

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 2125** *Resolución de 3 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 de León, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de reducción y aumento de capital y modificación de domicilio social.*

En el recurso interpuesto por doña M. T. R. L., en representación de la mercantil «Valle de Montesera, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles de León, don Óscar María Roa Nonide, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de reducción y aumento de capital y modificación del domicilio social.

Hechos

I

Por el notario de León, don José Luis Crespo Mayo, se autoriza en fecha 3 de septiembre de 2013, escritura pública de elevación a público de los acuerdos sociales de la compañía recurrente adoptados por unanimidad en junta universal el día 30 de noviembre de 2012. De la escritura y de la certificación de acuerdos que contiene resulta lo siguiente:

La sociedad tiene un capital de 131.706 euros. Como consecuencia de pérdidas por importe de 137.946, 73 euros resulta un patrimonio neto negativo de 6.607 euros.

La sociedad acuerda la reducción por pérdidas con amortización de la totalidad de las participaciones sociales. Acuerda simultáneamente aumentar el capital social en 10.000 euros con la subsiguiente modificación del precepto estatutario correspondiente.

Consta protocolizado un balance de situación no verificado de la compañía.

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de León. Notificación de calificación. Don Óscar María Roa Nonide, Registrador Mercantil de León, 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: 134/239. De fecha: 05/09/2013. Entrada: 1/2013/4.494,0. Sociedad: Valle de Montesera, SL. Autorizante: Crespo Mayo, José Luis. Protocolo:2013/1560 de 03/09/2013. Fundamentos de Derecho (defectos). 1.–Falta el correspondiente informe de auditoria del balance que ha servido de base a la reducción de capital social por pérdidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.–Falta la provisión del importe correspondiente para el pago del BORME (art. 426.1 RRM). En relación con la presente calificación (...). León, a 21 de Octubre de 2013 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. T. R. L., en la representación que ostenta, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 25 de noviembre de 2013, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que el precepto aplicable no es el artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital que se refiere a la reducción de capital sin el artículo 343 que trata de las reducciones y aumentos simultáneos; Que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado ha exonerado del requisito de que el balance esté auditado en su Resolución de 2 de marzo de 2011 cuando se dan determinadas condiciones con lo que entiende que cabe una interpretación de la legislación atendiendo a las circunstancias concurrentes; Que como dice la Resolución en última instancia el sentido de la normativa es la salvaguarda de los derechos de los acreedores y socios y que si esta se justifica no es precisa la aportación de auditoría; Que en concreto la Resolución exige tres requisitos: que se trate de una operación acordeón, que los intereses de los acreedores queden salvaguardados y que se respeten los derechos de todos los socios como ocurre cuando hay unanimidad; Que resultando dos de los tres requisitos exigidos solo falta analizar la salvaguarda de los intereses de los acreedores los cuales están a salvo como resulta del análisis del balance. Del balance aportado resulta en definitiva un activo suficiente para el pago de las deudas con terceros existentes si se descuentan las deudas con los socios, activo que se ha reforzado con el aumento llevado a cabo; Que la finalidad de la operación ha sido adecuar el valor de las participaciones al valor real de la compañía distorsionado como consecuencia de determinadas pérdidas; Que en definitiva los intereses de los acreedores están salvaguardados pues la operación ha reforzado los recursos de la sociedad; y, Que la escritura contenía también el acuerdo de cambio de domicilio que debería haberse inscrito por no estar condicionado con el anterior.

IV

El registrador emitió informe el día 11 de diciembre 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 de fecha 7 de diciembre de 2013.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 322, 323, 331, 332, 333, 343 a 345 y 353 de la Ley de Sociedades de Capital; 201 y 426 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003 y 9 de noviembre de 2007; y las Resoluciones de esta Dirección General de 9 de mayo de 1991, 31 de marzo de 1993, 28 de abril de 1994, 16 de enero y 19 de mayo de 1995, 3 de septiembre de 1998, 18 de enero de 1999, 23 de febrero de 2000, 18 de mayo de 2001, 14 de marzo de 2005, 30 de mayo de 2007, 25 de enero y 2 de marzo de 2011, 25 de febrero, 17 de octubre y 10 de diciembre de 2012 y 9 de enero, 4, 20 y 26 de abril, 18 de mayo, y 2 de octubre de 2013.

1. La única cuestión que se plantea en este expediente ha sido objeto de tratamiento por esta Dirección General en diversas ocasiones. En concreto la cuestión planteada hace referencia a unos acuerdos de una sociedad de responsabilidad limitada por los que se lleva a cabo una operación de reducción de capital a cero como consecuencia de pérdidas y un subsiguiente acuerdo de aumento de capital. Los acuerdos se acompañan de un balance no verificado por auditor de cuentas.

El registrador exige para llevar a cabo la inscripción que el balance esté debidamente verificado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad recurrente entiende que dicho precepto no es el aplicable al supuesto sino que debe ser de aplicación el artículo 343 del mismo cuerpo legal y que, en cualquier caso, la verificación debe dispensarse habida cuenta de que el activo existente y el

aportado es suficiente para satisfacer los créditos con terceros, según balance, por lo que los intereses de los acreedores están debidamente salvaguardados de conformidad con la doctrina de esta Dirección General.

También hace referencia el escrito de impugnación a que habiéndose acordado por la sociedad el cambio de domicilio, dicho acuerdo debía haberse inscrito por ser independiente del anterior.

Comenzando por esto último es evidente que no puede estimarse el recurso en este punto pues como resulta de la nota de calificación y del informe del registrador (sin réplica por parte del recurrente), la falta del oportuno depósito para la publicación del acuerdo en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» impide la práctica de la inscripción (artículo 426.1 del Reglamento del Registro Mercantil).

2. En cuanto a la aplicabilidad del artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital a las operaciones denominadas de acordeón es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la operación de reducción de capital por pérdidas no pierde su autonomía conceptual por el hecho de que se enmarque en la mas global de reducción y aumento simultáneo; en consecuencia son de aplicación las medidas de protección previstas en el ordenamiento tanto para socios como para acreedores (Resoluciones de 28 de abril de 1994, 16 de enero de 1995 y 25 de febrero de 2012 entre otras).

3. Establecido lo anterior, que por otra parte el escrito de recurso acepta implícitamente, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (Resolución de 18 de enero de 1999) que en la reducción de capital por pérdidas, la exclusión de medidas de oposición como medio de tutela de los intereses de los acreedores viene compensada por la rigurosa observancia de los requisitos legales relativos a la existencia de un balance aprobado en los seis meses anteriores a la adopción del acuerdo del que resulte que se dan las circunstancias de hecho precisas que sirvan de base a la adopción del acuerdo social. Como medida complementaria de seguridad, en beneficio de los socios y de los terceros, exige nuestro ordenamiento que el balance haya sido objeto de verificación bien por el auditor de la sociedad si ésta se encuentra en situación de verificar sus cuentas con carácter obligatorio bien por el auditor nombrado al efecto (artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital).

4. Es igualmente doctrina asentada de este Centro Directivo que las medidas protectoras contempladas por el ordenamiento, señaladamente la necesidad de verificación, sólo tienen sentido en la medida en que los intereses de socios y acreedores se encuentren en situación de sufrir un perjuicio. Por el contrario si, dadas las circunstancias de hecho no existe un interés protegible, decae la exigencia de verificación. De este modo se equilibra la debida protección de las personas interesadas de forma directa o indirecta en la operación de reducción de capital cuando ésta tiene la finalidad de compensar las pérdidas sufridas por la sociedad con la doctrina de que no cabe exigir la realización de trámites o formalidades que gravan sin justa causa la marcha económica de las sociedades. En aplicación de esta doctrina este Centro Directivo ha afirmado tanto la posibilidad de excluir la verificación de cuentas cuando concurre el consentimiento unánime de todos los socios que conforman el capital social como cuando los intereses de los acreedores sociales están salvaguardados por mantenerse o incluso fortalecerse la situación económica de la sociedad a consecuencia de un subsiguiente aumento de capital (vide Resoluciones citadas en los «Vistos»).

5. Ciñéndonos a la protección de acreedores esta Dirección General ha entendido que para que pueda acceder al Registro la reducción de capital por pérdidas sin que el balance aprobado haya sido objeto de verificación y por tanto sin que se haya verificado la concurrencia de los datos de hecho que lo justifiquen, es imprescindible que, al menos, la situación resultante del conjunto de las operaciones cuya inscripción se solicita sea neutra para los intereses de los acreedores, algo que sólo se produce si la reducción por pérdidas viene acompañada de un sucesivo e inmediato aumento de capital a cargo de nuevas aportaciones o por compensación de créditos que iguale o supere la cifra de

capital inicial. De aquí que la anterior doctrina se haya construido precisamente sobre la hipótesis de la operación de reducción por pérdidas condicionada al inmediato aumento de capital conocida como operación acordeón (vid Resoluciones de 28 de abril de 1994, 16 de enero de 1995, 14 de marzo de 2005, 30 de mayo de 2007, 2 de marzo de 2011, 25 de febrero de 2012 y 2 de octubre de 2013).

6. En el caso concreto que nos ocupa, aún adoptado el acuerdo en junta universal por unanimidad, no se produce la neutralidad requerida en beneficio de terceros pues el capital final resultante es muy inferior al inicial, por lo que debe confirmarse el defecto.

El argumento de contrario del escrito de recurso es inadmisibile al pretender que se acepten como veraces unos datos contables cuya falta de verificación constituye el defecto que impide la inscripción. O de otro modo, constituye una tautología imposible afirmar que los datos que se han de verificar no precisan de verificación pues de los mismos resulta la innecesaridad de verificación. En definitiva, la concurrencia de la situación de hecho que justifica la adopción del acuerdo no consta debidamente verificada resultando exclusivamente de una afirmación de parte. Siendo el objeto de la auditoría de cuentas obtener mediante informe de auditor, una opinión técnica, expresada de forma clara y precisa sobre las cuentas de la sociedad (por todas, Resolución de 13 de noviembre de 2013), es evidente que hasta que dicha circunstancia concurra los datos que contiene el balance no pueden servir a la finalidad de proporcionar información veraz a los terceros acreedores sobre las circunstancias patrimoniales en que se ha adoptado el acuerdo de reducción de capital social.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 3 de febrero de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.