

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13359 *Resolución de 16 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de Puerto del Rosario a inscribir una escritura de reducción del capital social de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don E. D. P., en nombre y representación de la sociedad «Supermercados Inpescasa, S.L.», contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de Puerto del Rosario, don Fernando Eduardo Anegón Hijosa, a inscribir una escritura de reducción del capital social de la citada entidad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 30 de diciembre de 2014 por el notario de Puerto del Rosario, don Emilio Mario Romero Fernández, con el número 2.416 de su protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados por unanimidad en la junta general universal de la sociedad «Supermercados Inpescasa, S.L.», de fecha 30 de junio de 2014, por los que se reduce el capital social con la finalidad de restablecer el equilibrio entre dicho capital y el patrimonio contable disminuido como consecuencia de pérdidas, dotar la reserva legal y constituir reservas voluntarias, en los términos que se reseñan en la calificación ahora impugnada. En dicho acuerdo se hace constar que la sociedad no cuenta con ninguna clase de reservas y que el balance que sirvió de base a la operación se encontraba debidamente verificado por el auditor de cuentas de la sociedad y había sido aprobado por la misma junta.

II

Después de haber sido objeto de una calificación registral negativa no impugnada, la escritura se volvió a presentar en el Registro Mercantil de Puerto del Rosario el día 16 de junio de 2015, y fue objeto de la siguiente calificación negativa por el registrador, don Fernando Eduardo Anegón Hijosa: «Calificado el precedente documento, escritura autorizada el treinta de diciembre de dos mil catorce por el Notario de Puerto del Rosario Don Emilio Romero Fernández, con el número 2.416 de su protocolo, presentado bajo el Asiento 454 del Diario 20, en unión de certificación a efectos subsanatorios, expedida el 19 de mayo de 2015 por Don E. D. P., cuya firma aparece legitimada por el Notario de Puerto del Rosario Don Emilio Romero Fernández con fecha 16 de junio de 2015, el Registrador 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: Por la precedente escritura se elevan a público entre otros los siguientes acuerdos de la entidad mercantil “Supermercados Inpescasa, S.L.”, tomados en Junta General Extraordinaria y Universal de Socios en fecha 20 de abril de 2014 (*sic*): Reducción de capital en la cantidad de 10.805.310 euros mediante la disminución del valor nominal de las participaciones sociales, destinando y transformando el importe de la misma: 1.º) A la compensación de pérdidas la cantidad de 5.485.307,64 euros. 2.º) A la constitución de reserva legal por importe de 240.1118 euros. Y 3.º) A la dotación de las reservas voluntarias por la cifra de 5.079.884,36 euros. En la certificación de la citada Junta, que forma parte integrante de la escritura, se hace constar en el apartado B) (i) que la sociedad no cuenta con ninguna clase de reserva.–Fundamentos de Derecho:

1.º) Conforme lo establecido, en el Artículo 322.1 de la Ley de Sociedades de Capital y de diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras la siete de Enero de dos mil quince, en las sociedades de responsabilidad limitada no se podrá reducir el capital por pérdidas en tanto la sociedad cuente con cualquier clase de reserva y en el propio acto se están constituyendo reservas por importes la legal de doscientos cuarenta mil ciento dieciocho euros para la legal y la voluntaria de cinco millones setenta y nueve mil ochocientos ochenta y cuatro euros con treinta y seis céntimos.—Dada la función de garantía que, entre otras desempeña el capital social, el rigor de las exigencias legales para su reducción ha de observarse escrupulosamente en la medida en que, en el presente caso, puede comprometerse las expectativas de cobro de los posibles acreedores sociales, si se posibilita que las reservas establecidas en la misma Junta de fecha 30 de junio de 2014, puedan distribuirse como beneficios futuros entre los socios, en lugar de ir destinados necesariamente a cubrir las pérdidas acumuladas.—2.º) Conforme a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 16 de marzo de 2011, y además en aplicación del defecto aludido en el punto 1.º), en el presente caso la reducción de capital para constituir reservas voluntarias requiere que tales reservas sean constituidas con carácter indisponible como tutela de los acreedores. Otra posibilidad sería que si el acuerdo se adoptó en Junta universal y por unanimidad, como parece ser el caso, no sería necesario constituir la reserva indisponible, si se expresa la identidad de los socios y se determina la parte que les corresponde en esas reservas voluntarias, aceptando cada socio su responsabilidad por esas cantidades.—De conformidad con los hechos y fundamentos de derecho expuesto acuerdo suspender la inscripción de la reducción de capital solicitada, calificándose los defectos como subsanables.—La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación (...) Puerto del Rosario, a 24 de junio de 2015.—El registrador (firma ilegible) Fdo.—Fernando Eduardo Anegón Hijosa».

III

El día 13 de julio de 2015 don E. D. P., en nombre y representación de la sociedad «Supermercados Inpescasa, S.L.», solicitó la calificación sustitutoria, que correspondió al registrador de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria número 5, don Miguel Crespo González, quien, mediante calificación de fecha 22 de julio de 2015, confirmó la calificación negativa realizada por el registrador sustituido.

IV

El día 19 de agosto de 2015, don E. D. P., en nombre y representación de la sociedad «Supermercados Inpescasa, S.L.», interpuso recurso contra la calificación del registrador sustituido, con los siguientes argumentos: «(...) Hechos Primero.—(...) Quinto.—De la subsanación de los defectos propuesta en la nota de calificación No se alcanza a comprender cómo puede sostenerse, tanto por el RM como por el RS, que: a) se ha vulnerado el artículo 322.1 de la LSC; y, b) concluir que tal vulneración es subsanable con la sola consignación de la identidad de los socios, de la parte que les corresponde de las reservas voluntarias y de la aceptación de cada uno de su responsabilidad por las mismas. Es por ello por lo que el que suscribe, con toda humildad, reconoce no entender con claridad la nota de calificación, seguramente por haberla interpretado incorrectamente. Si lo único que se pedía para la inscripción del título era la simple indicación de los socios de la Sociedad y su porcentaje de participación, a continuación, a los efectos subsanatorios expuestos, dejamos expresa constancia de dichos extremos: 1. Hierros Fuerteventura, S.A., es titular de 24.548 participaciones sociales representativas del 20,45% del capital social y, por tanto, le corresponde 1.038.664,33 euros del capital reducido destinado a reservas voluntarias. 2. Industrias de la Pesca Canaria, S.A., es titular de las restantes 95.511 participaciones sociales representativas del 79,55% del capital social y, por tanto, le corresponde 4.041.220,03 euros del capital reducido destinado a reservas voluntarias. A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes: Fundamentos de Derecho: I. La reducción por pérdidas fue acordada

con todas las garantías exigidas por los artículos 322.1 y 323.2 de la LSC Sobre la base de la libre autonomía societaria para la consecución de los fines sociales, la DGRN admite que se puedan llevar a cabo «reducciones mixtas» que combinen varias modalidades. En el presente supuesto, tal y como ha sido descrito en el Hecho Primero, el acuerdo de reducción se adopta como único, aunque con una triple finalidad: compensación de pérdidas, constitución de la reserva legal y constitución de reservas voluntarias. En tal caso, tal y como se afirma por ese Centro Directivo, en su resolución de 8 de mayo de 2015, se hace preciso examinar separadamente los tres conceptos de reducción. Y en este sentido, la reducción por pérdidas se acordó (i) en ausencia de reservas de cualquier clase –artículo 322.1 LSC– y (ii) tomando como base un balance actualizado, verificado por auditor de cuentas y aprobado por la Junta –artículo 323.1 de la LSC–. Sin embargo, el RM, en su nota de calificación, afirma que, en el presente caso, la reducción de capital por pérdidas acordada, por importe de 5.485.307,64 euros, incumplió lo establecido en el artículo 322.1 de la LSC al constituirse en el propio acto las reservas legal (240.118,00 euros) y voluntarias (5.079.884,36 euros), apoyándose para ello, según manifiesta, en la doctrina de la DGRN y, en particular, en su Resolución de 7 de enero de 2015, concluyendo dicho RM con que en el presente caso, las reservas establecidas en la misma Junta pueden comprometer las expectativas de cobro de los posibles acreedores sociales si se posibilita que puedan distribuirse como beneficios futuros entre los socios, en lugar de ir destinados necesariamente a cubrir las pérdidas acumuladas, no teniendo en cuenta, a juicio del que suscribe, que dichas pérdidas ya habían sido compensadas en su totalidad con la reducción por pérdidas. En consecuencia, la triple finalidad que revistió la reducción de capital, y particularmente la constitución de las reservas legal y voluntarias, no implica la vulneración de lo establecido en el artículo 322.1 ni ha comprometido las expectativas de cobro de los posibles acreedores sociales. II. La tutela de los acreedores en el caso de reducción de capital para la constitución de las reservas voluntarias no exige que tales reservas sean constituidas con el carácter de indisponibles ni la aceptación de cada socio a su responsabilidad por el importe de las mismas. El hecho de que no exista ningún precepto en la LSC que regule particularmente el régimen legal de tutela de los acreedores en las sociedades de responsabilidad limitada cuando se reduce capital para dotar una reserva voluntaria, no ampara al RM para exigir la constitución de una reserva de carácter indisponible o, en caso de adopción del acuerdo en Junta Universal y por unanimidad, la manifestación expresa de los socios aceptando su responsabilidad por las cantidades destinadas a reservas que tienen el estatuto de las distribuibles. Según la propia DGRN, en Resolución de 26 de abril de 2013, la tutela de los acreedores sociales por el importe de la restitución potencial correspondiente a la dotación de la reserva voluntaria, no es otra que la responsabilidad solidaria de los socios por las deudas sociales hasta el importe de la reserva voluntaria constituida ex artículos 331.1 y 331.2 de la LSC por analogía, no a la que concluye el RM en su calificación que por el presente se recurre».

V

Mediante escrito, de fecha 7 de septiembre de 2015, el registrador Mercantil elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe consta que el día 26 de agosto de 2015 se dio traslado del escrito de recurso al notario autorizante, sin que se hayan recibido alegaciones del mismo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 40.2, 79, 80.4, 82.1, 84 y 103 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 163, 167, 168, 213 y 214 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre; 273, 274, 317, 322, 323.1, 328, 331, 332 y 333 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y las Resoluciones de esta Dirección General de 15 de julio de 2002, 24 de mayo de 2003, 27 de julio de 2006, 29 de mayo de 2007, 5 de febrero de 2009, 25 de enero y 16 de marzo de 2011, 18 de diciembre de 2012, 26 de abril y 28 de junio de 2013, 3 de febrero de 2014 y 7 de enero y 8 de mayo de 2015.

1. Se plantea en el presente recurso si es o no inscribible un acuerdo de reducción del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada con la finalidad de restablecer el equilibrio entre dicho capital y el patrimonio contable disminuido como consecuencia de pérdidas, dotar la reserva legal y constituir reservas voluntarias. En dicho acuerdo, adoptado por unanimidad en la junta general universal de socios, se hace constar que la sociedad no cuenta con ninguna clase de reservas y que el balance que sirvió de base a la operación se encontraba debidamente verificado por el auditor de cuentas de la sociedad y había sido aprobado por la misma junta.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, según el primer fundamento de Derecho, «en las sociedades de responsabilidad limitada no se podrá reducir el capital por pérdidas en tanto la sociedad cuente con cualquier clase de reserva y en el propio acto se están constituyendo reservas...» y añade que «en el presente caso, puede comprometerse las expectativas de cobro de los posibles acreedores sociales, si se posibilita que las reservas establecidas en la misma Junta... puedan distribuirse como beneficios futuros entre los socios, en lugar de ir destinados necesariamente a cubrir las pérdidas acumuladas». Según el segundo fundamento jurídico, considera que las referidas reservas voluntarias deben ser constituidas con carácter indisponible o, en otro caso, debe expresarse la identidad de los socios y determinar «la parte que les corresponde en esas reservas voluntarias, aceptando cada socio su responsabilidad por esas cantidades».

2. Ciertamente, esta Dirección General (cfr. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) ha tenido ocasión de elaborar una dilatada doctrina que hace referencia a la imposibilidad de reducir el capital por pérdidas cuando del pasivo resulte una partida de signo positivo que minore el importe de capital que se pretende reducir.

La reducción meramente contable del capital social para compensar pérdidas aparece rodeada por la Ley de unas garantías básicas encaminadas a evitar que, a través de ella, se lesionen las legítimas expectativas e intereses de socios y acreedores, y que sustancialmente buscan asegurar la certeza de la situación de desequilibrio financiero en que se encuentra la sociedad y la necesidad de superarlo a través de aquel remedio. Así, el artículo 322 de la Ley de Sociedades de Capital impone por un lado que la sociedad carezca de cualquier clase de reservas voluntarias o la cuantía que señala de reservas legales en caso de sociedades anónimas, y, por otro lado, en el artículo 323.1, que el acuerdo tome como base un balance actualizado, verificado por auditor de cuentas y aprobado por la junta general.

Dada la función de garantía que, entre otras, desempeña el capital social, el rigor de las exigencias legales para su reducción ha de observarse escrupulosamente en la medida que puede comprometer las expectativas de cobro de los acreedores sociales (Resoluciones de 18 de diciembre de 2012, 26 de abril de 2013 y 3 de febrero de 2014), riesgo que también existe cuando tal reducción tan sólo persigue el restablecimiento del equilibrio entre aquél y el patrimonio, pues, si bien en este caso el activo social no varía, sí que posibilita que se puedan distribuir los beneficios futuros entre los socios, en lugar de ir destinados necesariamente a cubrir las pérdidas acumuladas (cfr. artículo 273.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

3. Es también cierto que, como ha tenido oportunidad de recordar este Centro Directivo (*vide*, por todas, las Resoluciones de 25 de enero de 2011 y 8 de mayo de 2015) con base en la libre autonomía societaria para la consecución de los fines sociales, pueden llevarse a cabo «reducciones mixtas» que combinen varias modalidades.

Por otra parte, durante la vigencia de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, respecto de la posibilidad de adoptar un acuerdo de reducción del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada con la finalidad de constituir o incrementar la reserva legal (expresamente permitida en la Ley de Sociedades Anónimas –cfr. artículos 163, 167 y 168 del texto refundido de 1989–), se mantuvo en el ámbito de la doctrina científica la posibilidad de que, sobre la base de la inexistencia de una prohibición legal expresa de la operación y atendiendo al hecho de que la reserva legal que se constituyera o incrementara sería indisponible para los socios en la medida establecida en el artículo 214 de la Ley de Sociedades Anónimas (aplicable a las sociedades de

responsabilidad limitada, conforme al artículo 84 de su ley reguladora de 23 de marzo de 1995). De este modo, por tratarse de reducción puramente contable o nominal, sería aplicable el régimen establecido para la reducción del capital por pérdidas.

Como expresó este Centro Directivo en Resolución de 16 de marzo de 2011, «a tales consideraciones debe añadirse la regulación contenida en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que, aun cuando no estaba vigente en el momento de otorgarse la escritura calificada, por su carácter de texto refundido, constituye un factor decisivo para la interpretación de los preceptos anteriores de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la medida en que comporta el rechazo de una de sus posibles comprensiones. En dicha Ley, se admite expresamente la reducción del capital de las sociedades de responsabilidad limitada con la finalidad de constituir o incrementar la reserva legal (cfr. arts. 317 y 328). Y es que, a la hora de elaborar el texto refundido, el legislador ha tenido en cuenta que, aun cuando en el plano teórico la distinción entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada se aprecia claramente en el sistema de defensa del capital social como técnica de tutela de los terceros, la contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas no es absoluta, como la realidad enseña (cfr. el apartado IV de la Exposición de Motivos), y esta circunstancia lleva a admitir tanto en uno como en el otro tipo social que la reducción del capital tenga como finalidad la creación de esa reserva legal, que por su indisponibilidad –en los términos legalmente establecidos– constituye un complemento del capital social como cifra de retención de elementos patrimoniales y, a la vez, sirve de protección de éste frente a pérdidas en tanto en cuanto se deben imputar antes a las reservas que al capital (cfr. arts. 82.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 322 de la Ley de Sociedades de Capital)».

También durante la vigencia de la Ley 2/1995, 23 de marzo, admitió esta Dirección General la posibilidad de llevar a cabo una reducción del capital de una sociedad de responsabilidad limitada mediante la disminución del valor nominal de las participaciones en que se divide y con la finalidad de constituir una reserva voluntaria indisponible durante cinco años, sin llevar a cabo restitución de aportaciones a los socios. Según la Resolución de 25 de enero de 2011, existen argumentos importantes para su admisión: se refuerzan los fondos propios; no se perjudica a acreedores sino que se refuerza su garantía al incrementar la base patrimonial de la sociedad; la misma Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada permitía sustituir el régimen de responsabilidad de los socios y de la sociedad, en los supuestos de reducción de capital social con restitución de aportaciones, si al acordarse la reducción se dota una reserva con cargo a beneficios o reservas libres por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución de la aportación social (artículo 80.4 de la Ley 2/1995).

La posibilidad de reducción del capital sin restitución de aportaciones y con dotación de una reserva voluntaria fue reconocida expresamente por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en cuyo artículo 317 se admite la posibilidad de reducción de capital por constitución de reservas voluntarias.

Como ya concluía la citada Resolución de 25 de enero de 2011, desde la perspectiva de protección a acreedores tampoco existe inconveniente para permitir esta figura de reducción de capital. No tendría sentido admitir fórmulas de reducción con restitución de aportaciones y rechazar las que permiten mantener inalterados los fondos propios. En efecto, el sistema ordinario de reducción con restitución de aportaciones gira básicamente en torno a la imposición de una responsabilidad temporal y solidaria de los socios junto con la sociedad hasta el importe de las cantidades percibidas por las devoluciones de sus aportaciones (cfr. artículo 331, apartados 1 a 3 de la Ley de Sociedades de Capital), lo que exige una perfecta identificación de los mismos y la concreción de las cantidades percibidas por cada uno de ellos con su correspondiente publicidad registral (artículo 331.4 de la Ley de Sociedades de Capital). Y en caso de reducción de capital sin restitución de aportaciones la constitución de esa reserva voluntaria indisponible supone en la práctica hacer efectivo el sistema de tutela de los acreedores que se basa en el régimen de

responsabilidad solidaria previsto legalmente pues aunque, al no recibir nada los socios en tal reducción, no se trata del supuesto de hecho del citado artículo 331 de la Ley de Sociedades de Capital, lo cierto es que la reserva voluntaria indisponible comporta una vinculación de recursos que, indirectamente, protege a tales acreedores, de modo que una vez reducida la cifra del capital social el excedente de activo no puede ser repartido como beneficio.

Lo que ocurre en el presente caso es que a la reserva voluntaria constituida no se le ha atribuido carácter indisponible, por lo que es evidente que la posición de los acreedores sociales queda menoscabada. Por ello, a falta de la vinculación que se derivaría de la indisponibilidad de la reserva constituida (al menos en términos análogos a los establecidos en el artículo 332.1 de la Ley de Sociedades de capital), sólo cabe admitir la inscripción solicitada cuando voluntariamente se dispongan medidas tuitivas como el reconocimiento estatutario a los acreedores de un derecho de oposición o la garantía que para los mismos constituya la responsabilidad de los socios, bien establecida estatutariamente o bien asumida por estos.

Por cuanto antecede, no puede confirmarse el criterio del recurrente expresado en su escrito de recurso al pretender la inscripción por el hecho de que indique en éste los datos de identificación de los socios y el porcentaje de su participación en las reservas voluntarias. En primer lugar, porque, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, la interposición del recurso contra la calificación no es la vía adecuada para subsanar los defectos recogidos en la misma (vid., por todas las Resoluciones de 27 de julio de 2006, 5 de febrero de 2009 y 28 de junio de 2013), y, en segundo término, porque aun cuando dicha subsanación se pretendiera por la vía establecida debe tenerse en cuenta que la mera expresión de tales extremos, sin la asunción de responsabilidad de los socios por las deudas sociales en los términos antes expresados, no garantiza la debida protección de los acreedores sociales.

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, 16 de noviembre de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.