

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

17144 *Resolución de 4 de octubre de 2011, 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 Alicante por la que se deniega la inscripción de una escritura de aumento del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por el notario de Alicante, don Tomás María Dacal Vidal, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Alicante, don Francisco José Salvador Campderá, a inscribir una escritura de aumento del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el 2 de marzo de 2011 por el notario de Alicante, don Tomás María Dacal Vidal, se elevaron a público los acuerdos adoptados por unanimidad en la junta general universal de la sociedad «Comercial de Promociones y Servicios Alicantina, S. L.», de 23 de febrero de 2011, consistentes en ampliar el capital social con cargo a reservas voluntarias, mediante la creación de 26.000 nuevas participaciones sociales que eran asumidas por todos los socios en proporción a su participación en el capital social.

A la escritura citada se incorporó un balance cerrado a 30 de noviembre de 2010 y aprobado por la junta general universal de la sociedad, también por unanimidad, en el que se reflejaba la existencia de reservas voluntarias por importe suficiente para cubrir tal operación.

II

Dicha escritura fue objeto de calificación negativa, no impugnada, el 13 de abril de 2011, por la que el registrador Mercantil don Francisco José Salvador Campderá resolvió no practicar la inscripción solicitada porque «No consta verificación del Balance 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 estuviere obligada a verificación contable. Artículo 303.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, Ley de sociedades de Capital». El 14 de junio se presentó de nuevo dicha escritura y fue objeto de la siguiente calificación negativa: «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. Se mantiene la nota de calificación anterior de fecha 3 de abril de 2011, porque la exigencia legal de que el balance de la sociedad esté verificado por un auditor de cuentas se ha establecido, en opinión de la doctrina mayoritaria, no sólo en beneficio de los socios, en cuyo caso cabría la renuncia por parte de los mismos, sino también de los terceros que contraen –sic– con la sociedad para los cuales el capital, como cifra de retención, es una garantía que aumenta con esta exigencia. Ver también resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de septiembre de 1999. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil, contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro. En relación con la presente calificación (...). Alicante, a 27 de Junio de 2011 El registrador número 3 (firma ilegible; existe un sello con su nombre y apellidos)».

III

Dicha calificación negativa de 27 de junio fue notificada al notario autorizante de la escritura el 29 de junio y al presentante el 1 de julio de 2011. Con fecha de 13 de julio de 2011, tuvo entrada en el Registro Mercantil un escrito suscrito por dicho notario por el que interpone recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito alega lo siguiente: «1.º Normativa legal. Es absolutamente cierto que el artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, establece que la ampliación de capital con cargo a reservas disponibles, reservas por prima de asunción de participaciones o reserva legal requiere un balance aprobado por la junta general, referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses anteriores, 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 estuviere obligada a verificación contable. Pero este requisito de la verificación del balance por el auditor es una novedad introducida por la mencionada Ley que no tiene base en la normativa anterior; esto es, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sólo exigía un balance, de tal antigüedad, aprobado en junta general, y del que resultasen reservas suficientes para la operación, pero en ningún modo exigía tal auditoría. Con esta nueva exigencia, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital se está apartando del encargo efectuado al legislador de "refundir" en un único texto la normativa, introduciendo un nuevo requisito que carece de apoyo legal. En efecto, 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" y "la armonización impone la supresión de divergencias de expresión legal, unificando y actualizando la terminología e impone... superar las discordancias derivadas del anterior proceso legislativo". Ninguno de estos criterios encaja con la introducción, "ex novo", de un nuevo requisito antes inexistente como es la auditoría y sin que pueda alegarse que tal introducción es en aras de la unificación de ambos tipos societarios, porque es fundamental el mantenimiento de la distinción entre ambos tipos, como expresamente defiende el punto IV de la misma Exposición de Motivos. Lo expuesto podría dar lugar a la impugnación de la norma cuestionada, aunque el presente no es la vía adecuada para ello, siendo el objeto de este recurso la realización de una interpretación lógica que al explicar la finalidad y utilidad de la auditoría cuestionada, permita prescindir de la misma en los casos en que perfectamente protegido el interés de todos los que puedan resultar afectados por tal requisito.

2.º Justificación de la exigencia de auditoría. La primera cuestión que surge al observar la exigencia de la auditoría es su justificación, su razón de ser, lo que conduce más directamente a preguntar cuál es el interés protegido por esta auditoría. El interés protegido no puede ser otro que la protección de los acreedores sociales, la protección de otros terceros o bien, la protección de los propios socios. a) En cuanto a los acreedores sociales, una operación de aumento de capital no puede sino beneficiarles. El capital social es fundamentalmente una cifra de garantía frente a los acreedores sociales y su aumento produce un aumento de tal garantía. Puede alegarse que el presente caso es un aumento puramente contable porque no se ingresan nuevos activos a la sociedad sino que sólo se trasladan unos activos de una partida (reservas) a otra (capital). Efectivamente, eso es así, pero con todo, la garantía frente a los terceros acreedores aumenta, porque la partida de las reservas voluntarias puede ser dispuesta con amplia libertad, pero no así la partida del capital, para cuya disminución se requiere cumplir ciertos requisitos que no son de este caso. El aumento del capital, aunque lo sea con cargo a las reservas, constituye un beneficio para los acreedores pues incluso contribuye a que se tenga que incrementar la cifra de las reservas legales (artículo 274 de la Ley de Sociedades de Capital). Lo mismo puede decirse de otros terceros que, sin ser acreedores sociales, puedan querer contratar o relacionarse con la sociedad e incluso lo mismo podría

predicarse de los trabajadores. Cabe concluir que la auditoría discutida no tiene como finalidad la protección del interés de los acreedores sociales o de otros terceros, que sólo reciben ventajas de tal aumento. b) En cuanto a la protección del interés de los propios socios, cabe pensar que si la intervención del auditor está justificada sólo por la protección a los intereses de los propios socios, es razonable entender que tal intervención pueda ser renunciada por éstos de manera voluntaria. En el presente caso, ha tenido lugar tal renuncia, no sólo de una manera tácita como podría deducirse del voto unánime a favor del aumento, sino de manera expresa para evitar todo genero de duda al respecto. A mayor abundamiento, la ampliación de capital ha sido hecha por todos los socios en proporción a su participación en el capital social, por lo que ha sido respetado el derecho de suscripción preferente en la emisión de nuevas participaciones sociales. Como conclusión, si no existen intereses que proteger, o si los que ostentan tales intereses renuncian a tal protección, la formalidad discutida debe decaer. 3.º Comparativa con otros supuestos relacionados. a) En el aumento de capital por compensación de créditos en sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital, sólo exige informe de los administradores sin necesidad de verificación alguna de auditor de cuentas. Se hace constar este argumento por la innegable semejanza de ambos tipos de aumento de capital (con cargo a reservas y con cargo a créditos), dado que en ambos casos el aumento tiene como base la contabilidad social (aunque el cargo se efectúe contra partidas distintas), y que el fundamento último de la exigencia de verificación por auditor independiente tendría que ser el mismo en ambos casos, no comprendiéndose por qué se exige tal auditoría en un supuesto y no en el otro y no parece razonable entender que el "informe de los administradores" exigido en un caso, equivale a la "verificación por auditor independiente", exigido en el otro. b) En el caso de la reducción de capital por pérdidas, el artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital, exige verificación del balance por el auditor de la sociedad o, si no está obligada a someter las cuentas a auditoría, por el auditor nombrado por los administradores de la sociedad. Las diferencias entre el caso objeto del presente recurso y la reducción por pérdidas son obvias. La justificación de la auditoría del balance se debe, sin duda, a que la reducción de capital supone un perjuicio para los terceros acreedores de la sociedad, lo que aconseja una verificación de la realidad de tales pérdidas. Pero incluso en este caso, en que sí se comprende la necesidad o conveniencia de una auditoría, los requisitos no son tan exigentes como para el aumento que nos ocupa, pues en el primero los auditores pueden ser nombrados por los administradores, mientras que en el segundo los debe nombrar el Registro Mercantil. La diferencia no es baladí, no sólo en términos de comodidad, ya que es más fácil acudir al auditor conocido por los administradores de la sociedad, sino también de economía, ya que es posible que éste, al conocer de antemano la marcha y contabilidad de la sociedad, pueda cumplir su misión con menos esfuerzo, lo que puede tener su reflejo en su factura de honorarios y todo ello sin poner en duda alguna su capacidad e integridad profesional. En definitiva, parece poco congruente establecer requisitos más rigurosos a un aumento de capital con cargo a reservas o primas de emisión, que a una reducción por pérdidas. 4.º Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 2011. En esta Resolución no hay identidad de supuesto, aunque sí una clara identidad de razón. Se trataba de una reducción de capital por pérdidas y una simultánea ampliación por compensación de créditos de socios (operación acordeón), reclamándose por el registrador Mercantil el informe del auditor que exige el artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital para la reducción por pérdidas. Se resolvió que el aumento de capital que resulta de la operación compleja supone un beneficio para los acreedores y, por tanto, no son exigibles los requisitos que en garantía de éstos establecen los artículos 331 a 333 de la referida Ley, añadiéndose que en cuanto tal auditoría tiene la finalidad de proteger el interés de los socios, se trata de una medida tuitiva que es renunciable por éstos. En el caso que nos ocupa es innegable el beneficio para los acreedores y la existencia de la renuncia de la totalidad de los socios. 5.º Referencia a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de septiembre de 1999, citada por el registrador en su

calificación. La Resolución citada por el registrador en su escrito denegatorio, a pesar de tener gran importancia, no es aplicable al presente caso por no haber identidad de razón. En efecto, la citada Resolución plantea resumidamente que, si en la sociedad existen pérdidas, éstas deben enjugarse en primer lugar con las reservas, de modo que éstas no puedan aplicarse al aumento de capital mientras existan pérdidas que compensar. No es el supuesto del caso debatido, puesto que en el balance incorporado puede apreciarse que no existen tales pérdidas, siendo positivos los resultados de los ejercicios y reflejando una saneada situación contable de la compañía. 6.º Otras razones. Existen otras razones que abundan en la petición de este recurso, aunque quizá no puedan constituir la "ratio decidendi del mismo". Así, debe destacarse que, tratándose de pequeñas sociedades, generalmente reducidas a un pequeño círculo de familiares o socios, suele ser habitual no repartir beneficios dejándolos aplicados a las reservas, lo que constituye un colchón para malos tiempos, un ahorro para los socios que ven incrementarse el valor de sus participaciones sociales y un importante factor de crecimiento para las pequeñas sociedades. Este tipo societario suele hacer periódicamente aumentos de capital con cargo a las reservas cuando éstas han quedado consolidadas, lo que se efectúa para dejar constancia de tal consolidación en el balance societario con su reflejo en el Registro Mercantil. Difícilmente se van a reiterar estos aumentos si el gasto que supone a tales pequeñas empresas es considerable con relación al propio aumento de capital, lo que no viene a favorecer en modo alguno la marcha de la economía general.»

IV

Mediante escrito, con fecha de 19 de julio de 2011, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 59, 62, 63 y 303 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio; 74.4 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 157.2 de la Ley de Sociedades Anónimas; 199 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de esta Dirección General de 24 de septiembre de 1999, de 18 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 del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada, con cargo a reservas, sobre la base de un balance aprobado por unanimidad de todos los socios.

El registrador suspende la inscripción de dicho acuerdo porque, a su juicio, es imprescindible que dicho balance esté verificado por un auditor de cuentas.

2. En aras del principio de realidad del capital social el legislador establece determinadas cautelas, como la imposibilidad de crear participaciones sociales que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad (artículo 59 de la Ley de Sociedades de Capital) y 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 y verificado por un auditor de cuentas en los términos previstos en el artículo 303.2 de la 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.

Es cierto que antes de la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (artículo 74.4) no exigía que el balance que sirviera de base al aumento del capital fuera objeto de verificación por auditor de cuentas. Pero la norma actualmente vigente extiende a la sociedad limitada en este extremo una exigencia que antes se establecía únicamente para la sociedad anónima (cfr. artículo 157.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre).

A tal efecto, debe tenerse en cuenta que ese único texto legal refundido es el resultado de la regularización, aclaración y armonización de la Ley de Sociedades Anónimas y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. De modo que se trata incluso de introducir «una muy importante generalización o extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para una sola de las sociedades de capital» (vid. el apartado II de la Exposición de Motivos 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).

Establecida expresamente tal exigencia para la sociedad de responsabilidad limitada, con justificación en el principio de realidad del capital social, debe entenderse que la verificación contable del balance es impuesta en interés no sólo de los socios sino, especialmente, de los acreedores sociales. Ello explica la extensión de este instrumento de verificación contable a todas las sociedades de capital, en la medida en que constituye un medio de protección de acreedores que se impone por la Ley más allá, en consecuencia, del acuerdo de aprobación del balance adoptado en junta general y con independencia de las mayorías con las que dicho acuerdo se adoptó.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

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

Madrid, 4 de octubre de 2011.—La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^ª Ángeles Alcalá Díaz.