

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2220 *Resolución de 29 de enero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de A Coruña a inscribir la escritura de aumento del capital social de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don Rafael Benzo Sainz, Notario de Oleiros, contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de A Coruña, doña María Rosa Rebollo González, a inscribir una escritura de aumento del capital social de la sociedad «Netex Knowledge Factory, S.L.».

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 2 de octubre de 2014 por el Notario de Oleiros, don Rafael Benzo Sainz, con número 3.369 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados por unanimidad en la junta general universal de la sociedad «Netex Knowledge Factory, S.L.», de fecha 30 de junio de 2014, por los que se aumenta el capital social en 1.493.940 euros mediante el traspaso de la cantidad de 563.235,55 euros de la cuenta de reservas voluntarias y de la cantidad de 930.686,45 euros de la de prima de asunción a la de capital.

A la escritura citada se incorporó un balance cerrado a 31 de diciembre de 2013 y aprobado por la junta general universal de la sociedad, también por unanimidad. En dicha escritura se incorpora un informe del auditor de cuentas que, en sus apartados 2 y 3 expresa lo siguiente: «2.–A la fecha de emisión de este informe de auditoría no hemos dispuesto de información financiera auditada de las sociedades participadas Netex Knowledge Factory (India) Private Limited y Netex (UK) Ltd., por lo que desconocemos si de la misma pudieran derivarse aspectos que supusiesen la necesidad de realizar ajustes en los créditos registrados a corto plazo, por importes de 243 miles de euros y 146 miles de euros, respectivamente. 3.–En nuestra opinión, excepto por los efectos de aquellos ajustes que podrían haberse considerado necesarios si hubiéramos podido verificar lo expuesto en el párrafo anterior, las cuentas anuales del ejercicio 2013 adjuntas expresan, en todos los aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de Netex Knowledge Factory, S.L., al 31 de diciembre de 2013, así como de los resultados de sus operaciones y de sus flujos de efectivo correspondientes al ejercicio anual terminado en dicha fecha, de conformidad con el marco normativo de información financiera que resulta de aplicación y, en particular, con los principios y criterios contables contenidos en el mismo».

II

El día 3 de octubre de 2014 se presentó copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de A Coruña, y el día 14 de octubre de 2014 fue objeto de calificación negativa que, a continuación, se transcribe: «Dña. María Rosa Rebollo González, Registradora Mercantil de A Coruña, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 87/5287 F. presentación: 03/10/2014 Entrada: 1/2014/6.813,0 Sociedad: Netex Knowledge Factory SL Hoja: C-17930 Autorizante: Benzo Sainz, Rafael Protocolo: 2014/3369 de 02/10/2014

Fundamentos de Derecho 1.–Calificación negativa a la escritura de aumento de capital y modificación del Artículo 5º: 2.–La incertidumbre manifestada por el auditor en el punto 2 de su informe, con los efectos que pudieran derivarse en cuanto a las partidas capitalizadas, impide practicar la inscripción que únicamente se logrará si el propio auditor manifiesta que no altera tal incertidumbre el importe capitalizado, tanto de reservas voluntarias como de prima de asunción. En relación con la presente calificación: (...) A Coruña, catorce de octubre de dos mil catorce».

III

El día 5 de noviembre de 2014, el Notario autorizante de la referida escritura interpuso recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito alega los siguientes fundamentos jurídicos: «Con el objetivo de redactar el presente recurso he procedido a examinar el contenido de las resoluciones más recientes en torno a los requisitos que debe reunir el informe del auditor de cuentas y que se concretan, entre otras similares, en las resoluciones de la DGRN de fechas 5 de Septiembre de 2013, 10 de Enero de 2014, 25 de Abril de 2014, 23 de Junio de 2014 y 18 de Septiembre de 2014. El contenido de estas resoluciones es muy similar y, en este sentido, tomando como referencia la última de las citadas se puede establecer el siguiente esquema de razonamiento: a) El objetivo que persigue la legislación, en aquellos supuestos en que la auditoría es preceptiva, se encamina a obtener mediante informe del auditor una opinión técnica, expresada de forma clara y precisa sobre las cuentas de la sociedad. b) La auditoría deberá dictaminar si las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, del resultado de sus operaciones y, en su caso, de los flujos de efectivo de la entidad auditada. c) Y el Registro Mercantil, de conformidad con lo antes expresado, debe determinar el valor del informe y si éste cumple o no con la finalidad prevista por la legislación de sociedades. d) La DGRN concluye que el informe pueden ser expresados cuatro tipos de opiniones técnicas: favorable, con salvedades, desfavorable y denegada. e) Hechas las explicaciones anteriores, la DGRN afirma expresamente: «No hay cuestión cuando el informe contiene una opinión favorable, o favorable con salvedades pues ambos supuestos implican la afirmación del auditor de que el informe que suscribe conlleva que las cuentas analizadas expresan la imagen fiel del patrimonio social, de su situación financiera y, en su caso, del resultado de las operaciones y de los flujos de efectivo». Y esto último es lo que sucede con el informe de auditoría de cuentas que nos ocupa. El auditor expresa la salvedad de que si hubieran tenido en su poder las cuentas «auditadas» de las sociedades participadas podría haber hecho determinados ajustes, pero que, en todo caso, y con dicha salvedad, las cuentas expresan, en su conjunto y en todos los aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la empresa auditada. El informe de auditoría sobre las cuentas anuales emite un opinión sobre las cuentas en conjunto y, como resulta del mismo, a sensu contrario, no cuestiona la adecuada contabilización de las reservas en el momento de emitir el informe y únicamente alude a la posibilidad de un futuro que pudiera ocasionar la realización de ajustes, que por otro lado no explicita. Por lo tanto, el contenido del informe concuerda exactamente con el supuesto que contempla la DGRN (informe favorable con reservas) respecto del cual considera que no hay cuestión. En base a lo expuesto, considero que procede la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil y solicito de la Dirección General de Registros y del Notariado estime el presente recurso revocando la calificación de la Registradora Mercantil».

IV

Mediante escrito, de fecha 12 de noviembre de 2014, la registradora emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 59, 62, 63, 273.2 y 303 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; 199 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de septiembre de 1999, 18 octubre de 2002, 14 de marzo y 9 de abril de 2005, 18 de diciembre de 2010, 4 de octubre de 2011, 28 y 29 de febrero, 15 de marzo y 17 de octubre de 2012, 5 de septiembre de 2013 y 10 de enero, 23 de junio y 18 de septiembre de 2014.

1. Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se formaliza el aumento del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada, con cargo a reservas voluntarias y prima de asunción, sobre la base de un balance aprobado por unanimidad de todos los socios y verificado por auditor, si bien éste expresa en su informe determinada salvedad por no haber dispuesto de información financiera sobre sociedades participadas.

La registradora suspende la inscripción porque, a su juicio, es necesario que el auditor manifieste que la incertidumbre que expresa en su informe no altera el importe capitalizado, tanto de reservas voluntarias como de prima de asunción.

2. En aras del principio de realidad del capital social el legislador establece determinadas cautelas, como la imposibilidad de crear participaciones sociales que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad (artículo 59 de la Ley de Sociedades de Capital) y la exigencia de acreditación suficiente y objetivamente contrastada de la realidad de esas aportaciones, como requisito previo a la inscripción (cfr., entre otros, los artículos 62 y 63 de la Ley de Sociedades de Capital). Esta exigencia, en la hipótesis de ampliación del capital con cargo a reservas, se traduce en la necesidad de adecuada justificación de la efectiva existencia de esos fondos en el patrimonio social y su disponibilidad para transformarse en capital, justificación que según el legislador deberá consistir en un balance debidamente aprobado por la junta general con una determinada antelación máxima y verificado por un auditor de cuentas en los términos previstos en el artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Resulta por tanto necesario acreditar que el valor del patrimonio neto contable excederá de la cifra de capital social y de la reserva legal hasta entonces constituida en una cantidad al menos igual al importe de la ampliación, es decir, la existencia de un efectivo contravalor patrimonial no desvirtuado por otras partidas del activo o del pasivo del balance.

Por otra parte, el aumento de capital con cargo a reservas es una modalidad de autofinanciación empresarial caracterizada por una simple operación contable, en cuanto implica una transferencia de fondos de una cuenta a otra del pasivo del balance, por lo que como tal no supone alteración patrimonial cuantitativa alguna dado que los recursos propios —suma de capital social y reservas— seguirán siendo los mismos, y otro tanto cabe decir del patrimonio social. Lo que sí supone es una modificación cualitativa de dicho patrimonio, pues los fondos así transferidos pasan del régimen de disponibilidad de que gozaban como reservas a la indisponibilidad a que quedan sujetos como capital. Por tanto, un requisito esencial para la capitalización de las reservas o beneficios no es sólo que tengan la consideración de recursos propios, sino también que sean de libre disposición, dado que la capitalización es una de las formas a través de las que la sociedad ejerce su facultad de libre disposición sobre ellas.

Por disponibilidad de las reservas ha de entenderse, por tanto, la libertad para aplicarlas a cualquier fin, entre ellos el de reparto entre los socios. Y esa aplicación de las reservas tan sólo es posible en tanto no existan pérdidas que hayan de enjugarse previamente.

El artículo 273.2 de la Ley de Sociedades de Capital limita la libertad de la junta general a la hora de aplicar los resultados, en primer lugar el positivo del ejercicio corriente, pero también el reparto de las reservas de libre disposición en tanto el valor del patrimonio neto contable no siga siendo tras el reparto superior al capital social. Es más, resulta de la lógica del sistema que también debería incluirse junto al capital la reserva legal en el porcentaje legalmente exigido a la hora de computar el posible excedente de

patrimonio neto que quede de libre disposición. La libre disponibilidad de las reservas viene limitada por la función que están llamadas a desempeñar: la cobertura de pérdidas contabilizadas. Y si no son plenamente disponibles no reúnen los requisitos legalmente exigidos para su capitalización por el artículo 303.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

En definitiva, la verificación contable del balance que sirve de base al aumento del capital constituye un requisito exigido en interés no sólo de los socios sino, especialmente, de los acreedores sociales.

3. En el presente caso es cierto que el informe del auditor concluye con la opinión de su autor en el sentido de que las cuentas anuales del ejercicio 2013 expresan, en todos los aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad, pero lo hace «excepto por los efectos de aquellos ajustes que podrían haberse considerado necesarios si» hubiera podido verificar la información financiera auditada de las dos sociedades participadas que indica, pues al no haber dispuesto de la misma, desconoce «si de la misma pudieran derivarse aspectos que supusiesen la necesidad de realizar ajustes en los créditos registrados a corto plazo, por importes de 243 miles de euros y 146 miles de euros, respectivamente».

Con independencia de la doctrina de esta Dirección General sentada en las Resoluciones que cita el recurrente, que se refieren al depósito de cuentas, las salvedades contenidas en los informes de auditoría de cuentas han de analizarse con ponderación cuando se trata de determinar si efectivamente se da la situación de existencia de reservas disponibles que puedan servir de base a un aumento del capital social, pues sólo de darse el supuesto de hecho que legalmente lo autoriza está legitimada la capitalización de tales reservas. Por ello, debe garantizarse que los posibles ajustes en el balance que, según el informe del auditor, podrían ser necesarios no desvirtuarían la existencia de reservas disponibles en la cuantía en que son aplicadas en el aumento de capital cuestionado. Y lo cierto es que en el balance utilizado, al margen de los problemas que puedan plantear las referidas salvedades expresadas por el auditor, no existen partidas de reservas o primas de asunción en cuantía suficiente para servir de contravalor al total aumento del capital social de tener que realizarse los ajustes indicados en el informe de dicho auditor.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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

Madrid, 29 de enero de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.