

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2127 *Resolución de 4 de febrero de 2014, 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 III de Málaga, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de transformación en sociedad anónima.*

En el recurso interpuesto por don S. C. M., Administrador único de la sociedad «Gestión de Tributos y Recaudación 2007, S.A.» contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Málaga, don José Miguel Crespo Monerri, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de transformación en sociedad anónima.

Hechos

I

Por el Notario de Málaga, don Juan Manuel Martínez Palomeque, se autorizó en fecha 18 de diciembre de 2012, escritura por la que se elevaron a públicos los acuerdos de la sociedad «Gestión de Tributos y Recaudación 2007, S.L.», adoptados en junta general y universal celebrada en la misma fecha y por los que se acordaba la transformación de la sociedad de limitada en anónima. Se adjunta al título balance cerrado el día anterior al acuerdo adoptado. Entre las manifestaciones del compareciente está la siguiente: «No forma parte del patrimonio social ningún elemento no dinerario». Del balance incorporado a la escritura de transformación resulta que el activo está integrado por diversas partidas entre las que se encuentran las siguientes: fianzas constituidas a largo plazo, clientes, Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta, Hacienda Pública, IVA soportado, cuenta corriente con empresas de consultoría; cuentas corrientes con empresas promotoras y similares; Cuenta corriente con socios y administradores...Y en el pasivo: Proveedores, acreedores por prestaciones de servicios...

Junto con la anterior escritura se presenta otra autorizada ante el mismo notario el día 15 de abril de 2013 en la que el mismo administrador de la sociedad aclara y complementa la anterior resultando la siguiente afirmación: «Que, según resulta del balance cerrado el día anterior al acuerdo de transformación, no existen elementos no dinerarios que exijan el informe de expertos independientes.»

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Don José Miguel Crespo Monerri, Registrador Mercantil de Málaga, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos Diario/Asiento: 338/836 de fecha: 01/08/2013 Entrada: 1/2013/18.776,0 Sociedad: Gestión de Tributos y Recaudación 2007 S. I. Autorizante: Martínez Palomeque, Juan Manuel Protocolo:2012/1487de 18/12/2012 Fundamentos de derecho (defectos) 1.–Presentado el documento, en unión de diligencias de 14 de enero de 2013, 19 de marzo de 2013 y 2 de octubre de 2013, y de escritura complementaria autorizada el día 15 de abril de 2013, por el Notario Sr. Martínez Palomeque, número 457 de orden, se vuelve a suspender la

inscripción del mismo, ya que sigue sin incluirse el «informe de los expertos independientes» sobre el «patrimonio social», infringiéndose los arts. 18.3 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y 221.1 d) RRM, ya que dicho informe se refiere a la totalidad del «patrimonio social», y no sólo al no dinerario.–Los defectos se califican de subsanables en la forma expresada. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro. En relación con la presente calificación (...). Málaga a 15 de octubre de 2013 (firma ilegible del registrador y sello con el nombre del Registro) El Registrador a los efectos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal queda Informado (...) la prestación de estos servicios.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don S. C. M., en el concepto en que interviene, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 19 de noviembre de 2013, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que el registrador mantiene en su calificación que el informe de experto independiente es necesario en cualquier caso y no sólo en relación al patrimonio no dinerario en base al artículo 18.3 de la Ley 3/2009; que dicho precepto dice exactamente lo contrario, es decir, que es preciso cuando lo sea en la constitución de la sociedad cuya forma se adopta por lo que de conformidad con el artículo 67.1 de la Ley de Sociedades de Capital sólo las aportaciones no dinerarias deben ser objeto de informe de experto independiente; que en la escritura calificada y en la complementaria, el administrador de la sociedad afirma la inexistencia de patrimonio no dinerario sin que el registrador discuta esta afirmación; y, Que en consecuencia solicita la revocación de la nota de calificación.

IV

El registrador emitió informe mediante escrito de día 28 de noviembre de 2013, ratificándose en su calificación y elevando el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que notificado el notario autorizante realizó alegaciones mediante escrito al efecto.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3, 6, 10, 11, 18, 19, 34, 49, 78 y 94 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles; 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 Limitadas; artículo único de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España; 221.1 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 2 de junio de 2000, 2 de febrero de 2011, 6 de julio y 9 de octubre de 2012 y 12 de marzo y 3 de junio de 2013.

1. Presentada por segunda vez una escritura de transformación de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad anónima en el Registro Mercantil es rechazada su inscripción por el único motivo de que no se acompaña a la escritura informe de experto independiente sobre el patrimonio social. En la escritura pública, el administrador de la sociedad transformada manifiesta que de acuerdo al balance que se acompaña, no existen elementos no dinerarios que exijan el informe de expertos independientes. La cuestión se centra en consecuencia en si es preciso acompañar el informe técnico

elaborado por experto independiente a que se refiere el artículo 18.3 de la Ley 3/2009, de Reformas Estructurales siempre y en cualquier caso o, si por el contrario, el mismo sólo es exigible cuando exista patrimonio no dinerario y sólo en relación al mismo.

2. Dispone el artículo 3 de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales lo siguiente: «En virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica».

Este concepto legal se desarrolla en el texto de modo que, como afirma la Resolución de este Centro Directivo de 9 de octubre de 2012, la transformación societaria constituye 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 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.

Tan compleja operación jurídica parte de unos presupuestos que, en lo que ahora nos interesa, implican por un lado 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.

Ambas exigencias fueron formuladas ya en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (artículos 134 y 136), de donde pasaron al texto refundido de 1989 (artículos 224 y 227) y a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 (artículo 88 y 89), plasmándose en el nuevo artículo 10 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Reformas Estructurales de las Sociedades Mercantiles que dice lo siguiente: «1. El acuerdo de transformación se adoptará con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se transforma. 2. El acuerdo deberá incluir la aprobación del balance de la sociedad presentado para la transformación, con las modificaciones que en su caso resulten procedentes, así como de las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte».

Entre las menciones a que se refiere el precepto 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). A este respecto, el legislador español se ha mostrado especialmente preocupado, como veremos, 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 lleguen a emitir acciones o participaciones que carezcan de un respaldo patrimonial efectivo en contra de la prohibición establecida en el artículo 59 de la vigente Ley de Sociedades de Capital.

Es cierto que los títulos o participaciones de la sociedad que se transforma, de estar en una situación de infrapatrimonialización, carecen de ese efectivo y actual respaldo pero de ahí no se sigue que la transformación pueda perpetuar dicha situación. Como ha puesto de relieve la Resolución de esta Dirección General de 9 de octubre de 2012, cuando el patrimonio social no cubre la cifra de capital exigida por el régimen de la sociedad a que se dirige la transformación, la operación 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 empero 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 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: «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 Limitadas), 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 en 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 mas 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 afirmó la innecesariedad de llevar a cabo el examen por experto independiente y por tanto 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 aquí 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 Limitadas, afirma 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.»

La interpretación de este inciso del artículo constituye el objeto de controversia entre el recurrente y el registrador Mercantil pues este último afirma que el informe debe referirse a la totalidad del patrimonio social y no sólo al no dinerario por lo que es exigible en cualquier caso.

En definitiva, se trata de dilucidar si la supresión de la expresión «no dinerario» implica como entiende el registrador Mercantil la necesidad de que el informe del experto se extienda a la totalidad del patrimonio social o si por el contrario, como entiende el recurrente, el régimen legal no ha variado dada la remisión del precepto a las normas sobre constitución de la sociedad.

5. Existen razones de peso para considerar que la redacción del artículo 18.3 no supone una alteración del régimen existente, en este punto específico, por lo que la calificación no puede mantenerse en los términos en que está expresada y sin perjuicio de lo que mas adelante se dirá.

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 tenor 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 la Exposición de Motivos 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, tal y como lo entiende la nota de defectos, 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 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 afirma en su apartado segundo: «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 ha de 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 recientemente esta Dirección General (vid la citada Resolución de 9 de octubre de 2012), 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 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 la Exposición de Motivos 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 la Resolución de este Centro Directivo de 2 de febrero de 2011 al interpretar el tenor del 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 al 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 procede concluir afirmando que el artículo 18.3 de la Ley 3/2009, de Reformas Estructurales de Sociedades Mercantiles debe entenderse en el sentido de que el informe del experto independiente a que hace referencia debe comprender exclusivamente el patrimonio no dinerario.

6. Cuestión distinta es que el administrador social afirme la inexistencia de patrimonio no dinerario y del balance resulte lo contrario supuesto en el que, evidentemente, la inscripción no podrá practicarse sin aportar el oportuno informe de experto sobre la valoración de tales partidas tal y como exigió la resolución de este Centro Directivo de 2 de junio de 2000. Y esta es exactamente la situación que se produce en el expediente que da lugar a la presente en el que, como resulta de los hechos, el balance hace referencia en su activo y pasivo a diversas partidas que son, indubitadamente, no dinerarias (cuentas corrientes con empresas promotoras y similares; clientes; fianzas constituidas a largo plazo...), por lo que no puede practicarse la inscripción sin que la escritura pública se acompañe de informe de experto independiente relativo a dichas partidas. Así lo exige el artículo 221.1 del Reglamento del Registro Mercantil cuyo cumplimiento resulta ineludible. No empece a lo anterior que el tenor de la nota de calificación del registrador no haga una referencia expresa a dicha circunstancia por

cuanto la exigencia de que el informe abarcase todo el patrimonio y no sólo el no dinerario, aunque equivocada, refleja la decisión de que desde luego el no dinerario debía ser objeto de informe de experto. Así lo demuestra la exigencia de cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 221 del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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, 4 de febrero de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.