ley de Sociedades de Capital”, no satisface suficientemente la exigencia claridad preceptuada por el artículo 287 de la Ley de sociedades de Capital. En el caso de reducción de capital a cero se requiere una mayor precisión en los anuncios de la convocatoria de la Junta en el sentido de determinar el alcance de la reducción del capital propuesta, debido a los radicales efectos que produce en los socios antiguos una reducción de capital a cero, que de no ejercer su derecho de suscripción preferente de las nuevas participaciones emitidas, perderían su condición de socio, tal y como ha ocurrido en el presente caso. Por ello es necesario que ello se haga constar de forma expresa en el orden del día de la Junta la reducción de capital “a cero”, no siendo suficiente la expresión únicamente de “reducción del capital social para compensar pérdidas de ejercicios anteriores” sin más especificaciones, y lo mismo ocurre en relación a la ampliación del capital social», y Segundo.—«Tras la operación acordeón efectuada para restablecer el equilibrio patrimonial, la Sociedad sigue incurso en causa de disolución, de conformidad con el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital, a no ser que se efectúe la ampliación de capital en cuantía suficiente para enervar la citada causa de disolución».

b) En acta notarial autorizada el día 6 de junio de 2016 constan los acuerdos adoptados por la junta general de socios el día 7 de junio de 2016, con el siguiente orden del día: «1.—Liquidación de Reservas para compensar pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores. Ratificación de los acuerdos adoptados sobre este punto en Junta General celebrada el pasado 28 de diciembre de 2015, aprobación si procede. 2.—Reducción de Capital social a cero para compensar pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores, según Balance Auditado (...) Ratificación de los acuerdos adoptados sobre este punto en Junta General celebrada el pasado 28 de Diciembre de 2015, aprobación si procede. 3.—Ampliación de Capital Social, según establece la Ley de Sociedades de Capital (informe del administrador de la Sociedad), con emisión de nuevas participaciones sociales.

Ratificación de los acuerdos adoptados sobre este punto en Junta General celebrada el pasado 28 de Diciembre de 2015, aprobación si procede (...).

A la citada junta asistió únicamente un socio, titular de participaciones sociales que representan el 66,66% del capital social, y se adoptaron los acuerdos propuestos, indicándose además, literalmente lo siguiente: «Se quiere dejar constancia que la repetición de la Asamblea celebrada el 28 de diciembre de 2015, para ratificar todos los acuerdos allí tomados, viene dada para la subsanación y aclaración al Registro Mercantil, de la clarificación en el enunciado del punto 2.º del orden del día, donde se habla de reducción de capital a cero para compensar..., a pesar que en el propio desarrollo del punto ya se explica amplia y sobradamente que el Capital social queda a cero... No obstante y en relación con la Junta General de fecha 28 de diciembre de 2015, del propio Acta de la reunión resulta que la totalidad de los socios de la compañía, que representa el 100% del capital social de la misma, sabían y eran conocedores de la reducción del capital a cero y de la propuesta de ampliación de capital social en 29.500 euros, y consecuentemente del alcance y de las consecuencias de las mismas, y que ninguno de ellos se opuso a la válida celebración de la junta».

c) Presentadas la escritura y el acta notarial referidas, el registrador reitera en los mismos términos ambos defectos, haciendo constar «...de conformidad con la RDGRN de 1 de diciembre de 1994, que no es posible que una vez acordado un aumento de capital en junta no debidamente convocada, se pretenda en una Junta posterior, ratificar dicho acuerdo para que valga como adoptado, con todos los requisitos formales desde aquella primera sesión; es rechazable esa pretendida "Ratificación Sanatoria", porque en realidad se trata de un nuevo acuerdo cuya eficacia se producirá únicamente desde el momento en que es válidamente adoptado».

2. Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, la validez de los acuerdos que puede adoptar la junta general dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que hayan sido tomados por la mayoría legal o estatutariamente exigible, sino, como requisito previo, a la válida constitución de la propia junta, lo que exige su previa convocatoria (cfr. artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital) incluyendo el orden del día, salvo que se trate de junta universal, en cuyo caso es necesaria la aceptación unánime, no sólo en relación con la celebración de la junta, sino respecto de los temas a tratar en ella (cfr. artículo 178.1). Esta exigencia cumple la doble finalidad de brindar a los socios un cabal conocimiento de los asuntos sobre los que son llamados a pronunciarse, permitiéndoles informarse y reflexionar sobre el sentido de su voto, así como decidir sobre la conveniencia de asistir o no a la reunión, y garantizarles, por otra parte, que no podrá tomarse ninguna decisión sobre asuntos acerca de los cuales no se preveía deliberar ni adoptar acuerdo alguno.

Por otra parte, la exigencia legal de que en todo anuncio de convocatoria de junta general para adoptar acuerdos de modificación de estatutos se expresen, «con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse» (artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital), tiene por objeto no sólo permitir a los socios asistentes o representados el ejercicio consciente y reflexivo del derecho de voto, con el asesoramiento e información que estimen oportuno recabar, para valorar su trascendencia, sino también el control por los ausentes de la legalidad de los acuerdos que se adopten y la impugnación de aquellos que no se correspondan con el orden del día de la convocatoria, derechos ambos de difícil ejercicio en caso de convocatorias ambiguas o indeterminadas (cfr. las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1965, 9 de julio y 17 de diciembre de 1966 y 24 de enero de 2008, así como la Resolución de 1 de diciembre de 1994, entre otras). El alcance de dicha exigencia ha sido objeto de diversas interpretaciones sobre el sentido, tanto de la claridad exigible como de la precisión sobre los extremos sujetos a modificación, lo que ha dado lugar a un casuismo jurisprudencial muy ajustado al supuesto concreto. La garantía adicional establecida en el mismo artículo 287, al exigir que en los anuncios se haga constar el derecho de todos los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como el de pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos, permite

considerar suficiente que la convocatoria contenga una referencia precisa a la modificación que se propone, sea a través de la indicación de los artículos estatutarios correspondientes, sea por referencia a la materia concreta sujeta a modificación, sin necesidad de extenderse sobre el concreto alcance de dicha modificación, del que podrán los accionistas informarse a través de los citados procedimientos (cfr., por todas, las Resoluciones de 18 de mayo de 2001 y 2 de junio de 2003).

Ahora bien, cuando como consecuencia del acuerdo por adoptar pueda verse comprometida la posición jurídica del socio, esta Dirección General ha exigido una mayor precisión en la convocatoria para evitar su adopción sin que los llamados a pronunciarse tengan cabal conocimiento del alcance de los acuerdos que se pretendan adoptar. Así lo ha exigido cuando –en casos similares al del presente recurso– como consecuencia de la reducción y aumento del capital propuestos pueden los socios perder su condición de tales (Resoluciones de 18 de mayo de 2001 y las citadas por ella –de 9 de mayo de 1991 y 3 de septiembre de 1998–, así como las de 30 de julio de 2001 y 14 de marzo de 2005, según las cuales, en el caso de reducción del capital social a cero, los radicales efectos que de adoptar dicho acuerdo se derivarían para el accionista que, de no ejercer el derecho de suscripción de las nuevas acciones que se emitieran, perdería su condición de socio y los derechos hasta entonces inherentes a dicha condición, requieren una mayor precisión en los anuncios en el sentido de determinar ese concreto alcance de la reducción de capital propuesta), o cuando como consecuencia de la pérdida de la condición laboral de la sociedad, van a ver alterados el conjunto de sus derechos y obligaciones (Resolución de 2 de junio de 2003) o cuando como consecuencia del acuerdo por adoptar resulte la exclusión de un socio en sociedad de responsabilidad limitada (Resolución de 10 de octubre de 1995). Más recientemente se ha considerado que la imposibilidad de deducir de un orden del día expresado en términos generales el alcance y consecuencias de la creación de una página web, justifica el rechazo a la inscripción de los acuerdos adoptados (Resolución de 10 de octubre de 2012).

La doctrina de este Centro Directivo se apoya en la doctrina del Tribunal Supremo que ha venido entendiendo suficiente que se reseñen los extremos o circunstancias básicas del aumento, de modo que la debida claridad a que se refiere el precepto se traduzca, al menos, en la reseña de los extremos por modificar (vid. la citada Sentencia de 24 de enero de 2008). Así, se ha considerado suficiente una referencia a los preceptos estatutarios por modificar (cfr. Sentencias de 9 de julio de 1966 y 30 de abril de 1988) o enunciando la materia y señalando que se trataba de modificar los artículos relativos a ella (Sentencias de 10 de enero de 1973 y 14 de junio de 1994). En otras ocasiones (Sentencia de 25 de marzo de 1988) no se ha considerado suficiente un enunciado como el de «estudio de los Estatutos» cuando después se ha producido la modificación de diversos artículos no especificados e incluso, en doctrina muy rigurosa (Sentencia de 29 de diciembre de 1999), el Tribunal Supremo ha entendido que se había producido la infracción de la exigencia legal referida cuando en la convocatoria no se fijaba el importe de la ampliación, ni se expresaba si podía hacerse por emisión de nuevas acciones o por elevación de valor de las existentes, ni preveía la delegación de facultades a los administradores.

Por otra parte, no es suficiente afirmar que determinado supuesto incurre en falta de claridad para mantener la nulidad de la convocatoria y por ende, de los acuerdos adoptados. Es preciso analizar el supuesto de hecho concreto para poder concluir si una determinada convocatoria, en atención a su contenido y a las circunstancias en que se ha producido, se ha llevado a cabo con violación de los derechos individuales del socio.

En este orden de cosas, es igualmente doctrina consolidada de esta Dirección General que deben distinguirse aquellos supuestos en los que la violación de la previsión legal conlleva indefectiblemente la nulidad de los acuerdos adoptados de aquellos otros en los que, al no existir perjuicio posible para socios o terceros, no procede la sanción de nulidad.

Esta Dirección General ha afirmado que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del accionista o socio (Resolución de 8 de febrero de 2012). Desde este punto de vista se ha impuesto en casos concretos la

consideración de que es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos a fin de proteger la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas (vid. Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993, 26 de julio de 2005, 29 de noviembre de 2012, 6 de febrero y 29 de septiembre de 2015 y 2 de septiembre de 2016). Siempre partiendo de la base de que los derechos individuales del accionista no sufran una merma, en condiciones tales que puedan considerarse postergados, ni resulte de forma indiscutible que los socios minoritarios hayan considerado sus derechos individuales violados, situaciones éstas que impiden cualquier consideración relativa a una interpretación flexible que se aleje de la rigurosa tradicional del Centro Directivo (Resolución 20 de mayo de 2013).

De modo más enfático, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008 declara que: «no es transportable a las causas de nulidad de la LSA el precepto del artículo 6.3 CC, ni las contravenciones legales tienen todas la misma entidad y efectos; y, además, incluso en el régimen general, aparte de los importantísimos matices que tiene la posibilidad de apreciación de oficio de la nulidad plena (SS., entre otras, 17 de enero y 12 de diciembre de 2000; 3 de diciembre de 2001; 18 de junio de 2002; 27 de febrero de 2004; 25 de septiembre de 2006), sobre lo que no cabe aquí entrar, en todo caso la doctrina jurisprudencial viene recomendando “extrema prudencia y criterios flexibles” en la aplicación de la nulidad radical (SS. 28 de mayo y 2 de noviembre de 2001, entre otras)».

Por su parte, la doctrina de este Centro Directivo en su Resolución de 26 de julio de 2005, con apoyo de doctrina anterior (la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1987 y las Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993 y 24 de noviembre de 1999), tiene declarado que pueden conservarse aquellos acuerdos adoptados aun cuando existan defectos no sustanciales en la convocatoria o adopción en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, facilitando la fluidez del tráfico jurídico y evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios que no proporcionen garantías adicionales (vid., igualmente, Resoluciones de 8 de febrero y 29 de noviembre de 2012).

Este razonamiento del Centro Directivo, sólidamente anclado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha venido a ser confirmado por la modificación de la Ley de Sociedades de Capital que ha llevado a cabo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, cuyo Preámbulo expresa que «se han ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia, se adoptan ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse». De acuerdo con la nueva regulación no sólo se limitan los acuerdos susceptibles de impugnación por criterios meramente materiales (por defectos procedimentales, por ejemplo), sino que además se enfatiza insistentemente en que el vicio de nulidad ha de tener un carácter relevante, esencial o determinante por usar la misma terminología del nuevo artículo 204 de la Ley. Si esta nueva consideración de los supuestos de nulidad de acuerdos no fuera ya por sí de enorme trascendencia, la nueva regulación la completa restringiendo la legitimación activa de modo que: «5. No podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho» (artículo 206 de la Ley de Sociedades de Capital). De la nueva regulación legal resulta, en consecuencia, que el legislador sólo considera susceptibles de impugnación aquellos acuerdos en los que concurre una causa cualificada de nulidad y siempre que el ejercicio de la acción se acomode a las exigencias de la buena fe (vid. el Preámbulo de la Ley 31/2014).

3. A la luz de las consideraciones anteriores y en atención a las particulares circunstancias del presente supuesto, respecto del primero de los defectos que reitera el registrador, es evidente que el inicial anuncio de convocatoria carece de la debida claridad que le exige el ordenamiento por cuanto la omisión de un dato esencial, como es el hecho de que la reducción del capital social fuera total, afectaba decisivamente a la posición jurídica del socio y le privaba de la información necesaria para ejercer sus derechos de forma adecuada.

Ahora bien y como ha quedado suficientemente motivado no basta con llevar a cabo semejante afirmación, pues es preciso determinar si según las circunstancias del supuesto concreto, la falta de claridad de la convocatoria ha derivado en una violación de la situación jurídica del socio disidente que justifique un reproche de nulidad (vid., entre otras, la Resolución de 6 de febrero de 2015).

Resulta del supuesto de hecho que da lugar a este expediente, tal y como consta en los documentos calificados, que el socio disidente asistió a la junta general que aprobó el acuerdo; que del informe de auditor (que la propia Ley hace obligatorio en la operación de reducción por pérdidas, previa al aumento de capital –artículo 323–) y del informe del administrador resulta con toda claridad que dada la situación económica de la sociedad se articula una solución que pasa por reducir el capital a cero y aumentarlo a continuación en la cantidad indicada; y, por ello, de la documentación puesta a disposición del socio disidente resulta la estrategia social para salir de la situación en la que se encuentra en términos totalmente coincidentes con los acuerdos adoptados con posterioridad, de suerte que tuvo en su poder con anterioridad a la junta de socios la información necesaria para poder emitir su voto de acuerdo a la mejor defensa de sus intereses en la sociedad, sin que dicho socio se opusiera a la válida celebración de la junta ni se reservara su derecho a impugnar por tal causa los acuerdos adoptados. Resultaría del todo punto desproporcionado considerar inválida la convocatoria y por ende los acuerdos sociales adoptados cuando del expediente resulta que el socio disidente conoció –o pudo conocer con antelación suficiente– con exactitud el concreto alcance y efectos de la modificación estatutaria propuesta y de las consecuencias económicas y societarias que de las mismas pudieran resultarle.

4. Las consideraciones precedentes son suficientes para concluirse que el primero de los defectos expresados por el registrador no puede ser confirmado. Pero, a mayor abundamiento, debe añadirse el hecho de que los acuerdos adoptados en la junta general de 7 de junio de 2016 tengan por finalidad la subsanación y aclaración al Registro Mercantil de los acuerdos formalizados en la escritura anterior en relación con el orden del día de la junta general.

Respecto de los acuerdos adoptados en esta junta general posterior, no puede entrarse en la cuestión relativa a la circunstancia de que consten en acta notarial y no en escritura pública, como requisito para su inscripción en el Registro Mercantil (vid. artículos 1280 del Código Civil y 5 y 95 del Reglamento del Registro Mercantil), pues se trata de una circunstancia sobre la que nada se expresa por el registrador en la calificación impugnada (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

Hecha tal aclaración cabe recordar los términos en que se ha pronunciado este Centro Directivo en la Resolución de 26 de julio de 2016: «El artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece que «no será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor». 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)».

En el caso del presente expediente, aunque por hipótesis se hiciera abstracción del hecho de que –como ha quedado expuesto y atendiendo a las circunstancias concretas del caso examinado– debe considerarse válida la convocatoria y por ende los acuerdos sociales adoptados en la primera junta general, debe tenerse en cuenta que el defecto que el registrador achaca al acuerdo de reducción de capital social con simultáneo aumento del mismo era de índole formal y la sustitución se habría producido mediante otro de idéntico contenido adoptado con las mayorías suficientes. Por tanto, se habría producido la subsanación del primero y su eficacia se retrotraería a la fecha de su adopción.

5. Por último, respecto del segundo de los defectos expresados en la calificación impugnada (según el cual «tras la operación acordeón efectuada para restablecer el equilibrio patrimonial, la Sociedad sigue incurso en causa de disolución, de conformidad con el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital»), es cierto que el citado precepto legal, en su apartado 1.e) establece que la sociedad deberá disolverse por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso, disolución que requerirá acuerdo de la junta general adoptado con la mayoría ordinaria establecida para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 198, y con el quórum de constitución y las mayorías establecidas para las sociedades anónimas en los artículos 193 y 201, regulando el artículo 365 el deber por parte de los administradores de instar tal convocatoria.

Es evidente que no se trata de una causa de disolución automática, sino que debe ser acordada en junta general, en los términos que también contemplan los artículos 365 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, si es que no se optó por alguna otra de las alternativas que prevé el precepto transcrito, por lo que el defecto invocado por el registrador no puede ser mantenido, pues otras son las consecuencias que legalmente se derivan de su existencia, pero en modo alguno aparecen en la legislación mercantil como determinantes de un posible cierre registral. Y ello sin olvidar que el artículo 367.1 de la misma Ley prevé que responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar 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, 26 de octubre de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.