

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

6929 *Resolución de 30 de marzo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación emitida por la registradora mercantil y de bienes muebles de Ciudad Real, por la que se resuelve no practicar la inscripción de una reducción de capital social por amortización de acciones por falta de desembolso de dividendos pasivos tras la celebración infructuosa de subasta notarial de los títulos.*

En el recurso interpuesto por don F. C. G., administrador único de «Aglomancha Empresa Constructora, S.A.», contra la nota de calificación emitida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Ciudad Real, doña María de la Montaña Zorita Carrero, por la que se resuelve no practicar la inscripción de una reducción de capital social por amortización de acciones por falta de desembolso de dividendos pasivos tras la celebración infructuosa de subasta notarial de los títulos.

Hechos

I

Por acuerdo de junta general de fecha 16 de mayo de 2018, la compañía mercantil «Aglomancha Empresa Constructora, S.A.» decidió aumentar su capital social en 424.914,07 euros, mediante la emisión de 707 nuevas acciones de 601,01 euros de valor nominal cada una de ellas, con aportación inicial del 25% de su nominal y desembolso aplazado del resto mediante aportación dineraria en un plazo máximo de 15 años. La totalidad de la ampliación fue suscrita por «Jugonfer Energy, S.L.».

El acuerdo de aumento de capital fue elevado a público en escritura autorizada el día 21 de diciembre de 2018 por la notaria de Ciudad Real, doña María Luisa García de Blas Valentín-Fernández, con el número 2.459 de protocolo.

II

El día 15 de junio de 2020, el administrador único de la sociedad procedió a reclamar el desembolso de la porción de capital pendiente, notificándolo al accionista obligado («Jugonfer Energy, S.L.») a través de carta remitida por burofax, recibida por el destinatario el día 17 de junio de 2020, requerimiento que también fue publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» el día 18 de junio de 2020.

III

Comprobada la falta de desembolso por parte del socio obligado, el administrador único de la compañía, al amparo de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Sociedades de Capital, decidió proceder a la enajenación de las acciones afectadas por cuenta y riesgo del socio moroso.

A tal efecto, mediante acta autorizada por la notaria de Ciudad Real, doña María Luisa García de Blas Valentín-Fernández, el día 29 de julio de 2020, con el número 1.162 de protocolo, promovió la celebración de subasta notarial de las acciones con arreglo al pliego de condiciones que se incorporó a este documento. La notificación al socio moroso, la publicación de la subasta en el «Boletín Oficial del Estado», el anuncio de la misma en el Portal de Subastas Electrónicas del «Boletín Oficial del Estado», así como la comunicación por este organismo de haber quedado desierta la subasta, constaban en

acta autorizada por la misma notaria el día 2 de septiembre de 2020 con el número 1.446 de protocolo.

IV

Tras la celebración infructuosa de la subasta notarial, el administrador único de la sociedad convocó junta general extraordinaria de accionistas para celebrar, en primera convocatoria, el día 29 de septiembre de 2020, y el día siguiente en segunda convocatoria, con objeto de deliberar y decidir, a los efectos que aquí interesan, sobre el siguiente punto: «Reducción del capital social por amortización de las acciones suscritas y no desembolsadas, relativas a la ampliación de capital aprobada por la Junta General en fecha 16 de mayo de 2018. Acuerdos, en su caso, relativos a la subsiguiente modificación del art. 7.º de los Estatutos Sociales (referente al capital social)».

La junta se constituyó válidamente en segunda convocatoria con asistencia del 11,22% del capital social, adoptándose por unanimidad de los asistentes la siguiente decisión: «Se acuerda reducir el capital social en la cantidad de 424.914,07 euros, mediante la amortización de las acciones 203 a 909, ambas inclusive, pertenecientes a la compañía mercantil «Jugonfer Energy, SL», en base a lo dispuesto en el art. 84 de la LSC, y después de haberse declarado desierta la subasta de las acciones correspondientes al accionista moroso». Complementariamente, se dotó de nueva redacción al artículo estatutario donde se halla consignada la cifra de capital social para adecuarlo a la cuantía resultante tras la reducción.

Los extremos concernientes a la convocatoria de la junta general y a su celebración constaban reflejados en el acta autorizada por la notaria de Ciudad Real, doña María Luisa García de Blas Valentín-Fernández, el día 29 de septiembre de 2020, con el número 1.626 de protocolo.

V

Por escritura autorizada el día 22 de octubre de 2020 por la notaria de Ciudad Real, doña María Luisa García de Blas Valentín-Fernández, con el número 1.790 de protocolo, se procedió a elevar a público el acuerdo de reducción de capital por amortización de acciones. Presentada a inscripción en el Registro Mercantil de Ciudad Real, junto con el acta de subasta (protocolo número 1.162/2020 de la misma notaria), el acta de resultado de subasta (protocolo número 1.446/2020 de la misma notaria) y el acta de la junta general que acordó la reducción de capital (protocolo número 1.626/2020 de la misma notaria), fue calificada negativamente mediante nota de fecha 11 de noviembre de 2020, en los siguientes términos:

«Doña María Montaña Zorita Carrero, Registradora Mercantil de Ciudad Real Merc., 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: 58/2126.

F. presentación: 05/11/2020.

Entrada: 1/2020/3017,0.

Sociedad: Aglomancha Empresa Constructora, Sociedad Anónima.

Hoja: CR-6576.

Autorizante: García de Blas Valentín-Fernández, María Luisa.

Protocolo: 2020/1790 de 22/10/20201.

– No consta que se haya publicado el acuerdo de reducción de capital en el BORME y en un periódico de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. –Art. 319 LSC.–

– También deberá constar la declaración de inexistencia de oposición de los acreedores una vez transcurrido un mes desde la publicación o bien la prestación de garantías suficientes por parte de la sociedad. –Art. 337 LSC.–

– Observaciones: (...)

En relación con la presente calificación: (...).

VI

Con posterioridad, la notaria autorizante extendió una diligencia complementaria en la de reducción de capital para hacer constar que el día 11 de diciembre de 2020, el representante de «Aglomancha Empresa Constructora, S.A.» le hizo entrega, para su incorporación a la escritura, de copia de los anuncios del acuerdo de reducción de capital en el periódico «La Tribuna de Ciudad Real» y en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», publicados los días 2 y 10 de diciembre de 2020, respectivamente. Por lo demás, ni en esta diligencia, ni en ninguna otra posterior, se incluía mención alguna relativa a la falta de ejercicio del derecho de oposición por parte de los acreedores, ni sobre la prestación de garantías en caso de haberlo ejercitado.

Presentada nuevamente la escritura en el Registro Mercantil el día 14 de diciembre de 2020, volvió a ser calificada negativamente mediante nota datada el día 28 de diciembre de 2020 con el siguiente fundamento:

«1. Presentada junto con diligencia complementaria, autorizada por la notario de Ciudad Real, doña María Luisa García de Blas Valentín-Fernández, el día once de diciembre de dos mil veinte, junto con las publicaciones del acuerdo de reducción de capital en el BORME y en un periódico, tal y como exige el artículo 319 LSC, se modifica la nota de calificación de once de noviembre de 2020 por entender que se trata del supuesto recogido en el artículo 335.c LSC, amortización de acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito y, por tanto, deberá constituirse una reserva por igual importe de las acciones amortizadas de la que solo podrá disponerse con los mismos requisitos exigidos para la reducción de capital.»

VII

Contra la anterior nota de calificación, don F. C. G., administrador único de «Aglomancha Empresa Constructora, S.A.», interpuso recurso el día 5 de enero de 2021 mediante escrito y en los términos que, a continuación, se reproducen:

«La reducción de capital acordada en escritura autorizada por la notaria de Ciudad Real, con el número 179/2020 de protocolo constituye el único medio legal obligatorio de excluir (es el único socio que tiene todas sus acciones parcialmente desembolsadas) a un socio incumplidor. después de haber agotado todos los medios establecidos en la LSC para encontrar una solución distinta.

a. medio legal (Art. 84 LSC). Se ha seguido el mecanismo legal establecido establecido en este precepto para ingresar en la Sociedad cantidad en metálico, que se considera imprescindible para el ejercicio de su objeto en estos momentos.

b. socio incumplidor. La conducta del socio moroso frustra la finalidad del aumento de capital de modo patente:

– No atiende la reclamación del órgano de administración de la sociedad por burofax de fecha 17/6/2020 y BORME de fecha 18/6/2020, nueva reclamación con ocasión de la subasta autorizada por la notaria García de Blas, con el número 1302/2020. No asiste a la Junta General en la que se acuerda la reducción de capital celebrada ante dicha notaria.

– Resulta clara la voluntad de desentenderse de los compromisos asumidos con la sociedad.

– El 25% desembolsado por obligación legal constituye indemnización de los gastos y daños producidos por la sociedad por su conducta, y así lo reconoce la ley (art. 84, p3 LSC: Si la venta no pudiese efectuarse, la acción será amortizada, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya desembolsadas).

c. Obligatorio para la sociedad:

– El órgano de administración puede elegir el procedimiento para reclamar el desembolso de dividendos pasivos, y opta por la venta en pública subasta, ante el retraso de los juzgados y el perjuicio para la sociedad, una vez constatada la voluntad rebelde del deudor.

– La venta se realizó por pública subasta que quedó desierta; no fueron adquiridas ni por la sociedad, ni por tercero.

– Acreditado este hecho, la única opción que tiene la sociedad es reducir capital por el importe total de las acciones del único socio moroso.

Por los fundamentos expuestos, solicito la rectificación total de la calificación registral.»

VIII

Al escrito de recurso se acompañó informe emitido por la notaria de Ciudad Real, autorizante de la escritura controvertida, doña María Luisa García de Blas Valentín-Fernández, en los términos que, a continuación, se reproducen:

«Hechos:

1. Aumento de capital social, acordado en junta general, con desembolso parcial de dividendos pasivos de fecha 21/12/2018, número 2459 de mi protocolo.

2. Reclamación del órgano de administración al socio moroso. El órgano de administración exigió el desembolso de dividendos pasivos al socio moroso, por buró-fax de fecha 17/6/2020, y por publicación en el BORME de fecha 18/6/2020. Nuevo requerimiento notarial, con fecha anterior a la conclusión de la subasta, formalizado en acta número 1302/2020 de mi protocolo.

3. Subasta pública de acciones, con resultado desierta, en acta iniciada con el número 1162/2020 de mi protocolo.

4. Reducción de capital social y amortización de acciones del accionista moroso, acordada en junta general y elevado a escritura pública con el número 1790 de mi protocolo.

5. Publicación del acuerdo de reducción de capital. En el BORME y en un diario el 11 de diciembre de 2020.

6. Calificación de la Registradora Mercantil de Ciudad Real: primera calificación 11/11/2020: Califica negativamente por no acompañarse publicaciones y existir un derecho de oposición de acreedores.

Segunda calificación 28/12/2020: califica negativamente por tratarse de una adquisición a título gratuito de acciones y no constituir reserva indisponible por igual importe de las acciones amortizadas.

Fundamentos de Derecho:

La reducción de capital se rodea por ley de especiales garantías, por el evidente perjuicio potencial para el socio y para los acreedores. El socio se ve excluido de la sociedad y los acreedores ven reducida su garantía, al constituir el capital social una cifra de retención.

Como ya apuntó la Resolución de la Dirección General de 11 de mayo de 2017, en último término, la causa de la reducción puede deberse a restitución de aportaciones

sociales o a pérdidas. Para el primer supuesto se han de cumplir las garantías que protegen a los socios y a los acreedores, y en el segundo se excluyen.

La LSC no aclara en cuál de los dos supuestos se incluye el art. 84 de la ley mercantil, pero es evidente que no constituye restitución de aportaciones que no se hicieron, ni condonación de dividendos pasivos, que no existe, sino más bien todo lo contrario, ni amortización de acciones propias de la sociedad, que nunca fueron adquiridas ni a título oneroso ni gratuito, porque la subasta quedó desierta.

Estamos más bien ante un procedimiento especial previsto en la ley para excluir a un socio incumplidor que ha causado un evidente perjuicio a la sociedad por faltar a su compromiso, que más bien debe asimilarse a un supuesto de reducción por pérdidas. Más que reducción de capital habría que hablar de anulación de acciones emitidas. Cabe preguntarse: ¿qué garantías va a exigir un socio que incumple?, ¿cómo puede existir un derecho de oposición de acreedores que nunca vieron aumentado el patrimonio social como consecuencia del aumento?, ¿pueden situarse sus intereses por encima del cumplimiento de una obligación legal?

En este caso, se han observado exactamente los requisitos exigidos por el art. 84 de LSC.

1. Requerimiento del órgano de administración al socio moroso para desembolso de dividendos pasivos.

2. La sociedad elige el medio para ejecutar su derecho: pública subasta con resultado «desierta», reducción de capital y amortización de las acciones del accionista moroso, publicación del acuerdo, y se resarce de los daños causados con el procedimiento previsto. Cfr. Artículo 84 LSC. Reintegración de la sociedad.

1. Cuando el accionista se halle en mora, la sociedad podrá, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada, reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso, con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad o enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso.

2. Cuando haya de procederse a la venta de las acciones, la enajenación se verificará por medio de un miembro del mercado secundario oficial en el que estuvieran admitidas a negociación, o por medio de fedatario público en otro caso, y llevará consigo, si procede, la sustitución del título originario por un duplicado.

Si la venta no pudiese efectuarse, la acción será amortizada, con la consiguiente reducción de capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya desembolsadas.

3. Se constata fehacientemente la voluntad rebelde del socio moroso o, al menos, su total inacción.»

IX

La registradora Mercantil emitió informe el 12 de enero de 2021, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Conforme al criterio reiteradamente mantenido por este Centro Directivo, es necesario recordar a la registradora que el citado informe, contemplado en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, no es el trámite procesal oportuno para formular alegaciones en defensa de la nota de calificación.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 4 y 1192 del Código Civil; 258 y 326 de la Ley Hipotecaria; 84, 144, 146, 319, 335 y 337 de la Ley de Sociedades de Capital; la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 22 de mayo de 2000; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de noviembre de 2001, 28 de diciembre de 2004, 5 de marzo de 2014, 14 de julio y 4 de octubre de 2017 y 13 y 22 de febrero

de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de febrero y 9 de octubre de 2020 y 15 de enero y 11 de febrero de 2021.

1. El examen de este recurso debe comenzar por la existencia de dos calificaciones sucesivas e incompatibles. Como se refleja en los Hechos, en la primera nota de calificación, el día 11 de noviembre de 2020, la registradora estimó dos defectos: el silencio sobre la publicación de los anuncios relativos al acuerdo de reducción de capital (artículo 319 de la Ley de Sociedades de Capital), y la omisión de la referencia al eventual ejercicio del derecho de oposición por los acreedores y, en su caso, a la prestación de garantías por la sociedad (artículo 337 de la Ley de Sociedades de Capital); en la segunda, emitida el día 28 de diciembre de 2020, tras la subsanación del defecto atinente a la falta de publicación de los anuncios, cambia de criterio respecto de la concurrencia en este supuesto del derecho de oposición por parte de los acreedores y, apreciando que se trata de un supuesto de adquisición de acciones a título gratuito por la propia sociedad, requiere que se constituya la reserva prevista en el epígrafe c) del artículo 335 de la Ley de Sociedades de Capital para la amortización de acciones obtenidas por tal causa.

Esta forma de proceder no se corresponde con lo prescrito en el artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria, conforme al que «la calificación del Registrador, en orden a la práctica de la inscripción del derecho, acto o hecho jurídico, y del contenido de los asientos registrales, deberá ser global y unitaria». Este Centro Directivo ha indicado reiteradamente que los registradores deben extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento generen una inseguridad jurídica incompatible con la propia finalidad de la institución; no obstante, tiene igualmente declarado que tales consideraciones no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral, como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en la que pueda incurrir el registrador que lo hiciere (Resoluciones de este Centro Directivo de 12 de noviembre de 2001, 28 de diciembre de 2004, 5 de marzo de 2014, 4 de octubre de 2017 y 13 y 22 de febrero de 2019, entre otras).

2. Como cuestión previa debe recordarse que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria establece lo siguiente: «El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

Es reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, la Resolución de 14 de julio de 2017 o las más recientes de 19 de febrero y 9 de octubre de 2020 y 15 de enero y 11 de febrero de 2021), basada en el contenido del citado precepto legal y en la doctrina del Tribunal Supremo (vid. Sentencia, Sala Tercera, de 22 de mayo de 2000), que el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo legal, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente. Por ello, debe rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Esto es, el recurso debe resolverse atendiendo únicamente a las cuestiones planteadas en la nota recurrida y a la documentación presentada al tiempo en que se produjo la calificación.

Hechas las anteriores precisiones sobre el objeto del recurso, es la calificación tal y como ha sido formulada en el presente caso la que debe ser objeto de análisis, en cuanto considera la registradora que debe constituirse la reserva que establece de la Ley de Sociedades de Capital para el caso de amortización de acciones adquiridas por la propia sociedad a título gratuito.

3. Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta que la segunda nota de calificación revoca y sustituye a la primera en la cuestión controvertida, el análisis debe centrarse en la eventual aplicación del régimen de amortización de las acciones propias adquiridas a título gratuito, recogido en el artículo 335.c) de la Ley de Sociedades de Capital, al de la que procede realizar de las acciones parcialmente desembolsadas cuando, por haber sido desatendida la reclamación de los dividendos pasivos, se hubiera intentado infructuosamente su venta por cuenta y riesgo del socio moroso, tal como ordena el artículo 84 de la Ley de Sociedades de Capital.

El proceso intelectual para analizar la pertinencia de esa aplicación analógica debe comenzar por el examen de los supuestos de hecho contemplados en cada una de las normas en orden a apreciar su potencial semejanza, para después comprobar la existencia de una laguna en la regulación establecida para uno de ellos, y finalmente propugnar, en su caso, el sometimiento de ambos a un mismo régimen.

Con arreglo a la línea argumental con que la segunda nota de calificación invoca el artículo 335.c) de la Ley de Sociedades de Capital, la premisa de partida vendría dada por la previa adquisición por la sociedad, a título gratuito, de las acciones objeto de amortización posterior. Esa adquisición deberá haber tenido lugar con observancia de las prescripciones establecidas para este tipo de operaciones. La cuestión se halla disciplinada, para los supuestos de libre adquisición, en el artículo 144.c) de la Ley de Sociedades de Capital, y en el artículo 146 del mismo cuerpo legal para las derivativas condicionadas. En el sistema establecido, la compañía podrá adquirir libremente a título lucrativo las acciones propias «que estén íntegramente liberadas»; y las que lo estén parcialmente sólo podrán ser adquiridas cuando se cumplan los requerimientos recogidos en el citado artículo 146 y, además, «la adquisición sea a título gratuito», es decir, que no comporte para la sociedad la pérdida económica que supone la extinción del crédito al desembolso futuro por confusión, lo que la convertiría en onerosa (artículo 1192 del Código Civil). En todo caso, interesa resaltar que, en el momento inmediatamente anterior a la reducción de capital, la compañía es propietaria de unas acciones propias adquiridas a título gratuito en relación con las que se ha cumplido el principio de aportación; su amortización no comporta ninguna disposición de activos sociales, sino un asiento contable de desafectación de fondos adscritos al capital social y su asignación por el mismo importe a una reserva de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital.

Por el contrario, a los efectos que aquí interesan, el supuesto de hecho del artículo 84 de la Ley de Sociedades de Capital se identifica por el fracaso en el intento de cobro de un desembolso pendiente a través del ejercicio del peculiar «ius distrahendi» que la norma establece, derecho que, como es propio en los de este género, recae sobre un objeto, las acciones, que no es propiedad de la compañía y que, por tanto, difícilmente ha podido adquirir a título gratuito. En el trance en que ha procederse a la amortización de las acciones, la formación del capital por aportación sucesiva se ha visto frustrada, y el desembolso inicial, por virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 2 de este pasaje legal, ha quedado en beneficio de la sociedad sin adscripción a un fondo especial de reserva sometido a algún género de inmovilización; en definitiva, la ley se limita a establecer la obligatoriedad de la reducción de capital ante el intento fallido de venta.

La disparidad de los supuestos de hecho descritos impide apreciar la concurrencia de una identidad de razón que conmine a someterlos a un mismo régimen (artículo 4.1 del Código Civil), como confirman las diferencias que separan a ambas regulaciones y su problemática compatibilidad.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de 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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 30 de marzo de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.