

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

18517 *Resolución de 10 de octubre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil III de Sevilla, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de reducción y aumento de capital.*

En el recurso interpuesto por don J. M. S. P., en nombre y representación y como administrador único de la sociedad Solartel Écija, SL, contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil III de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de reducción y aumento de capital.

Hechos

I

Por la notaria de Écija, doña María de los Ángeles García Ortiz, se autorizó el día 31 de diciembre de 2021 una escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados el día 18 de noviembre de 2021 por unanimidad por la junta general universal de la sociedad Solartel Écija, SL, por los que, previa aprobación del balance cerrado a día 17 de noviembre de 2021, se reducía el capital social de 18.600 euros a cero euros, como consecuencia de pérdidas, y se aumentaba a 31.00 euros con la subsiguiente modificación del artículo correspondiente de los estatutos sociales.

II

Presentada dicha escritura pública en el Registro Mercantil de Sevilla, fue calificada negativamente.

Retirado el título y devuelto junto con diligencia de subsanación de fecha 25 de enero de 2022, fue nuevamente calificada con defectos.

Por la notaria autorizante, el día 28 de abril de 2022 se redactó acta de subsanación por la que se elevaban a público los acuerdos adoptados por unanimidad por la junta general universal de la sociedad en fecha 28 de marzo de 2022. Del certificado emitido por el administrador único resultaba que la junta general universal, puesta al corriente de la calificación negativa en la escritura anteriormente otorgada, acordaba por unanimidad ampliar el capital social en 15.500 euros, su suscripción inmediata por los socios, y la nueva redacción del artículo correspondiente de los estatutos sociales dejando el capital establecido en la cantidad de 18.600 euros. En concreto, el acuerdo decía así: «Primero. Comunicación a los socios de la Nota de Calificación emitida por el Registrador Mercantil de Sevilla en fecha 3 de marzo de 2022 respecto a la escritura de reducción y ampliación de capital otorgada ante el Notario de Écija Doña María de los Ángeles García Ortiz el 31 de diciembre de 2022 (sic), al número 1721/2021. La calificación del Registrador incluye un defecto subsanable que consta literalmente así: “en este caso concreto, aunque se trata de una operación acordeón, el capital resultante –3100 euros– es inferior al capital de partida –18600 euros”. Dado el carácter de subsanable del defecto, los socios por unanimidad acuerdan adoptar las medidas necesarias para su subsanación».

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Sevilla, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Don Juan Ignacio Madrid Alonso, Registrador Mercantil de Registro Mercantil de Sevilla, 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: 1070/1737.

F. presentación: 31/12/2021.

Entrada: 1/2022/9751,0.

Sociedad: Solartel Écija SL.

Hoja: SE-47578.

Autorizante: García Ortiz, María Ángeles.

Protocolo: 2021/1721 de 31/12/2021.

Fundamentos de Derecho (defectos).

– Aportada nuevamente la escritura calificada en unión de testimonio autorizado por la misma notario, el día veinticinco de enero de dos mil veintidós, comprensivo de diligencia de subsanación de igual fecha, y de copia de acta de subsanación autorizada el día veintiocho de abril de dos mil veintidós, por la repetida Notario, número 623 de su protocolo, se insiste en lo siguiente:

I. De acuerdo a lo previsto en el artículo 323 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, “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. El balance y el informe de auditoría se incorporarán a la escritura pública de reducción”. En este caso concreto, y habiéndose acordado la reducción y simultáneo aumento en la junta general universal celebrada el 18 de noviembre de 2021, y siendo necesario para la validez de la operación que el balance se encuentre auditado, no es posible subsanar el defecto recogido en la nota de calificación acordando el 28 de marzo de 2022, otro aumento por aportaciones dinerarias por importe de 15.500 euros, a fin de que añadido a los 3.100 euros, se alcance el capital social inicial de 18.600 euros. Defecto subsanable.

II. Además, se encuentra cerrado provisionalmente el registro por falta de depósito de cuentas anuales: Artículos 282 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 378 del Reglamento del Registro Mercantil; y RR.D.G.R.N. de 13 de enero de 2.000, 22 de febrero de 2.000, 21 de marzo de 2.000, 11 de abril de 2.001, 27 de abril de 2.002, 31 de marzo de 2.003, 18 de mayo de 2.016 y 11 de junio de 2018, entre otras. Defecto subsanable.

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

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

Sevilla, a diez de junio de dos mil veintidós.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. M. S. P., en nombre y representación y como administrador único de la sociedad Solartel Écija, SL, interpuso recurso el día 15 de julio de 2022 mediante escrito en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente:

Que son numerosas las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que eximen del requisito de verificación del balance si se cumplen dos condiciones: primero, que los intereses de los acreedores queden salvaguardados (Resolución de la de 2 de marzo de 2011), y segundo, que se haya respetado el derecho de adquisición preferente de los socios lo que implica la aprobación por unanimidad del acuerdo (Resolución de 25 de febrero de 2012). En el supuesto de hecho se cumplen las dos condiciones, lo que hace innecesario imponer a la sociedad el coste de la auditoría.

IV

El registrador, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 29 de julio de 2022, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del expediente resultaba que, notificada la interposición del recurso a la notaria autorizante del título calificado, no realizó alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 56, 57, 204, 206, 322, 323, 331, 332, 333, 343, 344 y 345 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; 18 del Código de Comercio; 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006 y 18 de octubre de 2012, 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 y 20 de abril de 2000, 4 de febrero de 2003, 14 de marzo de 2005, 30 de mayo de 2007, 2 de marzo y 16 de septiembre de 2011, 25 de febrero, 17 de octubre y 18 de diciembre de 2012, 30 de mayo, 2 de octubre, 20 de noviembre y 20 de diciembre de 2013, 3 de febrero de 2014, 4, 8 y 26 de julio de 2016, 17 de abril de 2017 y 27 de febrero de 2019.

1. De los dos defectos señalados en la nota de defectos, el recurrente solo impugna el primero de ellos, de modo que el segundo (el relativo al cierre registral derivado de la ausencia de depósito de cuentas), adquiere firmeza.

La cuestión objeto de la presente se centra en determinar si adoptado por unanimidad en junta general universal celebrada el día 18 de noviembre de 2021 un acuerdo de reducción de capital a cero, como consecuencia de pérdidas y aumentado simultáneamente el capital hasta el mínimo legal sin que el balance que fundamenta la operación haya sido verificado, puede considerarse subsanada dicha omisión cuando con posterioridad se acuerda en nueva junta general universal y por unanimidad celebrada el día 28 de marzo de 2022, a la vista de la calificación negativa, un aumento de capital hasta la cifra anterior al acuerdo anterior de reducción por pérdidas.

El registrador opone que la exención del requisito de verificación no puede predicarse de dos acuerdos sociales separados en el tiempo.

A juicio del recurrente, al no existir posibles perjudicados (los acuerdos son adoptados por unanimidad en junta universal y la cifra de capital resultante equipara la anterior a la reducción), carece de sentido continuar exigiendo la verificación contable.

2. Como ha recordado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 2019 en relación a la cuestión planteada y la aplicabilidad del artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la operación de reducción de capital por pérdidas no pierde su autonomía conceptual por el hecho de que se enmarque en la más global de reducción y aumento

simultáneo; en consecuencia son de aplicación las medidas de protección previstas en el ordenamiento tanto para socios como para acreedores (*vid.* Resoluciones señaladas en los «Vistos»).

Esta Dirección General ha declarado (Resolución de 18 de enero de 1999), que 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 tienen 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 tanto la posibilidad de excluir la verificación de cuentas cuando concurre el consentimiento unánime de todos los socios que conforman el capital social como cuando 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. La particularidad del supuesto de hecho que da lugar a la presente reside en que acordada en junta general una operación acordeón en que el capital resultante es inferior al anterior, lo que provoca el rechazo de la inscripción por no constar verificado el balance, la junta general acuerda con posterioridad y en atención a la calificación practicada, un nuevo acuerdo de aumento de capital con el que se iguala el anterior al acuerdo de reducción. De este modo se entiende queda subsanado el defecto al hacer innecesaria la verificación del balance de conformidad con la doctrina expuesta.

Ciertamente el artículo 343 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere, como elemento característico de la denominada operación acordeón, a la existencia de acuerdos simultáneos de reducción y aumento de capital, pero una interpretación literal de dicho requisito llevaría a la imposibilidad de cualquier acuerdo posterior de rectificación o subsanación, en oposición frontal a la doctrina jurisprudencial que a continuación se expone.

Téngase en cuenta que desde un punto de vista conceptual es irrelevante cuando se haya adoptado el acuerdo posterior porque, por definición, cualquier acuerdo de subsanación lo será. Quiere esto decir que lo relevante no es que exista un acuerdo posterior ni si ha existido un período de tiempo más o menos largo entre uno y otro, lo que es consustancial a la situación planteada, sino si dicho acuerdo posterior puede subsanar o complementar el primero de modo que su insuficiencia o incluso su falta de validez pierda relevancia.

De la regulación legal de la reducción y aumento simultáneos resulta ciertamente la utilización de dicho adverbio de tiempo como elemento propio de la misma. Sin embargo, de la regulación resulta que el elemento sustancial de la regulación no es la temporalidad de los acuerdos de reducción y aumento sino su mutua causalidad: la circunstancia de que no cabe adoptar el uno sin el otro (artículo 343 de la Ley de Sociedades de Capital), de donde resulta que no cabe su ejecución aislada (artículo 344), ni, como consecuencia directa, la inscripción del acuerdo de reducción sin que resulte la ejecución del acuerdo de aumento de capital (artículo 345).

6. La importante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de julio de 2016 se refiere a la cuestión de los acuerdos de junta general modificativos de otros adoptados con anterioridad, y tras hacer referencia a los pronunciamientos jurisprudenciales y de la propia Dirección General, claramente favorables a la posibilidad de que la sociedad adopte acuerdos de subsanación, modificación, rectificación, sustitución o convalidación sin perjuicio de sus meros efectos *ex nunc* (*vid.* «Vistos»), analiza la modificación operada en la Ley de Sociedades de Capital en relación con la impugnación de los acuerdos inválidos (artículo 204), para llegar a la conclusión de que el nuevo orden legal (que plasma aquella doctrina jurisprudencial y de la propia Dirección General, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre), consagra la afirmación de que los acuerdos de subsanación no implican la desaparición de los subsanados sino de la causa de impugnación produciendo el efecto de impedir su impugnación por las personas que para ello ostentan legitimación.

En la misma línea, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de abril de 2017 afirma: «Como ya afirmara nuestro Tribunal Supremo (*vid.* Sentencia de 26 de enero de 2006) es indudable que la sociedad puede «rectificar, desistir, arrepentirse o renunciar» un acuerdo que previamente haya adoptado, pero siempre con pleno respeto a las normas del ordenamiento jurídico y con efectos *ex nunc* pues no puede pretenderse dejar sin efecto aquellos ya producidos. Y es que, afirma la propia Sentencia: «No hay, en primer lugar, tal restablecimiento (de una situación anterior), sino una nueva modificación que carece de efectos retroactivos, que sólo cabe reconocer a las Leyes que así lo dispongan (artículo 2.3 CC) dentro de los límites de seguridad que señala el artículo 9.3 de la Constitución...».

Con mayor contundencia la Sentencia de 18 de octubre de 2012 afirma: «... la primera premisa de la que debemos partir es que nuestro sistema admite de forma expresa que las sociedades mercantiles adopten acuerdos que dejen sin efecto los anteriores, mediante la adopción de otros para revocar expresamente los adoptados o mediante la adopción de otros incompatibles. Ello, sin perjuicio de que, como indica la sentencia 32/2006, de 23 de enero, no existe un “derecho al arrepentimiento” con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado...».

Esta es la situación que se produce en el supuesto de hecho pues el acuerdo anterior adoptado en junta universal por unanimidad relativo a la reducción a cero del capital como consecuencia de pérdidas y el simultáneo acuerdo de aumento de capital carece del requisito legalmente exigible de la verificación, carencia que se subsana por medio del posterior acuerdo de aumento adoptado en iguales circunstancias que, por estar causalmente enlazado con el anterior, no puede considerarse de modo aislado.

Es por este motivo que el recurso debe prosperar. Siendo indiscutible que la sociedad, por medio de su junta general, ostenta la facultad de subsanar un acuerdo

anterior por medio de la adopción de otro nuevo y resultando que no resulta del expediente situación alguna que pueda afectar a derechos de los socios o de terceros, no puede mantenerse la calificación pues el elemento esencial de la ejecución mutuamente condicionada queda acreditado en la documentación presentada.

Es cierto que en puridad la sociedad podría haber procedido de otro modo (*vid.* Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de julio de 2016), como sería el supuesto de dejar sin efecto el anterior acuerdo con adopción de otro nuevo en el que se ya se cumplieran con todos los requisitos derivados del artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital y de la interpretación que del mismo ha hecho esta Dirección General. Pero lo cierto es que el resultado, a falta de efectos contrarios para socios o terceros, vendría a ser el mismo por lo que la solución jurídica debe ser igualmente la misma.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar 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, 10 de octubre de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.