

**José Manuel SUÁREZ ROBLEDANO**

*Magistrado*

• **ENUNCIADO:**

*Habiéndose producido un cambio de la titularidad del accionariado correspondiente a una sociedad anónima, los nuevos gestores de la misma estiman que existe responsabilidad de los antiguos administradores en tanto que éstos no procedieron a desembolsar el importe correspondiente a los dividendos pasivos pendientes y que se estiman existentes al corresponder a diversas ampliaciones del accionariado de dicha entidad que, pese a adquirirse en varios paquetes de acciones, no fueron pagadas. Igualmente, se estima que existe responsabilidad por haber percibido diversas cantidades en concepto de dividendos que se estiman «ficticios» o irreales por no atemperarse a la realidad de la existencia de beneficios en la sociedad en cuestión. Ante la posible reclamación judicial que se baraja por los nuevos gestores de la sociedad, el letrado asesor de la misma plantea una serie de cuestiones que pueden plantearse en el curso de la correspondiente reclamación.*

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Cuál es la incidencia de la expropiación forzosa de las acciones en el derecho al percibo de los dividendos pendientes de desembolsar en una sociedad anónima.
2. Cuál es la forma posible de derivar la existencia de dividendos pasivos no satisfechos por los adquirentes de diversos paquetes de acciones emitidas como ampliación del capital social.
3. Es o no necesaria la inscripción en el Registro Mercantil de un acuerdo societario de condonación del pago de dividendos pasivos pendientes de abono para que afecte a terceros de buena fe.

• **SOLUCIÓN:**

1. Hay que tener en cuenta que en atención a lo dispuesto en el artículo 8.º del Reglamento de Expropiación Forzosa (que literalmente establece que, conforme al art. 8.º de la Ley, la expropiación extingue todas las cargas y derechos anteriores sobre el bien expropiado, que se convierten por ministerio de la ley en derechos sobre el justiprecio ...) ha de entenderse que procederá la declaración judicial de «la falta de legitimación activa de la sociedad actora, entendida como falta de legitimación *ad causam* ...», es decir, carente de causa de pedir.

Se subraya que la cuestión jurídica de la posible demanda a plantear quedaría contraída a la determinación de si fue o no correcta la aplicación al caso de las disposiciones contenidas en los artículos 8.º de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF), de 16 de diciembre de 1954 y 8.º de su Reglamento de 26 de

abril de 1957, en relación con el Real Decreto-Ley y LEF referida; hay que tener en cuenta que, «transferida la titularidad de los paquetes accionariales incluidos en el acto legislativo expropiatorio al Estado, éste pasó a ocupar el lugar de la anterior propiedad de las acciones de la sociedad expropiada, subrogándose en sus derechos y acciones así como en sus obligaciones, en virtud de tal venta forzosa. Al transferirse al expropiante la titularidad accionarial y, entre otros los derechos de crédito y reembolso previstos en los arts. 44 y 107 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 -aplicable a los hechos enjuiciados- surge el derecho al justiprecio o indemnización correspondiente a favor de los expropiados, de ser valubles positivamente los bienes expropiados. Es en este punto en el que ha de acudir a la disposición complementaria, a falta de regulación específica en el acto legislativo que legitimó la privación accionarial de los apelados, del art. 8.º de la Ley y 8.º del Reglamento citados. Literalmente dispone este último que "la expropiación extingue todas las cargas y derechos sobre el bien expropiado, que se convierte, por ministerio de la Ley, en derechos sobre el justo precio". O sea, y en su caso, surgiría a favor de la sociedad demandante el derecho a deducir del importe del justiprecio definitivamente fijado el crédito probado, en su cuantía exacta, derivado de los reclamados dividendos a cuenta del precio no desembolsado de las sucesivas ampliaciones de capital y donaciones efectuadas, en su caso. Ha de estimarse, no obstante, que no ha de entenderse que en la expresión indicada puedan incluirse los derechos de crédito y sí, tan sólo, los derechos reales o cargas»; no se ha de incidir en lo que, en definitiva y además de lo expuesto, se aprecia en la precedente exposición fáctica y que deviene en hacer improsperable su recurso, esto es, la falta de consistencia suficiente, a tenor de lo prevenido en el artículo 1.214 del Código Civil (CC), del material probatorio aportado para poderse concluir, sin género de dudas, en la existencia de pérdidas que se opusieran -en los períodos indicados- a los anticipos referidos, cuyo concepto, inclusive, no es indubitado como comprensivo de los denominados «dividendos a cuenta» o como retribución de los consejeros, o salario por su dedicación. Lo propio ocurre, como se vio en la descripción fáctica, en lo que se refiere al reclamado importe no desembolsado de denunciadas donaciones, cuya nulidad impelería a la presencia de los donatarios en el proceso y que, en todo caso, parte de las mismas dudas patrimoniales indicadas antes; en cuanto a los demás extremos planteados se hace constar igualmente que existen dudas, incluso, de las mismas auditorías realizadas al respecto que, en definitiva, han incidido en la carencia de la prueba cumplida de los hechos constitutivos de las pretensiones que puedan instarse respecto de las sucesivas ampliaciones de capital en tanto que el pretendido crédito al respecto no se probó, en forma clara e indubitada ni en su cuantía ni en la realidad, que pudiera existir y ser exigible a los demandados.

2. Puesto que el derecho veda la posibilidad de ir contra los actos propios, y en este sentido respecto al desembolso de los dividendos pasivos procedentes de sucesivos aumentos de capital el reconocimiento es plural, según se ha relatado, pudiera plantearse la posibilidad de acudir a otra serie de pruebas sobre la pendencia del abono de dividendos pasivos, de no darse la situación impeditiva expuesta en el apartado anterior; todo lo anterior se avala teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.232 del CC, sobre la confesión que hace prueba contra su autor; ya que si, pese a lo anterior, la duda puede evitarse atendiendo a dos observaciones, como complemento a los actos propios, de los demandados:

a) Que si la contabilidad ofrecía alguna duda, su falta de claridad era imputable exclusivamente a los administradores del grupo societario cuando tuvieron lugar los hechos y negocios sobre los que versan las demandas acumuladas.

b) Que, sin necesidad de profundos o especiales conocimientos de práctica contable o censura de cuentas, las auditorías que intervinieron judicialmente no pudieron emitir informe más negativo y de censura que el expresar la imposibilidad de controlar y fiscalizar la situación patrimonial del grupo cuyas actuaciones en materia de administración y documentación de sus operaciones y movimientos patrimoniales desbordan, y así se ha probado, los más flexibles límites de lo tolerable.

Debe tenerse en cuenta, no obstante y al respecto, que tales aseveraciones no podrán servir sino para combatir una apreciación probatoria que no esté fuertemente apoyada en firme en otros indicios de carácter definitivo para el Tribunal o para el Juzgado que conozca de las cuestiones en la primera instancia, entendiéndose la expresión indicios en el sentido de diligencias probatorias suficientes a tenor de la carga de la prueba exigida procesalmente.

3. Si partimos de que la inscripción en el Registro Mercantil no tiene carácter constitutivo pero sí obligatorio, salvo en los casos en que expresamente se disponga lo contrario -art. 4.º del Rgto. del Registro Mercantil- y que el acuerdo de reducción de capital se hará constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil y se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil Español» -arts. 144.2 de la LSA y 94.2 del Rgto. del Registro Mercantil-, así como que la nueva regulación reformando el Registro Mercantil y las sociedades anónimas nace de la necesidad de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, reforma esencialmente encaminada a potenciar al máximo la protección de los terceros de buena fe frente a los acuerdos de las sociedades que puedan afectar a sus derechos, reforzando los efectos de la inscripción con los de la publicación, se tendrá que concluir que la eficacia de los acuerdos sociales de obligatoria inscripción frente a terceros de buena fe sólo sea predicable cuando se inscriban y publiquen ya que la suficiencia de la publicación supondría el efecto contrario perseguido con la adaptación de la normativa societaria a la directrices de la Comunidad Económica Europea, y de ahí que no se comparta el criterio de interpretación del artículo 21 del Código de Comercio (CCom.) que, en su confusa redacción y en concordancia con el artículo 9.º del Reglamento del Registro Mercantil, dispone que «los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil". Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción», para terminar afirmando que «la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción», lo que supone que hasta la reforma de 1989 se presumía, con la simple inscripción, que todos conocían el contenido del Registro, atendiendo a su condición de público, pero desde la reforma, por acercamiento a la legislación europea, «para destruir la presunta buena fe del tercero haya que probar (se presume un desplazamiento de la carga de la prueba, frente a la presunción anterior) que conocía el acto inscrito y no publicado. En el momento presente, pues, se protege firmemente la confianza de la apariencia» -STS de 18 de marzo de 1999-; se consagra así el principio denominado de oponibilidad o de publicidad material que en su aspecto negativo ampara, en primer lugar, a los terceros que ignoran las situaciones extraregistrales no inscritas, protegiendo al tercero de buena fe que deposita su confianza en la vigencia de una situación jurídica recogida en el Registro y que no se corresponde con la realidad, pues lo contrario «supondría la derogación de una institución legal de protección del tráfico jurídico, como es el Registro Mercantil, basada en la publicidad incondicional de su contenido en aras de la pro-

tección de una confianza, si no negligente sí, al menos, carente de verdadera consistencia y claramente subordinada a la eficacia que deriva de los pronunciamientos registrales» -Rs. de la DGRN de 21 de septiembre de 1992-; y, en segundo término, es la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil Español», y no la inscripción, lo que constituye la base de confianza objeto de protección, lo que supone que se es tercero de buena fe cuando se desconoce tanto el acto inscribible no inscrito, como el inscrito pero no publicado, salvo prueba en contrario aportada por el obligado a solicitar la inscripción, lo que presupone que los terceros tienen conocimiento del Registro Mercantil a través de publicación que efectúa el «Boletín Oficial del Registro Mercantil Español», y en este sentido debe ser interpretada la presunción absoluta de conocimiento que recoge el artículo 21 del CCom., apartados 1.º y 2.º, así como el artículo 9.º del Reglamento del Registro Mercantil, bajo el término oponibilidad y que viene impuesta, a través del Derecho Comunitario, por el artículo 3.º 4 de la Primera Directiva en materia de sociedades, de 9 de marzo de 1968.

En su consecuencia, lo procedente será tener en cuenta que los accionistas que no satisficieron oportunamente el importe de las acciones objeto de la ampliación del capital social efectuada en su día los hagan ahora efectivos, voluntariamente o en vía judicial forzosa, porque el acuerdo social de reducir el capital social mediante la condonación de dividendos pasivos no fue debidamente inscrito en el Registro Mercantil, no pudiendo por ello mismo perjudicar a los terceros de buena fe.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **SSTS de 1 de junio de 1999 y 11 de julio de 2002.**
- **SAP de Baleares (Secc. 3.ª), de 21 de junio de 2002.**
- **SAP de Cantabria (Secc. 4.ª), de 6 de febrero de 2002.**