

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

7036 *Resolución de 30 de mayo de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XII de Madrid a inscribir determinadas escrituras de elevación a público de acuerdos sociales.*

En el recurso interpuesto por la sociedad «Valecondo, S.A.» y otros contra la negativa del registrador Mercantil XII de Madrid, don Adolfo García Ferreiro, a inscribir determinadas escrituras de elevación a público de acuerdos sociales de dicha entidad.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada el 4 de noviembre de 2011 por el notario de San Sebastián, don José Carlos Arnedo Ruiz, con número de protocolo 2.636, se elevaron a público los acuerdos de la junta general de 1 de septiembre de 2011 por los que se cesa a determinados administradores nombrados en otra junta de 27 de junio de 2011 y se modifican todos los artículos de los estatutos sociales y se refunden en un nuevo texto. Según se expresa en la escritura, se realiza dicha modificación estatutaria para reconocer en la vida societaria los efectos de la Sentencia número 235/2006 de la Audiencia Provincial de Málaga, de 5 de mayo de 2006, declarada firme por auto del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2009, de suerte que los nuevos estatutos reproducen en lo sustancial los aprobados en la junta general de 7 de mayo de 1993. Entre otros acuerdos, también se eleva a público en dicha escritura, igualmente para cumplir la referida sentencia según se afirma, el acuerdo de cese de los miembros del Consejo de Administración y se deja constancia del cese por fallecimiento de la persona que era la administradora única ante de la celebración de la junta general de 29 de mayo de 1989 que ha sido declarada nula.

En escritura autorizada el 4 de noviembre de 2011 por el notario de San Sebastián don José Carlos Arnedo Ruiz con número de protocolo 2.637, se elevó a público el acuerdo también adoptado por la junta general de 1 de septiembre de 2011 de nombramiento de nuevo administrador único. Y en otra escritura otorgada ante el mismo notario el 28 de noviembre de 2011, con número de protocolo 2.888, se elevó a público el acuerdo adoptado por la misma junta general de reducción y aumento simultáneos del capital social, así como su ejecución.

En las tres escrituras referidas se expresa que los acuerdos de la junta general de 1 de septiembre de 2011 que se elevan a público tienen como finalidad reconocer en la vida societaria los efectos de la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 5 de mayo de 2006, que declaró «la nulidad de todas las Juntas Generales de Accionistas de la mercantil «Valecondo, S.A.» celebradas con posterioridad al 29 de mayo de 1989, y de todos los acuerdos sociales adoptados en el seno de las mismas».

Mediante escritura autorizada el 26 de septiembre de 2012 por el mismo notario de San Sebastián, don José Carlos Arnedo Ruiz, con número de protocolo 2.406, que según se expresa en la misma es complementaria de las anteriores, se eleva a público una certificación que hace referencia a algunas circunstancias adicionales de la junta general no mencionadas inicialmente en las anteriores escrituras pero que pueden resultar relevantes a efectos de su calificación registral conjunta. Asimismo, esta escritura complementaria acredita que la documentación relativa a la junta general estuvo a disposición de los accionistas a partir de la convocatoria en el último domicilio social

inscrita (Madrid) y en el lugar de celebración de la junta (Málaga), mediante la incorporación, por testimonio, de dos actas notariales: a) acta de requerimiento a la entidad «Valecondo, S.A.» autorizada por el notario de Madrid don Juan Álvarez-Sala Walther, el 28 de julio de 2011 a instancia de don J. M. A. S., en la cual consta que dicho notario comprobó que la documentación relativa a la junta general fue puesta a disposición en el que había sido el último domicilio social inscrito en el Registro Mercantil (sito en Madrid, calle Inocencio Fernández ...); y requirió a su compañero de Málaga, el notario don José Sánchez Aguilera para que se personara en la sede de la Gestoría Muñoz Zurita, Málaga, Pasillo del Matadero a fin de comprobar que la misma documentación se encontraba allí puesta a disposición, encargo que éste cumplió satisfactoriamente; y b) acta de notificación del notario de Málaga D. José Sánchez Aguilera de fecha 29 de julio de 2011 de la que resulta que éste, a requerimiento del notario de Madrid D. Juan Álvarez-Sala Walther, se personó en la sede de la Gestoría Muñoz Zurita, Málaga, Pasillo del Matadero y comprobó que la documentación relativa a la junta descrita en el antecedente de hecho tercero siguiente se encontraba allí puesta a disposición.

Asimismo, es relevante que tales escrituras se acompañan de certificación expedida por el administrador único de «Valecondo, S.A.» el 9 de octubre de 2012 con firma legitimada, a los efectos de lo dispuesto en los apartados 5 y 7 del artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil, en la que se acredita que las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010 no han sido todavía aprobadas por la junta general por no haberse podido celebrar ésta. Además, el 21 de diciembre de 2012 se habían depositado en el Registro Mercantil de Madrid las cuentas anuales abreviadas correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2009 para su calificación conjunta con los anteriores documentos, habiendo quedado rechazado su depósito por considerar que la sociedad no consta inscrita en el Registro Mercantil de Madrid.

II

Aparte alguna presentación anterior seguida de retirada de los títulos presentados, el 9 de enero de 2013 se presentaron los documentos referidos en el precedente apartado I, en unión de certificación expedida por la registradora Mercantil de Málaga, el día 29 de octubre de 2012 a efectos del traslado de domicilio de la sociedad «Valecondo, S.A.» a Madrid, y fueron objeto de calificación negativa emitida por el registrador don Adolfo García Ferreiro el día 25 de enero de 2013, que a continuación se transcribe: «... El registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguientes defectos que impiden su práctica: Entidad: Valecondo SA. La presente escritura ha sido presentada en unión de los siguientes documentos: 1) Certificación expedida por la registradora Mercantil de Málaga el 29 de octubre de 2012 a efectos del traslado del domicilio social a Madrid. 2) De dos escrituras autorizadas por el mismo notario con los números de protocolo 2637/2011, asiento 982 del diario 2356 y 2888/2011, asiento 983 del diario 2356 en las que se elevan a público acuerdos de la misma junta general celebrada el 1 de septiembre de 2011. 3) Escritura también autorizada por el mismo notario con el número 2406/2012, que es complementaria de la presente y de las otras dos indicadas. Y 4) Certificación relativa a la no aprobación de las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio de 2010 expedida el 9 de octubre de 2012, asiento 1036 del diario 2356. Teniendo en cuenta la interrelación entre todos los documentos indicados, se han calificado conjuntamente extendiéndose la presente nota de calificación común para todos ellos. Se observan los siguientes defectos, insubsanables los números 1, 3,4 y 5 y subsanable el 2. 1) Al resultar de dicha certificación expedida por la registradora Mercantil de Málaga que la sociedad cuenta con un capital social de 18.030,36 euros (inscripción 1.ª de la hoja social de 6 de abril de 1972) la misma se encuentra disuelta de pleno derecho y cancelados todos sus asientos por aplicación de la disposición transitoria sexta de la anterior Ley de Sociedades Anónimas, lo que impide la

inscripción de dichos documentos (D.T. 6 de la anterior L.S.A y art. 11 RRM). 2) La hoja de dicha sociedad se encuentra cerrada por falta de depósito de cuentas anuales correspondientes a los ejercicios de 2008, 2009 y 2010 (art. 378 RRM). En cuanto a las cuentas de 2008 se depositaron pero dicho depósito quedó sin efecto por haberse declarado nula la junta que las aprobó en virtud de la Sentencia 263/2006 de fecha 5 de mayo de 2006 de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª que causó la inscripción 4.ª de la hoja social de 10 de diciembre de 2010. Las cuentas del 2009 no están depositadas y en cuanto a las cuentas de 2010 que no fueron aprobadas por la junta según resulta de la certificación señalada al principio de esta nota se observa que no puede practicarse la inscripción de dicha certificación, además de por este y el anterior defecto indicados, por no figurar inscrito ni poderse inscribir simultáneamente el nombramiento del administrador único que la expide (arts. 11, 109 y 378 RRM). 3) En cuanto a los acuerdos de modificación de estatutos y de nombramiento de administrador único que queda condicionado a la inscripción de los mismos, se observa que en los anuncios de convocatoria de la junta no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 287 LSC por lo siguiente: A) Por no hacerse constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma así como pedir el envío gratuito de dichos documentos. Y B) Salvo en el caso de la reducción y aumento de capital, por no expresarse en los anuncios con la debida claridad los extremos de los estatutos que hayan de modificarse. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 287 LSC, 97 y 112 RRM, Sentencia 36/09 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28 de fecha 20 de febrero de 2009 y Resoluciones de la DGRN de 9 de enero de 1988, 16 de noviembre de 2002, 17 y 18 de abril de 2007. 4) En cuanto a los acuerdos de reducción y aumento de capital social y redacción del artículo 5 de los estatutos, se observa que según resulta del Registro, el capital social es de 18.030,36 euros dividido en 300 acciones de 60,1012 euros cada una, por lo que no puede inscribirse la reducción en 342.570 euros y su posterior aumento en 45.075 euros ni la redacción del artículo 5 de los estatutos en los términos acordados (art. 11 RRM). 5) No es admisible la existencia de tres votaciones en la junta general ya que solo tienen derecho de voto los que sean socios en el momento de celebración de la junta y no los titulares de acciones creadas en los aumentos de capital social que fueron declarados nulos por dicha Sentencia 263/2006 (arts. 93 LSC y 58, 97 Y 112 RRM y Resolución de 26 de febrero de 2004). Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores, y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...) Madrid, 25 de enero de 2013. El Registrador».

Igualmente, el mismo registrador Mercantil emitió con la misma fecha tres notas de calificación negativas individuales para otros tantos documentos entre los antes referidos, remitiéndose tales notas a la calificación negativa conjunta antes transcrita. En cada una de aquellas tres notas se expresa lo siguiente:

«El presente documento ha sido calificado conjuntamente con la escritura autorizada el 4 de noviembre de 2011 (n.º 2636) por el notario de San Sebastián don José Carlos Arnedo Ruiz que causó el asiento de presentación 981 del diario 2356, número de entrada 152.872/12 en la que se ha extendido con esta fecha la correspondiente nota (arts. 6 y 10 RRM).»

III

La calificación fue notificada al presentante el 1 de febrero de 2013 y al notario autorizante el 4 de febrero.

El 1 de marzo don J. M. A., en su propio nombre y en representación de la sociedad «Valecondo, S.A.», doña A. A. S., en su propio nombre y en representación de la sociedad «Roque Prieto, S.L.», y doña A. S. S., doña M. E. M. S., doña E. A. Y. y don J. A. A. Y. interpusieron recurso contra la calificación en el que alegan lo siguiente: «A.—Antecedentes de hecho: 1.º Valecondo es una sociedad familiar que, como consecuencia de un pleito

de impugnación de una junta promovido a destiempo (quince años después de la celebración de la junta en cuestión) se encuentra hoy en día en una situación sin precedentes. El indicado pleito fue iniciado en el año 2003 mediante la correspondiente demanda de impugnación de acuerdos sociales dirigida contra dicha sociedad por un accionista minoritario. El 1 de septiembre de 2005, el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Málaga, donde estaba entonces domiciliada la sociedad, estimó parcialmente la demanda, declarando, entre otros pronunciamientos, la nulidad, por inexistente y, por ende, contraria al orden público, de la junta universal de accionistas de 29 de mayo de 1989 y de todos los acuerdos aprobados en ésta, pero dejando en vigor el resto de acuerdos subsiguientes por entender que la causa de nulidad de éstos –convocatoria por quien no era administrador– no era cuestión de orden público y, por tanto, había caducado en el momento de interponer la demanda. El 5 de mayo de 2006 la Audiencia Provincial de Málaga resolvió el recurso presentado por el accionista demandante y dictó la Sentencia número 236/2006 (JUR 2007/28746) (en adelante, también la «SAP Málaga»), que confirmó la nulidad de la junta general de 29 de mayo de 1989 y de los acuerdos en ella adoptados, y declaró asimismo «la nulidad de todas las Juntas Generales de Accionistas de la mercantil Valecondo S.A. celebradas con posterioridad al 29 de mayo de 1989, y de todos los acuerdos sociales adoptados en el seno de las mismas». Para ello, la SAP Málaga, con apoyo exclusivo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1993, que aplicaba el antiguo régimen de impugnación del artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, indicaba que, al ser radicalmente nula la junta de 1989, también lo son todas las que traen causa de aquella, sin poder beneficiarse de plazo alguno de caducidad. Mediante auto de 16 de junio de 2009, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo acordó no admitir este recurso por falta de interés casacional y declarar la firmeza de la SAP Málaga (el «auto»). El auto fue notificado a la sociedad el 30 de junio de 2009. En conclusión, la SAP Málaga y el auto conllevan la nulidad de la junta general de 29 de mayo de 1989 y de todas las habidas con posterioridad, así como la nulidad de todos los acuerdos sociales adoptados en esas juntas, sin especificación alguna de qué acuerdos lo son –todos– y, lo que resulta más desconcertante, sin indicación del término final de dicha nulidad. 2.º El 2 de septiembre de 2010 los accionistas solicitantes, titulares conjuntamente de un 95,17% del capital de la sociedad (según la última cifra que constaba inscrita en el Registro Mercantil, que ascendía 360.600 euros, divididos en 6.000 acciones de 60,10 euros de valor nominal unitario), presentaron un escrito ante el Juzgado de lo Mercantil de Málaga solicitando la convocatoria judicial de junta general ordinaria y extraordinaria de Valecondo. Según consta en los informes justificativos de las modificaciones estatutarias y de la reducción y aumento simultáneos del capital social incluidos en las escrituras sometidas a calificación, aquellos accionistas solicitantes que son titulares de acciones creadas con anterioridad al 29 de mayo de 1989 suman a su vez una participación del 73% de la cifra de capital social vigente a 29 de mayo de 1989 (que ascendía a 3.000.000 pesetas, y estaba dividido en 300 acciones de 10.000 pesetas de valor nominal unitario). La solicitud de convocatoria judicial tenía por objeto adoptar todos los acuerdos necesarios para reconocer en la vida social los efectos de la SAP Málaga y el auto. Mediante auto de 8 de junio de 2011 («auto de convocatoria»), el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga acordó la convocatoria de la junta general ordinaria y extraordinaria de Valecondo para su celebración el 1 de septiembre de 2011, en la sede de la Gestoría Mufioz Zurita, Pasillo del Matadero ... Málaga, previendo la posibilidad de asistir mediante videoconferencia desde el domicilio situado en la calle Príncipe de Vergara ..., Madrid. Adicionalmente, el auto de convocatoria ordenó, la publicación del anuncio de la convocatoria en el BORME, en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia de Málaga y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia de Madrid, por lo menos un mes antes de la fecha fijada para su celebración. El propio Juzgado redactó el texto de los anuncios de convocatoria que debían publicarse. Como puede comprobarse en la certificación literal, a la fecha de firmeza de la SAP Málaga, el último domicilio registral de Valecondo estaba situado en Madrid, calle Inocencio Fernández, ... A 29 de mayo de 1989, sin embargo, el domicilio

social estaba situado en Málaga, calle San Juan de Dios, ... No obstante, en la actualidad la sociedad no tiene título alguno para acceder a este lugar. Entre las modificaciones estatutarias acordadas por la sociedad desde mayo de 1989 y anuladas por la SAP Málaga se incluye, por tanto, un traslado de domicilio de Málaga a Madrid. Esta circunstancia dejó a la sociedad sumida en la incertidumbre acerca del lugar que, tras la firmeza de la SAP Málaga, debía considerarse como su domicilio a efectos de la convocatoria y celebración de las juntas. Ante lo atípico de la situación y al objeto de conjurar al máximo los posibles riesgos, los accionistas solicitantes optaron por presentar su solicitud de demanda de convocatoria de la junta ante los Juzgados de lo Mercantil de Málaga, donde radicaba el domicilio social y registral en mayo de 1989; y, al mismo tiempo promover medidas que asegurasen la efectiva posibilidad de asistencia a la junta desde la provincia del último domicilio social inscrito en el Registro (Madrid), publicando asimismo el anuncio de convocatoria en un periódico de esa provincia. 3º.—Consta el envío de documentación relativa a la junta por los accionistas solicitantes al resto de accionistas y puesta a disposición de la documentación, en los términos que resultan de la escritura complementaria antes reseñada de 26 de septiembre de 2012. 4º.—La junta fue celebrada en primera convocatoria el día 1 de septiembre de 2011 en Málaga. Asistieron a la junta todos los accionistas (personalmente o debidamente representados), si bien el representante de uno de ellos afirmó que su representado acudía con tan solo una parte de todas las acciones de las que era titular. Por tanto, el hecho de que el quórum de asistencia del total de las acciones no alcanzara el 100% del total de la última cifra del capital social se debe exclusivamente a esta circunstancia. De la lista de asistentes resulta que, si se consideran únicamente las acciones en circulación a 29 de mayo de 1989 (números 1 a 300), asistió a la junta la totalidad del capital social. La junta aprobó todos los acuerdos relativos a los puntos del orden del día previstos en el auto de convocatoria y en el anuncio de convocatoria. Cada uno de los referidos acuerdos fue sometido a tres votaciones conforme al siguiente procedimiento: a) En primer lugar, se realizó la votación correspondiente al grupo constituido por las 300 acciones que ya estaban en circulación a 29 de mayo de 1989, numeradas correlativamente de la 1 a la 300 (las «acciones viejas»). De ellos, votaron a favor de todos los referidos acuerdos los titulares de 220 acciones viejas y, en contra, los titulares de 80 acciones viejas; b) En segundo lugar, se realizó la votación correspondiente al grupo constituido por las 5.700 acciones que fueron creadas en los sucesivos aumentos de capital aprobados e inscritos con posterioridad al 29 de mayo de 1989, numeradas correlativamente de la 301 a la 457 y de la 996 a la 6.538, todas ellas incluidas, que son todas las restantes hasta completar el número de 6.000 acciones, correspondientes a la última cifra de capital social inscrita en el Registro Mercantil (las «acciones nuevas»). De los accionistas asistentes titulares de las 5.622 acciones nuevas presentes o representadas en la junta, votaron a favor de todos los referidos acuerdos los titulares de 5.492 acciones nuevas y, en contra, los titulares de 130 acciones nuevas; c) En tercer lugar, se realizó una votación global correspondiente al total de las acciones viejas y las acciones nuevas presentes o representadas en la junta, que era un total de 5.922 de 6.000 (siendo 6.000 el número de acciones en que se dividía la última cifra de capital social que fue inscrita en el Registro Mercantil, que ascendía a 360.600 euros —en adelante, dicha cifra será referida como «Total del Capital Social»—). Con arreglo a esta votación, votaron a favor de todos los referidos acuerdos los accionistas titulares de 5.712 acciones de las 6.000 que conforman el Total del Capital Social y, en contra, los accionistas titulares de 210 acciones. Según consta en la escritura de reducción y ampliación de capital acudieron al aumento de capital, ejercitando todos sus derechos de suscripción preferente y haciendo los correspondientes ingresos de fondos en la cuenta bancaria de la sociedad, todos los accionistas titulares de las acciones viejas. Por tanto, el aumento de capital fue íntegramente suscrito y desembolsado. B) Fundamentos de derecho: 1.º Imposibilidad de equiparar la nulidad de los acuerdos sociales de Valecondo a su inexistencia. Improcedencia del defecto cuarto, relativo al acuerdo de reducción y aumento de capital simultáneos. El núcleo argumental de la calificación negativa reside en la aplicación lineal

de la categoría de nulidad negocial de pleno derecho, una nulidad que sería radical tanto en su dimensión temporal (con efectos *ex tunc*) como en su dimensión personal (con efectos *erga omnes*). En definitiva, el registrador hace tabla rasa de lo actuado por la sociedad mediante su órgano soberano (junta general) durante veinte años. Es ésta una interpretación excesiva y contraria a los artículos 4.1 del Código Civil y 57 Ley Sociedades de Capital y, en definitiva, a la imperativa aplicación analógica del régimen de la sociedad nula. Como se acepta por la mejor doctrina y la jurisprudencia, en nuestro Derecho no existe un único régimen de invalidez o ineficacia de los actos contrarios a la ley, sino, más bien, una multitud de remedios concretos adaptados a la particular naturaleza y finalidad de los intereses afectados por la norma infringida en cada caso y a las exigencias prácticas del tráfico jurídico (véase, entre otras, la STS 28-VII-1986 –RJ 1986\4621–, la STS 10-IV-2007 –RJ 2007\3407–, y la STS 10-X-2008). Así lo dispone el artículo 6.3 del Código Civil. La tradicional nulidad de pleno derecho o invalidez negocial prevista en el Código Civil, y sus consecuencias (carácter retroactivo, automático, originario, estructural, absoluto e insubsanable) no pueden trasladarse sin más al resto del ordenamiento jurídico y, en particular, al contrato de sociedad. No puede obviarse que este tiene una doble vertiente: «obligatoria (genera derechos y obligaciones para las partes) y organizativa (pone en pie una organización unificada para el desarrollo del objeto social)». Esta segunda dimensión es la que da lugar a un sujeto de derecho con personalidad jurídica que opera en el tráfico como portador de relaciones jurídicas y generando confianza legítima, y lo hace bajo unos elementos organizativos que en ocasiones cambian: bajo un determinado tipo social, con una cifra de capital social concreta, con un tamaño u otro, etc. Por ello, la nulidad del contrato social, de sus sucesivas modificaciones organizativas o, en general, de los actos societarios que afectan a ese plano organizativo debe regirse por las reglas y principios propios del ordenamiento societario, que se basa en la primacía de las exigencias del tráfico jurídico y del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española) sobre la tradicional tendencia del derecho civil de considerar lo nulo inexistente. En nuestro Derecho de sociedades esta idea ha quedado reflejada en el régimen de nulidad de la sociedad de capital (artículos 56 y 57 Ley de Sociedades de Capital), que limita los efectos de ésta en la dimensión temporal (sólo a futuro, despojándolos de efectos retroactivos) pero mantiene su eficacia *erga omnes* en la dimensión personal (sin distinción entre socios y terceros). Por tanto, la sociedad mantiene su validez –es tratada como si no hubiera estado viciada–, y la nulidad únicamente opera desde ahora y como una causa de disolución (quedando, por tanto, la sociedad sujeta a las reglas generales de la liquidación). Todas aquellas modificaciones del contrato social que afecten a su vertiente organizativa (por ejemplo, aumento o reducción del capital social, transformación en otro tipo social, fusión, escisión, cesión global del activo y pasivo), deben estar sujetas a las mismas reglas y principios que los antes expuestos. Al fin y al cabo, este tipo de modificaciones (que en el presente recurso se refieren como «modificaciones estructurales», utilizando el término en un sentido más amplio del que tiene este vocablo en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles –«LME»–) no son más que refundaciones parciales de la sociedad. Tras ejecutarlas, ésta pasa a moverse en el tráfico jurídico bajo una nueva configuración (por ejemplo, con una nueva cifra del capital social). Existe, por consiguiente, una innegable identidad de razón del supuesto de la nulidad del contrato de sociedad y el de la nulidad de un acuerdo de modificación estructural, que hace preciso que ambos reciban un tratamiento unitario. Por lo demás, otorgar efectos *ex nunc* a la nulidad de la sociedad y no hacer lo propio con la nulidad de una fusión, ampliación o reducción del capital social supone una contradicción sistemática de valoración. No existe justificación para tratar de forma distinta, por un lado, el acto constitutivo de la sociedad y, por otro lado, el acto de reconstrucción o modificación de aquel u otro que, aun cuando no lo modifique, incida de algún modo sobre su dimensión organizativa. Y, desde luego, resulta contrario a la lógica que la nulidad de una ampliación del capital social pueda tener efectos más graves que la nulidad de la propia sociedad –provocada, por ejemplo, por la simulación del contrato de sociedad–. Esta identidad de razón ha sido de algún

modo reconocida por el legislador en relación con la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo. En efecto, la LME contiene un régimen de impugnación de estas operaciones muy restrictivo, cortado por el mismo patrón e inspirado por los mismos principios de protección del tráfico y seguridad jurídica que la regulación de la sociedad nula (patrón que, por cierto, se repite en otras reglas del ordenamiento societario, como por ejemplo la que permite convalidar, por el mero transcurso de un año, un acuerdo social contrario a la ley –art. 205 LSC–). No cabe duda alguna de que el capital social es uno de los aspectos organizativos básicos de la sociedad de capital (y, además, cumple unas funciones de garantía hacia terceros que no pueden obviarse). Por ello, la variación del capital es una de las operaciones de modificación estructural u organizativa más relevantes –y más comunes en la práctica–. No obstante, no existe ninguna norma que regule los efectos de su nulidad. Esta laguna legal, unida a la identidad de razón que poníamos de relieve anteriormente, impone, con arreglo a lo previsto en el artículo 4.1 del Código Civil, la aplicación analógica de la normativa de la sociedad de hecho (en particular, el artículo 57 LSC) a la nulidad de los aumentos y reducciones del capital de la sociedad. La aplicación analógica del régimen de la sociedad de hecho a los acuerdos de modificación del capital y otros que inciden en la vertiente organizativa de la sociedad requiere buscar una vía que permita proyectar los efectos de la nulidad de estos últimos sólo hacia el futuro y abrir un proceso de reparación o reestructuración de la situación por ellos creada. Así, si lo que ocurre con la sociedad nula es que debe disolverse, lo que procederá respecto de las operaciones sobre el capital que hayan sido declaradas nulas es adoptar las operaciones de signo inverso. Cuando lo que haya sido declarado nulo sea una fusión, deberá iniciarse el correspondiente proceso de escisión para revertirla. Ésta fue precisamente la finalidad de la junta. Por imperativo de la regla de la aplicación analógica del artículo 4.1 del Código Civil, el reconocimiento de los efectos de la SAP Málaga en la vida societaria de Valecondo no podía hacerse obviando la existencia de las 5.700 acciones creadas con posterioridad a 1989. Dicho reconocimiento pasaba por, entre otras operaciones, el restablecimiento de la situación del capital social anterior a la junta general de mayo de 1989 que resultó anulada por la SAP Málaga, y la liquidación de la relación societaria con los titulares de acciones creadas después de esta fecha. Sólo había una medida idónea para cumplir el objetivo expresado y fue precisamente la que se adoptó: la aprobación de una reducción de capital con devolución de aportaciones a los accionistas titulares de acciones creadas con posterioridad al 29 de mayo de 1989. Dado que esta operación reduciría el capital por debajo de la cifra mínima exigida por la LSC –60.000 euros–, se acordó el simultáneo aumento de capital hasta alcanzar una cifra ligeramente superior a la mínima legal. Lo correcto es entender que una vez que la SAP Málaga devino firme, el capital social de Valecondo, S.A. seguía siendo de 360.600 euros (última cifra inscrita en el Registro Mercantil) –si bien sobre la sociedad pesaba la obligación de reducirlo hasta la cifra vigente en 1989– y así fue hasta que los accionistas aprobaron en la junta su reducción y simultáneo aumento, quedando fijado en 63.105 euros. Téngase en cuenta, por lo demás, que el aumento de capital fue íntegramente suscrito y desembolsado por todos los accionistas titulares de las acciones viejas, sin excepción alguna. 2.º Improcedencia del primer defecto observado por el registrador, relativo a que la sociedad se encuentra disuelta de pleno derecho. La sociedad se adaptó a la nueva exigencia de capital mínimo en 1991, mediante la ampliación de su capital en un importe de 13.700.000 pesetas, quedando la nueva cifra de capital fijada en 16.700.000 pesetas (superior en 6.700.000 pesetas a la cifra mínima exigida por el antiguo artículo 4 LSA, de 10.000.000 de pesetas). A pesar de ello, el registrador considera que, de forma sobrevenida, Valecondo tiene hoy la misma cifra de capital social que la vigente en 1989 (que ascendía a 18.030 euros –3.000.000 de pesetas–, y estaba dividido en 300 acciones de 60,1 euros –10.000 pesetas– de valor nominal unitario), como consecuencia de la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad posteriores a 1989 que tuvo lugar cuando la SAP Málaga quedó inscrita en el Registro Mercantil. En otras palabras, el defecto primero se basa en ignorar, como si nunca hubiesen existido, todas las modificaciones del capital social posteriores a 1989. Debe ponerse de relieve la objeción

formal consistente en que la norma cuya aplicación pretende el defecto primero de la calificación negativa (la LSA y, en particular, su Disposición Transitoria 6.^a) se encuentra derogada con efectos desde el 1 de septiembre de 2010 (fecha de entrada en vigor de la LSC). A pesar de ello, la nota de calificación no explica cuál es el criterio temporal o razonamiento lógico del registrador para considerar aplicable al supuesto de Valecondo una norma derogada. En cualquier caso, la SAP Málaga no fue inscrita en el Registro Mercantil hasta el 10 de diciembre de 2010, cuando la Disposición Transitoria 6.^a LSA ya hacía 3 meses que había desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo anterior, la nota de calificación negativa debe ser revocada en lo relativo al defecto primero por las siguientes razones sustantivas: a) Inexistencia de la causa de disolución prevista en la Disposición Transitoria 6.^a.2. LSA. Como se ha explicado en el fundamento de Derecho previo anterior, la nulidad de la junta de 29 de mayo de 1989 y de todas las posteriores, así como de todos los acuerdos en ellas adoptadas (incluyendo los de aumento y reducción del capital social) declarada por la SAP Málaga no es una nulidad absoluta ni tiene efectos retroactivos, ni mucho menos permite reputar que los acuerdos adoptados en esas juntas o sus actos de ejecución nunca han existido. El efecto de dicha declaración de nulidad es el nacimiento de la obligación de restituir la situación anterior a 29 de mayo de 1989. Por ello no puede compartirse la teoría de la nota de calificación negativa, de que los acuerdos de ampliación y reducción de capital adoptados por la sociedad en los veinte años transcurridos entre 1989 y 2009 (año en que la SAP Málaga adquirió firmeza) nunca han existido. Lo correcto es entender que una vez que la SAP Málaga devino firme, el capital social de Valecondo, S.A. seguía siendo de 360.600 euros (última cifra inscrita en el Registro Mercantil), y así fue hasta que los accionistas aprobaron en la junta su reducción y simultáneo aumento, quedando fijado en 63.105 euros. Por tanto, Valecondo nunca ha incurrido en la causa de disolución ope legis prevista en la Disposición Transitoria 6.^a LSA. b) El carácter sancionador de la Disposición Transitoria 6.^a.2 LSA: falta del nexo de imputabilidad y necesidad de interpretación restrictiva. Adicionalmente, la interpretación sostenida en el defecto primero de la nota de calificación negativa resulta contraria a la naturaleza transitoria de la Disposición Transitoria 6.^a.2 LSA, a su finalidad y a su carácter claramente sancionador. La finalidad de esta norma consistía en imponer una gravísima sanción civil a aquellas sociedades que en los seis años del período de gracia concedido por la LSA para su adaptación a las nuevas exigencias de capital no hubiesen llevado a cabo el correspondiente aumento de capital. Como su propio nombre indica, la regla tenía una naturaleza transitoria o temporal, en la medida en que estaba llamada a perder su sentido y su razón de ser una vez transcurrido un período razonable desde la fecha de corte allí prevista (un período razonable para permitir a las propias sociedades adoptar y presentar en el Registro Mercantil un acuerdo de reactivación y a los registradores cancelar de oficio los asientos correspondientes). Pero en ningún caso puede entenderse que estuviera prevista para supuestos como el que nos ocupa, en el que la sociedad, a través de sus administradores, aumentó su cifra de capital social hasta la mínima exigida dentro del plazo concedido y prosiguió con normalidad su vida societaria durante veinte años, hasta que un buen día recayó una resolución judicial que declaró nulas las juntas de todos esos años y los acuerdos en ellas adoptadas. Además, como toda sanción y, en general, toda atribución de responsabilidad, la sanción civil de la Disposición Transitoria 6.^a LSA, exige un nexo de imputabilidad. En el presente caso, es evidente que no existe tal nexo, toda vez que Valecondo cumplió la norma en tiempo y forma. Los principios más elementales del derecho sancionador impiden imponer sanción alguna a quien cumplió regularmente con lo que en su momento le era exigible. Si entonces no les era exigible un comportamiento distinto, tampoco lo puede ser ahora de forma sorpresiva y retrospectiva. Un razonamiento distinto chocaría con el principio de seguridad jurídica (cfr. artículo 9.1 de la Constitución Española). Adicionalmente, aplicar al caso de Valecondo la sanción de la Disposición Transitoria 6.^a LSA vulnera una consolidada jurisprudencia que impone al aplicador del Derecho interpretar las normas sancionadoras de forma restrictiva (y, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8-XI-1988, 26-11-1993 y 9-V-1994). Tanto los

Tribunales civiles como la propia Dirección General de los Registros y del Notariado («DGRN») han aplicado reiteradamente este principio para resolver (y, entre otras muchas, Resoluciones de la DGRN de 15-VII-2005, 24-VI-1997 y 9-X-1998). c) Inexistencia de acuerdo de junta o resolución judicial disponiendo la disolución.

3.º Improcedencia del segundo defecto observado por el registrador, relativo a la falta del depósito de las cuentas anuales. a). Sobre el depósito de las cuentas de 2008.—En relación con la supuesta ineficacia del depósito de las cuentas de 2008, debe insistirse en que no procede equiparar la nulidad de los acuerdos sociales de Valecondo con su inexistencia. Esto es, sin embargo, lo que hace el registrador. Como ya se ha explicado, en materia de impugnación de los acuerdos sociales -sobre todo aquellos que conllevan modificaciones estructurales o que afectan a la vertiente organizativa de la sociedad, como sujeto que actúa en el tráfico con personalidad jurídica propia- deben aplicarse por analogía las reglas que gobiernan la sociedad nula, que determinan que la nulidad del acuerdo en cuestión solamente operaría con efectos ex nunc. Principios análogos a los expuestos resultan trasladables al acuerdo de aprobación de las cuentas anuales y de la gestión social, así como la aplicación del resultado. El fundamento se encuentra en la protección de la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española) y de la confianza legítima de los terceros, pero también en la obligación de los empresarios de llevar una contabilidad ordenada prevista en artículo 25 del Código de Comercio. Por lo demás, la causa de la nulidad de los acuerdos de aprobación de las cuentas de los ejercicios 1988 a 2008 no radica en un defecto intrínseco de éstos que determine la existencia de un interés digno de protección sino en una aplicación en cadena o contagio de la nulidad de la junta de 1989 (siendo nula ésta, lo son todas las anteriores por haber sido convocadas con administradores no nombrados válidamente). En estas circunstancias, resulta necesario acudir a una reducción teleológica de los efectos de la nulidad que permita a la sociedad seguir pacíficamente con su vida y cumplir la obligación de llevanza de una contabilidad ordenada en los términos previstos en el artículo 25 del Código de Comercio. Por último, debe apuntarse que precisamente para dar cumplimiento formal a esta obligación de llevanza de una contabilidad ordenada y, por consiguiente, evitar reproches como el del defecto segundo, los accionistas solicitantes presentaron a la junta -y esta aprobó- un acuerdo de ratificar la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad correspondientes a los ejercicios comprendidos entre 1988 y 2008, ambos incluidos, en los mismos términos en que fueron aprobadas en su día en las correspondientes juntas generales (y orden del día de la junta incluido en el anuncio de la convocatoria y texto completo de las propuestas de acuerdos formuladas por los accionistas solicitantes). Por tanto, las cuentas de la sociedad del ejercicio de 2008 fueron aprobadas por la junta. b) Sobre el depósito de cuentas de 2009. Además de los documentos objeto de la nota de calificación negativa se presentaron también en el Registro Mercantil de Madrid (junto con los documentos legalmente exigibles) las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2009 para su depósito. Estas cuentas habían sido aprobadas por la junta bajo el punto quinto A) del orden del día. No obstante, el Registro Mercantil de Madrid ha rechazado dichas cuentas, sin entrar en el fondo de su calificación, por considerar que Valecondo no consta inscrita en este Registro. Para que esas cuentas puedan llegar a ser calificadas será necesario revocar la nota de calificación negativa de modo que la Sociedad pueda inscribir el cambio de domicilio acordado por la Junta (de Málaga y Málaga) y, de esta forma, se formalice el traslado de su hoja registral desde Málaga a Madrid. Nos remitimos, pues, al resto del contenido del recurso y, en particular, a los argumentos que se desarrollan en el Fundamento Cuarto siguiente para lograr la revocación de la calificación en lo que al defecto tercero se refiere. c) Sobre la certificación de no aprobación de las cuentas de 2010. Las razones aducidas por el registrador para no inscribir esta certificación son: la falta de depósito de las cuentas de 2008 y 2009; y la falta de inscripción del administrador único firmante del documento. Por tanto, cabe remitirse a lo expuesto en los párrafos anteriores de este fundamento tercero y a lo que se expondrá en el fundamento cuarto siguiente acerca del defecto tercero, relativo a la modificación de estatutos y el nombramiento del administrador

único. 4.º Improcedencia del tercer defecto observado por el registrador, relativo al anuncio de convocatoria de la junta. El tercero de los defectos insubsanables concierne a los acuerdos de modificación de estatutos y nombramiento de administrador único y radica en que, según el criterio del registrador, las menciones formales previstas en el artículo 287 LSC debían haber constado de forma más precisa en los anuncios de convocatoria de la junta. Se trata de la mención del derecho de los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y el correspondiente informe justificativo de los administradores, así como pedir el envío gratuito de dichos documentos, y de la obligación de expresar con la debida claridad los extremos de los estatutos que hubieran de modificarse. El defecto y la correspondiente calificación negativa deben ser revocados por varias razones que se exponen a continuación. El anuncio de convocatoria de la junta se publicó exactamente en la forma y con el contenido ordenados por el Juzgado que dictó el auto de la convocatoria (que no sólo acordó convocar la junta sino también dictó instrucciones precisas acerca de cómo debía publicarse el anuncio y redactó su contenido). De hecho, su autor –la persona convocante– es doña María del Rocío Marina Coll, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga. Por tanto, en la medida en que los accionistas solicitantes cumplieron escrupulosamente lo preceptuado por la LSC en la preparación de la junta (elaborando las propuestas de acuerdos y los informes justificativos de los acuerdos que así lo requerían) y lo ordenado por el órgano judicial que convocó la junta –un órgano especializado en derecho mercantil–, publicando el anuncio redactado por el Juzgado, el tercer defecto debe ser revocado. Además, existen argumentos adicionales que deben llevar a la revocación de la calificación en lo que al tercer defecto se refiere: a) Expresión con suficiente claridad de los extremos de los estatutos cuya modificación se propuso a la junta. El punto segundo del orden del día de la junta, tal y como fue incluido en el anuncio de convocatoria, tenía el siguiente tenor literal: «Segundo.–Modificación de todos los artículos de los estatutos. Aprobación de un nuevo texto refundido de los estatutos sociales». Con esta redacción quedaba suficientemente claro no solo cuál era el alcance o significado de la modificación (global), sino también qué artículos iban a modificarse (todos ellos)... Tal y como apuntan algunos autores (que se citan en el escrito de recurso) la exigencia de la debida claridad implica «la necesidad de expresar en la convocatoria, bien el verdadero significado y alcance de la modificación que va a debatirse (SSTS de 14 de junio de 1994 y de 29 de junio de 1995, así como Resolución DGRN de 21 de julio de 1999), o bien, como también ha solido entender la jurisprudencia, las normas estatutarias que quieren reformarse pero sin precisar el sentido de la modificación propuesta (entre otras, STS de 10 de enero de 1973)». Y, desde luego, queda fuera de toda duda que las exigencias de claridad e integridad del orden del día «son perfectamente compatibles con sencillez y brevedad (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1994 y 18 de marzo de 1996)», tal y como señala la RDGRN 14/03/2005. El artículo 287 LSC no requiere que el anuncio contenga una descripción completa del sentido de la modificación –básicamente, porque esta es la función de la propuesta de acuerdo de modificación y del informe justificativo que pueden consultar los socios desde la fecha de la convocatoria–. Su propósito es, por el contrario, que los socios puedan saber qué artículos se propone modificar para que, si así lo desean, puedan completar su conocimiento mediante aquellos documentos (y, entre otras, RDGRN 18-VI-1979, 16-IX-1993 y 18/05/2001 –según la cual no es necesario «extenderse sobre el concreto alcance de tal modificación del que podrán los accionistas informarse a través de los citados procedimientos»–). Es más, en opinión unánime en la doctrina, basta la mención de las cláusulas estatutarias a modificar para que se cumpla con la claridad exigida. Así lo entiende también una consolidada jurisprudencia. Por otra parte, como resulta del informe justificativo de la modificación formulado por los accionistas solicitantes, la reforma de los estatutos propuesta a la junta tenía por principal objetivo reconocer los efectos de la SAP Málaga mediante la ratificación del texto de los estatutos vigentes de la sociedad, adaptarlos a las nuevas necesidades de la sociedad (siendo la modificación más relevante a estos efectos el cambio del sistema de administración de un consejo a un administrador

único), mejorarlos técnicamente y perfeccionar su redacción. El orden del día visto en su conjunto ofrecía suficiente información para que los accionistas fuesen conscientes del alcance de la que quizás fuera la modificación más relevante: así, el punto cuarto rezaba «nombramiento de administrador único» –lo cual solamente podía ocurrir si previamente se modificaba la configuración del órgano de administración (que antes de la junta adoptaba la forma de un consejo)–. A ello debe añadirse que las especiales circunstancias en las que se convocó la junta –la firmeza de la SAP Málaga, el hecho de que se incluyera un primer punto del orden del día informativo sobre dicha resolución judicial y sus efectos, la circunstancia de que fuese convocada por un juez y no por los administradores, su celebración en Málaga con posibilidad de asistencia mediante videoconferencia desde Madrid, o incluso el hecho de que bajo el punto séptimo del orden del día se propusiera aprobar una reducción y aumento simultáneos del capital social en los términos en que allí se expresaba– permitan predecir en cierto modo que el principal objetivo de la modificación estatutaria consistiría precisamente en «regularizar» los estatutos. b) Contradicción con la doctrina registral y la jurisprudencia mercantil sobre la irrelevancia de los vicios de procedimiento menores cuando la finalidad de la norma procedimental haya quedado cumplida. Infracción del artículo 3.2 del Código Civil. Según consolidada jurisprudencia y doctrina, la mención del derecho de obtención de documentación a que hace referencia el artículo 287 LSC forma parte del derecho de información del accionista. Su finalidad es que el socio conozca el derecho de información que le concede la ley. Tiene, por tanto, una naturaleza marcadamente instrumental o funcional (en este sentido, la STS 13-11-2006), lo que significa que dejará de ser necesaria o relevante en el momento en que la finalidad perseguida por ella quede cubierta o salvada por otros medios, es decir, cuando se demuestre que los accionistas tuvieron acceso efectivo a la información (en este sentido se pronuncian, entre otras, las RR DGRN 21-11-1991, 3-IV-1997, 1-III-1999, las SS TS 30-1-2001, 1-1-2001, 29-III-2005, la SAP de Murcia 19-V-1997, la SAP Madrid 19-VI-2008 y la SAP Pontevedra 14-III-2002). Además, para un nutrido sector de la doctrina es dudoso que incluso la omisión en la convocatoria de la información requerida por los antiguos artículos 144.1.a) o 240.2 LSA (272.2 y 287 LSC) deba determinar automáticamente la nulidad de los acuerdos adoptados. Esta idea parece estar detrás de la SAP Alicante 30-VI-2000 (JUR 2000/270682), que desestimó una demanda de impugnación de acuerdos sociales basada en la omisión de ciertas menciones en el anuncio dado que no se había probado que ello hubiese acarreado la violación del derecho de información del socio demandante, quien ni siquiera había intentado hacer uso de él. Pero en el caso de Valecondo no hace falta ir tan lejos, no sólo porque el anuncio elaborado por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga sí hizo constar el derecho de información de los accionistas sino porque, además, la finalidad de la mención del artículo 287 LSC quedó plenamente cubierta mediante el envío por los accionistas solicitantes a los restantes accionistas de todos los documentos referidos en ese precepto (además de otros documentos útiles para formar el sentido del voto cuya puesta a disposición ni siquiera resulta legalmente exigible, como los textos de las propuestas de acuerdos). Por tanto, resulta plenamente aplicable la doctrina expuesta en las resoluciones y sentencias citadas. Por ello, en aquellos casos en que quede demostrado que los accionistas tuvieron acceso efectivo al texto de la modificación propuesta no procederá dar relevancia a eventuales defectos u omisiones de la expresión con la debida claridad de los extremos de los estatutos que hayan de modificarse. Así lo estimó el Tribunal Supremo en su STS 13-X-2006 en un caso en el que el orden del día incluido en el anuncio no parecía resultar lo suficientemente claro acerca del alcance las modificaciones estatutarias, pero se había entregado a los socios con antelación suficiente a la Junta el texto íntegro de la modificación propuesta. En el mismo sentido, en su STS 24-1-2008, el tribunal desestimó la acción de impugnación de un acuerdo de ampliación de capital basada en la infracción de esta mención mínima «no obstante apreciarse, en principio, los defectos de convocatoria señalados en el motivo», dado que el demandante había tenido conocimiento suficiente del acuerdo impugnado. En el caso de Valecondo no sólo se cumplió formalmente con las menciones mínimas previstas en el

artículo 287 LSC (derecho de información y examen documental y expresión con la debida claridad de los extremos de los estatutos que hubieran de modificarse), sino que, además, tal y como resulta de la escritura complementaria, la finalidad de aquellas quedó cumplida con creces por el conocimiento efectivo que todos los accionistas tuvieron de la propuesta de modificación de los estatutos y del correspondiente informe justificativo. La base de la doctrina registral y jurisprudencial que sostiene la irrelevancia jurídica de aquellos vicios formales de procedimiento que no impiden dar cumplimiento a su finalidad esencial se encuentra en el Código Civil, cuyos artículos 3.1 (que obliga al intérprete de la norma a dar prioridad a la interpretación teleológica o finalista sobre la interpretación literal) y 3.2. (según el cual «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas») proporcionan al aplicador del Derecho herramientas suficientes para atemperar la generalidad de las normas. En el presente supuesto, dado el pleno cumplimiento de la finalidad de las menciones del artículo 287 LSC, incluso en el hipotético caso de que la DGRN considerase como acertadas las observaciones del defecto tercero, la aplicación del principio de equidad debería llevarle a revocar la calificación que aquí se discute y ordenar la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos adoptados por Valecondo en la junta. Esta es la idea que subyace a la reciente RDGRN 29-XI-2012. c) Irrelevancia del defecto dada la asistencia a la junta de todos los accionistas. Una segunda razón que debería llevar a considerar irrelevante el defecto tercero observado por el registrador es el hecho de que a la junta asistió la práctica totalidad del capital social. Según consta en las certificaciones que se elevan a público mediante las escrituras presentadas a inscripción y en la certificación complementaria, con independencia de si se toma como referencia el total del capital social o el total de las acciones viejas, lo cierto es que asistieron a la junta todos los accionistas. Y, si se toma como referencia el total de las acciones viejas, asistió a la junta la totalidad del capital social. Esto es, si se diera por buena –a efectos exclusivamente argumentativos– la interpretación del registrador de que solo tenían derecho de asistencia los accionistas titulares de acciones viejas (lo que se rebate en el fundamento de derecho quinto siguiente), necesariamente debería admitirse que la junta se asimiló a una junta universal. Estas circunstancias, de nuevo, en el hipotético caso de que se considerase que el anuncio no cumplió las formalidades exigidas por el artículo 287 LSC, deberían atemperar la rigidez de la aplicación de dicha norma y de las que regulan la actuación del registrador (18.2 del Código de Comercio y 6 y 58 RRM). Así lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina registral en situaciones análogas (v. la reciente RDGRN 29-XI-2012, antes citada). 5.º Improcedencia del quinto defecto observado por el registrador, relativo al sistema de votaciones separadas. A juicio del registrador solamente debió reconocerse derecho de asistencia y voto en la junta a los titulares de las acciones viejas, anteriores a la junta declarada nula, por lo que considera improcedente que en la junta se celebrasen tres votaciones separadas (una del grupo de los titulares de acciones viejas, otra del grupo de los titulares de las acciones nuevas y una tercera del grupo que aglutina a los titulares de acciones viejas y nuevas). Esta calificación debe rechazarse pues, como ya se ha expuesto, no cabe equiparar la nulidad de los acuerdos sociales a su inexistencia. La operación de reconstrucción de la situación anterior a 1989 no podía hacerse desconociendo las acciones nuevas creadas con posterioridad a 1989. Los accionistas titulares de las acciones nuevas podían actuar con base en la confianza legítima de que su relación societaria estaba válidamente constituida y disfrutando de todos los derechos inherentes a tal condición. Por tanto, su salida de la sociedad –a través de la amortización de las 5.700 acciones viejas– y el reconocimiento de los efectos de la SAP Málaga debían realizarse con su participación y con pleno respeto a las garantías y derechos que la LSC y los estatutos de la sociedad atribuyen a cualquier accionista y, en particular, los derechos de asistencia a la junta y de voto. El sistema de las tres votaciones separadas se diseñó precisamente para atender a esta finalidad y evitar reproches como el planteado por el registrador u otros que pudieran surgir en frentes distintos. En todo caso, el sistema de las tres votaciones separadas resultaba de preceptivo cumplimiento para la aprobación del acuerdo de reducción y aumento de simultáneos del capital social. De conformidad con lo dispuesto en el

artículo 329 LSC, debido a que la reducción de capital implicaría la amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas sin afectar por igual a todas las acciones, resultaba preciso el acuerdo de la mayoría de los accionistas afectados, a saber, los titulares de las acciones viejas. Por tanto, al someter dicho acuerdo a este sistema de votaciones la sociedad no hacía más que dar cumplimiento a una obligación legal cuya inobservancia podía haberlo viciado de nulidad. No se entiende que, ante un intento de cumplir de la forma más escrupulosa posible las exigencias legales y de conjugar los distintos intereses en juego (los de los accionistas titulares de las acciones viejas, los de las acciones nuevas, y el de la sociedad), la respuesta del aplicador del derecho sea la contenida en el defecto quinto. La aplicación del sistema de votaciones antes expuesto es igualmente justificable respecto del resto de los acuerdos de la junta (de hecho, tal y como consta en la certificación complementaria, todos ellos fueron votados mediante este procedimiento). Desde este punto de vista, la exigencia de tres votaciones para aquellos acuerdos distintos del de la reducción y el aumento simultáneos del capital social no es más que la forma de integración de la laguna legal existente en este punto (laguna por lo demás lógica dada la excepcionalidad del supuesto). Esta integración se basa en la aplicación analógica (artículo 4.1 del Código Civil) de las reglas en materia de juntas especiales (artículos 239 y 329 LSC), como garantía de protección de los derechos de quienes devinieron socios de buena fe pero de forma a la postre indebida (los titulares de las acciones nuevas), y ello en orden a la remoción de efectos dictada por la SAP Málaga. Pero, aun cuando no se compartiesen las razones sustantivas alegadas, existe otra razón formal que debe llevar al mismo resultado. Lo único que aduce el registrador es que, tras la firmeza de la SAP Málaga, debía reputarse que los únicos accionistas con derecho de asistir a la Junta y votar en ella eran los titulares de las acciones viejas. Pero resulta que a la junta asistieron todos ellos (con el 100% de las acciones viejas) y que, además, votaron separadamente en relación con todos y cada uno de los puntos del orden del día, constituyéndose por tanto en una suerte de «junta especial» dentro de la propia junta. Las certificaciones de los acuerdos que se han presentado a inscripción y la certificación complementaria dan buena cuenta de ello, indicando expresamente el quórum de asistencia y los resultados de las votaciones del grupo conformado por los accionistas titulares de las acciones viejas. En definitiva, el reproche del registrador podría tener sentido si en la junta no se hubieran diferenciado los tres grupos de accionistas. Pero desde el momento en que material y formalmente se cumplió con lo que exige el registrador mediante la diferenciación expresa a los efectos del ejercicio de los derechos de asistencia y votación del grupo constituido por los titulares de acciones viejas, el reproche pierde toda su razón de ser. Aun cuando, a efectos argumentativos, se diera por bueno el criterio del registrador –esto es, que las únicas acciones válidas son las acciones viejas–, la lógica y el principio de conservación de los actos jurídicos imponen que se admita como válida la votación que efectuaron los titulares de esas acciones, puesto que, de hecho, la realizaron de forma independiente (junta especial). Basta, sencillamente, obviar las dos votaciones adicionales. De lo que respetuosamente se discrepa es que, habiendo tenido lugar la votación que el registrador considera como la única posible, su validez pueda verse afectada por el mero hecho de que hubiera votaciones adicionales (ya fuesen dos, tres o cuarenta). Además, en última instancia, la pretendida improcedencia de la intervención en la junta de personas sin legitimación para hacerlo (los titulares de las acciones nuevas) sería irrelevante a efectos de la legalidad de los acuerdos y su inscribibilidad en el Registro Mercantil, dado que no alteró en ningún caso el resultado de la votación –prueba de la resistencia–. Tal y como evidencian los documentos sometidos a calificación, de haberse celebrado la junta únicamente con la asistencia de las acciones viejas, el desenlace de las votaciones habría sido el mismo y la junta habría adoptado los mismos acuerdos (las votaciones celebradas en sede de la junta especial» constituida por las acciones viejas tuvieron exactamente el mismo desenlace que las votaciones de las «juntas especiales» de las acciones nuevas y del conjunto de acciones viejas y nuevas).»

IV

Mediante escrito de 22 de marzo de 2013, el registrador Mercantil elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General, en la que causó entrada el 2 de abril.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3, 4, 6.3 y 1303 del Código Civil; 93, 174, 178, 197, 204 y siguientes, 223.1, 238.1, 251 y 287 de la Ley de Sociedades de Capital; la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la citada Ley de Sociedades de Capital; la disposición transitoria sexta, apartado segundo, del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; artículos 11, 109, 156.2, 158 y 378 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 y 30 de abril de 1971, 10 de enero de 1973, 30 de septiembre de 1985, 11 y 25 de marzo y 30 de abril de 1988, 4 de noviembre de 1992, 27 de diciembre de 1993, 14 de junio de 1994, 3 de octubre de 1995, 29 de diciembre de 1999, 17 de enero, 9 de octubre y 12 de diciembre de 2000, 30 de enero, 20 de julio de 2001 y 3 de diciembre de 2001, 18 de junio y 10 de octubre de 2002, 27 de febrero de 2004, 29 de marzo de 2005, 13 de febrero, 20 y 25 de septiembre de 2006, 24 de enero y 12 de junio de 2008, 26 de julio de 2010 y 17 de enero y 9 de mayo de 2012; y las Resoluciones de esta Dirección General de 2 y 3 de agosto de 1993, 1 de diciembre de 1994, 16 de febrero de 1995, 26 de julio de 1996, 14 de marzo y 3 de abril de 1997, 24 de noviembre de 1999, 18 de mayo y 8 de junio de 2001, 16 de noviembre de 2002, 9 de mayo y 2 de junio de 2003, 14 de marzo, 8 y 26 de julio de 2005, 18 de abril de 2007, 4 de febrero, 7 de abril y 10 de mayo de 2011, 8 de febrero, 10 y 27 de octubre y 29 de noviembre de 2012 y 12 de marzo y 20 de mayo de 2013.

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

Se presentan varias escrituras de elevación a público de los acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad anónima, celebrada el 1 de septiembre de 2011, por los que se cesa a determinados administradores, se nombra a un administrador único, se modifican todos los artículos de los estatutos sociales (con cambio de estructura del órgano de administración y traslado de domicilio social de Málaga a Madrid) y se refunden en un nuevo texto y se declara ejecutado el acuerdo adoptado por la misma junta general de reducción y aumento simultáneos del capital social.

En tales escrituras se expresa que los acuerdos la junta general de 1 de septiembre de 2011 que se elevan a público tienen como finalidad reconocer en la vida societaria los efectos de una Sentencia, firme, de 5 de mayo de 2006, que declaró «la nulidad de todas las Juntas Generales de Accionistas de la mercantil «Valecondo, S.A.» celebradas con posterioridad al 29 de mayo de 1989, y de todos los acuerdos sociales adoptados en el seno de las mismas».

Asimismo, se presentan con tales escrituras una certificación expedida por el administrador único de «Valecondo, S.A.» el 9 de octubre de 2012 con firma legitimada, a los efectos de lo dispuesto en los apartados 5 y 7 del artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil, en la que se acredita que las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010 no han sido todavía aprobadas por la junta general por no haberse podido celebrar ésta. Además, el 21 de diciembre de 2012 se habían depositado en el Registro Mercantil de Madrid las cuentas anuales abreviadas correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2009 para su calificación conjunta con los anteriores documentos, habiendo quedado rechazado su depósito por considerar que la sociedad no consta inscrita en el Registro Mercantil de Madrid.

2. En el primero de los defectos expresados por el registrador en la calificación impugnada se plantea el discutido tema de la eficacia de la sentencia de nulidad de

acuerdos sociales. Precisamente, estamos ante un típico caso difícil de Derecho de sociedades. No en vano se ha dicho que la implantación de un canon de retroactividad fuerte, por sus consecuencias devastadoras de los derechos adquiridos por socios y terceros, puede conducir al caos jurídico. Esto explica que hayan prosperado en tiempos recientes en ordenamientos societarios de nuestro entorno soluciones más ponderadas o conformes con el principio de estabilidad o conservación de los efectos de los acuerdos sociales de gestión, como es la que establece la convalidación de la fusión o escisión debidamente inscritas (artículo 47.1 LME; artículo 17 Directiva de Fusiones Transfronterizas; artículo 30 del Reglamento de la Sociedad Europea) o la misma sanación de aumentos y reducciones de capital inscritos en el Registro en Derecho alemán ex & 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 «restituto in integrum» societaria o automático regreso al estado de cosas anterior al acuerdo anulado ni tan siquiera a efectos internos. Como bien expone el recurrente en su escrito de recurso, no cabe extender en este ámbito el régimen jurídico común de la nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos. No puede obviarse la existencia en la sociedad de dos planos, el contractual y el organizativo, y que los sucesivos actos organizativos adoptados por la sociedad, una vez sea declarada nula la causa jurídica de los mismos, deben ser convalidados o regularizados conforme a las reglas y principios propios del ordenamiento societario y con pleno respeto al principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución. En definitiva: no es posible la aplicación poco meditada del brocardo «quod nullum est nullum effectum producit».

4. Del análisis de situaciones análogas en el ámbito del Derecho de sociedades resulta claro que la declaración de nulidad de la fusión o escisión ex artículo 47 LME no produce per se la inexistencia de la correspondiente modificación estructural y la desaparición del mundo jurídico de todos sus efectos, sino que es causa de una obligación societaria de remover, convalidar o «regularizar» los efectos organizativos y societarios generados mediante los correspondiente acuerdos sociales de reintegración patrimonial a través, por ejemplo, de una escisión que permita restituir el «stato quo ex ante»; que la nulidad de la sociedad ex artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital no produce una extinción legal de ésta sino que trae por su consecuencia la obligación de su liquidación conforme se determina en el artículo 57 de la Ley de Sociedades de Capital y, en fin, que la sentencia anulatoria del derecho a utilizar la denominación social no tiene otro efecto que imponer a la sociedad el cambio de denominación y el deber consecuente de adoptar otra distinta o disolverse ex artículo 417 del Reglamento del Registro Mercantil y disposición adicional 17.ª Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. De la misma manera, anulado judicialmente un acuerdo social de aumento de capital social, por ejemplo, la subsanación o sanación de los vicios que aquejan los acuerdos sociales anulados deja de ser facultativa ex artículo 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital para convertirse en una renovación o regularización obligatoria. Así lo ha defendido la mejor doctrina alemana que se ha venido ocupando del tema en los últimos años, y también se deduce del artículo 2377 del Codice Civile italiano cuando se dice que la anulación del acuerdo social obliga a los órganos de la sociedad «a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità» (es decir: «a tomar las consiguientes disposiciones bajo la propia responsabilidad»).

5. La cancelación de la inscripción del acuerdo objeto de impugnación, así como la de las inscripciones contradictorias, no produce como consecuencia jurídica, la automática supresión, en contra de terceros de buena fe, de los efectos jurídico-organizativos que se derivan de los actos de ejecución de dichos acuerdos. Los administradores deberán convocar a los socios a una junta que resuelva adoptar las medidas adecuadas para regularizar la situación en que se encuentra la sociedad y al objeto de adecuar su

situación a lo previsto en el contenido de la sentencia recaída. Si tuvieran el cargo caducado o no quisieren convocar, procede instar la convocatoria judicial de la junta, como se hace correctamente en nuestro caso. En el marco de las decisiones sociales regularizatorias deberán protegerse los derechos de socios y de terceros. A nuestros efectos, los problemas más serios se plantean en relación con la posición jurídica de los «socios nuevos» (suscriptores y adquirentes de buena fe de acciones emitidas en acuerdos posteriores a los anulados) y con la de los propios acreedores sociales (los que lo fueren de la sociedad en el momento en que se adopta el acuerdo de regularización).

6. A pesar de lo que parece inferirse del artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los «nuevos socios», siempre que lo sean de buena fe, tienen derecho a ser mantenidos en su posición jurídica. Por exigencias de la tutela de la seguridad jurídica y de la protección de la apariencia jurídica, quien suscriba o adquiera las acciones nuevas, ignorante de la irregularidad del acuerdo que sirve como causa o que, atendidas las circunstancias, no cabe esperar que debía conocerla (cfr. artículo 278 de la Ley de Sociedades de Capital), tiene derecho a ser mantenido en su condición de socio. Es un derecho que no una obligación: los dichos socios que hubiesen efectuado las correspondientes aportaciones sociales en los correspondientes aumentos de capital cancelados o sus causahabientes podrán en su lugar pedir la resolución de la obligación de aportar y tendrán derecho a solicitar que se les restituyan las aportaciones efectuadas (vid. por analogía lo previsto en los artículos 310.2; 311.2; 316 y 508 de la Ley de Sociedades de Capital). El derecho a la restitución de lo aportado no es más que una simple concreción de lo que ya está previsto en las normas generales relativas a la ineficacia negocial (cfr. artículos 1295 y 1303 del Código Civil). Esta facultad u opción corresponde a cada nuevo socio y ha de poderse hacer efectiva tanto frente a los otros socios (que no pueden resistir tal pretensión) como frente a la propia sociedad (que debe adoptar los acuerdos sociales renovatorios). Así las cosas, la sociedad está obligada a restituir aportaciones o a «recapitalizar» el crédito de restitución adoptando al efecto las provisiones oportunas. En lo que hace a los terceros acreedores, cuyos intereses no pueden resultar perjudicados por la sentencia declarativa de la nulidad ex artículo 222.3 a contrario; tienen derecho a que la eventual devolución de las aportaciones que deba hacerse en favor de los socios nuevos que no optaren por permanecer en la sociedad se instrumente como una reducción efectiva del capital social inscrito (no obstante la cancelación) en cuyo marco de ejecución societaria encontrarán adecuada tutela sus derechos. Es decir, en nuestro caso: partiendo de la cifra de capital social inscrito (360.600 euros) la regularización de la situación se realizará mediante una reducción de capital con amortización de acciones.

7. A la vista de todas las razones expuestas cabe concluir que una vez que adquirió firmeza la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga y a pesar de la cancelación registral de todos los asientos relativos a las juntas celebradas con posterioridad al 29 de mayo de 1989 y de todos los acuerdos sociales adoptados en el seno de las mismas, 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. Correctamente, la sociedad decide dar cumplimiento a la sentencia tomando por base el último capital inscrito de 360.600 euros. El acuerdo social que instrumenta la regularización consiste entonces en una reducción efectiva de capital con devolución de las aportaciones y amortización de todas las acciones nuevas y, al objeto de alcanzar el mínimo de capital exigido por la Ley para las anónimas, un posterior aumento de capital social mediante aportaciones no dinerarias suscritas y desembolsadas por los únicos socios restantes (los titulares, suscriptores o adquirentes, de las viejas acciones).

8. Según el primero de los defectos expresados por el registrador en la calificación impugnada, al resultar que como consecuencia de la cancelación de determinadas inscripciones por nulidad de acuerdos sociales la sociedad cuenta con un capital social inferior al mínimo establecido legalmente, «la misma se encuentra disuelta de pleno

derecho y cancelados todos sus asientos por aplicación de la disposición transitoria sexta de la anterior Ley de Sociedades Anónimas, lo que impide la inscripción de dichos documentos».

Los recurrentes consideran que, habiéndose adaptado la sociedad a la exigencia de capital mínimo en 1991 mediante el correspondiente aumento del capital social, no puede entenderse que por el hecho de haber sido declarados nulos todos los acuerdos adoptados por la junta general de 29 de mayo de 1989 y por las posteriores (y, por tanto, también los de aumento del capital), la sociedad haya incurrido en la causa de disolución de pleno derecho establecida por la citada disposición transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas. Alega que dicha disposición transitoria estaba derogada cuando se presentó en el Registro Mercantil la sentencia firme de nulidad de tales acuerdos y que, además, esta nulidad no es absoluta ni tiene efectos retroactivos, a lo que debe añadirse que por tratarse de una norma de carácter sancionador debe interpretarse restrictivamente y falta el nexo de imputabilidad, pues la sociedad, a través de sus administradores, aumentó su cifra de capital social hasta la mínima exigida dentro del plazo fijado por la Ley.

9. En relación con el primer defecto de la nota, 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. 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 (cfr. el régimen legal de impugnación de acuerdos de la junta general y del consejo de administración –artículos 204 y siguientes y 251 de la Ley de Sociedades de Capital–. En este sentido, el artículo 208.2 dispone que la sentencia declaratoria de la nulidad de los acuerdos inscritos en el Registro Mercantil determinará, además de la cancelación de su inscripción, la de los asientos posteriores que resulten «contradictorios» con ella, lo que debe interpretarse como exigencia de que éstos sean absolutamente incompatibles con la declaración de nulidad del acuerdo anterior). 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; 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)». Asimismo, puede traerse a colación la doctrina del Alto Tribunal sobre la interpretación restrictiva de las causas de nulidad de las sociedades inscritas (cfr., por todas, la Sentencia de 17 de enero de 2012, según la cual la interpretación de nuestro Derecho de conformidad con la Primera Directiva en materia de sociedades «exige distinguir entre la eventual nulidad del contrato de sociedad y la de la sociedad una vez inscrita, limitando, en los estrictos términos indicados por la Directiva, la proyección sobre la sociedad de los efectos de las irregularidades del negocio fundacional, ya que, por un lado, como sostiene la sentencia 916/2002 de 10 octubre «el régimen de la nulidad societaria en nuestra LSA responde a la Directiva 68/151/CEE, que en gran medida lo desvincula de la nulidad contractual (...) beneficiando así la seguridad del tráfico y la protección de los terceros por haberse manifestado ya una sociedad en el tráfico bajo apariencia de regularidad formal sujeta a su vez a control notarial y registral» y, por otro, como afirma la sentencia de 3 octubre 1995 (Recurso núm. 1078/1992) «la sanción (de nulidad) que tal declaración supone es de suma gravedad y exige, por ello,

gran moderación en su empleo teniendo presente el carácter restrictivo de las causas de nulidad y, asimismo, la interpretación rigurosa y ceñida que debe hacerse de las mismas fuera de tentaciones expansionistas, para evitar que el tráfico civil y comercial se vea obstaculizado en su normal desarrollo»).

Ciertamente, en el presente caso ha sido practicada la cancelación de los asientos posteriores al de cargo de administrador nombrado por acuerdo de la junta general de 1989 por haberlo ordenado así la sentencia de declaración de nulidad de tal acuerdo. Entre los asientos cancelados se incluye el relativo al aumento del capital social realizado en el año 1991 para cumplir lo establecido en la disposición transitoria sexta, apartado segundo, del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, la cual disponía la disolución de pleno derecho de las sociedades anónimas que, antes de 31 de diciembre de 1995, no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que constara el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal. Dicha disposición transitoria sexta, apartado segundo, ha quedado derogada en virtud de la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, lo cual evidentemente no significa que haya quedado sin efecto la disolución ordenada por tal disposición de derecho intertemporal (así, la Resolución de este Centro Directivo de 12 de marzo de 2013). Pero es también cierto que por tratarse de una disposición sancionadora debe ser objeto de interpretación restrictiva, de suerte que esa disolución «ministerio legis» no puede imponerse de forma radical en un caso como el presente, con desconocimiento de las múltiples relaciones jurídicas en las que la entidad puede estar interesada y de las concretas circunstancias concurrentes, pues indudablemente la sociedad cumplió con dicha obligación legal en tiempo hábil. Por ello, debe rechazarse la interpretación expresada en la calificación impugnada en 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».

10. El segundo de los defectos invocados por el registrador consiste en que la hoja de la sociedad se encuentra cerrada por falta de depósito de cuentas anuales correspondientes a los ejercicios de 2008, 2009 y 2010. Añade que respecto de las cuentas de 2008 el depósito que se realizó quedó sin efecto por haberse declarado nula la junta que las aprobó. Así mismo afirma que las cuentas del 2009 no están depositadas y en cuanto a las cuentas de 2010, aun cuando se ha presentado certificación relativa al hecho de no haber sido aprobadas por la junta general, considera que no puede practicarse la inscripción de dicha certificación «además de por este y el anterior defecto indicados, por no figurar inscrito ni poderse inscribir simultáneamente el nombramiento del administrador único que la expide (artículos 11, 109 y 378 del Reglamento del Registro Mercantil)».

En primer lugar, y habida cuenta de la improcedencia del primero de los defectos expresados en la calificación, debe entenderse respecto de las cuentas anuales del ejercicio 2008 que el defecto relativo a la falta de depósito de las mismas no puede mantenerse toda vez que, como alegan los recurrentes, en la junta general cuyos acuerdos se elevan a público mediante el título calificado también se ha acordado ratificar la aprobación de las cuentas anuales de los ejercicios comprendidos entre 1988 y 2008.

Por lo que se refiere al depósito de las cuentas del ejercicio de 2009, que según resulta de este expediente, ha sido rechazado en el Registro Mercantil de Madrid por no figurar inscrita en el mismo la sociedad, el defecto debe correr la misma suerte que los relativos al traslado de domicilio y al nombramiento de administrador que también son objeto de este recurso. Y lo mismo debe entenderse respecto de la falta de depósito de las cuentas de 2010 por estar relacionado el defecto con dicho nombramiento de administrador.

11. Según el tercero de los defectos, el registrador considera que no puede inscribirse la modificación de estatutos –con cambio de estructura del órgano de administración– y el consiguiente nombramiento de administrador único por no haberse expresado, con la debida claridad, en los anuncios de convocatoria de la junta los extremos de los estatutos que hayan de modificarse; y por no hacerse constar en el anuncio el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación estatutaria propuesta y del informe sobre la misma, así como pedir el envío gratuito de dichos documentos.

Por lo que se refiere a la primera de tales objeciones, relativa a la expresión de los asuntos contenidos en el orden del día de la junta, cabe recordar que la validez de los acuerdos que puede adoptar la junta general dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que lo hayan sido 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. Tan elemental exigencia sólo quiebra en los supuestos en que excepcionalmente el legislador permite adoptar acuerdos sin cumplir dicho requisito, cuales son los de separación de los administradores (artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital) y el de ejercicio contra los mismos de la acción social de responsabilidad (artículo 238.1 de la misma Ley). Y, según han admitido tanto el Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 30 de abril de 1971, 30 de septiembre de 1985 y 4 de noviembre de 1992) como este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de febrero de 1995, 26 de julio de 1996 y 10 de mayo de 2011) esa posibilidad de destitución de los administradores lleva consigo la de nombrar a quienes hayan de sustituirlos, sin necesidad de que el nombramiento se incluya en el orden de día.

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 del vigente texto refundido 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). La jurisprudencia ha venido exigiendo 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); y así en la Sentencia de 29 de diciembre de 1999 el Tribunal Supremo entendió 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. Pero otras veces se ha entendido 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) mientras que 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.

En el presente caso no puede confirmarse el criterio de los recurrentes sobre el carácter universal de la junta general pues, aun cuando se admitiera que fuera suficiente la adopción del acuerdo por quienes en 1989 eran accionistas de la sociedad (lo que ahora no se prejuzga), lo cierto es que para que la junta tenga la indicada consideración es necesario que conste en el título que se ha reunido con el carácter de universal –por haberlo acordado así todos los asistentes, por unanimidad–, sin que sea suficiente la referencia a la asistencia a la reunión de todos los socios (cfr. artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital y la Resoluciones de 7 de abril de 2011 y 27 de octubre de 2012). No obstante, tiene razón al afirmar que, atendiendo a las circunstancias concurrentes –especialmente al hecho de que la modificación estatutaria fundamental es la relativa al cambio de sistema de administración, lo que era necesario para adoptar otro de los acuerdos contenidos en el orden del día cual es el nombramiento de administrador único–, puede concluirse que los anuncios de convocatoria contienen una referencia suficientemente clara a la modificación estatutaria que constituía el objeto de los acuerdos por adoptar.

Respecto de la segunda de las objeciones en que consiste el defecto tercero expresado en la calificación, considera el registrador que no es suficiente la expresión en la convocatoria del derecho de los socios a «obtener» el texto íntegro de la modificación estatutaria propuesta y del informe sobre la misma, sino que debe hacerse constar en el anuncio el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social o pedir el envío gratuito de dichos documentos.

Este Centro Directivo ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones (vide Resoluciones citadas en los «vistos» de la presente) que el derecho de información de los accionistas, cuya formulación básica se contiene hoy en el artículo 93.d) del Real del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y, ya en relación con los asuntos que hayan de tratarse en la junta general, en el 197 –con particularidades para diversos supuestos– encuentra una manifestación concreta en el caso de que se proponga una modificación de los estatutos sociales.

Para tal supuesto, el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital y su inmediato antecedente –como el artículo 144.1.c) de la Ley de Sociedades Anónimas– dispone para este tipo de sociedades que el anuncio de la convocatoria debe expresar el derecho de los accionistas tanto a examinar el texto íntegro de la modificación propuesta como el informe sobre la misma así como la posibilidad de hacerlo bien en el domicilio social, bien solicitando su entrega bien solicitando su envío gratuito. Esta Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones (vide, por todas, la Resolución de 29 de noviembre de 2012) que el derecho de información de los accionistas en supuestos de modificación estatutaria es unitario, por lo que comprende el examen de los documentos especificados y las tres formas posible de llevarlo a cabo. El especial rigor con que se pronuncia el legislador determina que la omisión total o parcial de esa exigencia haya de considerarse como un vicio de la convocatoria que invalida el acuerdo que sobre el particular se pueda adoptar (Resolución de 16 de noviembre de 2002, entre otras muchas).

Es precisamente el carácter «mínimo» y esencial del derecho de información del accionista el que ha provocado una dilatada doctrina que incide sobre su trascendencia y sobre la necesidad de extremar el rigor en su defensa hasta el punto de que se ha afirmado reiteradamente que en caso de duda procede actuar en su salvaguarda rechazando la inscripción (por todas, la Resolución de 8 de julio de 2005).

Es cierto que esta rigurosa doctrina ha sido mitigada en ocasiones al afirmarse 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 (Resolución de 8 de febrero de 2012). Desde este punto de vista se ha impuesto en casos concretos, frente a un exceso de rigorismo formal, la consideración de que es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos, la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas (vide Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993 y 26 de julio de 2005).

En el supuesto de hecho al que se refiere el presente recurso, los anuncios de convocatoria han recogido el derecho de información del accionista y, en concreto, su facultad de obtener, de forma inmediata y gratuita, la documentación precisa, si bien omitiendo en cuanto a la forma de ejercitarlo, la posibilidad de solicitar el envío gratuito de los documentos o de acceder a su examen en el domicilio. Esta falta formal conllevaría la consideración de que la convocatoria es nula de acuerdo a la doctrina expuesta provocando el rechazo de la inscripción. Ahora bien, lo cierto es que este Centro Directivo considera que debe huirse de un exceso de rigorismo formal habida cuenta de las siguientes circunstancias: el derecho de información viene recogido en los anuncios de convocatoria (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006); b) la omisión de dos de los medios de hacerlo efectivo no implica «per se» una privación del mismo pues como afirma el Tribunal Supremo, el anuncio tiene un carácter meramente funcional al ser el derecho de información de atribución legal (sentencia de 13 de febrero de 2006); c) los socios disidentes que hayan deseado impugnar los acuerdos adoptados por la mayoría lo han podido llevar a cabo e incluso han podido solicitar y obtener el mandamiento de publicidad de su acción en el Registro Mercantil; d) el conjunto de circunstancias señala «a priori» que no ha existido una violación directa de los derechos individuales de los accionistas, sin perjuicio de que dentro del correspondiente procedimiento judicial que pudiera abrirse y con la plenitud de medios que implica el ejercicio jurisdiccional pueda acreditarse que la omisión en los anuncios de convocatoria ha supuesto una efectiva violación de los mismos. Por todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de que se inicie un procedimiento de impugnación de los acuerdos adoptados cobra toda su fuerza la consideración de que debe mantenerse la eficacia del acto jurídico en tanto no recaiga una resolución al respecto habida cuenta de la especial trascendencia y eficacia que una eventual declaración de nulidad tendría sobre los actos posteriores (artículo 208.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

12. Por el defecto cuarto considera el registrador que, al haber sido cancelados los asientos relativos a los aumentos de capital social posteriores a 1989 y haber quedado reducido el capital inscrito a la cantidad de 18.030,36 euros, no puede inscribirse la reducción del capital por un importe de 342.570 euros y un posterior aumento de 45.075 euros, al impedirlo la aplicación del principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil. Pues bien, a la vista de todas las razones expuestas en el fundamento de derecho tercero y siguientes, cabe concluir que una vez que devino firme la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga y a pesar de la cancelación de todos los asientos relativos a las juntas celebradas con posterioridad al 29 de mayo de 1989 y de todos los acuerdos sociales adoptados en el seno de las mismas, 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.

Correctamente, la sociedad decide dar cumplimiento a la sentencia tomando por base el último capital inscrito de 360.600 euros. El acuerdo social que instrumenta la regularización consiste entonces en una reducción efectiva de capital con devolución de las aportaciones y amortización de todas las acciones nuevas y, al objeto de alcanzar el mínimo de capital exigido por la Ley para las anónimas, un posterior aumento de capital social mediante aportaciones no dinerarias suscritas y desembolsadas por los únicos socios restantes (los titulares, suscriptores o adquirentes, de las viejas acciones).

13. Por último, tampoco puede mantenerse el quinto defecto, según el cual no es admisible la existencia de tres votaciones en la junta general por entender el registrador que sólo tienen derecho a voto los que fueran socios en el momento de celebración de dicha junta y, por tanto, deben quedar excluidos de la votación los titulares de acciones creadas mediante los acuerdos de aumento del capital social declarados nulos.

En este supuesto la junta aprobó todos los acuerdos relativos a los puntos del orden del día previstos en el auto de convocatoria y en el anuncio de convocatoria. Cada uno de los referidos acuerdos fue sometido a tres votaciones separadas conforme al procedimiento previsto en el actual artículo 293 de la Ley de Sociedades de Capital para la tutela colectiva de los titulares de clases de acciones frente a un acuerdo social que afecta directa o indirectamente sus derechos: En primer lugar, se realizó la votación correspondiente al grupo constituido por las 300 acciones que ya estaban en circulación a 29 de mayo de 1989, votando a favor de todos los referidos acuerdos 220 acciones viejas y, en contra, 80; A continuación, se realizó la votación correspondiente al grupo constituido por las 5.700 acciones que fueron creadas en los sucesivos aumentos de capital inscritos con posterioridad al 29 de mayo de 1989, de las que 5.622 asistieron a la junta, votando a favor de todos los referidos acuerdos 5.492 acciones nuevas y, en contra 130; Y por último, se realizó una votación conjunta de las acciones viejas y las acciones nuevas presentes o representadas en la junta, que sumaban un total de 5.922 (siendo 6.000 el número de acciones en que se dividía la última cifra de capital social que fue inscrita en el Registro Mercantil, que ascendía a 360.600 euros) votando a favor de todos los referidos acuerdos 5.712 acciones y, en contra 210 acciones.

El hecho de que en la votación se hayan distinguido tres grupos (los que eran titulares de acciones el 29 de mayo de 1989; los socios que suscribieron sus acciones con posterioridad, mediante los aumentos de capital declarados nulos; y, el tercero, constituido por unos y otros) no puede constituir un vicio que invalide los acuerdos ahora formalizados si éstos, considerando cada uno de tales grupos separadamente, han sido adoptados con los requisitos legales exigibles. La vía utilizada denota la prudencia con que se intenta regularizar la situación de la sociedad, lo que, como alegan los recurrentes, no debía hacerse desconociendo que los accionistas titulares de las acciones creadas mediante los aumentos de capital anulados podían actuar con base en la confianza legítima de que su relación societaria estaba válidamente constituida. Por lo demás, si –como apuntan los recurrentes– en vía de hipótesis se admitiera la tesis del registrador sobre la consideración únicamente de los titulares de acciones creadas antes del 29 de mayo de 1989, ningún reparo puede ponerse a los acuerdos debatidos toda vez que fueron votados separadamente por tales accionistas con los quórum y mayorías legalmente exigibles, por lo que, a lo sumo, la consideración de las votaciones de los dos restantes grupos deberían considerarse superflua pero no invalidante.

Ciertamente no puede compartirse la opinión del recurrente según la cual la única vía posible de regularización consistía en la amortización de todas las acciones nuevas. Hemos visto cómo el nuevo accionista, si es de buena fe tiene, derecho a pedir el rescate de sus acciones o a continuar en la sociedad. De todas formas, habida cuenta que los artículos 293 y 329 de la Ley de Sociedades de Capital permiten que con el acuerdo separado de los accionistas afectados se reduzca todo el capital correspondiente en exclusiva a los accionistas de una clase (en nuestro caso sólo se amortizan las acciones nuevas), habiéndose acreditado el voto separado de dos clases de afectados potenciales (la «clase» de los accionistas viejos y la «clase» de los nuevos), nada hay que reprochar a la adopción del acuerdo.

14. Parece claro que en esos acuerdos sociales de regularización por grupos de accionistas estamos ante actos debidos y no ante acuerdos sociales voluntarios. Esta situación no es muy distinta de lo que sucede, por ejemplo, cuando la Ley establece una reducción forzosa de capital social (en caso de mora del accionista ex artículo 84.2 in fine; o para amortizar la autocarera ex artículos 139 y 141 de la Ley de Sociedades de Capital o para compensar pérdidas ex artículo 327 de la Ley de Sociedades de Capital) o una disolución forzosa por pérdidas o por cualesquiera de las causas del artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital, etc. Al tratarse de actos jurídicos debidos, los administradores son responsables tanto de adoptar las previsiones que convengan como de convocar la junta. En caso de que la sociedad no adoptare los acuerdos oportunos, el interesado o el propio administrador podrán solicitar del juez la adopción forzosa de los correspondientes acuerdos sociales (arg. ex artículos 139.3 y 141.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 366 por analogía) y podrá tomarse, en su caso, anotación preventiva de esa demanda. Este no es el lugar para resolver acerca de la naturaleza que debe revestir el procedimiento en que dicha pretensión se ventile (jurisdicción contenciosa o voluntaria) o de si cabe en trámite de ejecución de sentencia sustituir la declaración de voluntad de la sociedad rebelde por la del juez ex artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

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 vigésimo cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 30 de mayo de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.