

6473

RESOLUCIÓN de 12 de marzo de 2005 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto Eurotogala S.L. frente a la negativa del Registrador mercantil IV de Valencia, a inscribir el acuerdo de transformación de dicha sociedad de responsabilidad limitada en anónima.

Hechos**I**

La junta general extraordinaria y universal de Eurotogala S.L. celebrada el 22 de junio de 2004 adoptó el acuerdo de transformar la sociedad en sociedad anónima con aprobación del balance cerrado el día anterior al que se unió el informe sobre la valoración del patrimonio no dinerario elaborado por don Pablo Gago Gago, Economista, Auditor de Cuentas inscrito en el ROAC con el número 3033.

II

Elevado a público el acuerdo por escritura autorizada el 30 de junio siguiente por el Notario de Valencia don Enrique Robles Perea a la que se incorporó el citado informe y presentada copia de la misma en el Registro Mercantil de Valencia fue objeto de calificación negativa por la registradora IV del mismo según nota fechada el 1 de septiembre y en la que consta el siguiente fundamento de derecho que es el que interesa a los efectos del presente expediente: «4. No constar que el experto esté nombrado por el Registro Mercantil (art. 231 LSA en relación con el art. 38 de la misma Ley) Subsancable.

III

Por don Manuel Díaz de Marcos, como Administrador único de Eurotogala S. A. y actuando en su representación, se interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación registral con base en las siguientes alegaciones: que la calificación recurrida parte de asimilar el supuesto de transformación de sociedad de responsabilidad limitada en anónima al de aportación no dineraria; que las diferencias entre ambos son evidentes pues en el caso de transformación la sociedad mantiene su personalidad y el acuerdo de transformación ni puede alterar las participaciones de los socios en el capital ni la afectación del patrimonio social a la responsabilidad por las deudas sociales, en tanto que la aportación no dineraria con lleva un acto traslativo de dominio, transmisión que no existe en la transformación; que desde un punto de vista económico la aportación exige que exista una equivalencia entre el valor de los aportados y la contraprestación que reciba el aportante, y de ahí la cautela de la valoración innecesaria en el caso de transformación en que ni el activo ni el pasivo sufren modificación alguna; que desde el punto de vista contable las aportaciones no dinerarias conllevan un incremento de los fondos propios en tanto que la transformación es desde el punto de vista contable una operación neutra; que aportación no dineraria y transformación son figuras con sustantividad propia y de ahí la regulación independiente de que son objeto, resultando de los artículos 20, y 74 de la LSRL que la aportación no dineraria a una sociedad de responsabilidad limitada no precisa de valoración por experto independiente, siendo al regular su transformación en anónima cuando se exige la valoración por experto independiente del patrimonio social no dinerario en el art. 89; que la intervención de expertos así como de auditores, a designar en unos casos por el Registrador Mercantil y en otro no, aparece en diversas ocasiones aunque no de forma indiscriminada lo que obliga a plantearse que razón ha llevado al legislador a exigirlos; que en el supuesto del artículo 89 de la LSRL así como en el art. 231 de la LSA no se exige que el experto que valore el patrimonio haya sido nombrado por el Registrador, sin duda porque la nota de independencia no viene determinada por el hecho de que su designación la haga aquél, pues cualquier experto que no esté relacionado con la sociedad o incurra en otra incompatibilidad ha de ser hábil a tal fin y en esa línea se debe comprender el supuesto de aumento de capital por compensación de créditos del art. 156 b) de la LSA en que ha de informar el auditor de cuentas de la sociedad pese a haber sido designado por ella misma siendo un supuesto de mayor trascendencia para socios y acreedores que el de transformación; que en los expedientes de fusión o escisión los artículos 236 y 256 de la LSA exigen que el experto que informe los proyectos sea designado por el Registrador Mercantil, lo que no exige en el caso de transformación por lo que ha de entenderse que si hubiera considerado que procedía la designación por el mismo lo habría dicho; y, por último, que a mayor abundamiento, el informe del experto en caso de transformación no añade ninguna garantía pues tal valoración no lleva consigo posibilidad de alterar el balance, que no se podrá regularizar aunque el informe del experto concluya en que existe una sobre valoración o minus-

valoración de tal patrimonio, sin que queda aceptarse el criterio de ciertos sectores doctrinales que entienden que en el caso de que tal valoración resulte inferior en un 20% al que conste en el balance se ha de rechazar la inscripción, pues tal valoración es neutra y sin efecto jurídico, económico o contable alguno.

IV

El Notario autorizante de escritura emitió informe en el sentido de que la aplicación analógica de las normas tan solo cabe cuando se aprecia vacío legal e identidad de razón y en este caso tanto el artículo 89 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada como el 221 del Reglamento del Registro Mercantil exigen que el experto independiente haya de ser designado por el Registro y la posible justificación del fraude de ley que podría darse con la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada para posteriormente transformarla en anónima no corresponde apreciarlo a la calificación registral sino a los Tribunales de Justicia; que nuestro sistema de derecho está basado en la responsabilidad que a todo profesional se le supone y se le puede exigir y la designación por terceros o por sorteo son supuestos excepcionales a lo que no cabe acudir fuere de los casos en que la ley lo establece; y que la Resolución de 2 de junio de 2000 se limita a exigir informe de experto caso de existir en el patrimonio de la sociedad que se transforma elementos no dinerarios, pero sin que en ningún momento resulte de ella que se exige el nombramiento del experto por el Registrador Mercantil, que la de 23 de febrero de 2001 entiende aplicables en la transformación las normas por las que se rige la sociedad antes de su transformación y que, por último, el patrimonio está integrado fundamentalmente por acciones de sociedad cotizada valoradas por el cambio oficial de mercado.

V

Mediante escrito de 2 de noviembre de 2004, la Registradora elevó a este Centro el expediente con su informe.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 38, 41 y 231 de la Ley de Sociedades Anónimas, 21 y 89 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 10.1 y 13 de la Segunda Directiva, 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, y 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Se reduce la cuestión que da lugar al presente recurso a la idoneidad del experto que ha realizado la valoración del patrimonio social no dinerario de una sociedad de responsabilidad limitada que se transforma en sociedad anónima y cuya designación o elección han llevado a cabo los administradores de la sociedad en tanto que el registrador entiende que es competencia del Registro Mercantil.

2. Establece el artículo 231 de la Ley de Sociedades Anónimas al regular el supuesto de transformación de sociedades colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada en sociedades anónimas, que «el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario se incorporará a la escritura de transformación» y ello sin que previamente haya establecido claramente la obligación o necesidad de que se proceda a tal valoración ni por quien ha de realizarse. Igualmente, el artículo 89 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada al regular la transformación de las mismas establece que «si la sociedad resultante de la transformación fuera anónima o comanditaria por acciones se incorporará a la escritura el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario».

Dejando a un lado esta última norma, por otra parte un tanto sorprendente pues no parece la ley reguladora de las sociedades de responsabilidad limitada la más indicada para regular los requisitos que debe cumplir una sociedad para ser admitida como anónima, ha de centrarse el problema en la razón o justificación de ese informe, pues es el argumento de la analogía con otros supuestos de intervención de expertos legalmente necesarios donde el recurrente pone un especial énfasis.

3. El principio de integridad del capital social, el que éste corresponda a una efectiva aportación de bienes de valor al menos equivalente a la cifra que se asigne, sea con ocasión de la constitución de la sociedad o de un aumento de su capital, ha sido uno de los que presidieron la reforma del régimen de las sociedades anónimas por la Ley 19/1989, de 25 de julio, con lo que se daba satisfacción a su objetivo fundamental, la adaptación de nuestra legislación de sociedades a las Directivas de la Comunidad Económica Europea. En este punto la acomodación venía exigida por la Segunda de aquellas Directivas, la 77/91/CEE en materia de sociedades, de 13 de diciembre de 1976, cuya norma básica sobre la materia se contiene en el artículo 10.1 cuando exige que las aportaciones que no sean en metálico serán objeto de un informe emitido con anterioridad a la constitución de la sociedad o a la obtención de la autorización para comenzar sus actividades por uno

o varios peritos independientes de ésta, designados o aceptados por una autoridad administrativa o judicial.

Y la norma a través de la que se llevó a cabo esa acomodación pasó a ser el artículo 38 del texto refundido de que fue objeto la ley reguladora del tipo social por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, al aprobar el Texto Refundido de la nueva Ley. Esa norma atribuye con meridiana claridad la competencia para designar el o los expertos independientes que valoren las aportaciones no dinerarias al Registrador Mercantil. Pues bien, la exigencia de una valoración independiente del patrimonio social no dinerario en el caso de transformación de otro tipo social en sociedad anónima responde a la misma idea pues también responde a las exigencias de la normativa comunitaria. En concreto, el artículo 13 de la Directiva antes citada obligaba a los Estados miembros a tomar «las medidas necesarias para que se den garantías idénticas a las previstas en los artículos 2.º al 12 en el caso de transformación de una sociedad de otro tipo en sociedad anónima». Y a esa exigencia responde la intervención del experto o expertos independientes a que se refiere el artículo 231 de la Ley, evidentemente falta de una tan clara correlación con los supuestos de constitución o aportación como la que hacen las normas comunitarias, pero que no cabe duda que responden a la misma finalidad si se quiere tener por cumplido el objetivo de la Ley de acomodación y, por tanto, deben compartir identidad de régimen.

4. Es evidente, como alega el recurrente, que la transformación no supone la constitución de una nueva sociedad, pues claramente establece el legislador que la misma no cambia la personalidad jurídica de la sociedad objeto de tal proceso, que continuará subsistiendo bajo la nueva forma (arts. 91.1 de la LSRL y 231.1 de la LSA), ni implica una nueva aportación de bienes o derechos al patrimonio social, que seguirá siendo el mismo aunque representado a partir de entonces por acciones. Pero si cambia el régimen jurídico al que queda sujeta y en él rigen unos principios, entre ellos el ya señalado de la integridad del capital, que ha de observarse, máxime si no era legalmente esencial para la forma social que se abandona al estar sustituidos en ella por otros. Esas cautelas en beneficio de los acreedores que sustituyen a las previstas para la anterior forma social han de ser objeto de un estricto cumplimiento, so pena de dejar a aquéllos desamparados. Y así, la que impone el artículo 21.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada a cargo de los fundadores, los que eran socios al tiempo de acordar el aumento de capital, quienes realicen aportaciones no dinerarias y los administradores que las valoren puede sostenerse, aunque sea discutible, que se mantienen pese a la transformación durante el plazo que fija el apartado 4.º de la misma norma, pero parece evidente que tal garantía no podrá exigirse a los adquirentes de acciones de la sociedad una vez transformada aunque hayan sustituido a las participaciones cuya titularidad si llevaba aneja esa responsabilidad por haberse adquirido a cambio de aquellas participaciones.

Y es que si las cautelas legales en defensa de la valoración de las aportaciones no dinerarias llegan al punto de mantenerse para las llamadas aportaciones retardadas en el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, obligando a una previa valoración por experto –nombrado por el Registro Mercantil– los bienes adquiridos a título oneroso durante los dos primeros años desde la constitución cuyo valor exceda de la décima parte del capital social, sería absurdo que se hubiera dejado abierto al fraude un portón tan simple como el permitir que una sociedad constituida como de responsabilidad limitada con aportaciones no dinerarias, al igual que aquella cuyo capital se hubiera aumentado con el mismo tipo de aportaciones, pudiera transformarse al poco tiempo en anónima sin pasar por el control del valor real de tales aportaciones que para ésta se exige.

Con tal solución queda claro, además, cuales son las causas de incompatibilidad o de recusación de los expertos, el plazo para elaborar su informe, posible prórroga del mismo, retribución a percibir, etc. pues todo ello aparece regulado en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el presente recurso.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la capital de la Provincia en que radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello 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, 12 de marzo de 2005.–La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sr. Registrador Mercantil número IV de Valencia.

6474

RESOLUCIÓN de 12 de enero de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el Notario de Torelló don Javier Martínez Lehmann contra la negativa del Registrador de la Propiedad, titular del Registro número tres de Mataró, a inscribir una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca.

Resolución en el recurso interpuesto por el Notario de Torelló don Javier Martínez Lehmann contra la negativa del Registrador de la Propiedad, titular del Registro número 3 de Mataró, don Francisco Javier Lardies Ruiz, a inscribir una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca.

Hechos

I

El día 11 de enero de 2002 don Javier Martínez Lehmann, Notario de Torelló, autorizó una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca otorgada por don N.J.S.M. en nombre y representación de la entidad de crédito B.S.C.H., S.A.

En dicha escritura se expresa que don N.J.S.M. interviene, en nombre y representación de la entidad referida entidad, en virtud de escritura de poder otorgada ante el Notario de Madrid don Francisco Mata Pallarés número 559 de protocolo, que consta inscrita en el Registro Mercantil de Cantabria al tomo 675, folio 1501, hoja número S-1960, inscripción 547, haciendo constar el Notario autorizante de la escritura que don N.J.S.M. le asegura la vigencia e ilimitación de la representación alegada y que le exhibe copia autorizada e inscrita de la mencionada escritura de poder, en la que observa que en lo omitido no hay nada que amplíe restrinja ni, en modo alguno, modifique o condicione la parte transcrita y que juzga al compareciente, según interviene, con la capacidad y representación necesaria para el otorgamiento de la presente escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca.

II

Presentada copia de la anterior escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca en el Registro de la Propiedad número tres de Mataró, causó con fecha 11 de febrero de 2002, el asiento de presentación 444 del Diario 29, y fue calificada negativamente con base a los hechos y fundamentos de derecho que a continuación se transcriben únicamente en lo que atañe al defecto que es objeto del presente recurso:

«I. Hechos. a) No se justifica la representación.

II. Fundamentos de Derecho. a) En cuanto a la representación:

1.º La vigencia del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 1259.2 del Código Civil. Los contratos realizados sin poder o con poder insuficiente son nulos y, por tanto, inválidos. Como el artículo 18 de la Ley Hipotecaria impone al registrador la calificación bajo su responsabilidad, entre otras de “la validez de los actos dispositivos (...) cuya inscripción se solicita”, la representación alegada deberá ser objeto de la oportuna calificación, que sólo podrá realizar el registrador a la vista de los documentos aportados. Como quiera que el poder no está transcrito suficientemente ni tampoco se aporta, se precisa que se subsane dicha omisión para que la calificación pueda ser completa y acceder, en consecuencia, la transmisión al registro superado el tamiz que la calificación registral supone.

2.º Los artículos 98.3 de la Ley 24/2001 y 19 bis, párrafo 4.º, regla 2.ª in fine de la Ley Hipotecaria. Estos artículos confirman la necesidad de presentar la documentación complementaria (como la escritura de poder relacionada en Hechos) que la calificación registral precise (en la medida que exista una Ley que lo exija, v. gr. el artículo 18 de la Ley Hipotecaria antes citado).

3.º El artículo 98, apartados 1.º y 2.º de la Ley 24/2001, en relación con distintos preceptos del ordenamiento jurídico español, como son los artículos 24, 103, y 117 de la Constitución española; 1.259, 1.712 y 1.727 del Código Civil; 1, 3, 4 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 42.3 y 145.3 de la Ley General Tributaria (interpretado este último por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero y 31 de marzo de 1981, entre otras), a considerar que el juicio de suficiencia del Notario ex artículo 98.1 y 2 de la Ley 24/2001 se limita a operar en el plano de la responsabilidad profesional, sin que pueda suponer un cambio en la estructura de fuentes de nuestro ordenamiento ni, en consecuencia, alterar el procedimiento de calificación que resulta del artículo 18 de la Ley Hipotecaria comentado en el apartado 1.º y del que se infiere la necesidad de aportar la escritura de poder tantas veces comentada ...

Mataró, a 19 de febrero de 2002.–El Registrador, Don Francisco Javier Lardies Ruiz.»