

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12869 *Resolución de 6 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador mercantil I de Valencia, en relación con una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de ampliación de capital.*

En el recurso interpuesto por don Fernando Olaizola Martínez, notario de Valencia, contra la calificación negativa emitida por el registrador Mercantil I de Valencia, don Rodolfo Bada Mañó, en relación con una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de ampliación de capital.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 21 de diciembre de 2021 por el notario de Valencia, don Fernando Olaizola Martínez, con el número 2.010 de su protocolo, se procedió a la formalización de la ampliación de capital con cargo a reservas de la sociedad «Arbe Stolanic, SL». A los efectos que interesan para el examen de este recurso, deben destacarse los siguientes extremos: a) la junta de celebró el día 16 de diciembre de 2021 con carácter universal y los acuerdos se adoptaron por unanimidad; b) el texto del correspondiente acuerdo era del siguiente tenor: «aprobar por unanimidad la ampliación de capital social por importe de 300.000 euros, con cargo a reservas disponibles de la sociedad, según balance cerrado a 30 de Junio de 2021, auditado por Arjon Pyme, SL (ROAC S2473), tras su designación por parte del Registro Mercantil de Valencia (...)», y c) a la escritura se incorporaba el balance que servía de base a la ampliación, cerrado a 30 de junio de 2021, y se adjuntaba también una copia del informe de auditoría, datado el día 17 de diciembre de 2021.

II

Presentada el día 24 de febrero de 2022 dicha escritura en el Registro Mercantil de Valencia, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El Registrador Mercantil de Valencia, previo examen y calificación del documento que se dirá, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos:

Asiento: 789 Diario: 978. N.º de entrada: 1/2022/5979.
Sociedad: Arbe Stolanic, SL.
Notario/Protocolo: Fernando Olaizola Martínez 2010/2021.

Fundamentos de Derecho:

1.º No se indica que el balance que sirve de base a la operación haya sido aprobado por la Junta General. Artículo 303 de la Ley de Sociedades de Capital. Suspensivo.

2.º La fecha de elaboración del informe del auditor nombrado por el Registro Mercantil que se acompaña y la del mismo informe depositada en el Registro Mercantil,

es posterior a la fecha de Celebración de la Junta. Artículo 303 de la Ley de sociedades de Capital. Suspensivo.

Se han cumplido en su integridad los trámites previstos en el artículo 18 del Código de Comercio y 6 y 15 del Reglamento del Registro Mercantil. Asimismo, como ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado reiteradamente, no puede desconocerse a tales efectos la independencia que tiene cada Registrador al ejercitar su función calificadora bajo su propia exclusiva responsabilidad conforme al citado artículo 18 del Código de Comercio (RDFPSJ de 5 de julio de 2011). En relación con la presente calificación: (...)

Valencia, 2 de marzo de 2022.—El Registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador).»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Fernando Olaizola Martínez, notario de Valencia, interpuso recurso el día 8 de abril de 2022 mediante escrito cuyo contenido se transcribe a continuación:

«Que por el señor Registrador don Rodolfo Bada Maño ha sido calificada desfavorablemente la escritura que luego se dice.

Que no estando conforme con dicha calificación, mediante el presente escrito interpone recurso contra ella con base en los siguientes:

Hechos.

A) Documento calificado.—Escritura de aumento capital social con cargo a reservas autorizada por el recurrente el día 21 de diciembre de 2021 bajo el número 2010 de Protocolo.

B) Presentación.—Copia autorizada de dicha escritura se presentó en el Registro Mercantil de Valencia el día 24 de febrero de 2022 causando el Asiento de Presentación 789 del Diario 978.

C) Nota de calificación.—Por nota de fecha 2 de marzo de 2022, comunicada telemáticamente al recurrente el día 9 de marzo de 2022, el Señor Registrador resolvió no practicar la inscripción solicitada por no constar de manera expresa la aprobación por la junta general de la sociedad del balance que sirve de base a la operación; y por ser el informe del auditor relativo a dicho balance de fecha posterior a la celebración de la junta que acuerda el aumento de capital.

Fundamentos de Derecho.

1. En cuanto al primero de los defectos señalados por el señor Registrador Mercantil, el acuerdo de aumento de capital, según resulta de la certificación del mismo incorporada a la escritura calificada, se aprueba en los siguientes términos: «aprobar por unanimidad la ampliación de capital social por importe de 300.000 euros, con cargo a reservas disponibles de la sociedad, según balance cerrado a 30 de junio de 2021, auditado por Arjon Pyme SL (ROAC S2473) tras su designación por parte del Registro Mercantil de Valencia, mediante la emisión de 300.000 participaciones sociales de un euro de valor nominal cada una de ellas, numeradas de la 3.031 a la 303.000, ambos inclusive, íntegramente suscritas y desembolsadas y de las mismas características que las hasta ahora existentes».

De conformidad con lo establecido en el artículo 303.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el órgano de administración de la sociedad procedió a la confección del correspondiente balance y solicitó del Registro Mercantil la designación de un auditor para la verificación del mismo, al efecto de proceder a aprobar el aumento

de capital con cargo a las reservas que resultan de dicho balance. Y el acuerdo se aprueba en junta universal por unanimidad de los socios según dicho balance.

El señor Registrador entiende al parecer necesario que haya un acuerdo previo, distinto y específico de aprobación del balance que sirve de base al aumento; y no considera suficiente que el acuerdo de aumento se apruebe «según balance» cerrado dentro del plazo legalmente previsto y auditado. Con lo que el señor Registrador parece contemplar la posibilidad de que por la junta de socios se apruebe el aumento de capital y sin embargo no se apruebe el balance que le sirve de base. Pero una interpretación lógica, teleológica y sistemática del tenor del acuerdo debe llevarnos a otra conclusión.

Como ha señalado este Centro Directivo en la resolución de tres de marzo de 2007, recogiendo su reiterada doctrina al respecto, "...en la calificación registral de los títulos que contengan negocios jurídicos... el registrador habrá de tener en cuenta no solo la simple y pura literalidad de los términos empleados, sino también la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzca efecto (cfr. artículos 1281, 1284 y 1285 del Código Civil)".

En la Resolución de 2 de marzo de 2009 (en que se cesaba a uno de los dos administradores solidarios de una sociedad quedando el otro como administrador único, y entendiendo el Registrador calificante que era preciso el cese de éste último como administrador solidario y la aceptación de su nombramiento como administrador único) se nos dice que «el correcto ejercicio de la función calificadora del Registrador no implica que en vía de principio deba rechazarse la inscripción del documento presentado por toda inexactitud del mismo cuando de su simple lectura o de su contexto no quepa razonablemente albergar duda acerca del negocio en él contenido. En este caso ni siquiera puede hablarse de inexactitud sino, como mucho, de concisión en la formulación de los acuerdos. Atendiendo al principio de conservación de los negocios jurídicos y aplicando las normas establecidas en el Código Civil para la interpretación de los contratos, la inteligencia de los acuerdos sociales no presenta ninguna dificultad... Es claro que hay una elipsis; pero es tan clara la formulación del acuerdo social y tan inexistente el riesgo de error y de perjuicio para las partes y para terceros» que no procedía denegar la inscripción.

Y en la Resolución de 12 de diciembre de 2012 (en que cesaba uno de los dos administradores mancomunados y se ratificaba al otro como administrador único, exigiendo el Registrador que se adoptase un acuerdo separado y específico de cambio del sistema de administrador) se señala que «este Centro Directivo ha reiterado en numerosas ocasiones que el Registrador debe procurar evitar el rechazo de la inscripción si de la documentación presentada resulta que están debidamente acreditados el conjunto de requisitos exigidos por el ordenamiento para la alteración del contenido del Registro sin perjuicio de tercero. Por este motivo no pueden exigirse ni declaraciones rituales ni reiteración de trámites que ralentizan el normal funcionamiento del tráfico sin añadir garantía alguna al procedimiento... Carece por tanto de sustento la decisión (del Registrador) de rechazar la inscripción y la subsiguiente exigencia de que la voluntad social se haga constar en forma determinada (ya que) el propio certificado contiene los pronunciamientos necesarios para que se lleve a efecto la inscripción».

Pues bien, y refiriendo tales criterios hermenéuticos al supuesto que nos ocupa: si, previa la observancia de los requisitos legalmente exigibles, como son la formulación del balance y la solicitud de designación de un auditor para que proceda a su verificación, se está aprobando por la junta general de la sociedad el aumento de capital con cargo a reservas, es porque ineludiblemente se está aprobando el balance del que resultan dichas reservas y que constituye su presupuesto necesario. El evidente propósito de los socios, cuya buena fe y voluntad de respetar la ley imperativa aplicable al negocio ha de presuponerse, es el de adoptar un acuerdo válido y eficaz; y no se ve por qué suerte de astucia iban los socios a pretender, de manera incongruente, aprobar el uno y no el otro.

2. En cuanto al segundo de los defectos que resultan de la nota de calificación, ha de señalarse que el acuerdo de la Junta de la sociedad es de 16 de diciembre de 2021 y

el informe de auditoría está fecha el 17 de diciembre de 2021. Es obvio que en la fecha de celebración de la Junta, el auditor (designado por el Registrador Mercantil el 13 de septiembre de 2021) ya había llevado a cabo su labor de verificación del balance, y que había comunicado su resultado positivo a la sociedad, lo que además se refleja en el propio acuerdo alcanzado, en que se hace referencia al balance como ya auditado; todo ello sin perjuicio de que el auditor feche su certificación con un día de diferencia. De nuevo, resultaría ilógico que tras haber solicitado la sociedad del Registro Mercantil la designación del auditor, y haber esperado más de tres meses, se decidiesen los socios en el último momento a aprobar el aumento de capital desconociendo y prescindiendo del informe del auditor.

Pero en todo caso, ha de tenerse en cuenta que la exigencia de verificación del balance por un auditor en los aumentos de capital con cargo a reservas tiene una doble función: por una parte, y frente a los terceros, garantiza que el importe del capital que se aumenta tiene sustento en la realidad patrimonial de la empresa, y que se cumple con el principio de capital real; y por otra, cumple una función de información a los socios y de tutela de su interés.

La primera de las dichas funciones de la auditoría del balance queda en nuestro caso cumplida, en cuanto que el informe del auditor se incorpora a la escritura por la que se procede a la formalización y ejecución del acuerdo de aumento de capital.

Y en cuanto a su función interna, de información y salvaguarda del interés de los socios, ha de insistirse en que el acuerdo ha sido adoptado en junta universal por la totalidad de los socios.

En resolución de 22 de marzo de 2011, la Dirección General (en un supuesto de operación acordeón en que el capital se reducía a cero y se aumentaba hasta igualar la previa cifra de capital, por lo que no había perjuicio para los acreedores), entiende que el requisito de auditoría del balance del artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital «es una medida tuitiva renunciabile por todos los socios»; y para un supuesto similar, la Resolución de 18 de diciembre de 2012 nos dice que «es igualmente doctrina asentada de este Centro Directivo que la medidas protectoras contempladas por el Ordenamiento, señaladamente la necesidad de verificación (del balance) solo tienen sentido en la medida en que los intereses de los 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...». Y por ello es posible «excluir la verificación de cuentas cuando concurre el consentimiento unánime de todos los socios que conforman el capital social». Obsérvese la trascendencia para los socios de la índole de los acuerdos a que se referían ambas resoluciones, que podrían dar lugar incluso a la exclusión de los socios, por razón de la reducción a cero del capital que se acordase.

En igual sentido, en Resolución de 24 de marzo de 2017, se confirmaba la calificación registral y se rechazaba el depósito de unas cuentas anuales aprobadas en fecha anterior a la del informe de auditoría, pero porque el acuerdo de aprobación no había sido adoptado por unanimidad: «no es admisible el argumento de que el porcentaje de presencia y votación en la Junta (ciertamente muy cualificado) ha de llevar a la conclusión de que no existe la infracción (el no haberse puesto el informe de auditoría a disposición de los socios) o que la misma es irrelevante... por cuanto llevaría a la conclusión de que en sociedades con mayorías cualificadas estables los requisitos de protección de las minorías podrían ser sistemáticamente soslayados».

Adoptándose en nuestro caso el acuerdo de aumento de capital en junta universal y por unanimidad de los socios, y aportándose en el momento de la ejecución y formalización del acuerdo el informe de auditoría del balance que ha servido de base al mismo, quedan debidamente salvaguardados todos los intereses en juego, sin que proceda exigir la realización de ulteriores formalidades o trámites, injustificadamente gravosos y lentificadores [sic] del tráfico mercantil.

En su virtud,

Solicita:

Se admita el presente escrito teniendo por interpuesto recurso frente a la calificación dicha, procediendo, previos los trámites legalmente previstos, a dictar Resolución por la que revoque la nota de calificación ordenando su inscripción.

Y ello, con independencia de que se proceda en su caso a la subsanación de los defectos señalados en la calificación, conforme al artículo 325 de la Ley Hipotecaria, al ser «el objeto del recurso gubernativo... el acto de calificación del Registrador, de manera que, practicado el asiento, no se trata de anularlo sino de que se declare que la calificación del Registrador no fue ajustada a derecho, y ello tiende entre otros fines a evitar que la carga o gravamen impuesto por la incorrecta calificación lo soporte el interesado o el Notario autorizante de la escritura pública», como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de mayo de 2000, y de acuerdo a la reiterada doctrina de este Centro Directivo en Resolución de 21 de abril de 2016 y las en la misma citadas.

Igualmente solicita la expedición de recibo acreditativo del presente recurso con expresión de la fecha de presentación del mismo de conformidad con lo establecido en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria.»

IV

Don Rodolfo Bada Mañó, registrador Mercantil de Valencia, emitió el preceptivo informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 204, 303 y 323 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; 327 del Reglamento del Registro Mercantil; el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 15 de julio de 2020, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de agosto de 1998, 18 de diciembre de 2010, 15 de marzo de 2012 y 27 de julio de 2016.

1. La cuestión a dilucidar en este expediente consiste en la inscripción de una ampliación de capital con cargo a reservas, modalidad regulada en el artículo 303 de la Ley de Sociedades de Capital, a la que la calificación registral atribuye dos defectos: a) que «no se indica que el balance que sirve de base a la operación haya sido aprobado por la Junta General», y b) que «la fecha de elaboración del informe del auditor nombrado por el Registro Mercantil que se acompaña y la del mismo informe depositada en el Registro Mercantil, es posterior a la fecha de Celebración de la Junta».

Efectivamente, entre los acuerdos relativos a la ampliación de capital, adoptados por unanimidad en junta universal, no existe ninguna mención específicamente referida a la aprobación del balance en que se sustenta la operación, limitándose a expresar la decisión de «aprobar por unanimidad la ampliación de capital social por importe de 300.000 euros, con cargo a reservas disponibles de la sociedad, según balance cerrado a 30 de Junio de 2021, auditado por Arjon Pyme, SL (ROAC S2473), tras su designación por parte del Registro Mercantil de Valencia mediante la emisión de (...)». Respecto de la fecha del informe de auditoría, consta en el expediente que la junta universal tuvo lugar el día 16 de diciembre de 2021 y el informe de auditoría está datado el día inmediato posterior, el 17 de diciembre de 2021. En cuanto a los documentos incorporados a la escritura de elevación de público de los correspondientes acuerdos, constan tanto el balance cerrado a 30 de junio de 2021 como el informe de auditoría, donde se reproduce el mismo balance.

2. En relación con la caracterización de la fórmula examinada, esta Dirección General tiene reiteradamente declarado lo siguiente (vid. Resoluciones de 18 de

diciembre de 2010, 15 de marzo de 2012 y 27 de julio de 2016, entre otras): «El aumento de capital con cargo a reservas es una modalidad de autofinanciación empresarial caracterizada por una simple operación contable, en cuanto implica una transferencia de fondos de una cuenta a otra del pasivo del balance, por lo que como tal no supone alteración patrimonial cuantitativa alguna dado que los recursos propios -suma de capital social y reservas- seguirán siendo los mismos; y otro tanto cabe decir del patrimonio social. Lo que sí supone es una modificación cualitativa de dicho patrimonio, pues los fondos así transferidos pasan del régimen de disponibilidad de que gozaban como reservas a la indisponibilidad a que quedan sujetos como capital. Por tanto, un requisito esencial para la capitalización de las reservas (incluidas las constituidas por prima de ascunción) o beneficios no es sólo que tengan la consideración de recursos propios, sino también que sean de libre disposición, dado que la capitalización es una de las formas a través de las que la sociedad ejerce su facultad de libre disposición sobre ellas». Y en cuanto a la disciplina legal del fenómeno, la encuadra en la articulación del principio de realidad del capital social, por cuya virtud no cabe crear participaciones sociales que no respondan a una efectiva aportación patrimonial, finalidad que, como ya señalara la Resolución de esta Dirección General de 25 de agosto de 1998, «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 verificado (por los Auditores de cuentas de la sociedad o por un Auditor nombrado, a petición de los Administradores, por el Registrador mercantil –fr. artículo 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil y la Resolución de 26 junio 1992–), y aprobado con una determinada antelación máxima», insistiendo en que «resulta por tanto necesario acreditar, a través de la verificación del balance por el auditor, 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, una efectiva aportación patrimonial no desvirtuada por otras partidas del activo o del pasivo». En la actualidad, estas exigencias se encuentran recogidas en el artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En la doctrina transcrita se destaca con claridad que lo esencial de la regulación consiste en acreditar que la situación patrimonial de la compañía permite la transferencia de fondos dentro del patrimonio neto que la ampliación comporta, lo que se procura mediante la vinculación del proceso a un concreto balance debidamente auditado. La trascendencia del requerimiento de un acuerdo previo de aprobación del balance como pronunciamiento independiente y anterior, en la fecha o en la secuencia del acto, al relativo a la ampliación de capital propiamente dicha debe contemplarse con la perspectiva que brinda el artículo 204.3.a) de la Ley de Sociedades de Capital, conforme al que no procederá la impugnación de acuerdos sociales cuando se fundamente en «la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante». En definitiva, se trata de apreciar si, desde la perspectiva del principio de realidad del capital, la aprobación previa del balance añade alguna garantía adicional a la decisión asamblearia que se hubiera tomado con referencia a un balance concreto que se hubiera facilitado a los socios.

De un caso semejante se ha ocupado el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 15 de julio de 2020. Se trataba de un acuerdo de reducción de capital para compensación de pérdidas en el que no se había aprobado previamente el balance que le servía de base, pese a la exigencia formal que, en términos análogos a la aquí examinada, establece el artículo 323.1 de la Ley de Sociedades de Capital. El recurso se planteaba sobre la falta de un punto concreto en el orden del día referido a la aprobación del balance, incluyendo únicamente el relativo a la reducción; y el Tribunal

opta por inadmitir el recurso de casación porque «ningún perjuicio pudo ocasionarse a los socios, por no figurar este acuerdo expresamente en el orden del día, dado que al ser necesario para la operación de reducción de capital lo conocían». Esta misma circunstancia concurre en el caso debatido en este expediente, donde el acuerdo se adopta por unanimidad de todos los socios con referencia a un concreto balance y, por tanto, carece de relevancia para determinar la ineficacia de la ampliación de capital.

3. Examinado el defecto de la falta de aprobación específica del balance que sirve de base a la ampliación, resta considerar el referente a la falta de verificación del balance en la fecha de la junta, dado que el informe de auditoría está datado el día posterior. Debe tenerse en cuenta que el balance sometido a la consideración de la junta es el mismo sobre el que se desarrolla el trabajo de los auditores.

Sobre una cuestión semejante se pronunció la Resolución de este Centro Directivo de 25 de agosto de 1998. Se trataba en aquella ocasión de una ampliación de capital con cargo a reservas de una sociedad anónima, en la que el balance sometido a la consideración la junta había sido verificado por un auditor designado por los administradores, defecto que se subsanó por la posterior aportación de otro informe de auditoría, coincidente con el primero, emitido por el designado por el Registro Mercantil. Se estimó en aquella ocasión que la función de garantía de la realidad del aumento, así como la de información a los socios que desempeña el balance, quedaban adecuadamente cumplidas, invocando en apoyo de su decisión «la conveniencia de salvar la validez de las actuaciones y evitar costes y dilaciones considerables, en la medida en que ello sea posible jurídicamente y no resulte perjuicio para ninguno de los interesados».

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

Madrid, 6 de julio de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puentes Santiago.