

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

6350 *Resolución de 15 de marzo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles XV de Madrid, por la que se resuelve no practicar la inscripción de una escritura de aumento de capital y modificación parcial de estatutos.*

En el recurso interpuesto por don M. Á. M. Q. y L. Á. P. M., en nombre y representación de la mercantil «Fondo Colectivo de Ahorro, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles XV de Madrid, don Juan Pablo Ruano Borrella, por la que se resuelve no practicar la inscripción de una escritura de aumento de capital y modificación parcial de estatutos.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el 30 de junio de 2011 ante el notario de Madrid, don Inocencio Figaredo de la Mora, la mercantil «Fondo Colectivo de Ahorro, S. L.», con la comparecencia del secretario no consejero de su Consejo de Administración, procedió a elevar a público los acuerdos relativos a ampliar el capital social y, como consecuencia, a modificar el artículo 5.º de sus estatutos. A tal efecto, quedaron incorporados a la escritura: 1.–La correspondiente certificación del secretario de la que resulta, entre otros extremos, que la ampliación de capital se lleva a cabo con cargo a la reserva que, en concepto de prima de emisión de asunción de participaciones sociales por importe de 174.291,21 €, consta en el balance de la sociedad cerrado a 31 de diciembre de 2010, reserva que tras la ampliación de capital operada, queda reducida a la cantidad de 3.254,49 €; y 2.–Un balance de la sociedad cerrado a 31 de diciembre de 2010, junto con su informe de auditoría, aprobado por la Junta General dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo de aumento de capital, en el que consta lo siguiente en relación al apartado A) Patrimonio neto: «... II. Prima de emisión 174.291,21 €. 110. Prima de emisión o asunción 174.291,21 €. III. Reservas 3,87 €. 119. Diferencias por ajuste de capital a euros 3,87 €. V. Resultados de ejercicios anteriores –268.122,49 €. 120. Remanente 152.909,97 €. 121. Resultados negativos de ejercicios anteriores –421.032,46 €. VII. Resultado del ejercicio 68.884,32 129 €. Resultado del ejercicio 68.884,32 €. B) Pasivo no corriente...»

II

Presentada en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles XV de Madrid copia auténtica de la escritura referida, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «El registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente 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 por haber observado el/los siguiente/s defectos que impiden su práctica: Entidad: Fondo Colectivo de Ahorro SL No es inscribible el presente documento por cuanto del Balance aportado resulta: Prima de emisión 174.291,21, reservas por importe de 3,87 y resultado positivo del ejercicio 68.884,32, lo que arroja un total de 243.179,40. Sin embargo, existe un saldo negativo de 268.122,49, como resultado de ejercicios anteriores, que deducido de la anterior cantidad, resulta –24.943,09. Por tanto, el aumento de 171.036,72 no es posible

por no existir saldo suficiente (artículo 303 LSC). Matizando un poco más, se recoge lo siguiente de la Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 1999: «En aras del principio de realidad del capital social, el legislador establece determinadas cautelas, como la imposibilidad de creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad (artículo 47 de la Ley de Sociedades Anónimas) y la exigencia de acreditación suficiente y objetivamente contrastada de la realizada de esas aportaciones (cfr. artículos 38, 40, etc.), como requisito previo a la inscripción, lo que, 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 «y» no cabe estimar la alegación del recurrente de que, a efectos de la realización del aumento del capital debatido, las pérdidas que refleja un balance cerrado a mitad del ejercicio no pueden deducirse de la cifra de reservas que figura en dicho balance –que será la misma que figure en el balance referido al final del ejercicio anterior–. Y es que, a pesar de que en nuestra Ley de Sociedades Anónimas no exista un precepto como, por ejemplo, el párrafo 208.2 de la «Aktiengesetz» alemana, que proscriba el aumento del capital con cargo a reservas si en el balance figuran pérdidas, es indudable que lo importante no es el mero reflejo de la partida de reservas en el balance que sirva de base a la ampliación, sino la efectiva existencia de excedente del activo sobre el capital anterior y el pasivo exigible, según dicho balance –por más que sea el cerrado antes el final del ejercicio–, aunque las vicisitudes económicas de la sociedad posteriores a aquél puedan determinar luego la eliminación de esas pérdidas.» y la misma orientación recoge la resolución DGRN de 18/12/2010. Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores... Madrid, 12 de diciembre de 2011. El registrador (Firma ilegible y sello del Registro con nombre y apellidos del registrador)».

III

La anterior nota de calificación es recurrida gubernativamente ante esta Dirección General mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles XV de Madrid el 11 de enero de 2012, en el que don M. Á. M. Q. y don L. Á. P. M., en su condición de apoderados de la mercantil «Fondo Colectivo de Ahorro, S. L.», en el que hacen constar lo siguiente: 1.–Del texto del artículo 303 de la Ley de Sociedades de Capital resulta perfectamente claro que las reservas que podrán utilizarse para el aumento de capital con cargo a ellas son las reservas disponibles, las reservas por prima de asunción de participaciones sociales o de emisión de acciones, y la reserva legal en su totalidad si la sociedad fuera de responsabilidad limitada, es decir, una o varias reservas disponibles, no necesariamente todas ni tampoco que deban deducirse de ellas los resultados negativos de ejercicios anteriores, de modo que ni con la redacción de este artículo ni con la del artículo 157 de la Ley de Sociedades Anónimas tiene cabida el criterio en que sustenta su decisión el registrador por lo que mantener un criterio distinto al de la ley, es contrario al principio de Derecho cuyo enunciado establece que donde la ley no distingue no cabe distinguir; 2.–Sobre la matización adicional que hace el registrador que recoge del segundo de los fundamentos de Derecho de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de septiembre de 1999 y de 18 de diciembre de 2010 –respecto a las cautelas establecidas por el legislador en aras del principio de realidad del capital social, como la imposibilidad de creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la Sociedad y la exigencia de acreditación suficiente y objetivamente contrastada de la realidad de esas aportaciones, como requisito previo a la inscripción (artículo 59 de la ley de Sociedades de Capital)–, que esta exigencia, en la 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 artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital, consistirá en un balance debidamente aprobado por la Junta General referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo de aumento del capital, verificado

por el auditor de cuentas de la sociedad, o por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores, si la sociedad no estuviera obligada a verificación contable, justificación que ha sido cumplimentada por la Sociedad; 3.—Respecto a que en nuestra Ley de Sociedades Anónimas no existe un precepto como, por ejemplo, el parágrafo 208.2 de la «Aktengesetz» alemana, que proscriba el aumento del capital con cargo a reservas si en el balance figuran pérdidas y que lo importante no es el mero reflejo de la partida de reservas en el balance que sirva de base a la ampliación, sino la efectiva existencia de excedente del activo sobre el capital anterior y el pasivo exigible, según dicho balance, procede resaltar que la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Capital establece que las Cortes Generales han encomendado al Gobierno la elaboración de un texto refundido de las normas legales sobre sociedades de capital fijando los siguientes límites a tal encargo, que son la regularización, la aclaración y la armonización de los textos legales, añadiendo que regularizar significa ajustar, reglar o poner en orden, aclarar es eliminar las dudas de interpretación que suscitan los textos legales, determinando el alcance exacto de las normas, y la armonización impone la supresión de divergencias de expresión legal, unificando y actualizando la terminología e impone sobre todo superar las discordancias derivadas del anterior proceso legislativo, de modo que habida cuenta los precedentes límites fijados por las Cortes Generales en el encargo de refundición de normas legales a tener en cuenta en la elaboración del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, sorprende a esta Sociedad que no figure recogido de forma expresa en dicho texto refundido lo relativo a la operación de aumento de capital con cargo a reservas disponibles cuando en el balance figuran pérdidas, en aras de una mayor claridad y ausencia de conflictividad, a tenor del significado que se da a los términos regularización, aclaración y armonización de los textos legales, expuesto más arriba, por lo que el encargo de refundición no se ha cumplido, lo que se ve confirmado en el hecho de que el registrador continúa emulando en las resoluciones con posterioridad a la refundición de forma repetitiva, estereotipada, sin nuevos argumentos ni motivaciones, calificaciones como la que es objeto del presente recurso, sobre el precepto del parágrafo 208.2 de la «Aktengesetz» alemana, relativo a proscribir el aumento del capital con cargo a reservas si en el balance figuran pérdidas (precepto que no tiene cabida en nuestro derecho interno) o bien que el aumento de capital con cargo a reservas disponibles deba de hacerse después de absorbidos los eventuales resultados negativos de ejercicios anteriores y/o del propio ejercicio (interpretación que tampoco se deduce de los preceptos referidos a la operación de aumento de capital con cargo a reservas), además, el Plan General de Contabilidad trata la prima de emisión de participaciones incluyéndola dentro del subgrupo 11 de Reservas y otros instrumentos de patrimonio neto en la cuenta 110, no constituyendo una aportación de capital propiamente dicha ni como beneficio, sino más bien como una especie de aportación de segundo grado que ha de figurar en el pasivo del balance de la sociedad, como parte de los recursos propios, siendo su utilización muy similar a la de la reserva voluntaria, como tal, disponible; 4.—La negativa a inscribir el aumento de capital no solamente no protege sino que perjudica los intereses de los socios, porque lo aprobaron por unanimidad, y de los acreedores sociales u otros terceros, porque una operación de aumento de capital no puede sino beneficiarles, ya que el capital social es fundamentalmente una cifra de garantía frente a los acreedores sociales u otros terceros y su aumento produce un aumento de tal garantía —puede alegarse que el caso que ocupa se trata de un aumento puramente contable porque no se ingresan nuevos activos a la sociedad sino que sólo se trasladan unos recursos de una partida de Reservas a otra de Capital, pero la garantía frente a los terceros acreedores aumenta, porque la partida de reservas voluntarias es disponible por naturaleza, mientras que la partida de capital es indisponible, y solamente se puede disponer por la vía de la reducción si bien para la disminución se requiere cumplir ciertos requisitos, de modo que el aumento del capital, aunque lo sea con cargo a las reservas, constituye un beneficio también para los acreedores pues contribuye incluso a que se tenga que incrementar la cifra de las reservas legales (artículo 274 de la Ley de Sociedades de Capital)—; 5.—Por último, la

negativa a inscribir el aumento de capital minorra el concepto mismo de «reservas», concebido como fuente de financiación propia de la sociedad, de ahí su carácter de «libre disposición» contemplado en la Ley, por cuanto son susceptibles de utilización con el fin de incrementar la capacidad económica o estructura financiera de la empresa.

IV

El registrador emitió informe el día 25 de enero de 2012, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 59, 62, 63, 273, 295, 296, y 303 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 199 del Reglamento del Registro Mercantil; partes Tercera y Cuarta del Plan General de Contabilidad aprobado por el Decreto 1514/2007; Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990; y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de septiembre de 1999, 18 de octubre de 2002, 9 de abril de 2005, y 18 de diciembre de 2010.

1. Se plantea en el presente recurso si es o no inscribible un acuerdo de aumento de capital social de una sociedad de responsabilidad limitada, en la cifra de 171.036,72 €, mediante el aumento del valor de las participaciones sociales, todo ello con cargo a reservas por prima de emisión (174.291,21 €), reservas (3,87 €) y resultado positivo del ejercicio (68.884,82 €) –lo que arroja un total de 243.179,90 €–, cuando existe un saldo negativo como resultado de ejercicios anteriores de 268,122,49 €. El registrador estima que no existe saldo suficiente, mientras el recurrente considera que se han utilizado las reservas a que refiere el artículo 303 de la Ley de Sociedades de Capital justificándose ello mediante el balance aprobado y auditado; que al redactarse el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital no se ha incluido el precepto contenido en el párrafo 208.2 de la «Aktiengesetz», de modo que no cabe exigirse su cumplimiento; que la reserva por prima de emisión es una aportación de segundo grado que, si bien no constituye propiamente una reserva, su utilización es similar a las mismas y por tanto es disponible; y que la negativa a aumentar el capital perjudica a acreedores, a terceros y a los socios que aprobaron el aumento por unanimidad.

2. Como ya señaló la Resolución de este Centro Directivo de 18 de diciembre de 2010, la cual, aun resolviendo un recurso anterior a la entrada en vigor de la actual Ley de Sociedades de Capital ya tenía ésta en consideración en su fundamento, en aras del principio de realidad del capital social, no cabe crear participaciones sociales que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. A tal efecto, el legislador establece determinadas cautelas (aparte la proclamación expresa de tal proscripción en el artículo 59 de la Ley de Sociedades de Capital), como es 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 (artículos 296 y 303 de la referida 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.

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. En definitiva, 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 por el artículo 303 de la Ley de Sociedades de Capital para su capitalización.

A pesar de que ni en nuestra Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada antes, ni en el actual Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital –como señala el recurrente– exista un precepto como, por ejemplo, el parágrafo 208.2 de la «Aktiengesetz» alemana, que proscriba expresamente el aumento del capital con cargo a reservas si en el balance figuran pérdidas, es indudable que lo importante no es el mero reflejo de la partida de reservas en el balance que sirva de base a la ampliación, sino la efectiva existencia de excedente del activo sobre el capital anterior y el pasivo exigible, según dicho balance, aunque las vicisitudes económicas de la sociedad, posteriores a aquél, puedan determinar luego la eliminación de esas pérdidas.

Por lo expuesto, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 15 de marzo de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.