

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9315 *Resolución de 17 de mayo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de León a practicar la inscripción de una escritura de reducción de capital social.*

En el recurso interpuesto por don I. J. P. G., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Carflor, SL», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles de León, don Óscar María Roa Nonide, a practicar la inscripción de una escritura de reducción de capital social.

Hechos

I

La sociedad «Carflor, SL», mediante escritura autorizada el día 23 de octubre de 2020 por el notario de Madrid, don Fernando Sánchez-Arjona Bonilla, con el número 1.725 de protocolo, elevó a público el acuerdo adoptado en la junta general universal, de fecha 6 de junio de 2020, de reducción de capital social a 3.000 euros por pérdidas, previa cancelación de todas las reservas existentes.

II

Presentada el día 12 de noviembre de 2020 dicha escritura en el Registro Mercantil de León, fue calificada el día el día 13 de noviembre de 2020 con la siguiente nota: «No figura el balance aprobado por la junta general de socios que ha de servir de base a la operación de reducción del capital social por pérdidas, el cual debe referirse a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo, previa verificación por el auditor de cuentas de la sociedad si estuviera obligada a auditar las cuentas, y si no lo estuviera, por un auditor nombrado por los administradores de la sociedad, y cuyo informe tampoco se incorpora en la escritura presentada (art. 323 LSC)».

Mediante diligencia subsanatoria, de fecha 29 de diciembre de 2020, se incorporó una nueva certificación a la escritura antes mencionada para hacer constar que, en la misma junta general de fecha 6 de junio de 2020, después de acordar la cancelación de las reservas y la reducción de capital social por pérdidas, se acordó por unanimidad efectuar una aportación directa a fondos propios de la sociedad para compensar pérdidas, y se declaraba expresamente «que el Balance que sirve de base para la reducción de capital no está verificado por el auditor de cuentas, toda vez Carflor, SL es una sociedad limitada en la que no existe derecho de oposición de acreedores ante esta operación de reducción de capital y simultánea aportación directa a los fondos propios, que se reequilibran –saneando la Sociedad–».

Presentada nuevamente el día 30 de diciembre de 2020 la escritura con su diligencia, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Don Óscar María Roa Nonide, Registrador Mercantil de León, 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: 152/848.
F. presentación: 12/11/2020.
Entrada: 1/2020/3.708,0.
Sociedad: Carflor Sociedad Limitada.
Hoja: LE-2868.
Autorizante: Sánchez-Arjona Bonilla, Fernando.
Protocolo: 2020/1725 de 23/10/2020.

Fundamentos de Derecho

1. Reportada la precedente escritura con una diligencia de subsanación de fecha 29 de diciembre de 2020, es objeto de la siguiente calificación: El balance que ha de servir de base a la operación de reducción del capital social por pérdidas tiene que estar verificado por el auditor de cuentas de la sociedad si estuviera obligada a auditar las cuentas y si no lo estuviera por un auditor nombrado por los administradores de la sociedad, y cuyo informe tampoco se incorpora en la escritura presentada, teniendo en cuenta que la cifra de capital social resultante de la operación formalizada es inferior a la inicial en perjuicio de los acreedores (art. 323 LSC y, entre otras resoluciones, las RDGRN de 2 de marzo de 2011 y RDGSJFP de 27 de febrero de 2019).

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

Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Don Óscar María Roa Nonide a día 15/01/2021.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don I. J. P. G., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Carflor, SL», interpuso recurso el día 17 de febrero de 2021 en los siguientes términos:

«A) Hechos.—La sociedad Carflor, SL (en adelante, la “Sociedad”) presentaba una situación de pérdidas acumuladas que hacían necesaria la realización de actuaciones tendentes a reequilibrar y sanear el estado patrimonial de la Sociedad.

A tal fin, la Sociedad acordó con fecha 6 de junio de 2020 una cancelación de reservas, con reducción de su capital social y con aportación directa de fondos por parte de los socios a los Fondos Propios de la Sociedad, para restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio neto disminuido por pérdidas, basándose para ello en el balance cerrado a 31 de diciembre de 2019, esto es, menos de seis (6) meses antes de la fecha de adopción de los acuerdos referidos.

Los mencionados acuerdos fueron elevados a público por virtud de la escritura otorgada ante el Notario de Madrid D. Fernando Sánchez-Arjona Bonilla el día 23 de octubre de 2020 con el número 1725 de orden de su protocolo, presentada a inscripción telemáticamente ante el Registro Mercantil correspondiente desde la propia notaría.

Dicha escritura recibió una calificación inicial defectuosa que fue objeto de subsanación mediante diligencia de 29 de diciembre de 2020 extendida por el mismo notario y por la cual se unía a la escritura original certificación emitida por el secretario no consejero, con el visto bueno del presidente del consejo de administración, por la cual se rectificaban ciertas omisiones padecidas en la certificación inicialmente incorporada.

Presentada nuevamente la escritura antes referenciada (asimismo de modo telemático desde la propia notaría), fue calificada también como defectuosa con los siguientes fundamentos:

“El balance que ha de servir de base a la operación de reducción del capital social por pérdidas tiene que estar verificado por el auditor de cuentas de la sociedad si estuviera obligada a auditar las cuentas y si no lo estuviera por un auditor nombrado por los administradores de la sociedad, y cuyo informe tampoco se incorpora en la escritura presentada, teniendo en cuenta que la cifra de capital social resultante de la operación formalizada es inferior a la inicial en perjuicio de los acreedores (art. 323 LSC y, entre otras resoluciones, las RDGRN de 2 de marzo de 2011 y RDGSJFP de 27 de febrero de 2019).” (...)

B) Fundamentos de Derecho.—En contra de la nota objeto del presente recurso, esta parte aporta las siguientes afirmaciones:

Es cierto que el artículo 323 de 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”) establece con meridiana claridad que:

“Artículo 323. El balance.

1. El balance que sirva de base a la operación de reducción del capital por pérdidas deberá referirse a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo, previa verificación por el auditor de cuentas de la sociedad y estar aprobado por la junta general. Cuando la sociedad no estuviera obligada a someter a auditoría las cuentas anuales, el auditor será nombrado por los administradores de la sociedad.

2. El balance y el informe de auditoría se incorporarán a la escritura pública de reducción.”

A la vista de esta redacción, cabría pensar que la auditoría del balance aportado como base de la reducción de capital constituye un requisito sine qua non para la realización de la misma, dado que los acreedores no tienen derecho de oposición en este tipo de operaciones.

No obstante, la jurisprudencia de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha matizado esta obligación inicialmente indispensable en el siguiente sentido: en el marco de una operación acordeón, se considera que la verificación contable del balance es una medida tuitiva renunciable por todos los socios mediante la adopción por unanimidad del correspondiente acuerdo, siempre y cuando la situación resultante del conjunto de las operaciones cuya inscripción registral se solicita resulte neutra para los intereses de los acreedores, lo cual se produce cuando la reducción acordada se acompaña de un inmediato aumento de capital a cargo de nuevas aportaciones o por compensación de créditos, de tal modo que el quede igualado o superada la cifra de capital inicial (Res. DGRN de 18 de diciembre de 2012).

Resoluciones más recientes (véase la de 26 de marzo de 2019) avanzan en la doctrina arriba expuesta aclarando que las medidas protectoras contempladas por el ordenamiento, como es la necesidad de verificación del balance que sirva de base a la operación, sólo tiene sentido en la medida en que los intereses de socios y acreedores se encuentren en situación de sufrir un perjuicio y, *a sensu contrario*, si dadas las circunstancias de hecho no existe un interés protegible, decae la exigencia de verificación, por cuanto no cabe exigir la realización de trámites o formalidades que gravan sin justa causa la marcha económica de una sociedad.

Así, continúa la Resolución, el criterio de verificación del balance por el auditor tiene fundamento en los riesgos que suponen para los socios acuerdos adoptados por mayorías más o menos amplias y no por unanimidad y que ello obliga a extremar al máximo el respeto a las exigencias legales que tratan de garantizar los derechos de los

socios que, en su caso, pierdan su posición en la sociedad mientras que otros se mantendrán en ella mediante la conversión de sus créditos en cuotas representativas del capital social.

Pues bien, en el supuesto de hecho que ahora nos ocupa, observamos que:

– En los acuerdos transcritos en la certificación adjunta a la escritura se hace constar expresamente que el fin de la operación es el de restablecer el equilibrio patrimonial de la Sociedad.

– Los acuerdos se adoptan sobre la base de un balance cerrado dentro de los seis meses anteriores al acuerdo de la junta.

– Los acuerdos son adoptados por unanimidad de los socios que integran el capital de la Sociedad. Por tanto, desde esta perspectiva es evidente que no existe lesión alguna de la posición de los acreedores como consecuencia de acuerdos impuestos por una mayoría por lo que, en la línea de la resolución de la DGRN de 2 de marzo de 2011 que reiteramos, la verificación contable del balance es una medida renunciable por los mismos unánimemente, como sucede en el caso objeto de estudio.

– Con carácter previo a la reducción de capital, se procede a la cancelación de la totalidad de las reservas existentes, de conformidad con lo establecido por el artículo 322 de la LSC.

A mayor abundamiento, a continuación de la reducción de capital arriba detallada, los socios de la Sociedad acuerdan (igualmente por unanimidad) una aportación directa a fondos propios de la compañía para compensar pérdidas mediante:

a) Compensación de créditos generados a favor del Socio Urbaser, S.A.U. por importe de trescientos dieciséis mil cuatrocientos veintiún Euros (316.421€);

b) Aportación, mediante transferencia, por parte del socio Ageserco de ciento treinta y seis mil quinientos ochenta Euros (136.580€) a la cuenta 118 del Plan General Contable en concepto de aportación de socio y que, a todos los efectos, tiene la consideración de fondos propios de la Sociedad.

Visto todo lo anterior, cabe destacar que si bien es cierto que los acuerdos adoptados no reducen el capital a cero para después acordar un aumento de capital (como sería el caso base sobre el que versan el común de las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), no es menos cierto que la operación planteada por la Sociedad conduce a un resultado análogo al de la "operación acordeón".

Por ello, aunque la opción escogida por la Sociedad de realización de aportaciones de forma distinta al tradicional aumento de capital, no podemos desconocer que ésta es una práctica común en el día a día de las sociedades de capital cuyo apoyo surge del Plan General Contable (PGC) (aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre), el cual permite su anotación en la cuenta 118 como "aportaciones de socios", y que ha sido objeto de análisis por la Dirección General de Tributos al resolver, por ejemplo, una consulta vinculante en su Decisión V1863-09 declarando que estas aportaciones únicamente podrán destinarse a fondos propios cuando tenga carácter no reintegrable al socio.

Visto todo lo anterior y sin dejar de reconocer que el *iter* seguido por la Sociedad se desmarca en cierta medida del supuesto de hecho hasta ahora acogido por las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, no podemos tampoco obviar que el resultado obtenido es exactamente el que justifica la posibilidad de renunciar a la verificación contable del balance que soporta la operación: que ésta resulte neutra para los acreedores y tampoco se vea perjudicada la posición de los socios, lo que, puesto en relación con la resolución de 2019 más arriba citada, dota de completo sentido a los argumentos desarrollados por ésta:

– Dado que los acuerdos cuya inscripción se solicita han sido adoptados por unanimidad y en junta universal, no se produce menoscabo en modo alguno a la posición de los socios.

- El resultado final de clara mejora de la situación financiera de la Sociedad representa, a su vez, un beneficio incuestionable de los intereses de los acreedores.
- Tratándose de una compañía que no cumple las condiciones legalmente establecidas para nombrar auditores con carácter obligatorio, la exigencia de verificación contable constituye de modo indubitado un formalismo que grava innecesariamente el desarrollo de la actividad social.

Por tanto, siguiendo el criterio de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública expresado, por todas, en su resolución de 2 de marzo de 2011 al decir que "si la nueva cifra de capital alcanza o supera la que tenía con anterioridad, el aumento experimentado por el patrimonio social supondrá un beneficio para los acreedores y, por tanto, si la causa alegada para la reducción es el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio disminuido por pérdidas podría cuestionarse si en tal caso la realidad de éstas sería intrascendente y, en consecuencia, es innecesario justificarlas a efectos de su inscripción registral", obtenemos que el efecto de operación objeto de la calificación que da pie a esta nota es el mismo que justifica los argumentos elaborados por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en sus resoluciones.

Así, si bien la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública se ha construido sobre la hipótesis de la operación de reducción por pérdidas condicionada al inmediato aumento de capital (con la consecuente mejora de los fondos propios de la compañía que acomete dicha operación), en el caso concreto hemos de considerar el aumento experimentado no en el capital social, sino en el patrimonio neto de la sociedad el cual está integrado (además del por el capital social) por las aportaciones realizadas por sus socios, así como los resultados acumulados u otras reservas. Asimismo, esta interpretación no puede ser obviada toda vez que es la propia Ley de Sociedades de Capital, la que otorga una gran importancia a la partida de patrimonio neto, al ser utilizada como medida para distinguir cuando una sociedad se encuentra sumida en causa de disolución, y, por ende, habrá de disolverse (artículo 363 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).

Por tanto, la operación debe ser revisada en su conjunto y no sólo desde la perspectiva del capital social aisladamente considerado, sino con la visión del saneamiento del patrimonio social en su conjunto (fin claramente obtenido con la aportación de socios a la cuenta 118).

Por todo lo expuesto, y quedando probado que la situación resultante del conjunto de las operaciones cuya inscripción se solicita es neutra (y, en definitiva, beneficiosa) para los intereses de los acreedores, decae el requisito formal de verificación por el auditor de cuentas del balance que da origen a la operación de reducción de capital para compensación de pérdidas.»

IV

El registrador Mercantil de León, don Óscar María Roa Nonide, formuló el oportuno expediente, previo requerimiento al recurrente para que justificara su representación y notificación del recurso interpuesto al notario autorizante del título calificado, por si quería realizar alegaciones, emitió informe el día 26 de marzo de 2021 y lo elevó a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 322, 323, 331, 332, 333, 343 a 345 y 353 de la Ley de Sociedades de Capital; 34.5 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 201 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003 y 9 de noviembre de 2007, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de mayo de 1991, 11 de octubre de 1993, 28 de abril de 1994, 16 de enero y 19 de

mayo de 1995, 18 de enero de 1999, 23 de febrero de 2000, 4 de febrero de 2003, 14 de marzo de 2005, 30 de mayo de 2007, 2 de marzo de 2011, 25 de febrero y 18 de diciembre de 2012, 2 de octubre de 2013, 3 de febrero de 2014, 16 de noviembre de 2015, 8 de julio de 2016, 21 de diciembre de 2017 y 27 de febrero, 5 de junio y 10 de julio de 2019, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de junio de 2020.

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso es decidir si el balance que sirve de base a la operación de reducción de capital social por pérdidas debe estar verificado por un auditor de cuentas (ex artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital), o si puede sustituirse por una aportación directa a los fondos propios, mediante una compensación de créditos y una aportación en metálico que se integrarán en la cuenta 118, pero sin que se aumente la cifra de capital social.

2. Como ha puesto de relieve esta Dirección General (Resolución de 18 de enero de 1999), en la reducción de capital por pérdidas, la exclusión de medidas de oposición como medio de tutela de los intereses de los acreedores viene compensada por la rigurosa observancia de los requisitos legales relativos a la existencia de un balance aprobado en los seis meses anteriores a la adopción del acuerdo del que resulte que se dan las circunstancias de hecho precisas que sirvan de base a la adopción del acuerdo social.

Como medida complementaria de seguridad, en beneficio de los socios y de los terceros, exige nuestro ordenamiento que el balance haya sido objeto de verificación bien por el auditor de la sociedad si ésta se encuentra en situación de verificar sus cuentas con carácter obligatorio bien por el auditor nombrado al efecto (artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital).

3. Es igualmente doctrina asentada de este Centro Directivo que las medidas protectoras contempladas por el ordenamiento, señaladamente la necesidad de verificación del balance que sirva de base a la operación sólo tiene sentido en la medida en que los intereses de 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.

De este modo se equilibra la debida protección de las personas interesadas de forma directa o indirecta en la operación de reducción de capital cuando ésta tiene la finalidad de compensar las pérdidas sufridas por la sociedad con la doctrina de que no cabe exigir la realización de trámites o formalidades que gravan sin justa causa la marcha económica de las sociedades.

En aplicación de esta doctrina este Centro Directivo ha afirmado la posibilidad de excluir la verificación de cuentas cuando concurre el consentimiento unánime de todos los socios que conforman el capital social y los intereses de los acreedores sociales están salvaguardados por mantenerse o incluso fortalecerse la situación económica de la sociedad a consecuencia de un subsiguiente aumento de capital (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»).

4. Respecto de la protección de acreedores esta Dirección General ha entendido que para que pueda acceder al Registro la reducción de capital por pérdidas sin que el balance aprobado haya sido objeto de verificación y por tanto sin que se haya verificado la concurrencia de los datos de hecho que lo justifiquen, es imprescindible que, al menos, la situación resultante del conjunto de las operaciones cuya inscripción se solicita sea neutra para los intereses de los acreedores, algo que sólo se produce si la reducción por pérdidas viene acompañada de un sucesivo e inmediato aumento de capital a cargo de nuevas aportaciones o por compensación de créditos que iguale o supere la cifra de capital inicial.

Por ello la anterior doctrina se ha construido precisamente sobre la hipótesis de la operación de reducción por pérdidas condicionada al inmediato aumento de capital conocida como operación acordeón (vid. Resoluciones de 28 de abril de 1994, 16 de enero de 1995, 14 de marzo de 2005, 30 de mayo de 2007, 2 de marzo de 2011, 25 de febrero y 18 de diciembre de 2012, 2 de octubre de 2013 y 3 de febrero de 2014).

5. En el supuesto de hecho que provoca este expediente el balance que ha servido de base a la operación de reducción de capital por pérdidas no ha sido verificado por ningún auditor de cuentas, como exige el artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital, ni la sociedad ha acordado ninguna ampliación de capital social; sino que pretende justificar la operación es neutra para los acreedores mediante una aportación a fondos propios a través de una compensación de créditos y una aportación en metálico, recogiendo en la cuenta 118 del Plan General Contable.

Pero esta posibilidad no puede ser admitida ya que no se produce la neutralidad requerida en beneficio de los acreedores pues el capital final resultante es inferior al inicial y por lo tanto no cumple con la función de garantía que le corresponde.

6. Esta Dirección General ha reconocido la posibilidad de realizar aportaciones en neto para cubrir el déficit de la cifra originaria del capital social (mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias), para aquellos casos de error en la valoración de aportaciones no dinerarias previas, con la consecuencia de una situación irregular en que el capital social no está total o íntegramente desembolsado (Resolución de 5 de junio de 2019) y como alternativa a la reducción de capital social.

En cuanto a las aportaciones a la cuenta 118 pueden definirse como aquel negocio jurídico traslativo del dominio por virtud del cual uno o varios socios aportan dinero, bienes o derechos a los fondos propios de una sociedad sin contraprestación.

Sobre su régimen jurídico es de gran interés la SJM de Palma de Mallorca de 17 de octubre de 2017: «conforme se deduce del plan general contable, las aportaciones de socios o propietarios [cuenta 118] son elementos patrimoniales entregados por éstos a la empresa cuando actúen como tales, en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestaciones por la entrega de bienes o la prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan la naturaleza de pasivo. En particular, incluye las cantidades entregadas por aquellos por compensación de pérdidas. Una operación que no necesita de las formalidades de las ampliaciones de capital, que no precisa documentarse en el Registro Mercantil, eliminando los costes notariales y registrales que ello supone, amén de las formalidades propias de los cambios estatutarios. Antes de la entrada en vigor del Plan Contable vigente, únicamente se contemplaba la utilización de la cuenta como aportación hecha por los socios o por los propietarios para compensación de pérdidas o con la finalidad de compensar un «déficit», quedando excluidas las concedidas para asegurar una rentabilidad mínima o las que se otorgaban para fomentar actividades específicas etc. El enfoque de la cuenta se ha visto ampliado y el destino de las aportaciones de socios que recibe la sociedad puede ser para otros fines distintos a los anteriores, tal como establece su definición en el Plan General Contable. De esta manera vemos que el uso ahora va más allá de la compensación de pérdidas, pudiendo hacerse para mejorar la liquidez en un momento concreto, para financiar nuevos proyectos, o para restablecer el equilibrio patrimonial. Según esto, se puede entender que la distribución de esta cuenta será similar a la de una reserva disponible y se atenderá a las reglas generales y limitaciones previstas en el ámbito mercantil para la distribución de beneficios».

Por lo tanto, tienen la consideración de una reserva disponible y no cumplen con la función de garantía que corresponde al capital social.

Debiendo destacarse, como hemos señalado, que habiéndose podido tomar el acuerdo por la sociedad como un aumento de capital social mixto, mediante compensación de créditos y aportación dineraria, en cuyo caso estarían garantizados los derechos de los acreedores, ha optado por hacerlo como aportaciones a fondos propios (cuenta 118) sin cumplir con las formalidades de las ampliaciones de capital, por lo que sus efectos no pueden ser equivalentes.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto 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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 17 de mayo de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.