

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9483 *Resolución de 5 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador mercantil y de bienes muebles II de Las Palmas de Gran Canaria, por la que suspende la inscripción de una escritura de subsanación de otra de aumento del capital de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don A. J. C. M., como administrador único de la sociedad «Mogán Negocios, S.L.», contra la calificación del registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Las Palmas de Gran Canaria, don Adolfo Calandria Amiguete, por la que suspende la inscripción de una escritura de subsanación de otra de aumento del capital de dicha sociedad.

Hechos

I

Por escritura otorgada ante el notario de Las Palmas de Gran Canaria, don Jesús Toledano García, el día 30 de noviembre de 2018, con el número 1.993 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados en la junta general de la sociedad «Mogán Negocios, S.L.» el día 27 de noviembre de 2018 por los que «se anula y deja sin efecto el aumento de capital por compensación de créditos acordado por la Junta General de Socios de 21 de Junio de 2018 (...)». Se justificaba dicho acuerdo porque el referido aumento del capital perjudicaba significativamente a los socios minoritarios, quienes habían visto diluida gravemente su participación en el capital social.

II

Presentada el día 3 de diciembre de 2018 copia autorizada de la referida escritura de subsanación en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«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.

Diario/Asiento: 235/546.
F. presentación: 03/12/2018.
Entrada: 1/2018/11.358,0
Sociedad: Mogán Negocios SL.
Autorizante: Toledano García, Jesús.
Protocolo: 2018/1993 de 30/11/2018.
Fundamentos de Derecho (defectos).

1. La Junta General no puede anular y dejar sin efecto un aumento de capital ya inscrito en el Registro Mercantil sin que exista el correspondiente acuerdo de reducción de capital adoptado con los requisitos legales, dado que la sociedad no puede rebajar la cifra del capital social inscrito en perjuicio de terceros sin respetar para ello los requisitos

previstos en la Ley para la reducción de capital. -RDGRN de 4 de Abril de 2013 y 18 de Abril de 2017 en relación con el artículo 7.º del RRM.

2. El/los defecto/s anterior/es tiene/n la consideración de subsanable/s, no habiéndose tomado anotación preventiva de suspensión conforme al artículo 62.4 del Reglamento del Registro Mercantil por no haberse solicitado.

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro.

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

Las Palmas de G.C., a 17 de Diciembre de 2018».

III

Solicitada calificación conforme al cuadro de sustituciones, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Santa María de Guía de Gran Canaria, don José Luis Rico Díaz, quien el día 8 de febrero de 2019 resolvió «(...) reiterar íntegramente la nota de calificación del Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria II de fecha 17 de diciembre de 2.018 y calificar negativamente el título, toda vez que la Junta General no puede anular y dejar sin efecto un aumento de capital ya inscrito en el Registro Mercantil, sin que exista el correspondiente acuerdo de reducción de capital adoptado con los requisitos legales, dado que la sociedad no puede rebajar la cifra de capital social inscrito en perjuicio de terceros sin respetar para ello los requisitos previstos en la Ley para la reducción de capital. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de Abril de 2.013 y 18 de Abril de 2.017 en relación con el artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil».

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don A. J. C. M., como administrador único de la sociedad «Mogán Negocios, S.L.», interpuso recurso el día 7 de marzo de 2019 en el que alegaba lo siguiente:

«Hechos.

Primero.—(...).

Sexto.—Llegados a este punto, se debe poner de manifiesto que el aumento por compensación de créditos anulado perjudica significativamente a los socios minoritarios, quienes han visto diluida gravemente su participación en el capital social, al no permitir esta modalidad de aumento de capital acudir al mismo y asumir así la parte proporcional correspondiente a su participación en el capital social de Mogán Negocios, S.L.

Es preciso recordar que originalmente la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, reconocía el derecho de preferencia de los socios en todos los aumentos de capital -dinerarios, no dinerarios o por compensación de créditos- en los que se emitieran nuevos títulos, siempre que no tuvieran como causa la absorción de otra sociedad o parte de su patrimonio (en procesos de fusión o escisión), salvo que la Junta General acordase excepcionalmente y con los requisitos especiales añadidos en la Ley, la supresión de tal derecho. La excepcionalidad de la operación exigía Informe de Auditoría y control de la emisión de las nuevas participaciones sociales al valor real resultante del patrimonio neto de la sociedad.

Tal y como resaltó la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 6 de febrero de 2012 (BOE 52/2012, de 1 de marzo 2012), la exclusión del derecho de preferencia en los supuestos de aumento de capital por compensación de créditos puede implicar una desprotección de los socios minoritarios de la sociedad en aquellos supuestos en los que la extinción de los créditos con cargo a participaciones

sociales de la sociedad no esté amparada en el interés social y buscarse únicamente el beneficio o el incremento del control en la sociedad por parte de los socios mayoritarios:

«De esta exclusión legal del derecho de preferencia en los aumentos de capital por compensación de créditos puede derivarse una eventual desprotección del socio en los casos en que la extinción de los créditos contra la sociedad a cambio de las participaciones creadas pudiera no estar justificada en el interés de la sociedad».

No puede ignorarse, por tanto, que en el aumento de capital que se llevó a cabo, la protección de los socios minoritarios brilló por su ausencia. Prueba de ello es la desmesurada dilución de la participación social que los socios minoritarios soportan.

En aras a visualizar de manera más clara dicha dilución, el siguiente cuadro refleja el porcentaje que los socios ostentaban sobre capital social de la Sociedad antes y después de la referida operación: (...)

El tan mencionado aumento de capital, por el que se compensaba el crédito que un único socio ostentaba frente a la Sociedad, tuvo como consecuencia aumentar aún más la diferencia de porcentaje del capital social entre los socios mayoritarios y minoritarios. Dicho acuerdo resulta un abuso de derecho por parte del socio mayoritario que determina una grave lesión de los derechos e intereses de los socios minoritarios de la Sociedad.

Lo cierto, es que tal efecto no fue suficientemente considerado, porque inicialmente la conversión de créditos venía aconsejada por la banca financiadora de la compañía a efectos de la clasificación de la sociedad deudora. Fue después cuando conscientes de tal agravio, en la Junta General de 27 de noviembre de 2018, a la que se ha hecho mención, se anuló y dejó sin efecto el citado aumento de capital.

Séptimo.—No se ha entrado a valorar que, además de lo ya expuesto, que los créditos que se convierten en capital social y que pasan a formar parte del patrimonio neto de la sociedad, son créditos que se consideran de dudoso cobro.

Dicha afirmación no se trata de algo subjetivo. Esto es así debido a que su valor de adquisición estaba directamente relacionado con las reales expectativas de realización de los mismos y sus escasas probabilidades de cobro, no obstante, lo cual, la capitalización se lleva a cabo por su nominal y no por su valor de adquisición (...)

De este modo, la aportación realizada de un crédito previsiblemente incobrable compromete la imagen fiel que la Sociedad debe ofrecer frente a terceros y atenta así contra la seguridad del tráfico jurídico.

De hecho, la cifra de patrimonio neto ha aumentado como consecuencia de la ampliación de capital y la misma ofrece una garantía frente a terceros muy lejos de la realidad lo que conlleva una apariencia de solvencia distorsionada que a su vez compromete la imagen fiel y veraz de los estados contables, así como de la situación financiera de la sociedad.

Constatado que la valoración distorsiona la cuantía real de los fondos propios y compromete la imagen fiel y veraz de los estados contables y la situación financiera de la Sociedad, ello constituye una vulneración del interés social y va en contra de los principios inspiradores de las sociedades de capital y del orden público económico.

Octavo.—Advertido el carácter abusivo del aumento de capital realizado por compensación de créditos, se convocó la Junta General de Socios y se adoptó el acuerdo de 21 de junio de 2018, y constatado el hecho de que éste tiene como efecto la creación de una apariencia no real acerca del valor patrimonial de Mogán Negocios, cabe plantearse si la propia Junta General puede anular y dejar sin efecto un acuerdo social que afecta a la cifra del capital social.

La Junta General, órgano soberano de la sociedad, es competente para decidir sobre la «vida», continuación o disolución de la misma. El artículo 160 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 (en adelante, «LSC») enumera los asuntos sobre los que la Junta General tiene la potestad de decidir, entre los que cabe destacar la modificación de

estatutos, los aumentos y reducciones de capital, así como cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.

Teniendo en cuenta los efectos indeseados del aumento de capital objeto de controversia, no sólo para Mogán Negocios, sino para sus socios y para el tráfico jurídico en general, la Junta General puede y debe proceder a la anulación y revocación del aumento de capital, habida cuenta de que es plenamente competente para ello, como órgano soberano de la sociedad y exponente máximo de su voluntad.

En este sentido no podemos olvidar el tenor del artículo 204.1 LSC que dice «no será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro», de lo que se inequívocamente se desprende que los acuerdos sociales pueden ser rectificadas, revocados o sustituidos por otros por la voluntad soberana de la Junta.

Este precepto es una manifestación expresa de lo argüido sobre el carácter soberano de la Junta General, órgano que preside la pirámide organizativa de la sociedad y en el que reside la potestad originaria de su organización, lo que unido a la naturaleza normativa de su principal producción, los Estatutos Sociales, a lo que nos referiremos en los ordinales siguientes, establece el marco en el que se dilucida la controversia argumental que nos ocupa.

De este modo, la anulación del aumento de capital, y su consiguiente inscripción en el Registro Mercantil, es la única vía existente para retornar a la anterior situación y así ofrecer, frente a terceros, una imagen real de la capacidad económica y financiera de la sociedad.

Fundamentos de Derecho

Primero.—Del abuso de derecho por parte del socio mayoritario y la lesión del interés social y de los socios minoritarios.

En primer lugar, debemos concretar cuáles deben ser los requisitos que concurran en un acuerdo social para poder calificarlo de lesivo para el interés social. En este sentido, tanto la doctrina como la Jurisprudencia se han encargado de determinarlos, exigiéndose:

- a. La existencia de un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad.
- b. Que la aprobación de dicho acuerdo beneficie a uno o varios socios o a un tercero.
- c. Un nexo causal entre la lesión y el beneficio, sin ser relevante la existencia de una motivación o interés particular

Como hemos visto, los tres requisitos se dan en nuestro supuesto. Pero es que como también se ha puesto de manifiesto, supone un flagrante abuso de derecho en perjuicio de los socios minoritarios que han visto exageradamente diluida su participación en el capital social.

En este sentido, hacemos mención a la Sentencia n.º 71/2015 del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de San Sebastián, de 12 de marzo de 2015, que en su fundamento jurídico segundo establece, que el abuso de derecho según la doctrina está integrado por los siguientes elementos esenciales:

- a. Uso de derecho, objetiva o externamente legal.
- b. Daño a un interés (de terceros) no protegidos por una específica prerrogativa jurídica, y
- c. Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

Por consiguiente, es evidente que el aumento de capital ejecutado perjudica a los dos socios minoritarios de Mogán Negocios, S.L. al ir más allá de los límites normales del

ejercicio de un derecho al diluir de manera tan extrema la participación de ambos socios en el capital social de Mogán Negocios, S.L.

Dicho aumento viene determinado por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como por la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho que es según la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1991, 11 de julio de 1994 y de 15 de febrero de 2000), lo que efectivamente determina el abuso de derecho.

Además, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 enero de 2016, que se pronuncia en el seno de un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, sobre la actuación abusiva de la Junta General en la adopción de éstos y establece que:

«La doctrina abuso del derecho supone, como nos señala la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006, la imposición de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, de manera que deberá ser apreciado cuando, con apoyo en una actuación aparentemente correcta se está incurriendo en realidad en una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna. La jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 21 diciembre 2000, de 16 mayo y de 12 julio 2001, de 2 julio 2002 y de 28 enero 2005) exige para la apreciación del abuso de derecho (artículo 7.2 del Código Civil) los siguientes elementos: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercerlo -ausencia de interés legítimo), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo), sin que quepa invocar la sanción cuando el reprochado exceso en el ejercicio del derecho esté garantizado por precepto legal (sentencia del Tribunal Supremo de 2 julio 2002, que cita las de 28 abril 1976 y 14 julio 1992).»

Por último, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de 12 de marzo de 2015 anteriormente mencionada señala que «solo cabe apreciar abuso de derechos en el caso de que el recurso a la ampliación de capital en cuestión carezca de justificación alguna y su objetivo no fuese otro que el lograr el perjuicio del minoritario.» Y así es en nuestro caso, ya que dicho aumento de capital carece de justificación alguna y no tiene causa objetiva y lícita por la cual deba llevarse a cabo.

En definitiva, la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de anulación del aumento de capital por compensación de créditos, es la única vía para reestablecer el equilibrio patrimonial en Mogán Negocios, S.L. para que, por un lado, los socios minoritarios recuperen su participación en el capital social y, por otro lado, se recupere la legalidad societaria anterior a la aprobación del ya mencionado aumento.

Segundo.—De la junta general como órgano soberano.

Se nos alega que la Junta General no puede anular y dejar sin efecto un aumento de capital, pero no podemos compartir dichos argumentos.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 31 de julio de 2012, que en su tercer fundamento jurídico establece: «Como es sabido, la Junta General es el órgano soberano de la sociedad pudiendo imponer sus acuerdos y conllevando la obligación de respeto por parte de los accionistas/Socios».

Como ya se ha puesto de manifiesto lo establecido en el artículo 204.1 LSC («no será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro») implica que los acuerdos sociales, por la voluntad soberana de la Junta, pueden ser rectificadas, revocados o sustituidos por otros.

Por ende, es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que en sus resoluciones de 8 de enero de 2018, 4 de mayo de 2016 y 14 de

diciembre de 2004 confirma las facultades soberanas que tiene la Junta General para regir la vida social y modificar los Estatutos sociales como órgano deliberante.

Igualmente, es redundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, Sentencia n.º 837/2000 del Tribunal Supremo, Sala 1.ª de lo Civil, de 16 de septiembre de 2000 y Sentencia n.º 68/2017 del Tribunal Supremo, Sala 1.ª de lo Civil, de 2 de febrero de 2017, que establecen: «en las facultades soberana que tiene la junta general de accionistas, para regir la vida social; la segunda, amparada en la doctrina jurisprudencial»; «un medio de defensa del interés social que la Ley concedía a la propia sociedad, representada por su órgano soberano, la junta general».

En definitiva, la Junta General, como órgano soberano de la Sociedad, tiene potestad para anular el aumento de capital en cuestión y así reestablecer el equilibrio patrimonial en la Sociedad, que es el fin último al que pretendemos llevar mediante la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de anulación del aumento de capital de fecha 30 de noviembre de 2018 autorizada por el Notario de las Palmas, D. Jesús Toledano García, con el número 1.993 de su protocolo.

Por tanto, solicito que se revoque la calificación, acordando por el Registrador la inscripción de la escritura por la que se anula el aumento de capital por compensación de créditos, al justificar a lo largo de este escrito que dicho aumento no tiene otra consecuencia sino la de perjudicar al interés social».

V

Mediante escrito, de fecha 22 de marzo de 2019, el registrador Mercantil informó y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 73 a 77, 140.1.b), 141.1 y 317 a 333 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; 29.1 del Código de Comercio; el Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 2006, 25 de enero de 2011, 9 de enero, 4 de abril y 2 de octubre de 2013, 23 de noviembre de 2015 y 18 de abril de 2017.

1. Mediante la escritura cuya calificación ha sido impugnada se pretende la subsanación de otra de aumento del capital -mediante compensación de créditos- de una sociedad de responsabilidad limitada porque, según se afirma, el referido aumento del capital perjudica significativamente a los socios minoritarios, al haberse diluido gravemente su participación en el capital social.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, «la Junta General no puede anular y dejar sin efecto un aumento de capital ya inscrito en el Registro Mercantil sin que exista el correspondiente acuerdo de reducción de capital adoptado con los requisitos legales, dado que la sociedad no puede rebajar la cifra del capital social inscrito en perjuicio de terceros sin respetar para ello los requisitos previstos en la Ley para la reducción de capital (...)».

2. Como ya expresó este Centro Directivo en las Resoluciones de 4 de abril de 2013, 23 de noviembre de 2015 y 18 de abril de 2017, inscrita la sociedad en el Registro Mercantil con una determinada cifra de capital, las alteraciones, al alza o a la baja, cualquiera que sea la causa que las explique, sólo podrán hacerse valer frente a terceros cuando exista el correspondiente acuerdo social adoptado con los requisitos previstos en la Ley para el aumento o reducción de capital social y una vez que el correspondiente acuerdo sea a su vez debidamente inscrito.

En las citadas Resoluciones, relativas a casos de error en la valoración de aportaciones no dinerarias, se puso de relieve, entre otras consideraciones, que «desde

una perspectiva societaria, se produce en estos casos descritos en los párrafos anteriores una situación irregular en que el capital social no está total o íntegramente desembolsado. Sin perjuicio de la posibilidad de realizar nuevas aportaciones en neto para cubrir el déficit y mantener la cifra originaria del capital social (así mediante una reintegración de la cifra de capital mediante nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias) y sin perjuicio, también y en todo caso, de la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria por la realidad de las aportaciones ex artículo 77 de la Ley de Sociedades de Capital; lo que es terminantemente claro es que la sociedad no puede rebajar la cifra de capital social inscrito en perjuicio de terceros sin respetar para ello los requisitos previstos en la Ley para la reducción del capital. Todo ello, con independencia del procedimiento que hubiere de seguirse para la reducción de capital en cuyo marco se hace efectivo un diferente sistema de tutela de acreedores: ya sea una reducción por pérdidas ex artículo 320 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital (entre ellas, las que se afloran en esa «reserva negativa» derivada de la subsanación de errores; el auditor verifica el balance que sirve de base a la reducción ex artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital); ya sea una reducción por restitución de aportaciones ex artículos 329 a 331 de la Ley de Sociedades de Capital (bien entendido que el socio aportante responde de la diferencia como si se tratara de una devolución) o, incluso, ya sea por amortización acordada de las consiguientes participaciones y con dotación de la reserva de capital amortizado ex artículos 140.1.b y 141.1 de la Ley de Sociedades de Capital».

Con independencia de cuál sea la causa de la rectificación del negocio jurídico de constitución de sociedad o el de modificación de estatutos que afecten a la cifra del capital social, no pueden confundirse los mecanismos de protección a terceros que resultan de un registro de titularidades como es el Registro de la Propiedad y que se traducen en la intangibilidad de las inscripciones de terceros sin consentimiento de su titular o por medio de sentencia firme (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), con aquellos contemplados por la legislación en un registro de personas, como el Registro Mercantil, en el que la intangibilidad de los asientos del titular se refuerza con mecanismos de protección de los terceros no titulares en los supuestos en los que la alteración del contenido del Registro pueda producirles un perjuicio.

Consecuencia de lo anterior es que el título por el que se pretende la rectificación no puede limitarse a contemplar el interés del titular de ese negocio jurídico de constitución de sociedad o de aumento del capital social, sino que debe reunir los requisitos de protección de tales terceros previstos por el ordenamiento. Por ello, la rectificación del contenido del Registro exige que el título cuya inscripción se pretenda contemple cuál de los procedimientos de reducción de la cifra de capital es por el que se ha optado, atendidas las circunstancias concurrentes.

Adicionalmente, el título deberá contener las medidas de garantía que en su caso exija la norma aplicable (artículos 323 y 329 de la Ley de Sociedades de Capital), así como los requisitos de protección para terceros que se deriven (artículos 141 y 331), a fin de que el registrador Mercantil pueda llevar a cabo su calificación y el asiento solicitado y éste despliegue los efectos de oponibilidad previstos en el ordenamiento.

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

Madrid, 5 de junio de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.