

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**9683** *Resolución de 25 de julio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Santa Cruz de Tenerife a inscribir una escritura de transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en sociedad anónima.*

En el recurso interpuesto por don Nicolás Castilla García, notario de Arona, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Santa Cruz de Tenerife, don Andrés Baretino Coloma, a inscribir una escritura de transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en sociedad en sociedad anónima.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el notario de Arona, don Nicolás Castilla García, el día 31 de marzo de 2017, con el número 1.764 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos sociales adoptados por la junta general de la sociedad «Grupo Sitrasa Canarias, S.L.», celebrada con carácter universal el día 1 de diciembre de 2016, por los que con el voto unánime de todos los socios se transforma dicha entidad en sociedad anónima. En dicha escritura el administrador manifiesta lo siguiente: «(...) d) Balance.—Según el balance que fue aprobado por la junta universal, el valor de los activos asciende a la cantidad de doscientos ochenta y dos mil doscientos ochenta euros con setenta y seis céntimos (282.280,76 €) y el valor del pasivo corriente, sin tener en cuenta el patrimonio neto o fondos propios asciende a la cantidad de ciento ochenta mil diez euros con cuatro céntimos (180.010,04 €). e) Informe de expertos. En concreto del balance se desprende que 1a entidad cuenta con efectivo y activos líquidos equivalentes por importe de doscientos mil quinientos cincuenta y siete euros con cincuenta y siete céntimos (200.557,57 €), superior al pasivo corriente antes citado en veinte mil quinientos cuarenta y siete euros con cincuenta y tres céntimos (20.547,53 €). Así pues, toda vez que según el referido balance aprobado por la Junta General, el patrimonio social dinerario cubre el capital social existente más todo el pasivo corriente, yo, el notario, hago constar que entiendo, de conformidad con la Resolución de la Dirección General de los Registros y de Notariado de fecha cuatro de febrero de dos mil catorce, que no es legalmente exigible el informe de expertos independientes (...)».

##### II

El día 10 abril de 2017 se presentó copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Santa Cruz de Tenerife, con asiento de presentación número 2254 del Diario 70, número de entrada 1/2017/2900, y fue objeto de la calificación negativa que, a continuación, se transcribe únicamente respecto de defecto que es objeto de impugnación: «Andrés Baretino Coloma, Registrador Mercantil de Registro Mercantil de Tenerife, 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.—(...) 2.—Se requiere para la inscripción de la transformación de sociedad limitada en sociedad anónima la elaboración de un informe por experto independiente sobre el patrimonio no dinerario (del balance de transformación resultan partidas que tienen la naturaleza de no dineraria, como el

inmovilizado material y las inversiones financieras a corto plazo). El experto lo designará el Registrador Mercantil a solicitud de los administradores. Asimismo, el informe habrá de incorporarse a la escritura -art. 18.3 de la Ley de 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, art. 67 LSC, arts. 221.1.d) y 338 del RRM, y resolución DGRN de 4 de febrero de 2014 (BOE Núm. 50 de 27 de febrero de 2014). Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación: (...) Santa Cruz de Tenerife, a 25 de Abril de 2017 (firma ilegible) El Registrador».

## III

Contra la anterior nota de calificación, don Nicolás Castilla García, notario de Arona, interpuso recurso el día 9 de mayo de 2017 en el que alega lo siguiente: «Hechos: I.–(...) III.–Para mejor comprensión del caso que nos ocupa, resulta conveniente destacar que del propio balance mencionado por la nota de calificación, y que sirve de base a los referidos acuerdos, se desprende que la sociedad tiene activos dinerarios en cuantía suficiente para cubrir todo el pasivo exigible (todo el pasivo, salvo fondos propios o patrimonio neto) y el capital social de la entidad objeto de transformación, extremo que se puso de manifiesto en la escritura objeto de calificación desfavorable y que en ningún caso ha sido cuestionado por el Sr. Registrador Mercantil. IV.–Así pues, resumidamente se centra el presente recurso en dilucidar si para la transformación de una S.L., que tiene patrimonio no dinerario, en S.A., es necesario el informe del experto independiente sobre dicho patrimonio no dinerario en todo caso, o solo en los casos en que ese patrimonio no dinerario sea relevante a efectos de garantizar el principio de integridad del capital. Fundamentos de Derecho Entiendo que la expresada nota, en cuanto al segundo defecto antes transcrito, es improcedente y que, en consecuencia, la calificación registral no se ajusta a derecho, por los extremos que expongo a continuación. El centro directivo al que me dirijo, en resolución de fecha diecinueve de julio de dos mil dieciséis, ya resolvió declarando que no era exigible el informe de experto independiente en los casos en que la sociedad contaba únicamente con patrimonio dinerario. En dicha resolución el centro directivo hace una excelente exposición de los principios que informan la operación jurídica de transformación societaria, resumiendo los hitos fundamentales del historial legislativo al respecto. Para evitar redundancias cito a continuación únicamente los argumentos fundamentales de la misma, con algún pequeño matiz. La transformación es una operación compleja, en virtud de la cual se permite a un sociedad mercantil adoptar un diferente tipo social manteniendo intacta la personalidad jurídica del ente social, lo que permite a la sociedad una continuidad en sus relaciones jurídicas con terceros. Tal proceso debe cohonstar ese interés social de conservación de la personalidad jurídica 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. Un presupuesto básico de tan compleja operación jurídica es que la sociedad cumpla los requisitos legalmente exigibles para el reconocimiento de la sociedad en que es transformada, entre los cuales tiene especial importancia la cifra de capital social. Así pues, el legislador tradicionalmente se ha mostrado preocupado por evitar que por medio de la transformación social se lleguen a emitir acciones o a crear participaciones que carezcan de un respaldo patrimonial efectivo en contra de la prohibición establecida en el artículo 59 de la Ley de Sociedades de Capital. En tal sentido, la referencia del antiguo artículo 231 de la Ley de Sociedades Anónimas a las «menciones previstas para la de constitución de una sociedad anónima», amparaba la remisión a los preceptos relativos a las aportaciones no dinerarias encuadrando la exigencia del informe de expertos en el ámbito del principio de integridad de capital. De este modo se entendía que el informe de expertos sobre el patrimonio no dinerario debía tener por objeto esencial la valoración del mismo, a fin de que las acciones emitidas como consecuencia de la transformación contasen con el debido respaldo patrimonial. Es importante destacar que, en sede de

transformación de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad anónima, en ningún caso el contenido del informe se extendía a la valoración del pasivo exigible y que se limitaba expresamente al patrimonio no dinerario y a su valoración, en línea con los requisitos de constitución, dejando fuera de su ámbito el patrimonio dinerario, lo que obedecía a la lógica de las cosas pues este último en cuanto integrado por dinero, no precisaba de valoración alguna más allá de la expresión de su cantidad, circunstancia que resultaba del balance presentado junto con la escritura pública. Por esta causa, cuando en los supuestos de transformación de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad anónima resultaba del balance la inexistencia de patrimonio no dinerario, la Dirección General de los Registros y el Notariado consideró innecesario llevar a cabo el examen por experto independiente y por tanto afirmó la imposibilidad de su exigencia (Resolución de 2 de junio de 2000). Así pues, resulta decisivo en este sentido tener en cuenta que en sede de transformación la cuestión trascendental no era, como en la constitución, la acreditación de la realidad de las aportaciones (pues el activo del balance podía tener orígenes muy distintos una vez que la sociedad existía y actuaba en el tráfico), sino la determinación de la suficiencia patrimonial para cubrir la cifra da capital; de ahí que el contenido del informe técnico se limitase a la valoración del patrimonio no dinerario. Con la entrada en vigor de la Ley 3/2009, de 3 de abril, se derogaron los preceptos correspondientes de la Ley de Sociedades Anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada relativos a la transformación de tales tipos sociales, y se dispuso en lo que aquí interesa en cuanto a la transformación, la siguiente norma del apartado tercero del artículo 18 dedicado a la escritura pública de transformación: «Si las normas sobre la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte así lo exigieran, se incorporará a la escritura el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social». Con tales precedentes, suscitada la cuestión relativa a si la supresión de la expresión «no dinerario» implicaba la necesidad de que el informe del experto se extendiese a la totalidad del patrimonio social o si, por el contrario, debía entenderse que el régimen legal no había variado dada la remisión del precepto a las normas sobre constitución de la sociedad, el centro directivo resolvió en el segundo sentido en la resolución citada, partiendo del hecho de que, como ya entendió la Resolución de 4 de febrero de 2014, existen razones de peso para considerar que la redacción del artículo 18.3 no supone una alteración del régimen existente, en este punto específico. Y ello con base en los siguientes argumentos: En primer lugar, porque la remisión que hace el artículo 18.3 de la Ley 3/2009 al régimen de la sociedad anónima implica que el informe de experto independiente será exigible en los mismos casos en que es preciso para la constitución. De dicho régimen resulta que en ningún supuesto dicho informe abarca otra cosa que el patrimonio no dinerario y su valoración como resultaba del artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas (en la redacción que le dio precisamente la Ley 3/2009, en su disposición final primera), y como resulta hoy indubitadamente del artículo 67 de la Ley de Sociedades de Capital, primero de los artículos contenidos en el Capítulo II, Título tercero, relativo a la valoración de las aportaciones no dinerarias en la sociedad anónima. En segundo lugar, porque de lo anterior se sigue que la remisión que hace la Ley 3/2009 al régimen, en este caso, de la sociedad anónima no puede implicar que el contenido del informe técnico de valoración sea más amplio que el previsto en la propia normativa a que se remite. Como pone de relieve el Preámbulo de la Ley 3/2009, el legislador ha procurado que su contenido se inserte armoniosamente en el conjunto legal de las sociedades mercantiles por lo que no puede afirmarse que el artículo discutido se refiere a un informe de experto que, si se entiende referido a todo el patrimonio, no existe en la Ley a que se remite, como resulta del artículo 67 de la Ley de Sociedades de Capital, «2. El informe contendrá la descripción de la aportación, con sus datos registrales, si existieran, y la valoración de la aportación, expresando los criterios utilizados y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida. 3. El valor que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos». Sólo si una norma especial exige un informe de contenido más amplio en sede de constitución de la sociedad el artículo 18.3 habilita para su exigencia en régimen de transformación. Así ocurría en el supuesto

previsto en el artículo 326 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas para el caso «de constitución de una sociedad anónima europea mediante la transformación de una sociedad anónima española», precepto que hoy está integrado en la Ley de Sociedades de Capital (vid. artículos 474 y 475). En tal supuesto se exige que el experto haga un juicio de valoración para el que ha de tener en cuenta la totalidad del patrimonio social. No sólo debe llevar a cabo una valoración del patrimonio no dinerario sino también hacer una apreciación del pasivo y del dinerario a fin de obtener un neto. Pero fuera de los supuestos que cuentan con respaldo legal específico (vid. también el artículo 94.1 de la Ley 3/2009 relativo al traslado a España de sociedad ajena al Espacio Económico Europeo), no tiene amparo la exigencia de un informe con un contenido distinto al previsto legalmente. En tercer lugar, porque la exigencia de que el informe abarque todo el patrimonio social y no sólo el no dinerario no añade ningún elemento que justifique su demanda. Es más, la propia Ley de Sociedades de Capital (y antes la Ley de Sociedades Anónimas), excluye la exigencia de informe técnico en la aportación no dineraria cuando su existencia resulta innecesaria (de acuerdo a las modificaciones introducidas en el ámbito europeo por la Directiva 2009/109/CE, de 16 de septiembre). Así ocurre cuando los bienes tienen un valor objetivo fijado en un mercado oficial o cuando han sido anteriormente objeto de una valoración realizada por experto independiente con otra finalidad (artículo 69 de la Ley de Sociedades de Capital). Como ha tenido ocasión de recordar esta Dirección General (vid. las Resoluciones de 9 de octubre de 2012 y 26 de mayo de 2015), en esta materia lo trascendente es determinar que el patrimonio neto cubre el capital social a fin de que no se vulnere el principio de integridad del capital. En sede de transformación en sociedad anónima dicha circunstancia resulta suficientemente acreditada si con la preceptiva aportación del balance y del informe del técnico sobre valoración del patrimonio no dinerario resulta la necesaria cobertura del neto patrimonial en relación al capital escriturado. Nada añadiría extender el contenido del informe del experto a la valoración de un patrimonio dinerario contenido en balance cuyo valor resulta de la partida correspondiente. En cuarto lugar no puede obviarse que la legislación mercantil se enmarca en una tendencia legislativa fuertemente capitaneada por la Unión Europea (véanse los considerandos de la Directiva 2009/109/CE, de 16 de septiembre, y su transposición en Preámbulo de la Ley 1/2012, de 22 de junio, que modifica tanto la Ley 3/2009 como la Ley de Sociedades de capital), que impulsa una política de simplificación del Derecho de sociedades que se traduce en una reducción de trámites y de cargas que no resulten imprescindible. Bajo esta cobertura conceptual no puede pretenderse dar un alcance interpretativo a una norma., como el artículo 18.3 de la Ley 2/2009, que desborde el estricto ámbito de su finalidad de proporcionar junto al balance, los elementos necesarios para garantizar la cobertura del principio de integridad del capital. En resumen, porque, como puso de relieve el Centro Directivo en Resolución de 2 de febrero de 2011, al interpretar el artículo 34 de la Ley 3/2009 (antes de su reforma por la Ley 1/2012), hay que atender al interés protegido y a la finalidad de la norma para determinar el alcance de la exigencia del informe de experto independiente. De este modo se consigue una interpretación armoniosa del artículo 18.3 de la Ley 3/2009, tanto en relación con el régimen al que se remite, el de constitución de sociedades, como el de la normativa de la que forma parte (vid. artículos 34, 49 y 78 de la Ley 3/2009). Y por tales motivos concluyó afirmando que el artículo 18.3 de la Ley 3/2009 debe entenderse en el sentido de que el informe del experto independiente a que hace referencia debe comprender exclusivamente el patrimonio no dinerario. Recapitulando lo hasta aquí expuesto, la conclusión es que por todos los antedichos argumentos la Resolución de fecha diecinueve de julio de dos mil dieciséis da por sentado el principio de que, en materia de transformación de sociedades, el artículo 18.3 de la Ley 3/2009 no supone alteración del régimen legal de la transformación social, de forma que no en todo caso es necesario el informe de experto independiente para la valoración del activo, y en particular excluye de tal requisito el supuesto particular planteado en el recurso, en el que la sociedad contaba únicamente con patrimonio dinerario. Partiendo pues de dicha base, en el presente recurso se plantea un supuesto que va un paso más allá, cuestionando si es posible prescindir del informe en los casos en

que del balance de la sociedad que se transforma resulta claramente que la misma cuenta con patrimonio dinerario suficiente para cubrir no solo su capital social y los fondos propios indisponibles, sino además todo el pasivo exigible, excluidas lógicamente el resto de partidas que integran el patrimonio neto o fondos propios. Entiendo que la respuesta debe ser afirmativa, por todos los argumentos hasta aquí expuestos. Recordando el tenor literal del referido artículo 18.3 «Si las normas sobre la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte así lo exigieran, se incorporará a la escritura el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social», considero perfectamente admisible una interpretación del mismo que entienda que la referencia a las normas de constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte, es una referencia para garantizar que las aportaciones que cubren el capital social, en caso de ser no dinerarias, sean objeto de informe. De forma que, si en sede de una transformación, tenemos una sociedad cuyo patrimonio dinerario cubre el capital social y las reservas o fondos propios no disponibles, y más aún, para evitar cualquier tipo de duda que pueda plantearse en relación con la integridad del capital, cubre también todo el pasivo exigible, no es necesario aportar informe de experto independiente en cuanto al resto del patrimonio no dinerario de la sociedad. Preguntémonos qué aportaría el informe en tal supuesto y la respuesta será forzosamente negativa: nada. Como bien dice la Dirección General en la resolución cuyos argumentos aquí se reproducen, no añadiría ningún elemento que justifique su demanda. Un sencillo ejemplo contable resulta muy ilustrativo, en mi opinión. Supongamos que la sociedad en cuestión, con carácter previo a la transformación, hubiese dado de baja ese patrimonio no dinerario, vía amortización, o vía enajenación gratuita (hace poco la propia Dirección General admitió la validez de una donación efectuada por una sociedad mercantil), La situación del balance de la entidad habría cambiado haciendo desaparecer los activos no dinerarios y minorando sus fondos propios disponibles (que los hay), vía pérdidas. Y nos encontraríamos con que únicamente habría activo dinerario, eso sí, en cuantía bastante para cubrir el capital social y el pasivo exigible, pues, del balance se desprende que esta sociedad cuenta con beneficios pendientes de distribución (fondos propios disponibles) suficientes para cubrir el valor de todo el activo no dinerario. Conviene recordar ahora que esta cuestión no ha sido rebatida, ni siquiera cuestionada en la nota de calificación. En tal caso, necesariamente convendríamos en la ausencia de necesidad del informe de acuerdo con la antes mencionada resolución de 19 de julio de 2016. Surge entonces la pregunta inevitable: por qué castigar con la exigencia del informe a una sociedad que presenta una situación patrimonial mucho mejor que la que presentaba la entidad objeto de la transformación que dio lugar a dicha resolución; qué justificaría su demanda. Opino que la respuesta es obvia: nada. La interpretación contraria nos llevaría a la absurda conclusión de no exigir el informe a la sociedad si se hubiera deshecho de sus activos no dinerarios sin contraprestación alguna, y en cambio exigirlo si hubiera mantenido tales activos. Una representación simplificada del balance en ambos supuestos resulta esclarecedora (...) Defiendo que la interpretación del artículo 18.3 de la Ley 3/2009 no puede realizarse en términos tan estrictos y rigurosos como para llegar al extremo de amparar tal absurdo. En resumidas cuentas, una interpretación acorde a la política de reducción de trámites y de cargas que no resulten imprescindibles en el derecho societario de la que es reflejo la Ley 3/2009, y una interpretación teleológica de la norma del artículo 18.3 de la Ley 3/2009 que tenga en cuenta que en esta materia lo trascendente es determinar que el patrimonio neto cubre el capital social a fin de que no se vulnere el principio de integridad del capital, tal y como es doctrina de la Dirección General, debe conducirnos a aceptar la no exigibilidad del informe de experto independiente en los supuestos de transformación societaria en sociedad anónima, si del balance se desprende que está garantizado el principio de integridad del capital en los términos antedichos, es decir, si el patrimonio dinerario cubre el pasivo exigible y el capital social y fondos propios no disponibles, pues tal situación contable solo es posible porque la sociedad cuenta con reservas y con fondos propios disponibles (por ejemplo como en este caso: beneficios sin distribuir) por valor superior al del patrimonio no dinerario, cuya valoración deja así de ser relevante. No he hecho mención alguna a la cuestión relativa a la valoración del pasivo exigible porque de ningún

precepto legal se desprende relevancia alguna del mismo a los efectos que aquí nos ocupan. Si el legislador hubiera pretendido un previo saneamiento financiero o auditoría de la entidad antes de su transformación, sin duda lo habría exigido expresamente. Pero más bien al contrario, el legislador ha pretendido flexibilizar los trámites».

## IV

Mediante escrito, de fecha 23 de mayo de 2017, el registrador Mercantil elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 326 de la Ley Hipotecaria; 3, 4, 6, 10, 11, 18, 19, 34, 49, 78 y 94 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 23, 59, 62, 67, 69, 77, 474 y 475 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; 134, 136 y 140 de la Ley de 17 de julio 1951, sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas; 224, 227 y 231 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 88 y 90 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo único de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España; 221.1 y 338 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 2000, 2 de febrero de 2011, 6 de julio y 9 de octubre de 2012, 12 de marzo y 3 de junio de 2013, 4 de febrero de 2014, 26 de mayo de 2015 y 19 de julio de 2016.

1. Mediante el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de transformación de una sociedad de responsabilidad limitada sociedad anónima que el registrador rechaza por el motivo de que no se incorpora a la escritura informe de experto independiente sobre el patrimonio social no dinerario que figura en el balance.

En la escritura pública el notario expresa que, al resultar del balance aprobado por la junta general que el patrimonio social dinerario cubre el capital social existente más todo el pasivo corriente, entiende, conforme a la Resolución de esta Dirección General de 4 de febrero de 2014, que no es legalmente exigible el informe de expertos independientes.

2. Según el artículo 3 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, «en virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica».

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, lo que significa que se conserva el vínculo societario y se continúan todas las relaciones jurídicas con los terceros. Todo este proceso se hace cohonstando 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.

Tan compleja operación jurídica parte de unos presupuestos que, en lo que ahora interesa, implican tanto el cumplimiento de los requisitos exigibles para la sociedad que se transforma como el cumplimiento de los requisitos legalmente exigibles para el reconocimiento de la sociedad en que es transformada (vid. artículo 10 de la Ley 3/2009).

Entre las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte tiene especial importancia, en lo que a este expediente se refiere, la cifra de capital social -artículo 23.d) de la Ley de Sociedades de Capital-. El legislador español se ha mostrado especialmente preocupado en que la operación de transformación no suponga ni ampare la violación de un principio básico de las sociedades capitalistas como es el de integridad del capital. Se trata de evitar que por medio de la transformación social se llegue a emitir

acciones o a crear participaciones que carezcan de un respaldo patrimonial efectivo en contra de la prohibición establecida en el artículo 59 de la Ley de Sociedades de Capital.

Es cierto que las acciones o participaciones de la sociedad que se transforma, de estar en una situación de infrapatrimonialización, carecen de ese efectivo y actual respaldo pero de ello no se sigue que 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 equilibrio 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 se 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. artículos 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 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.

3. La importancia de estas afirmaciones se pone especialmente de relieve si se atiende al hecho de que ya el régimen de sociedades anónimas de la Ley de 1951 exigía, en su artículo 140, que a la escritura de transformación se acompañase una «...relación valorativa del patrimonio social no dinerario...». Dicha exigencia era, sin embargo, limitada, pues al igual que en la constitución de la sociedad (vid. artículo 32), la Ley de 1951 no contenía mecanismos previos de verificación del valor que garantizaran la inviolabilidad del principio de integridad del capital.

Como es bien sabido este esquema legal respecto de las aportaciones no dinerarias se modificó profundamente a raíz de la reforma de 1989 en línea con las directrices de la Segunda Directiva en materia de Sociedades (vid. artículos 10 y 27 Directiva 1977/91/CEE, de 13 de diciembre), exigiendo que la valoración de los elementos no dinerarios se respaldase por un informe elaborado por experto independiente (vid. artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas en la redacción que le dio la Ley 3/2009 en su disposición final). El informe técnico tenía por finalidad garantizar el respeto al principio de integridad del capital respaldando la prohibición de emitir acciones por debajo de la par o sin respaldo patrimonial (artículo 47 de la Ley de Sociedades Anónimas).

La lógica del sistema se trasladó a la operación de transformación de la sociedad de modo que su artículo 231 afirmaba que la escritura de transformación debía venir acompañada de: «El informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario». En términos similares el artículo 89 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establecía lo siguiente: «Si la sociedad resultante de la transformación fuere anónima o comanditaria por acciones, se incorporará a la escritura el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario». Concordantemente, el artículo 221 del Reglamento del Registro Mercantil exigió para practicar la inscripción que

la escritura pública contuviese «1. (...) d) El informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario».

Ninguno de los preceptos transcritos especificaba a qué informe de expertos se refería pero lo cierto es que la anterior referencia del artículo 231 de la Ley de Sociedades Anónimas (y en términos similares el artículo 89 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), a las «menciones previstas para la de constitución de una sociedad anónima», amparaba la remisión a los preceptos relativos a las aportaciones no dinerarias encuadrando la exigencia en el ámbito del principio de integridad de capital. De este modo se entendía que el informe de expertos sobre el patrimonio no dinerario debía tener por objeto esencial la valoración del mismo a fin de que las acciones emitidas como consecuencia de la transformación contasen con el debido respaldo patrimonial.

Es importante destacar que en sede de transformación de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad anónima, el contenido del informe se limitaba expresamente al patrimonio no dinerario y a su valoración, en línea con los requisitos de constitución, dejando fuera de su ámbito el patrimonio dinerario, lo que obedecía a la lógica de las cosas pues este último en cuanto integrado por dinero, no precisaba de valoración alguna más allá de la expresión de su cantidad, circunstancia que resultaba del balance presentado junto con la escritura pública. Por esta causa, cuando en los supuestos de transformación de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad anónima resultaba del balance la inexistencia de patrimonio no dinerario, este Centro Directivo consideró innecesario llevar a cabo el examen por experto independiente y por tanto afirmó la imposibilidad de su exigencia (Resolución de 2 de junio de 2000). Es importante igualmente tener en cuenta que en sede de transformación la cuestión trascendental no era, como en la constitución, la acreditación de la realidad de las aportaciones (pues el activo del balance podía tener orígenes muy distintos una vez que la sociedad existía y actuaba en el tráfico), sino la determinación de la suficiencia patrimonial para cubrir la cifra de capital; de ahí que el contenido del informe técnico se limitase a la valoración del patrimonio no dinerario.

4. El régimen jurídico descrito es el vigente a la entrada en vigor de la Ley 3/2009, de 3 de abril. El nuevo texto, que deroga los preceptos correspondientes de la Ley de Sociedades Anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada, dispone lo siguiente en la materia que constituye el objeto de esta resolución, en el apartado tercero del artículo 18 dedicado a la escritura pública de transformación: «Si las normas sobre la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte así lo exigieran, se incorporará a la escritura el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social».

En la interpretación de esta norma debe determinarse si el informe debe referirse a la totalidad del patrimonio social o sólo al no dinerario. En definitiva, se trata de dilucidar si la supresión de la expresión «no dinerario» implica la necesidad de que el informe del experto se extienda a la totalidad del patrimonio social o si, por el contrario, el régimen legal no ha variado dada la remisión del precepto a las normas sobre constitución de la sociedad.

5. Como ya entendió este Centro Directivo en las Resoluciones de 4 de febrero de 2014 y 19 de julio de 2016, existen razones de peso para considerar que la redacción del artículo 18.3 no supone una alteración del régimen existente, en este punto específico.

En primer lugar, porque la remisión que hace el artículo 18.3 de la Ley 3/2009 al régimen de la sociedad anónima implica que el informe de experto independiente será exigible en los mismos casos en que es preciso para la constitución. De dicho régimen resulta que en ningún supuesto dicho informe abarca otra cosa que el patrimonio no dinerario y su valoración como resultaba del artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas (en la redacción que le dio precisamente la Ley 3/2009, en su disposición final primera), y como resulta hoy indubitadamente del artículo 67 de la Ley de Sociedades de Capital, primero de los artículos contenidos en el Capítulo II, Título tercero, relativo a la valoración de las aportaciones no dinerarias en la sociedad anónima.

En segundo lugar, porque de lo anterior se sigue que la remisión que hace la Ley 3/2009 al régimen, en este caso, de la sociedad anónima no puede implicar que el contenido del informe técnico de valoración sea más amplio que el previsto en la propia



normativa a que se remite. Como pone de relieve el Preámbulo de la Ley 3/2009, el legislador ha procurado que su contenido se inserte armoniosamente en el conjunto legal de las sociedades mercantiles por lo que no puede afirmarse que el artículo discutido se refiere a un informe de experto que, si se entiende referido a todo el patrimonio, no existe en la Ley a que se remite. Como resulta del artículo 67 de la Ley de Sociedades de Capital, «2. El informe contendrá la descripción de la aportación, con sus datos registrales, si existieran, y la valoración de la aportación, expresando los criterios utilizados y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida. 3. El valor que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos».

Sólo si una norma especial exige un informe de contenido más amplio en sede de constitución de la sociedad el artículo 18.3 habilita para su exigencia en régimen de transformación. Así ocurre en el supuesto previsto en el artículo 326 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas para el caso «de constitución de una sociedad anónima europea mediante la transformación de una sociedad anónima española» (en la redacción que le dio la Ley 19/2005, sobre sociedad anónima europea domiciliada en España), que dispone en su apartado segundo lo siguiente: «Uno o más expertos independientes, designados por el registrador Mercantil del domicilio de la sociedad que se transforma, certificarán, antes de que se convoque la junta general que ha de aprobar el proyecto de transformación y los estatutos de la sociedad anónima europea, que esa sociedad dispone de activos netos suficientes, al menos, para la cobertura del capital y de las reservas de la sociedad anónima europea». Dicho precepto, que hoy está integrado en la Ley de Sociedades de Capital (vid. artículos 474 y 475), sí que justifica que el informe del técnico o experto tenga un contenido más amplio que el de valorar el patrimonio no dinerario: en concreto se exige que el experto haga un juicio de valoración para el que ha de tener en cuenta la totalidad del patrimonio social. No sólo debe llevar a cabo una valoración del patrimonio no dinerario sino también hacer una apreciación del pasivo y del dinerario a fin de obtener un neto. Pero fuera de estos supuestos que cuentan con respaldo legal específico (vid. también el artículo 94.1 de la Ley 3/2009 relativo al traslado a España de sociedad ajena al Espacio Económico Europeo), no tiene amparo la exigencia de un informe con un contenido distinto al previsto legalmente.

En tercer lugar, porque la exigencia de que el informe abarque todo el patrimonio social y no sólo el no dinerario no añade ningún elemento que justifique su demanda. Es más, la propia Ley de Sociedades de Capital (y antes la Ley de Sociedades Anónimas), excluye la exigencia de informe técnico en la aportación no dineraria cuando su existencia resulta innecesaria (de acuerdo a las modificaciones introducidas en el ámbito europeo por la Directiva 2009/109/CE, de 16 de septiembre): Así ocurre cuando los bienes tienen un valor objetivo fijado en un mercado oficial o cuando han sido anteriormente objeto de una valoración realizada por experto independiente con otra finalidad (artículo 69 de la Ley de Sociedades de Capital). Como ha tenido ocasión de recordar esta Dirección General (vid. las Resoluciones de 9 de octubre de 2012 y 26 de mayo de 2015), en esta materia lo trascendente es determinar que el patrimonio neto cubre el capital social a fin de que no se vulnere el principio de integridad del capital. En sede de transformación en sociedad anónima dicha circunstancia resulta suficientemente acreditada si con la preceptiva aportación del balance y del informe del técnico sobre valoración del patrimonio no dinerario resulta la necesaria cobertura del neto patrimonial en relación al capital escriturado. Nada añadiría extender el contenido del informe del experto a la valoración de un patrimonio dinerario contenido en balance cuyo valor resulta de la partida correspondiente.

En cuarto lugar no puede obviarse que la legislación mercantil se enmarca en una tendencia legislativa fuertemente capitaneada por la Unión Europea (véanse los considerandos de la Directiva 2009/109/CE, de 16 de septiembre, y su transposición en Preámbulo de la Ley 1/2012, de 22 de junio, que modifica tanto la Ley 3/2009 como la Ley de Sociedades de Capital), que impulsa una política de simplificación del Derecho de sociedades que se traduce en una reducción de trámites y de cargas que no resulten

imprescindibles. Bajo esta cobertura conceptual no puede pretenderse, en el supuesto a que se refiere este expediente, dar un alcance interpretativo a una norma, como el artículo 18.3 de la Ley 3/2009, que desborde el estricto ámbito de su finalidad de proporcionar, junto al balance, los elementos necesarios para garantizar la cobertura del principio de integridad del capital.

Como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 2 de febrero de 2011, al interpretar el artículo 34 de la Ley 3/2009 (antes de su reforma por la Ley 1/2012), hay que atender al interés protegido y a la finalidad de la norma para determinar el alcance de la exigencia del informe de experto independiente. De este modo se consigue una interpretación armoniosa del artículo 18.3 de la Ley 3/2009, tanto en relación con el régimen al que se remite, el de constitución de sociedades, como el de la normativa de la que forma parte (vid. artículos 34, 49 y 78 de la Ley 3/2009).

Por los motivos expuestos este Centro Directivo ha concluido en anteriores ocasiones afirmando que el artículo 18.3 de la Ley 3/2009 debe entenderse en el sentido de que el informe del experto independiente a que hace referencia debe comprender exclusivamente el patrimonio no dinerario.

6. En el presente supuesto, del balance resulta claramente que la sociedad que se transforma tiene patrimonio no dinerario (inmovilizado material e inversiones financieras a corto plazo). El registrador considera exigible informe de experto independiente no sobre la totalidad del patrimonio social sino sólo respecto del no dinerario. Y, ante la claridad del mandato legal y reglamentario (artículos 18.3 de la Ley de 3/2009, 67 de la Ley de Sociedades de Capital y 221.1.d) y 338 del Reglamento del Registro Mercantil), no puede acogerse la pretensión del recurrente habida cuenta de la trascendencia que el referido informe de experto independiente tiene para acreditar la existencia de dicho patrimonio no dinerario y su entidad en relación con la cifra del capital social.

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, 25 de julio de 2017.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.