

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10520 *Resolución de 19 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil III de Valencia a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don J. I. P. H., como administrador solidario de la sociedad «Serviferia, S.A.», contra la negativa del registrador Mercantil III de Valencia, don Carlos Javier Orts Calabuig, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 26 de abril de 2018 por el notario de Valencia, don Juan Bautista Bover Belenguer, con el número 1.001 de protocolo, subsanada por escritura otorgada ante el mismo notario el día 26 de diciembre de 2018, con el número 3.546 de protocolo, se elevaron a público determinados acuerdos sociales de la sociedad «Serviferia, S.A.», entre ellos aquel por el que –con la finalidad de compensar pérdidas– se reducía el capital social fijado en 132.220 euros en la cantidad de 128.133,20 euros, quedando por tanto un capital social resultante de 4.086,80 euros, por lo que –por obligación legal– dicha sociedad se transformaba en sociedad de responsabilidad limitada.

II

Presentadas el día 12 de febrero de 2019 copias autorizadas de dichas escrituras en el Registro Mercantil de Valencia, fueron objeto de la siguiente nota de calificación:

«Carlos Javier Orts Calabuig, Registrador Mercantil de Valencia, previo examen y calificación conjunta de los documentos que se dirán, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:

Asiento: 892.

Diario: 905.

Entrada: 1/2019/5019.

Sociedad: Serviferia SA.

Notario/Protocolo: D. Juan Bover Belenguer/18-1001 y 18-3546.

Fundamentos de Derecho:

1. El balance cerrado a 25 de diciembre de 2018 sigue arrojando un patrimonio neto negativo y por tanto inferior a la cifra del capital social. En efecto, el patrimonio neto es de -172.249,01 €, lo que contradice la manifestación hecha en las escrituras de que el patrimonio neto cubre el capital social, sin que sea admisible la creación de participaciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. Art. 10 de la Ley 3/2009 de 3 de abril, Art. 220 RRM y RDGRN de 9 de octubre de 2012, 4 de febrero de 2014 y 26 de mayo de 2015. Defecto de carácter denegatorio.

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 (...)

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos señalados y obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)

Valencia, a 26 de febrero de 2019.—El Registrador N.º III (firma ilegible).»

La calificación se notificó al presentante y al notario autorizante el día 27 de febrero de 2019.

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. I. P. H., como administrador solidario de la sociedad «Servifera, S.A.», interpuso recurso el día 22 de marzo de 2019 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«I. (...)

III. Que resulta evidente que el Registrador no está considerando como parte integrante de los fondos propios o patrimonio neto de la mercantil los préstamos participativos por importe de 250.000€ que se detallan en la escritura y que fueron verificados por la entidad auditora, por lo que dicho patrimonio neto estaría formado por:

– El Capital social que era de 128.133,20 € y que tras la reducción mediante la amortización de participaciones que se detallan en la escritura, queda reducido a 4.086,80 €, reducción que tuvo como objetivo el restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio de la sociedad.

– Los Resultados Negativos de Ejercicios Anteriores que constan en los estados financieros auditados después de la reducción de capital son por importe de -267.261,46 €.

– El Resultado del Periodo a 25/12/2018 tal y como consta en el balance que se adjunta es positivo por importe de 90.925,65 €.

– Además, están los préstamos participativos por importe de 250.000 tal y como constan en dicho balance y en las propias escrituras.

De tal forma que los fondos propios o neto patrimonial sería en nuestra opinión:

Capital Social (4.086,80).

Resultados Negativos Ejercicios Anteriores (267.264,46).

Resultado Positivo del Periodo (90.925,65).

Préstamos Participativos (250 000,00).

Total neto patrimonial: 77.750,99.

Por tanto y según nuestro criterio el patrimonio neto queda restituido y muy superior a la nueva cifra de capital social que deviene de la reducción realizada para compensar pérdidas.

No obstante, parece que el Registrador Sr. Orts no considera que deban tenerse en cuenta los préstamos participativos como parte integrante de los Fondos Propios, de ahí que en su calificación diga que: «El patrimonio Neto es de -172.249,01» (77.750,99 -250.000).

IV. Que la mercantil considera fundado jurídicamente la consideración de los préstamos participativos como parte integrante de los fondos propios o patrimonio neto en base a los siguientes

Fundamentos jurídicos:

Resolución de 9 de octubre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 2 de noviembre de 2012.—En el punto 3. De sus Fundamentos de

Derecho dice literalmente: "Hay que entender que si la sociedad anónima no tiene patrimonio suficiente para la cobertura de capital social en la cifra establecida para la sociedad limitada que se constituye, la operación de transformación es inviable a menos que se restablezca el equilibrio patrimonial por el procedimiento que sea (reducción para compensar pérdidas, aportaciones de los socios imputables al neto, concesión de préstamos participativos por socios o por terceros, etc.)".

Resolución de 4 de febrero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 27 de febrero de 2014.—En el último párrafo del punto 2. De sus Fundamentos de Derecho dice literalmente: "Es cierto que los títulos o participaciones de la sociedad que se transforma, de estos en una situación de infrapatrimonialización, carecen de ese efectivo y actual respaldo pero de ahí no se sigue que la transformación pueda perpetuar dicha situación. Como ha puesto de relieve la Resolución de esta Dirección General de 9 de octubre de 2012, cuando el patrimonio social no cubre la cifra de capital exigida por el régimen de la sociedad a que se dirige la transformación, la operación es inviable a menos que se restablezca el equilibrio patrimonial por el procedimiento que sea (reducción para compensar pérdidas, aportaciones de los socios imputables al neto, concesión de préstamos participativos por socios o por terceros, etc.)".

Y por último también se pronuncia en ese mismo sentido la Resolución de 26 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 3 de julio de 2015.—En el final del quinto párrafo del punto 2. De sus Fundamentos de Derecho dice literalmente: "Hay que entender que si la sociedad anónima no tiene el patrimonio suficiente para la cobertura de capital social en la cifra establecida para la sociedad limitada que se constituye, la operación de transformación es inviable a menos que se restablezca el equilibrio patrimonial por el procedimiento que sea (reducción para compensar pérdidas, aportaciones de los socios imputables al neto, concesión de préstamos participativos por socios o por terceros, etc.)".

Como mayor abundamiento nos vamos a referir al Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, como *lex lata*, en su artículo 20. Uno. d), dice literalmente: "Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades prevista en la legislación mercantil".»

IV

Mediante escrito, de fecha 12 de abril de 2019, el registrador elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3, 4, 10, 11, 17, 18, 23, 34 y 56 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 23, 59, 78, 327, 363, 367 y 475 de la Ley de Sociedades de Capital; 20, apartado Uno, letra d) Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica; 37.6 del Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE); 220 del Reglamento del Registro Mercantil; la Resolución de 20 de diciembre de 1996, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil, y la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital, y las Resoluciones de la

Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de octubre de 2012, 4 de febrero de 2014, 26 de mayo de 2015, 19 de julio de 2016 y 25 de julio de 2017.

1. En este expediente se debe determinar si son o no inscribibles los acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad anónima por los que, con la finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad, disminuido como consecuencia de pérdidas, se reduce el capital social –fijado en 132.220 euros– en la cantidad de 128.133,20 euros, quedando por tanto un capital social resultante de 4.086,80 euros, por lo que dicha sociedad se transforma en sociedad de responsabilidad limitada.

El registrador deniega la inscripción solicitada porque, según el balance, la sociedad tiene un patrimonio neto negativo (-172.249,01 euros), y por tanto inferior a la cifra del capital social, lo que contradice la manifestación hecha en las escrituras de que el patrimonio neto cubre el capital social, sin que sea admisible la creación de participaciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad.

El recurrente alega que el registrador no está considerando como parte integrante de los fondos propios o patrimonio neto de la mercantil los préstamos participativos por importe de 250.000 euros que se detallan en la escritura y que fueron verificados por la entidad auditora, por lo que dicho patrimonio neto es positivo (77.750,99 euros).

2. Según el artículo 3 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, «en virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica».

La transformación societaria es una operación jurídica en virtud de la cual una compañía cambia el ropaje societario para adoptar un tipo social diferente. Entraña un cambio tipológico, pero se mantiene intacta la personalidad jurídica del ente social, lo que significa que se conserva el vínculo societario y se continúan todas las relaciones jurídicas con los terceros. Todo este proceso se hace cohonstando el interés social en continuar la personalidad jurídica bajo una nueva estructura societaria con el interés de los socios, a quienes se les reconoce el derecho de separación, y con el de los titulares de derechos especiales, a quienes se les atribuye un derecho de oposición, ampliándose a favor de todos ellos y de los acreedores las exigencias de información y de publicidad.

Tan compleja operación jurídica parte de unos presupuestos que, en lo que ahora interesa, implican tanto el cumplimiento de los requisitos exigibles para la sociedad que se transforma como el cumplimiento de los requisitos legalmente exigibles para el reconocimiento de la sociedad en que es transformada (vid. artículo 10 de la Ley 3/2009).

Entre las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte tiene especial importancia, en lo que a este expediente se refiere, la cifra de capital social -artículo 23.d) de la Ley de Sociedades de Capital-. El legislador español se ha mostrado especialmente preocupado en que la operación de transformación no suponga ni ampare la violación de un principio básico de las sociedades capitalistas como es el de integridad del capital. Se trata de evitar que por medio de la transformación social se llegue a emitir acciones o a crear participaciones que carezcan de un respaldo patrimonial efectivo en contra de la prohibición establecida en el artículo 59 de la Ley de Sociedades de Capital.

Ciertamente, ha desaparecido de la Ley 3/2009, de 3 de abril, la referencia que antes existía en sede de transformaciones de sociedades civiles o mercantiles en sociedad de responsabilidad limitada, en el derogado artículo 92.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al requisito de la manifestación expresa realizada por el otorgante en el propio título inscribible sobre el hecho de que «el patrimonio social cubre el capital» como todavía dispone, y dispone bien, el artículo 220.1.3.º del Reglamento del Registro Mercantil. Con todo, como ha quedado antes apuntado, la propia Ley sobre modificaciones estructurales establece en su artículo 10.1 que el «acuerdo de transformación se adoptará con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se transforma» y, en el párrafo siguiente, que el acuerdo deberá incluir, entre otros extremos, «las menciones exigidas para la constitución de la sociedad

cuyo tipo se adopte». Así las cosas, la exigencia reglamentaria de la dicha «declaración» obviamente no puede reputarse «contra legem» toda vez que el principio de integridad del capital social rige para todas las sociedades capitalistas, limitadas incluidas. Efectivamente, es «nula la creación de participaciones sociales y la emisión de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad» y sigue estableciéndose que «no podrán crearse participaciones o emitirse acciones por una cifra inferior a la de su valor nominal» (cfr. el antes citado artículo 59 de la Ley de Sociedades de Capital). Si el patrimonio en el momento de la transformación no cubre la cifra de capital que se fija en estatutos ex artículo 23.d) de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad limitada nace a la vida jurídica como consecuencia de la transformación con participaciones sociales creadas sin (suficiente) contrapartida patrimonial.

Como ha puesto de relieve esta Dirección General (vid. Resoluciones de 9 de octubre de 2012, 26 de mayo de 2015, 19 de julio de 2016 y 25 de julio de 2017), es cierto que las acciones o participaciones de la sociedad que se transforma, de estar en una situación de infrapatrimonialización, carecen de ese efectivo y actual respaldo pero de ello no se sigue que la transformación pueda perpetuar dicha situación. Y es que no es menos cierto que el legislador quiere en ocasiones establecer mecanismos e instituciones incentivos del restablecimiento del equilibrio patrimonial como ocurre en sede de reducción forzosa de capital social (cfr. artículo 327 de la Ley de Sociedades de Capital), disolución por pérdidas (artículos 363.1.e) y 367 de la Ley de Sociedades de Capital) y en sede de modificaciones estructurales. Por ejemplo, la necesaria cobertura de la cifra de capital que se impone para la sociedad resultante o beneficiaria ex artículo 34.3 de la Ley 3/2009 en sede de fusiones y escisiones, se exige como un requisito legal para que sean viables este tipo de operaciones y sin perjuicio de que la necesidad del informe del experto quede dispensada en atención en ciertos supuestos de fusiones y escisiones «simplificadas». Más, aún, rige semejante requisito en el supuesto de traslado a territorio español del domicilio social por sociedad extranjera ex artículo 94.1 de la misma ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, supuesto ciertamente próximo al presente habida cuenta que, en sustancia, esa operación equivale a una «transformación transfronteriza». Tan razonable es esa exigencia, tan conforme con Derecho europeo, que el propio legislador comunitario contempla el necesario cumplimiento de semejante requisito cuando regula la transformación de una sociedad anónima europea existente en «SE» (cfr. artículos 37.6 Reglamento [CE] n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea y 475 de la Ley de Sociedades de Capital). Hay que entender que si la sociedad anónima no tiene el patrimonio suficiente para la cobertura de capital social en la cifra establecida para la sociedad limitada que se constituye, la operación de transformación es inviable a menos que se restablezca el equilibrio patrimonial por el procedimiento que sea (reducción para compensar pérdidas, aportaciones de los socios imputables al neto, concesión de préstamos participativos por socios o por terceros, etc.). Esta prohibición constituye un incentivo de «regularización» patrimonial que se dicta en interés de terceros que no tienen en la transformación derecho alguno a oponerse a la misma.

3. En el presente caso alega el recurrente que la manifestación del administrador sobre el hecho de que el patrimonio cubre el capital social queda confirmada porque forman parte integrante de los fondos propios o patrimonio neto de la sociedad los préstamos participativos por importe de 250.000 euros que se detallan en la escritura y que fueron verificados por la entidad auditora.

Debe tenerse en cuenta que, según el artículo 20, apartado Uno, letra d) Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (modificado en este punto por la disposición adicional tercera de la Ley 16/2007, de 4 de julio), «los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil».

A estos préstamos se refiere la Resolución de 20 de diciembre de 1996, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil. Según esta Resolución, de acuerdo con el citado precepto del Real Decreto-ley 7/1996, afirma lo siguiente:

«(...) parece que la citada Ley otorga a los préstamos participativos la calificación de partida computable en el patrimonio contable a los efectos de los supuestos tratados en esta Resolución, en la medida que estos préstamos poseen unas características que podrían significarse:

Se vinculan a la actividad de la empresa.

En caso de amortización anticipada se exige que vaya acompañada por un aumento de fondos propios de igual cuantía, no pudiendo provenir este aumento de la actualización de activos, de lo que se desprende que este aumento debe corresponderse con aportaciones de los socios o resultados generados por la empresa.

En orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes.

Por todo lo indicado, estos préstamos que figurarán en el balance de la empresa en la agrupación correspondiente a los acreedores, se tendrán en cuenta en la cuantificación del patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y disolución de sociedades previstos en la legislación mercantil».

También se refiere a la misma cuestión la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital. En el artículo 3 de esta Resolución, relativo a las definiciones de patrimonio neto a los efectos de aquélla, se dispone que «los préstamos participativos se presentan en el pasivo del balance si cumplen la definición de pasivo incluida en el apartado 3 de este artículo, pero se considerarán patrimonio neto a los efectos de determinar si concurren las causas de reducción obligatoria de capital social o de disolución obligatoria por pérdidas reguladas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital».

Tal norma, aunque referida a la reducción de capital social y la disolución obligatorias por pérdidas, debe aplicarse por identidad de razón al presente supuesto de transformación social como consecuencia de la reducción del capital social por pérdidas.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la 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, 19 de junio de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.