

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11276 *Resolución de 2 de octubre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles de Cantabria, por la que se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.*

En el recurso interpuesto por don Luis Setián Villanueva, notario de Torrelavega, contra la nota de calificación extendida por la Registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Cantabria, doña Emilia Tapia Izquierdo, por la que se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

Hechos

I

Por el notario recurrente se autoriza escritura el día 10 de junio de 2013 compareciendo las representaciones sociales de las entidades «Construcciones Pinta, S.L.», y «TCD Cantábrico 1, S.L.». Dichas sociedades manifiestan que mediante escritura autorizada por el mismo notario el día 1 de marzo de 2013 se elevó a público el acuerdo de ampliación de capital de la sociedad «Construcciones Pinta, S.L.», adoptado por su junta general en fecha 31 de enero de 2013, como consecuencia del cual la totalidad de la emisión fue suscrita por la sociedad «TCD Cantábrico 1, S.L.», mediante la aportación de una finca urbana. Igualmente manifiestan que inadvertidamente se infringió lo establecido en el artículo 134 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital al estar la entidad suscriptora íntegramente participada por la sociedad emisora y que disponiendo el artículo 135 de la propia Ley la nulidad de la adquisición, elevan a público los acuerdos de la sociedad «Construcciones Pinta, S.L.», de 5 de junio de 2013 y la decisión del socio único de la sociedad «TCD Cantábrico 1, S.L.», por los que dejan sin efecto el aumento de capital solicitando del registrador Mercantil la cancelación del asiento que provocó en su día.

II

Presentada la referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Santander. Sociedad: «Construcciones Pinta, S.L.». Notario: D. Luis Setián Villanueva. Protocolo: 749/2013. N.º de entrada: 1/2013/2962. Diario: 101. Asiento: 404. Calificación de la escritura reseñada presentada telemáticamente y aportada el día 25 de junio de 2013 copia en formato papel a este Registro: Hechos: En la escritura objeto de calificación se solicita la cancelación de la inscripción que motivó la ampliación de capital acordada en junta celebrada el 31 de enero de 2013 como consecuencia de la nulidad, dicen, de que adolece dicha ampliación al haber adquirido la mercantil «TCD Cantábrico 1, S.L.», las participaciones emitidas de su sociedad dominante, la sociedad arriba relacionada. Si bien dicha prohibición está recogida en el artículo 134 de la LSC y su sanción de nulidad de pleno derecho determinada en el artículo 135 siguiente, sin embargo, lo que procede es la enajenación de dichas participaciones en el plazo de un año, o su amortización y reducción de capital si las participaciones no fueran enajenadas en el plazo señalado, como establece el artículo 139 de la LSC –y no la cancelación de la inscripción que motivó dicha ampliación, como se solicita–. Además, una vez practicado el asiento, en este caso el de la inscripción de ampliación de capital social, éste se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales y, por tanto, no puede ser modificado en tanto no medie resolución judicial que declare la nulidad de dicho acuerdo, no pudiendo

cancelarse una inscripción, una vez practicada y publicada en el BORME, por solicitud de los socios debido a los efectos que dicha ampliación de capital ha producido frente a terceros desde su inscripción. Y lo dicho es conforme con la doctrina sentada en la Resolución de la DGRN dictada el 4 de abril de 2013 en la que resolvía un supuesto en el que se pretendía la subsanación de la valoración dada a una aportación no dineraria en la constitución de una sociedad limitada, ya inscrita, en la que resolvió, como se dirá, que las alteraciones del capital social una vez inscrito, cualquiera que sea la naturaleza que las explique, sólo podrán hacerse valer frente a terceros cuando exista el correspondiente acuerdo social adoptado con los requisitos previstos en la Ley para el aumento o reducción de capital social. Fundamentos de Derecho: El artículo 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital establece un principio de prohibición absoluta en lo relativo a la adquisición originaria, al disponer que «En ningún caso las sociedades de capital podrán asumir o suscribir sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante». La sanción se formula en el artículo 135, según el cual la adquisición originaria por la sociedad de responsabilidad limitada de participaciones de la sociedad dominante será nula de pleno derecho. Y las consecuencias de dicha infracción en el artículo 139 LSC que establece que las participaciones de la sociedad dominante deberán ser enajenadas en el plazo máximo de un año a contar desde su adquisición. Y si las participaciones no fueran enajenadas en el plazo señalado, la sociedad deberá acordar inmediatamente su amortización y la reducción del capital. Si bien en el caso que nos ocupa la declaración de la nulidad de dicha ampliación y la solicitud de cancelación de su inscripción se acuerda en junta universal, sin embargo, lo que entra en juego es la protección de terceros (entre ellos los acreedores) que confiaron en los pronunciamientos del Registro. En este sentido puede leerse la reciente Resolución de la DGRN dictada el pasado 4 de abril en la que afirma que lo que es terminantemente claro es que la sociedad no puede rebajar la cifra del capital social inscrito en perjuicio de terceros sin respetar para ello los requisitos previstos en la Ley para la reducción de capital, todo ello con independencia del procedimiento que hubiere de seguirse para la reducción de capital en cuyo marco se hace efectivo un diferente sistema de tutela de acreedores. Y es que las reglas de tutela de la intangibilidad del capital social previstas en la Ley de Sociedades de Capital sólo pueden actuarse en perjuicio de tercero desde la inscripción de la sociedad (en el caso que nos ocupa desde la inscripción de la ampliación de capital). Las alteraciones, al alza o la baja, cualquiera que sea la causa que las explique, sólo podrán hacerse valer frente a terceros cuando exista el correspondiente acuerdo social adoptado con los requisitos previstos en la Ley para el aumento o reducción de capital social y una vez que el correspondiente acuerdo sea a su vez debidamente inscrito. Art. 20 del Código de Comercio que establece que el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad. Se ha resuelto denegar la inscripción solicitada por haberse observado el/los defecto/s insubsanable/s, en los términos en que han sido expuestos, que impide/n su práctica. Santander, a 27 de junio de 2013. La Registrador (firma ilegible y sello del Registro con nombre y apellidos de la registradora). Ante esta calificación (...).

III

Contra la anterior nota de calificación, don Luis Setién Villanueva, como notario autorizante, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 11 de julio de 2013, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que el contenido de la escritura autorizada el día 1 de marzo de 2013 es nulo radicalmente por vulneración de lo establecido en el artículo 134 de la Ley de Sociedades de Capital al haber sido adquiridas las participaciones emitidas por la sociedad dominante «Construcciones Pinta, S.L.», por su participada «TCD Cantábrico, S.L.»; Que la sanción que para tal situación prevé el ordenamiento es de nulidad radical que no precisa de convalidación alguna y que produce sus efectos «ex tunc»; Que dichas consecuencias vienen establecidas en el artículo 135 del mismo cuerpo legal y no en el artículo 139 que se refiere en exclusiva a las sociedades anónimas;

Que las propias sociedades implicadas han dejado sin efecto el negocio nulo tras detectar la causa de nulidad; Que el artículo 40 de la Ley Hipotecaria prevé la rectificación del Registro cuando la inexactitud proviniera de la nulidad del título y advierte que la rectificación no puede afectar a terceros; y, Que en ningún caso procede la reducción de capital ya que el aumento no provoca efecto en la vida jurídica».

IV

La registradora emitió informe el día 19 de julio de 2013 ratificándose en su calificación y elevando el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6 y 1.303 del Código Civil; 20 del Código de Comercio; 134 a 148 y 317, 329, 331, 332 y 333 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; 39 a 40.ter de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 201.1.2.3 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2002, 12 de junio de 2008, 9 de diciembre de 2010 y 17 de enero y 23 de febrero de 2012 y las Resoluciones de este Centro Directivo de 25 de enero de 2011 y 9 de enero, 4 y 26 de abril, 18 y 30 de mayo y 4 de julio de 2013.

1. Se debate en este expediente si inscrito un aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada puede cancelarse el asiento practicado por solicitud de la misma sociedad, que alega que aquél fue nulo de pleno derecho al haberse suscrito la totalidad de las participaciones por una sociedad íntegramente participada que presta igualmente su consentimiento. El recurrente entiende que la clara dicción del artículo 135 de la Ley de Sociedades de Capital da cobertura a la operación mientras que la registradora considera aplicable lo establecido en el artículo 139: enajenación de las participaciones o reducción de capital.

2. La cuestión planteada obliga a determinar cual es el régimen jurídico aplicable, la determinación de las consecuencias que para el supuesto prevé el ordenamiento societario y cuales han de ser los requisitos para la inscripción en el Registro Mercantil.

En sede de adquisición originaria por aumento de capital, que es la que se plantea en el supuesto de hecho, el texto legal, tras establecer una prohibición general (artículo 134 de la Ley de Sociedades de Capital) distingue entre adquisiciones originarias de sociedades de responsabilidad limitada y de sociedades anónimas (artículos 135 y 136) y así como respecto a aquellas declara la nulidad de pleno derecho, respecto de estas afirma que las «acciones suscritas infringiendo la prohibición del artículo 134 serán propiedad de la sociedad anónima suscriptor». La diferenciación de régimen jurídico se acentuaría por la dicción del artículo 139, Consecuencias de la infracción, que al afirmar que «las participaciones sociales y las acciones adquiridas por sociedad anónima...» restringe su régimen a este último tipo social.

De este modo el texto refundido establece dos respuestas jurídicas distintas para una misma prohibición en función del tipo social de la sociedad suscriptor. Confirma esta apreciación la regulación que para las adquisiciones derivativas contiene la Ley de Sociedades de Capital, que nuevamente distingue un diferente régimen jurídico para las sociedades limitadas y anónimas reservando la sanción de nulidad para las adquisiciones por sociedades limitadas fuera de los casos expresamente previstos (artículo 140) y remitiéndose al régimen del artículo 139 para las sociedades anónimas que adquieran autocartera en contra de las previsiones legales (artículo 147).

En definitiva el legislador, clarificando una regulación que despertó serias dudas entre la doctrina (la de los artículos 39 y siguientes de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada) y en ejercicio de la habilitación recibida (vid. exposición de motivos del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), sintetiza y

modula el régimen de los negocios sobre participaciones y acciones propias adoptando soluciones distintas para las sociedades limitadas y las anónimas.

De aquí resulta que ante un supuesto de adquisición de participaciones por sociedad limitada de su sociedad dominante como consecuencia de un aumento de capital, la norma a aplicar es la expresamente prevista por el legislador (el artículo 135) sin que quepa acudir a la prevista para el supuesto de que la entidad suscriptora fuese una anónima (artículo 136), ni a las consecuencias jurídicas que para este supuesto específico se prevén (artículo 139). Procede en consecuencia dar la razón al recurrente en este punto.

3. Determinado que el efecto jurídico previsto es el de nulidad radical y absoluta del negocio jurídico llevado a cabo, lo que no es posible compartir con el escrito de recurso es la consecuencia jurídica que de ello se deriva. Es cierto que en el ámbito del Derecho Civil los efectos de la nulidad se traducen en la declaración de que el negocio nulo y sus consecuencias patrimoniales nunca existieron por lo que las cosas deben restituirse a su estado inmediatamente anterior (artículo 1.303 del Código Civil).

Sin embargo, en el ámbito del Derecho Mercantil y, mas específicamente, en el Derecho de Sociedades la declaración de nulidad de los acuerdos sociales no tiene siempre tan radicales efectos pues, además de los intereses de las partes del negocio, entran en juego otras consideraciones igualmente merecedoras de amparo como son la conservación de la empresa y la salvaguardia del principio de seguridad jurídica. Así lo ha señalado recientemente este Centro Directivo (Resoluciones de 18 y 30 de mayo de 2013) al poner de manifiesto que la doctrina general sobre la nulidad de los actos y negocios jurídicos es modulada por el propio legislador en el ámbito del Derecho de Sociedades en aras de la seguridad jurídica y la protección del tráfico mercantil. Como pone de relieve la Resolución de 30 de mayo de 2013 del análisis del conjunto de normas que en el ámbito societario regulan los efectos de la nulidad resulta indubitada la conclusión de que la categoría civil de la nulidad y sus consecuencias jurídicas no son de aplicación directa e inmediata en un ámbito, como el mercantil, en el que se tienen en cuenta otros principios susceptibles de protección que conllevan la imposición de distintas consecuencias jurídicas (vid. artículos 47.3 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles, 56 y 57 de la Ley de Sociedades de Capital, y 417 del Reglamento del Registro Mercantil). La protección del tráfico mercantil impone que el nacimiento de las sociedades y sus principales actos jurídicos estén asociados a su publicación (artículos 16 y 19 del Código de Comercio), de modo que los terceros puedan acomodar sus acciones a los hechos publicados con la confianza de que en caso de inexactitud será protegido su interés (artículo 21 del Código de Comercio). De aquí que en caso de nulidad la posición de los terceros deba ser respetada para no hacer ilusoria la protección que el ordenamiento proclama (artículo 20 del propio Código).

Esta doctrina se asienta sólidamente no sólo en el contenido de la normativa mercantil sino también en la aplicación que de la misma ha hecho nuestro Tribunal Supremo. La sentencia de 23 de febrero de 2012 pone de manifiesto que el tradicional principio civil «quod nullum est nullum effectum producit» es matizado en el ámbito mercantil, alcanzando la nulidad exclusivamente a los actos posteriores que sean del todo incompatibles debiendo considerar superado el rigorismo formal en contrario que en decisiones anteriores había prevalecido.

De modo más enfático, la Sentencia de 12 de junio de 2008 declara «que no es transportable a las causas de nulidad de la LSA el precepto del artículo 6.3 CC, ni las contravenciones legales tienen todas la misma entidad y efectos; y, además, incluso en el régimen general, aparte de los importantísimos matices que tiene la posibilidad de apreciación de oficio de la nulidad plena (SS., entre otras, 17 de enero y 12 de diciembre de 2000; 3 de diciembre de 2001; 18 de junio de 2002; 27 de febrero de 2004; 25 de septiembre de 2006), sobre lo que no cabe aquí entrar, en todo caso la doctrina jurisprudencial viene recomendando «extrema prudencia y criterios flexibles» en la aplicación de la nulidad radical (SS. 28 de mayo y 2 de noviembre de 2001, entre otras)». 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 de 10 octubre de 2002 «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 «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»»).

4. De las anteriores consideraciones resulta que aunque el negocio jurídico objeto de este expediente sea calificado por el ordenamiento como radicalmente nulo no puede pretenderse, como hace el escrito de recurso, que se proceda sin más a la cancelación del asiento que en su día se practicó. Como ha señalado este Centro Directivo (Resolución de 4 de julio de 2013) no existe inconveniente en que la rectificación del Registro por causa de nulidad se haga extrajudicialmente, mediando el consentimiento del titular registral como autoriza el artículo 40 d) de la Ley Hipotecaria, pero siempre que el título reúna los requisitos exigibles por el ordenamiento.

La declaración de nulidad que lleva a cabo la sociedad emisora implica necesariamente la modificación de la cifra de capital y la amortización de las participaciones emitidas, pero esta operación no puede llevarse a cabo sin más pues como ha reiterado este Centro Directivo, la amortización de participaciones debe ejecutarse con pleno respeto a las reglas de tutela de los acreedores (Resoluciones de 25 de enero de 2011 y 9 de enero, 4 y 26 de abril y 18 de mayo de 2013).

Acierta en este sentido la nota de calificación en su diagnóstico al entender que deben ser protegidos los derechos de terceros, pero yerra en el remedio que no puede consistir en la aplicación de una norma, el artículo 139 de la Ley de Sociedades de Capital que, como hemos visto, está prevista para un supuesto distinto lo que nos lleva a la cuestión de los requisitos que un acuerdo de declaración de nulidad debe reunir para acceder a los libros del Registro Mercantil.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente la declaración de nulidad que hace la sociedad emisora y que se traduce en la rebaja de la cifra de capital hasta ahora publicada, conlleva la amortización de las participaciones emitidas y la restitución de la aportación que en su día hizo la sociedad suscriptora. La situación nos reconduce a los mecanismos de protección que para tal supuesto contemplan los artículos 331 a 333 de la Ley de Sociedades de Capital relativos a la reducción de capital por restitución de aportaciones. De este modo la salvaguardia de los derechos de terceros acreedores se traduce bien en la responsabilidad solidaria de la sociedad emisora y la sociedad suscriptora (artículo 331.1), bien en la constitución de la reserva indisponible contemplada en el artículo 332, bien en el respeto al derecho de oposición en los supuestos en que los estatutos así lo contemplen (artículo 333).

El título cuya inscripción se pretenda deberá contemplar adecuadamente cual de los mecanismos de protección es el que se ha establecido (artículo 331.4 de la Ley de Sociedades de Capital y artículo 201 del Reglamento del Registro Mercantil) a fin de que el registrador Mercantil pueda llevar a cabo su calificación y el asiento solicitado y este despliegue los efectos de oponibilidad previstos en el ordenamiento (artículos 331.3 y 332.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

No pueden confundirse los mecanismos de protección a terceros que resultan de un registro de titularidades como es el Registro de la Propiedad y que se traducen en la

intangibilidad de las inscripciones de terceros sin consentimiento de su titular o por medio de sentencia firme (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), con aquellos contemplados por la legislación en un registro de personas, como el Registro Mercantil, en el que la intangibilidad de los asientos del titular se refuerza con mecanismos de protección de los terceros no titulares en los supuestos en los que la alteración del contenido del Registro pueda producirles un perjuicio.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 2 de octubre de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.