

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

16004 *Resolución de 16 de septiembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Madrid, don Ignacio Gomá Lanzón, contra la negativa del registrador mercantil nº II de Madrid, a inscribir determinados acuerdos sociales adoptados por la compañía mercantil Explotaciones Ruizsebas, S.A.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Madrid, don Ignacio Gomá Lanzón, contra la negativa del Registrador Mercantil II de Madrid, don Manuel Casero Mejías, a inscribir determinados acuerdos sociales adoptados por la compañía mercantil Explotaciones Ruizsebas, S.A.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid don Ignacio Gomá Lanzón el día 31 de octubre de 2008, se elevaron a públicos los acuerdos sociales adoptados por la Junta General de accionistas de la compañía mercantil Explotaciones Ruizsebas, S.A., celebrada con carácter universal el día 15 de octubre de 2008, y por su Consejo de Administración en la misma fecha. En la citada asamblea se tomaron por unanimidad y sucesivamente, entre otros, los siguientes acuerdos sociales: transformación de la compañía en sociedad de responsabilidad limitada, reducción del capital social en la cifra de un euro con veintiún céntimos, y ampliación del mismo en sesenta mil tres euros con ochenta y cuatro céntimos. La controversia se suscita porque, tanto la reducción como la ampliación del capital social, se someten al régimen de la sociedad de responsabilidad limitada.

II

El 24 de noviembre de 2008 se presentó copia de dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, y el 28 de noviembre fue objeto de la calificación negativa que a continuación se transcribe parcialmente, respecto del único defecto que es objeto de impugnación:

«El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica:

... Entidad: Explotaciones Ruizsebas, S.A.

Al no producir efectos la transformación a sociedad limitada hasta su inscripción en el Registro, la reducción de capital y posterior aumento del mismo (con aportaciones no dinerarias) se rige por la legislación de sociedades anónimas, debiendo en consecuencia aplicarse dicha legislación, como expresamente establece la Resolución de 23 de febrero de 2001.

El balance cerrado a 30 de octubre de 2008 debe reflejar ya el aumento de capital aprobado y ejecutado en junta de 15 de octubre de 2008.

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

A) Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones...; B) Impugnarse directamente ante el Juzgado de lo Mercantil de esta capital...; C) Alternativamente, interponer recurso en este Registro Mercantil para la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de un mes desde la fecha de notificación en los términos de los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 28 de noviembre de 2008.–El Registrador [Firma ilegible; existe un sello con su nombre y apellidos: Manuel Casero Mejías].»

III

Mediante escrito que causó entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de febrero de 2009, el Notario autorizante de la escritura, interpuso recurso contra la calificación.

Frente al primero de los defectos, centrado en el carácter constitutivo del asiento registral que recoja la decisión transmutatoria de la forma social, esgrime la simpleza formalista del argumento. Partiendo de la independencia de las tres operaciones formalizadas en la misma escritura (transformación, reducción y aumento de capital), y apoyándose en el régimen de las sociedades capitalistas en formación, niega que el acuerdo de transformación sea absolutamente irrelevante hasta el instante de la inscripción, defendiendo su inmediata eficacia en la esfera interna de la sociedad, de suerte que las decisiones corporativas subsiguientes a aquél habrán de ajustarse a la nueva disciplina, aunque su eficacia frente a terceros quede subordinada al reflejo tabular del primero. Desde la óptica de la tutela de terceros, advierte de la inanidad de una medida que simplemente obligue a esperar a la anotación registral de la transformación para que el acuerdo de reducción o de aumento de capital pueda adoptarse válidamente con sujeción al nuevo régimen. Remata sus alegaciones con otros argumentos complementarios y con un análisis crítico de la doctrina mantenida por este Centro Directivo en diversas Resoluciones.

En relación con el segundo de los defectos, referido a la falta de reflejo de la ampliación de capital en el balance cerrado el día anterior al otorgamiento de la escritura, aduce que no cabe incluir en él partidas correspondientes a una futura ampliación de capital de la sociedad ya transformada, aunque ambos acuerdos sean simultáneos, ya que la efectividad de los mismos tiene un orden cronológico dentro del iter negocial.

IV

Mediante escrito de 5 de marzo de 2009, el Registrador Mercantil de Madrid don Manuel Casero Mejías elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo, en el que tuvo entrada el 9 de marzo de 2009. En dicho informe consta que el 30 de enero de 2009 se presentó nuevamente la escritura en unión de una solicitud de inscripción parcial, siendo objeto de dicha inscripción parcial el 9 de febrero de 2009.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 90.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 150 y 166 de la Ley de Sociedades Anónimas; 17.2 y 19 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 220.2, 223 y 368.1 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 5 de mayo de 1994, 2 y 20 de febrero de 1996, 29 de marzo de 2000, 23 de febrero de 2001, 28 de febrero de 2005, 16 y 23 de enero de 2006 y 10 de diciembre de 2008.

1. En el supuesto del presente recurso, se presenta en el Registro Mercantil una escritura de elevación a público de los acuerdos sociales adoptados por la Junta General de socios de una sociedad anónima, celebrada con carácter universal el día 15 de octubre de 2008, consistentes, sucesivamente, en la transformación de dicha entidad en sociedad

de responsabilidad limitada, la reducción del capital social en la cifra de un euro con veintidós céntimos, y ampliación del mismo en sesenta mil tres euros con ochenta y cuatro céntimos.

Según el primero de los defectos expresados por el Registrador en su calificación, la reducción del capital social y sucesivo aumento de los mismos acordados por la Junta se rige por la legislación de sociedades anónimas, como expresamente establece la Resolución de 23 de febrero de 2001. Y según el segundo de los defectos, el balance cerrado a 30 de octubre de 2008 debe reflejar ya el aumento de capital aprobado y ejecutado en Junta de 15 de octubre de 2008.

2. El primero de los puntos controvertidos se concreta en la determinación del alcance que, según la normativa vigente en el momento de la calificación impugnada, haya de atribuirse al denominado carácter constitutivo de la inscripción registral en los supuestos de transformación de sociedades, cuestión sobre la que se han manifestado orientaciones doctrinales divergentes.

Según determinada posición doctrinal, la práctica del asiento registral no es simplemente el trámite final del proceso de transformación, del que depende su eficacia, sino más rotundamente el hito al que se somete la existencia del proceso mismo, de suerte que, tanto en la esfera externa como en la interna, el acuerdo de transformación únicamente produce efectos cuando se logra su acceso tabular. Otros autores, sin embargo, adoptan una actitud más flexible, según la cual, sin negar el sometimiento de su plena eficacia a la inscripción, atribuyen a la decisión sobre el cambio de forma social una trascendencia limitada y selectiva, concretada únicamente en la esfera interna. De la primera postura se deriva que los acuerdos sociales subsiguientes al de transformación, pero anteriores a la inscripción, habrán de sujetarse a la disciplina correspondiente a la forma social de partida, mientras que, con arreglo a la segunda, esas decisiones se adoptarán conforme al régimen de la forma social de destino, aunque su plena eficacia quede condicionada a la culminación del proceso de alteración tipológica a través de la inscripción.

Al tiempo de producirse los hechos relevantes que en este expediente se examinan, el precepto relativo a la eficacia del asiento registral de la transformación no proporcionaba argumentos decisivos en favor de una u otra orientación. Si los artículos 227 y 228 de la Ley de Sociedades Anónimas se limitaban a referirse, respectivamente, al deber de inscribir la escritura de transformación y a la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad, el párrafo segundo del artículo 90.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, entonces vigente, disponía escuetamente que, «sin perjuicio de los efectos atribuidos a la necesaria publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», la eficacia de la transformación quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil». Según su significado literal, la circunstancia de que la eficacia quede supeditada a la inscripción no implica necesariamente que, en el período intermedio, el acuerdo social de transformación haya de reputarse intrascendente, pues también puede entenderse en el sentido de que los actos posteriores conectados con él quedarán igualmente subordinados o condicionados en su eficacia al cumplimiento de ese requisito. Por ello, las razones que se han venido esgrimiendo tienen una índole distinta a la gramatical.

Los partidarios del criterio más riguroso consideran la inscripción constitutiva como elemento integrante del acto inscrito, sin el cual no es posible su existencia. En apoyo de la aplicación de esta tesis a la transformación societaria, se han alegado fundamentalmente razones de seguridad jurídica, referidas a la necesidad o conveniencia de fijar un régimen jurídico unitario hasta y a partir de un determinado momento. No obstante, entre los seguidores de estas tesis, se ha llegado a aceptar la anticipación del régimen societario de destino, siempre que sus efectos se condicionaran a la inscripción. En el lado opuesto, quienes defienden planteamientos más flexibles, contemplan la inscripción constitutiva como el trámite exclusivo y excluyente para obtener la oponibilidad frente a terceros del acto sujeto a ella, de manera que el conocimiento extrarregistral del mismo no produce efecto alguno. En el caso de la transformación, esta segunda manera de entender el fenómeno comporta que, en la esfera interna, el cambio de forma social se produce con el acuerdo social correspondiente, en la medida en que los socios resultan afectados por él

en su condición de partes y no de terceros, sin perjuicio de que su plena eficacia quede supeditada a la inscripción.

En la Resolución de esta Dirección General de 5 de mayo de 1994 se examinó un supuesto de transformación de sociedad anónima en sociedad colectiva, en el que, además del cambio de forma social, se decide la modificación del objeto de la compañía; ante el pretendido defecto consistente en la vulneración del artículo 190 del Reglamento del Registro Mercantil de 1989 (artículo 223 del Reglamento vigente), por no haberse producido las publicaciones ordenadas en el artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas, se estimó que la adecuada interpretación de la norma reglamentaria consistía en entender que tal requisito únicamente debería ser cumplido cuando la normativa aplicable al tipo social resultante así lo impusiera, apreciación que, en este aspecto, implica el sometimiento del cambio de objeto al régimen de destino o, lo que es lo mismo, la aplicación de esa disciplina antes de la inscripción. En la misma línea se manifiesta la Resolución de 2 de febrero de 1996 sobre un caso de transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, en el que el balance incorporado a la escritura no se ajustaba en su estructura formal a lo preceptuado entonces por los artículos 175 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, entendiéndose este Centro Directivo que la anomalía denunciada no impedía la inscripción. No cabe adscribir a una u otra corriente la doctrina mantenida por las Resoluciones de 20 de febrero de 1996 y 29 de marzo de 2000, pues ambas versan sobre supuestos de transformación de sociedades anónimas con capital parcialmente desembolsado en sociedades de responsabilidad limitada, en los que a continuación se adoptan, respectivamente, los acuerdos de satisfacer los dividendos pasivos pendientes y de reducir el capital social mediante condonación de los mismos, sometiéndolos al régimen de la forma social de destino; en los dos casos el defecto resultó confirmado, pero la razón que debe tomarse como determinante es que el desembolso íntegro del capital social es un requisito para la válida constitución de la sociedad de responsabilidad limitada (artículo 4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Y la Resolución de 23 de febrero de 2001, en un caso particular, de transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, en el que inmediatamente después del acuerdo correspondiente se adopta otro de reducción de capital con restitución de aportaciones a los socios, se consideró que el sistema de garantía de acreedores aplicable era el propio de la forma social de origen, es decir, el que se articula mediante el derecho de oposición prevista en el artículo 166 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En el momento de dictar la presente Resolución, ha entrado en vigor en nuestro ordenamiento jurídico una norma que viene a clarificar el alcance de la previsión sobre los efectos de la inscripción en los procesos de transformación societaria. En efecto, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, sin perjuicio de incluir en su artículo 19 la declaración relativa a que «la eficacia de la transformación quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil», puntualiza en el artículo 17.2 que «Cuando la transformación vaya acompañada de la modificación del objeto, el domicilio, el capital social u otros extremos de la escritura o de los estatutos, habrán de observarse los requisitos específicos de esas operaciones conforme a las disposiciones que rijan el nuevo tipo social». Ciertamente, esta nueva normativa no resulta directamente aplicable al supuesto que motiva este recurso, dado que su entrada en vigor tuvo lugar el día 4 de julio del corriente año, pero sí constituye un factor decisivo para encauzar la interpretación de un precepto anterior, como es el artículo 90.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la medida en que comporta el rechazo de una de sus posibles comprensiones (mediante un criterio que, según consta en la justificación aducida en la elaboración parlamentaria de la norma, se fundamenta en la necesidad de evitar en el futuro interpretaciones divergentes). Por ello, acoger ahora el criterio interpretativo que ha prevalecido no supone violentar en lo más mínimo el sentido literal de la norma anterior interpretada, ni quebrantar su significado sistemático o su finalidad.

3. La segunda de las cuestiones debatidas se refiere a la falta de contabilización en el balance cerrado a 30 de octubre de 2008 del aumento de capital acordado en la Junta de socios celebrada el 15 de octubre de 2008 y que se declara ejecutado en la escritura.

Ciertamente, para la inscripción en el Registro Mercantil de las ampliaciones de capital cuyo contravalor consista en aportaciones externas, efectuadas por quienes suscriban las correspondientes acciones o asuman las nuevas participaciones sociales, no se requiere la incorporación a la escritura pública de un balance en que aparezca debidamente reflejado el aumento. Tampoco existe precepto alguno que específicamente imponga tal requisito en las ampliaciones de capital yuxtapuestas a un proceso de transformación. Por tanto, la ocasión para que el Registrador aprecie ese defecto la brinda el particular solapamiento cronológico de la transformación y la ampliación de capital, que hace coincidir la formalización de ambas operaciones en una misma escritura pública, de suerte que, ante la contingencia de que la primera de ellas requiere la incorporación de un balance cerrado el día anterior al del otorgamiento (artículo 227 de la Ley de Sociedades Anónimas), entra a comprobar la adecuada contabilización de la segunda, y es esta comprobación la que constituye el objeto del debate.

Para resolver dicha cuestión debe someterse a consideración el alcance de la función calificadora del Registrador en relación con los balances que han de acompañar a la escritura de transformación. Necesariamente, esa competencia dependerá de la finalidad a que se oriente la exigencia de su anexión a la escritura de transformación. Ese objetivo lo desvela el artículo 220.2 del Reglamento del Registro Mercantil, al indicar que los balances se acompañarán «para su depósito en el Registro Mercantil», es decir, para proporcionar una información de análoga utilidad a la que facilita la publicidad de las cuentas anuales. La única referencia que la normativa registral dedica a la calificación de los documentos contables se contiene en el artículo 368.1 del mismo texto reglamentario, según el cual «el Registrador calificará exclusivamente, bajo su responsabilidad, si los documentos presentados son los exigidos por la Ley, si están debidamente aprobados por la Junta general o por los socios, así como si constan las preceptivas firmas...». Aunque los términos literales de este precepto parecen restringir el examen a la faceta estrictamente formal, esta Dirección General, interpretando la norma, ha admitido la prolongación del análisis a ciertos aspectos materiales; en concreto, ha estimado procedente el rechazo del depósito cuanto la cifra de capital consignada en las cuentas no coincida con la que figure inscrita en el Registro Mercantil (Resoluciones de 28 de febrero de 2005, 16 y 23 de enero de 2006 y 10 de diciembre de 2008).

En el presente caso, el capital reflejado en el balance coincide con el inscrito en el Registro, toda vez que se halla pendiente de inscripción el aumento que se acuerda en la misma Junta General que adoptó el de transformación. No obstante, debe seguirse el mismo criterio apuntado en las citadas Resoluciones si se tiene en cuenta que el Registrador habrá de calificar por lo que resulte de los documentos presentados y de los asientos del Registro (cfr. artículo 18 del Código de Comercio) y que, de excluir el extremo debatido del ámbito de su calificación, estarían distorsionándose los derechos de información y publicidad que el depósito del balance pretende. Además, debe advertirse que según el Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, también el aumento del capital social pendiente de inscripción en el Registro Mercantil ha de tener el adecuado reflejo contable en la partida correspondiente.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, con revocación de la calificación del Registrador respecto del primero de los defectos, y confirmarla en cuanto al segundo, en los términos que anteceden.

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, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 16 de septiembre de 2009.—La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.