

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5240 *Resolución de 2 de marzo de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Alcorcón, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XIII de Madrid, a inscribir una escritura pública de reducción de capital social.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Alcorcón, don Juan Barrios Álvarez, contra la negativa del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles XIII de Madrid, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, a inscribir una escritura pública de reducción de capital social.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Alcorcón, don Juan Barrios Álvarez, el 4 de noviembre de 2010, se elevaron a público determinados acuerdos sociales de la entidad «SPA La Princesa, S.L.», adoptados mediante acuerdo unánime de junta general, celebrada con carácter universal el 6 de octubre de 2010, consistentes en la reducción de capital a cero por pérdidas y simultáneo aumento del capital por compensación de créditos hasta una cifra superior a la existente con anterioridad. De los tres socios únicamente dos asumieron nuevas participaciones sociales. En cambio, el socio restante manifestó su voluntad de no asumir participación alguna.

En la escritura figura incorporado un balance de 30 de septiembre de 2010, aprobado por la junta general, y se añade que no aportan informe de auditoría «por tratarse de una sociedad limitada, en la que no existe derecho de oposición de los acreedores ante esta reducción de capital y simultánea ampliación hasta una cifra que está por encima del capital inicial, y porque el acuerdo de reducción y ampliación de capital ha sido tomado por unanimidad de todos los socios de la entidad».

II

El día 10 de noviembre de 2010 se presentó en el Registro Mercantil de Madrid copia autorizada de dicha escritura, que fue objeto de la siguiente calificación negativa:

«José M. Méndez-Castrillón Fontanilla, Registrador Mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, 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 conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Sociedad: SPA La Princesa, S.L.

1. Defecto subsanable:

No se incorpora a la escritura el informe del auditor sobre el balance que sirve de base a la reducción por pérdidas, absolutamente imprescindible conforme a lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley Sociedades Capital.

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación:

- A) Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones...
- B) Impugnarse directamente ante el Juzgado de lo Mercantil...
- C) Alternativamente, interponer recurso...

Madrid, 11 de noviembre de 2010.»

III

Dicha calificación negativa fue notificada al Notario autorizante el 12 de noviembre de 2010 y al presentante el día 17 del mismo mes. El 9 de diciembre de 2010, tuvo entrada en el Registro Mercantil XIII de Madrid un escrito suscrito por el Notario de Alcorcón, don Juan Barrios Álvarez, interponiendo recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito alega los siguientes fundamentos de Derecho:

1.º El artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital, aplicable a la reducción por pérdidas, no debe ser aplicado sin más a la operación de simultánea reducción de capital a cero y ampliación por encima del límite legal (operación acordeón), que tiene un evidente sentido unitario, económico y jurídico, que va más allá de la simple reducción por pérdidas. La razón es que los requisitos formales establecidos por la legislación de sociedades están previstos y se justifican en tanto que sirven para proteger intereses de los socios, de los acreedores o de otros terceros, y el riesgo de afectar a tales intereses no es el mismo en la simple reducción de capital por pérdidas que en el caso de la operación acordeón. En resumen, habrá que tener en cuenta las circunstancias de cada operación acordeón y, fundamentalmente, si el requisito formal concreto es coherente con la protección de algún interés en juego. Si no existen intereses que proteger, las formalidades han de decaer. La Dirección General, en reiteradas resoluciones, ha consagrado la flexibilización, en la operación de simultánea reducción y ampliación de capital, de los requisitos establecidos por las antiguas Leyes de Sociedades Anónimas y Limitadas, recogidos sin alteración digna de mención, en la nueva Ley de Sociedades de Capital. Valga por todas la Resolución de 30 de mayo de 2007 y las en ella citadas. Esta doctrina es similar a la establecida en otras parcelas del derecho de sociedades y responde a la necesidad de evitar un formalismo injustificado que, en el ámbito que nos ocupa, atacaría directamente a la libertad de empresa y a la racionalidad y eficiencia que debería impregnar toda la legislación mercantil para no suponer una traba injustificada, antieconómica, y probablemente inconstitucional, a la actividad de los empresarios.

2.º En contra de la calificación recurrida, debe entenderse que no es necesaria, en este caso, la verificación por auditor que exige el citado artículo 323, porque no hay interés que proteger dadas las circunstancias del caso concreto. Se trata de una reducción de capital a cero por pérdidas con simultánea ampliación por compensación de créditos de los socios frente a la sociedad; el acuerdo ha sido tomado por unanimidad por la totalidad de los socios reunidos en junta general universal; la cifra de capital final es superior a la que la sociedad tenía antes de aprobarse la operación; en el balance aparecen pérdidas y no hay reservas; se cumplen todos los requisitos legales a excepción de la pretendida aportación del informe de auditor, complicado y costoso, por tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada no obligada a auditar sus cuentas y que no las viene auditando de forma voluntaria. No existe interés alguno cuya tutela justifique en este caso la exigencia de verificación del balance que sirve de base a la operación. Y la mera justificación de la existencia de las pérdidas o de la inexistencia de reservas, que por otra parte resulta directamente del balance aportado, no debe ser suficiente motivo para exigir la citada verificación si con ella no se refuerza la protección de intereses concretos.

A) La tutela del interés de los acreedores u otros terceros. La exigencia de balance verificado por auditor en el caso de reducción de capital por compensación de pérdidas está directamente relacionada con la merma de garantía que para los acreedores y otros

terceros supone la reducción de la cifra de capital, teniendo en cuenta que ni se dota reserva indisponible ni se establece responsabilidad solidaria de los socios. Sin embargo, en el caso objeto de este recurso, la protección de los acreedores no exige el citado informe de auditoría, toda vez que la cifra final de capital es superior a la inicial, como de hecho ocurría en el caso de la Resolución de 30 de mayo de 2007; la circunstancia de que las aportaciones de los socios a la ampliación sean en metálico o por compensación de créditos es económicamente irrelevante, pues en ambos casos el resultado es el mismo: fortalecer la situación patrimonial de la sociedad e incrementar la cifra de capital, que opera como garantía de los créditos de dichos acreedores. No hay más que comparar el balance que sirve de base a la operación con el que resulta tras la misma. Mediante el acuerdo sólo se ha modificado: a) la cifra de pérdidas, que se ha reducido; b) la cifra de capital, que se ha elevado y queda en una cifra superior a la que tenía la sociedad antes de la operación; c) y la cifra de créditos de los socios frente a la sociedad, que se ha reducido hasta casi eliminarse. No se ha tocado el activo de la sociedad. Para esta operación, desde la perspectiva de los acreedores, realmente no es necesaria la verificación del balance, porque no se está tocando ninguna partida sensible de cara a su protección; al revés, se fortalece la cifra de capital sin repartir activos. Para llevar a cabo esta operación realmente es en realidad irrelevante si las pérdidas que aparecen en balance son reales o ficticias o si la sociedad tiene o no reservas (que no las tiene, como resulta sin más del balance). Lo mismo cabría argumentar sobre posible protección de otros colectivos o terceros, como pueden ser los trabajadores.

B) La tutela del interés de los socios. La Ley de Sociedades de Capital, como antes las de cada tipo de sociedad, insiste especialmente en la protección del derecho de suscripción preferente de los socios; lo mismo hace la Resolución citada de 30 de mayo de 2007, dado que uno de los socios había votado en contra del acuerdo de la operación acordeón. En el caso que nos ocupa, tampoco la protección de los socios exige el citado informe de auditoría, dado que el acuerdo de reducción y ampliación ha sido tomado en junta general universal por unanimidad, con lo cual la existencia y cuantía de las pérdidas y la inexistencia de reservas han sido corroboradas por todos los socios en base al balance referido a fecha anterior en seis meses a la del acuerdo y aprobado por todos ellos. El informe sería necesario en caso de existir socios que no hubieran votado a favor del acuerdo, no en este caso. Basar la exigencia del informe de auditoría en la protección de los socios, aunque todos voten a favor del acuerdo, supondría una interpretación absurda y claramente asistemática, poco coherente con otros preceptos en los que la voluntad afirmativa del socio es suficiente para eliminar requisitos o para legitimar acuerdos que le pueden perjudicar; véase, como ejemplo, sin salir del ámbito de las reducciones de capital, el artículo 329 de la Ley de Sociedades de Capital, que en el caso de que la reducción por devolución de aportaciones no afecte por igual a todos los socios establece como suficiente el acuerdo favorable de los afectados, sin exigir más valoraciones o informes. Tampoco cabe basar la exigencia del informe en el hecho de que un socio, que ha votado a favor de los acuerdos, no ha acudido a la ampliación de capital; la no concurrencia de un socio a cualquier ampliación es una decisión soberana del mismo, que siempre puede ocasionar la dilución de su participación en la sociedad, pero para la que la Ley no exige más requisito que la libre voluntad del socio, sin otras garantías. En este caso el socio que no acude a la ampliación se queda fuera de la sociedad, pero esto es lo querido y aceptado, lo mismo que ocurre cuando el socio vende todas sus participaciones por un céntimo, sin que la ley le «proteja» exigiendo para todo acto de disposición un balance auditado que le ayude a formar su consentimiento.

IV

Mediante escritos con fecha de 13 y 14 de diciembre de 2010, el Registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General, con registro de entrada el día 15 de diciembre de 2010.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 322, 323, 331, 332, 333, 343 a 345, y 353 de la Ley de Sociedades de Capital; 34.5 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 201 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003, y 9 de noviembre de 2007, y las Resoluciones de esta Dirección General de 9 de mayo de 1991; 11 de octubre de 1993; 28 de abril de 1994; 16 de enero y 19 de mayo de 1995; 23 de febrero de 2000; 4 de febrero de 2003; 14 de marzo de 2005, y 30 de mayo de 2007.

1. En el supuesto del presente recurso se presenta en el Registro Mercantil una escritura de elevación a público de los acuerdos sociales adoptados por unanimidad en junta general universal de una sociedad de responsabilidad limitada, consistentes en reducción del capital social a cero, para restablecer el equilibrio entre el mismo y el patrimonio disminuido como consecuencia de pérdidas, con acuerdo simultáneo de aumento del capital por compensación de créditos hasta una cifra superior a la existente con anterioridad. De los tres socios que integran la sociedad, dos asumieron las nuevas participaciones sociales y el restante renunció a su derecho de preferencia. En la misma escritura se añade que no se aporta informe de auditoría «por tratarse de una sociedad limitada, en la que no existe derecho de oposición de los acreedores ante esta reducción de capital y simultánea ampliación hasta una cifra que está por encima del capital inicial, y porque el acuerdo de reducción y ampliación de capital ha sido tomado por unanimidad de todos los socios de la entidad».

El Registrador Mercantil suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, es imprescindible que el balance que sirve de base a la reducción del capital social haya sido verificado por auditor de cuentas cuyo informe debe incorporarse a la escritura, conforme al artículo 32 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Ciertamente, cuando se trata de la reducción y aumento de capital simultáneos -en los términos de los artículos 343 a 345 de la Ley de Sociedades de Capital-, el recíproco condicionamiento de la operación como un todo unitario forzosamente produce una serie de consecuencias jurídicas, de tal manera que la posición de los acreedores puede quedar incólume en aquellos supuestos en los que lejos de disminuir la garantía que supone la cifra de capital social, ésta al menos se mantiene e incluso, a veces (aunque no siempre el motivo sea la existencia de deudas sociales), se produce un saneamiento de la sociedad como consecuencia de las nuevas aportaciones realizadas. Por ello, puede sostenerse que no son exigibles los requisitos que en garantía de los acreedores contemplan los artículos 331 a 333 de dicha Ley (cfr., respecto de sociedades anónimas, las Resoluciones de 28 de abril de 1994, y 16 de enero de 1995, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003).

Si la nueva cifra de capital alcanza o supera la que tenía con anterioridad, el aumento experimentado por el patrimonio social supondrá un beneficio para los acreedores y, por tanto, si la causa alegada para la reducción es el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio disminuido por pérdidas podría cuestionarse si en tal caso la realidad de éstas sería intrascendente y, en consecuencia, es innecesario justificarlas a efectos de su inscripción registral tal como con carácter general exige el artículo 201.4 del Reglamento del Registro Mercantil para toda reducción que responda a aquella finalidad.

No obstante, y aparte que el acuerdo de reducción del capital con expresión de esa finalidad requiere la existencia del presupuesto que lo justifica -inexistencia de cualquier clase de reservas y existencia de las pérdidas-, acreditado a través de un balance aprobado y auditado (artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden desconocerse sus repercusiones para los socios.

En efecto, como ha puesto de relieve este Centro Directivo, aun cuando en estos supuestos de la llamadas «operaciones acordeón» se refuerza el derecho a la asunción preferente de las nuevas participaciones, que habrá de respetarse «en todo caso» y permite a los socios, a través de su ejercicio, mantener esta condición y su misma cuota de participación preexistente tanto en el aspecto patrimonial como en el corporativo, no

puede evitar que se produzcan determinadas consecuencias, que pueden llegar en el caso de que la reducción sea a cero, según admite el citado artículo 343 de la Ley, a su exclusión como socio. Y si bien este resultado no es objetable, en cuanto la propia junta general podría acordar ante la situación patrimonial de la sociedad su disolución definitiva, sí debe hacerse sin mengua del derecho del socio a su cuota en el haber social, por lo que en cuanto pretenda disminuirse o suprimirse el capital social por razón de pérdidas, habrán de resultar justificadas contablemente con las señaladas garantías previstas por el legislador, so pena de quedar en otro caso aquella exclusión al arbitrio de la mayoría. Por ello, en principio, las pérdidas deberán ser acreditadas en su existencia y cuantía mediante un balance referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo y aprobado por la junta general, previa verificación de aquél por los auditores de la sociedad cuando ésta estuviere obligada a verificar sus cuentas anuales y, si no lo estuviere, por el auditor que al efecto designen los administradores, el cual habrá de pronunciarse, entre otros extremos, sobre la existencia de «cualquier clase de reservas» en el balance de la sociedad que podrían ser obstáculo a la reducción de capital a cero, conforme a la prohibición establecida en el artículo 322.1 de la Ley (cfr. las Resoluciones de 9 de mayo de 1991; 23 de febrero de 2000, y 30 de mayo de 2007).

Ahora bien, tal criterio tiene su fundamento en los riesgos que suponen para los socios acuerdos como los que habían sido objeto de calificación en los supuestos de tales Resoluciones, pues la circunstancia de haber sido adoptados por mayorías más o menos amplias y no por unanimidad obliga a extremar al máximo el respeto a las exigencias legales que tratan de garantizar los derechos de los socios que, en su caso, pierdan su posición en la sociedad mientras que otros se mantendrán en ella mediante la conversión de sus créditos en cuotas representativas del capital social (con atribución, así, del valor de la empresa patrimonialmente saneada).

Por ello, atendiendo a su finalidad, centrada en el interés de los socios, y relacionada con el derecho de información de los mismos, debe entenderse que la verificación contable del referido balance es una medida tuitiva renunciabile por todos los socios, como acontece en el presente caso. Así, no se entendería que en los supuestos de separación o exclusión el socio saliente pueda llegar a un acuerdo con la sociedad respecto de la valoración de sus participaciones sociales (cfr. artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), o que en caso de fusión pueda prescindirse del informe de expertos independientes sobre el proyecto común de fusión cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios (artículo 34.5 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) y, por el contrario, no se pudiera prescindir del informe de auditores en el presente caso a pesar de haber sido adoptado el acuerdo por unanimidad de todos los socios.

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

Madrid, 2 de marzo de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.