

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**7417** *Resolución de 26 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil de Palma de Mallorca a inscribir una escritura de transformación de una sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Palma de Mallorca, don Jesús María Morote Mendoza, contra la negativa del registrador Mercantil de Palma de Mallorca, don Eduardo López Ángel, a inscribir una escritura de transformación de la sociedad «Rool, S.A.», en sociedad de responsabilidad limitada.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Palma de Mallorca don Jesús María Morote Mendoza, el 30 de enero de 2015, se elevaron a público los acuerdos sociales adoptados por la junta general de accionistas de la sociedad «Rool, S.A.», celebrada con carácter universal el día 2 de enero de 2015, por los que con el voto unánime de todos los socios se transforma dicha entidad en sociedad de responsabilidad limitada. En dicha escritura el administrador declara «que el patrimonio social cubre el capital social, estando éste íntegramente desembolsado».

##### II

Presentada telemáticamente dicha escritura el 3 de febrero de 2015, fue objeto de la calificación negativa que a continuación se transcribe únicamente respecto de defecto que es objeto de impugnación: «El registrador mercantil que suscribe, 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: (...) Fundamentos de derecho (Defectos): 1.–(...). 4.–En relación a la manifestación prevista en el artículo 220.1.3.º del Reglamento del Registro Mercantil de que «el patrimonio social cubre el capital», y que se realiza en las «Disposiciones y Estipulaciones» apartado a) de la escritura: La manifestación por sí sola no puede prevalecer sobre la efectiva situación patrimonial de la sociedad cuando del balance –reflejo de esa situación– cerrado el día 31 de diciembre de 2014 resulta que la situación contable arroja unos fondos propios (patrimonio neto) inferiores a la cifra del capital social. Siendo los fondos propios (173.642,71 euros) inferiores al capital asignado (260.109,16 euros) se están adjudicando a los socios participaciones con un valor nominal que carece de contrapartida patrimonial efectiva (artículos 4.2, 23, 56 de la Ley de Sociedades de Capital, 3 y siguientes de la Ley de Modificaciones Estructurales, 220 del Reglamento del Registro Mercantil) (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de octubre de 2012). 5.–(...). En relación con la presente calificación: Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones (...). Puede impugnarse directamente ante el Juzgado de lo Mercantil de esta capital (...). Cabe interponer recurso (...). Palma de Mallorca, a 19 de febrero de 2015. El Registrador».

## III

El 4 de marzo de 2015, el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso contra la anterior calificación en el que alega los siguientes fundamentos de Derecho: «Primero.— El registrador, en su nota de calificación, cita una serie de preceptos legales (artículos 4.2, 23 y 56 de la Ley de Sociedades de Capital y artículo 3 «y siguientes» (¿?) de la Ley de Modificaciones Estructurales que en nada parecen ser de aplicación al presente caso. La cuestión gira, realmente, sobre el incumplimiento en la escritura de los requisitos del artículo 220 del Reglamento del Registro Mercantil, interpretada en los términos de la Resolución de ese Centro Directivo de 9 de octubre de 2012. Segundo.—La primera cuestión a debatir consiste en si debe mantenerse el criterio del Centro Directivo, criterio que el Notario que suscribe no comparte. En efecto, en la Resolución citada la propia Dirección General sostiene que dicho artículo reglamentario procede y era desarrollo del antiguo artículo 92.2 de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, artículo que fue derogado por el apartado 2.º de la disposición derogatoria de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Así pues, derogado el precepto legal que el Reglamento del Registro Mercantil desarrollaba, parece que debería considerarse derogado el precepto reglamentario, pues si no nos encontraríamos con un caso flagrante de reglamento praeter legem y no secundum legem, cosa que debe considerarse inadmisibles en nuestro sistema jurídico de fuentes del Derecho. Pero, adicionalmente, nos encontramos con que la redacción del artículo 92.2 de la extinta Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no había sido desarrollada por el artículo 220 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) exactamente en los mismos términos literales de la Ley. En efecto, ésta decía: «La escritura pública de transformación, en la que se incluirá la manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, de que el patrimonio social cubre el capital, se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, acompañada del balance cerrado el día anterior al del acuerdo de transformación». En cambio, el artículo 200 del Reglamento del Registro Mercantil dice: «1. Para su inscripción, la transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada se hará constar en escritura pública otorgada por la sociedad, en la que se incluirán los siguientes extremos: (...). 3.º La declaración de que el patrimonio cubre el capital social y de que éste queda íntegramente desembolsado. 2. A la escritura se acompañarán, para su depósito en el Registro Mercantil, los siguientes documentos: a) El balance de la sociedad cerrado el día anterior al acuerdo de transformación». He subrayado la parte que aquí interesa para poner de manifiesto que el Reglamento (aparte de cambiar «manifestación» por «declaración») ha omitido lo referente a la responsabilidad de los otorgantes de la escritura acerca de dicha manifestación sobre el patrimonio, pasando a ser éste, de «patrimonio social» de la Ley, a «patrimonio» a secas del Reglamento. La cuestión tiene importancia pues, cuando el precepto legal estaba vigente, el Reglamento podía ser fácilmente interpretado conforme a la dicción de la Ley, prevalente por jerarquía normativa, y por la evidente prohibición de Reglamentos contra legem. Pero, una vez derogada la Ley, si se pretende la subsistencia del precepto reglamentario ¿cómo deberá interpretarse éste, si la guía interpretativa (la ley) ha sido derogada? Son evidentes los problemas que se derivan de sostener que el artículo 220 del Reglamento del Registro Mercantil sigue vigente pese a haber sido derogada la norma con rango de Ley que le servía de cobertura, por lo que el criterio sostenido por la Dirección General en su Resolución de 9 de octubre de 2012, a juicio del Notario que suscribe, debe ser revocado por erróneo. Tercero.—No obstante lo anterior, e incluso aunque se considerara aún aplicable el artículo 220 del Reglamento del Registro Mercantil, no habría obstáculo a la inscripción que se pretende, puesto que en la escritura calificada con reparos por el registrador, se hizo constar expresamente la declaración exigida por el artículo 220 del Reglamento del Registro Mercantil (letra a) de la parte dispositiva de la escritura), por lo que no está ahí el obstáculo que aprecia el registrador, sino en que éste, entrando a interpretar el Balance presentado, entiende que, al constar en éste una cifra de patrimonio neto inferior a la cifra nominal del capital social, no existe un íntegro desembolso del capital social, y no puede procederse a la transformación en sociedad limitada que se

pretende. La primera cuestión que conviene aclarar aquí es si la mención que hace el artículo 220 del Reglamento del Registro Mercantil al «patrimonio» se refiere al patrimonio efectivo de la sociedad o al valor neto contable de ésta. Evidentemente, se trata de dos cuestiones diferentes, ya que es bien sabido que los principios contables recogidos en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, así como en todas las reglas contables de todas las organizaciones que en el mundo occidental van estableciendo los principios de contabilidad generalmente aceptados, exige contabilizar los activos por su valor de adquisición y no por su valor real, estando prohibidas las revalorizaciones de activos o el reflejo contable de plusvalías tácitas no realizadas, salvo que se amparen en alguna norma legal que permita dicha revalorización. Por otro lado, el valor de una empresa en funcionamiento nunca se estima por el valor contable recogido en los estados financieros, sino por otros criterios económicos (capitalización de rentas previstas futuras, activos intangibles, PER, etc.). A tal efecto, se puede mencionar el «Principio de empresa en funcionamiento» recogido en nuestro Plan General de Contabilidad: «1. Empresa en funcionamiento. Se considerará, salvo prueba en contrario, que la gestión de la empresa continuará en un futuro previsible, por lo que la aplicación de los principios y criterios contables no tiene el propósito de determinar el valor del patrimonio neto a efectos de su transmisión global o parcial, ni el importe resultante en caso de liquidación». Por ello, el antiguo artículo 92.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y el artículo 220 del Reglamento del Registro Mercantil exigen como dos requisitos distintos 1) la declaración de valor patrimonial por los otorgantes de la escritura y 2) el Balance cerrado el día anterior a la adopción del acuerdo: porque son dos elementos diferentes de juicio. Y ello por la intrínseca divergencia entre el valor contable de una empresa y su valor patrimonial estimado. No tendría ningún sentido que, si ambos conceptos fueran equivalentes, se exigiera su documentación en dos modos distintos. Aún más: según el antiguo artículo 92.2 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada la declaración de efectividad patrimonial era hecha bajo la responsabilidad de los otorgantes. Si dicho valor resultara directamente del Balance, no tendría ningún sentido que se respondiera de dicho valor; al menos más allá de la responsabilidad legal propia del falseamiento contable, pero eso ya sería asunto distinto al que aquí nos ocupa. Cuarto.— Por otro lado, téngase en cuenta que hablamos de transformación en sociedad de responsabilidad limitada, en la cual, por la propia configuración legal de esta segunda modalidad de configuración societaria, las aportaciones al capital mediante aportaciones no dinerarias, sea en la constitución de la misma, sea en ampliaciones de capital, no exige el requisito de valoración por expertos independientes (como sí se exige en las sociedades anónimas), bastando la declaración de los aportantes de dichos activos y su responsabilidad personal en los términos establecidos en la Ley. En consecuencia, en la transformación de una sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, en que se aporta un negocio en funcionamiento y, por tanto, se trata de una aportación no dineraria, no se explicaría por qué habría que pedir mayores requisitos sobre la efectividad de la aportación al capital que la que se exige en los demás supuestos de configuración del capital en las sociedades de responsabilidad limitada, en los que la ley se declara satisfecha con la mera manifestación de los otorgantes y con su responsabilidad; y eso es lo que ocurre en el supuesto de transformación de una sociedad anónima en una sociedad de responsabilidad limitada. En el presente caso los otorgantes de la escritura han manifestado en ésta, respondiendo de la veracidad de sus asertos, que el «patrimonio social» (que no el valor neto contable, que es otra cosa, aunque el registrador parezca confundir ambos conceptos) cubre el capital social; y con esa manifestación debería bastar, sin que pueda alegarse una ineffectividad o ausencia de aportación efectiva suficiente, como es suficiente en cualquier modalidad de aportación no dineraria a una sociedad de responsabilidad limitada».

## IV

Mediante escrito de 11 de marzo de 2015, el registrador Mercantil elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo, en el que tuvo entrada el 13 de marzo.

**Fundamentos de derecho**

Vistos los artículos 3, 4, 10, 11, 17, 18, 23, 34 y 56 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 23, 59, 78, 327, 363, 367 y 475 de la Ley de Sociedades de Capital; 37.6 del Reglamento [CE] n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea, 220 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de esta Dirección General de 9 de octubre de 2012 y 4 de febrero de 2014.

1. Mediante el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de transformación de una sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada en la que el administrador declara «que el patrimonio social cubre el capital social, estando éste íntegramente desembolsado».

Según el único de los defectos expresados en la calificación que ha sido impugnado, dicha manifestación, por sí sola, no puede prevalecer sobre la efectiva situación patrimonial de la sociedad cuando del balance cerrado dos días antes que la adopción del acuerdo de transformación resulta que la situación contable arroja unos fondos propios –patrimonio neto– (173.642,71 euros) inferiores a la cifra del capital social (260.109,18 euros), pues se están adjudicando a los socios participaciones con un valor nominal que carece de contrapartida patrimonial efectiva.

2. La cuestión planteada es análoga a la que fue objeto de la Resolución de este Centro Directivo de 9 de octubre de 2012 citada en la calificación impugnada, por lo que debe mantenerse el mismo criterio entonces adoptado.

La transformación societaria es una operación jurídica en virtud de la cual una compañía cambia el ropaje societario para adoptar un tipo social diferente. Entraña un cambio tipológico, pero se mantiene intacta la personalidad jurídica del ente social (artículo 3 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), lo que significa que se conserva el vínculo societario y se continúan todas las relaciones jurídicas con los terceros. Todo este proceso se hace cohonestando el interés social en continuar la personalidad jurídica bajo una nueva estructura societaria con el interés de los socios, a quienes se les reconoce el derecho de separación, y con el de los titulares de derechos especiales, a quienes se les atribuye un derecho de oposición, ampliándose a favor de todos ellos y de los acreedores las exigencias de información y de publicidad.

Es cierto que, como afirma el recurrente, ha desaparecido de la Ley la referencia que antes existía en sede de transformaciones de sociedades civiles o mercantiles en sociedad de responsabilidad limitada, en el derogado artículo 92.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al requisito de la manifestación expresa realizada por el otorgante en el propio título inscribible sobre el hecho de que «el patrimonio social cubre el capital» como todavía dispone, y dispone bien, el artículo 220.1.3.º del Reglamento del Registro Mercantil. Con todo, la propia Ley sobre modificaciones estructurales establece en su artículo 10.1 que el «acuerdo de transformación se adoptará con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se transforma» y, en el párrafo siguiente, que el acuerdo deberá incluir, entre otros extremos, «las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte». Así las cosas, la exigencia reglamentaria de la dicha «declaración» obviamente no puede reputarse contra legem toda vez que el principio de integridad del capital social rige para todas las sociedades capitalistas, limitadas incluidas. Efectivamente, es «nula la creación de participaciones sociales y la emisión de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad» y sigue estableciéndose que «No podrán crearse participaciones o emitirse acciones por una cifra inferior a la de su valor nominal» (cfr. artículo 59 de la Ley de

Sociedades de Capital). Si el patrimonio en el momento de la transformación no cubre la cifra de capital que se fija en estatutos ex artículo 23.d) de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad limitada nace a la vida jurídica como consecuencia de la transformación con participaciones sociales creadas sin (suficiente) contrapartida patrimonial tal y como argumenta el registrador.

Es cierto que las acciones de la sociedad que se transforma, de estar en una situación de infrapatrimonialización, carecen de ese efectivo y actual respaldo pero no por ello la transformación pueda perpetuar dicha situación. Y es que no es menos cierto que el legislador quiere en ocasiones establecer mecanismos e instituciones incentivos del restablecimiento del reequilibrio patrimonial como ocurre en sede de reducción forzosa de capital social (cfr. artículo 327 de la Ley de Sociedades de Capital), disolución por pérdidas [artículos 363.1.e) y 367 de la Ley de Sociedades de Capital] y en sede de modificaciones estructurales. Por ejemplo, la necesaria cobertura de la cifra de capital que impone para la sociedad resultante o beneficiaria ex artículo 34.3 de la Ley 3/2009 en sede de fusiones y escisiones, se exige como un requisito legal para que sean viables este tipo de operaciones y sin perjuicio de que la necesidad del informe del experto quede dispensada en atención en ciertos supuestos de fusiones y escisiones «simplificadas». Más aún, rige semejante requisito en el supuesto de traslado a territorio español del domicilio social por sociedad extranjera ex artículo 94.1 de la misma Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, supuesto ciertamente próximo al presente habida cuenta que, en sustancia, esa operación equivale a una «transformación transfronteriza». Tan razonable es esa exigencia, tan conforme con Derecho europeo, que el propio legislador comunitario contempla el necesario cumplimiento de semejante requisito cuando regula la transformación de una sociedad anónima europea existente en «SE» (cfr. artículo 37.6 Reglamento [CE] n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea y artículo 475 de la Ley de Sociedades de Capital). Hay que entender que si la sociedad anónima no tiene el patrimonio suficiente para la cobertura de capital social en la cifra establecida para la sociedad limitada que se constituye, la operación de transformación es inviable a menos que se restablezca el equilibrio patrimonial por el procedimiento que sea (reducción para compensar pérdidas, aportaciones de los socios imputables al neto, concesión de préstamos participativos por socios o por terceros, etc.). Esta prohibición constituye un incentivo de «regularización» patrimonial que se dicta en interés de terceros que no tienen en la transformación derecho alguno a oponerse a la misma.

Por lo demás, en los casos en que el cumplimiento de la exigencia de efectiva cobertura patrimonial del capital social no resulte del balance aportado, por haberse producido modificaciones patrimoniales significativas con posterioridad al mismo, no puede estimarse suficiente la mera declaración del otorgante sino que, como se colige de lo establecido en el artículo 9.1.2.º, in fine, de la Ley 3/2009, deberá ser respaldada dicha manifestación por el informe que sobre tales modificaciones patrimoniales posteriores exige dicha precepto legal.

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, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 26 de mayo de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.