

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

13302 *Resolución de 20 de noviembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles I de Girona, por la que se suspende la inscripción de una escritura de reducción a cero y simultáneo aumento del capital social de una sociedad limitada.*

En el recurso interpuesto por don A. B M, en su calidad de administrador único de la sociedad «Operdata Solutions, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Girona, don Jesús Garbayo Blanch, por la que se suspende la inscripción de una escritura de reducción a cero y simultáneo aumento del capital social de una sociedad limitada.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada el día 11 de julio de 2013 por el notario de Girona, don José María Estropa Torres, la sociedad «Operdata Solutions, S.L.» procedió a la reducción de su capital social a cero y simultáneo aumento de capital, con la finalidad de proceder a compensar las deudas sociales.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Gerona, dicho documento fue calificado con la siguiente nota: «Registro Mercantil de Girona 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 hecho y fundamentos de Derecho: Diario/Asiento: 231/423 F. presentación: 24/07/2013 Entrada: 1/2013/6.852,0 Sociedad: Operdata Solutions, S.L. Autorizante: José María Estropa Torres Protocolo: 2013/621 de 11/07/2013 Fundamentos de Derecho (defectos) 1. Al no ser la Junta Universal, en cuanto al aumento de capital, no se ha tenido en cuenta el derecho de suscripción preferente del socio no asistente a la junta, de conformidad con los artículos 343.2, 304 y 305 de la Ley de Sociedades de Capital, y toda vez que de la convocatoria de Junta a General, no resulta la supresión de tal derecho, de conformidad con el art. 308.1.b) de la LSC. Se ha dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 15 del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación (...) Girona, a 30 de julio de 2013 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador) El registrador».

III

La anterior nota de calificación es recurrida, el día 30 de agosto de 2013, mediante presentación en el Registro Mercantil de Girona, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por don A. B M, en su calidad de administrador único de la sociedad «Operdata Solutions, S.L.», en base a la siguiente argumentación: Que la sociedad está compuesta por tres socios con distinta participación en el capital social; Que, en noviembre de 2011, se llevó a cabo la primera ampliación de capital por aportación de créditos de dos socios, oponiéndose el tercero, pese a las pérdidas que continuaron en el año 2012; Que la junta extraordinaria en la que se adoptan los acuerdos

calificados fue debidamente convocada, poniéndose a disposición de los socios tanto el informe de auditor como de los administradores; Que se adoptó el acuerdo de restaurar el equilibrio de los fondos propios con las aportaciones de crédito de dos socios y ampliando el capital social hasta el mínimo legal exigible con las mismas aportaciones de crédito; Que se ha mantenido el principio de la paridad de trato del artículo 320 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto afecta por igual a todas las participaciones sociales, no acudiendo el tercer socio a la junta ni impugnando los acuerdos adoptados; Que no debe figurar en el orden del día la exclusión del derecho de adquisición preferente porque en tal momento no hay ninguna exclusión; Que el artículo 343.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que regula los supuestos de reducción de capital y ampliación simultáneos, que determina que «en todo caso» se respetará el derecho de asunción o de suscripción preferente de los socios, viene referido a los supuestos en que por naturaleza éste es posible, lo que no ocurre en el presente caso; Que los artículos 299 y 300 de la Ley de Sociedades de Capital establecen los supuestos en los que surge en una ampliación de capital y diferencian claramente la clase de aportación dinerarias o de créditos, separándose de los antiguos artículos 73 y 74 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; Que el antiguo artículo 75 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada fue objeto de interpretación compleja por la Dirección General de los Registros y del Notariado pues, conforme a aquella Ley, la aportación de crédito no hace nacer a su favor el derecho de preferencia; Que no existe una autonomía en la redacción y aumento simultáneo en relación a otros supuestos de reducción o aumento; Que los artículos 343 a 345 de la Ley de Sociedades de Capital no establecen normas específicas, sólo se obliga a la simultaneidad; y, Que el antiguo artículo 83 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada prohibía expresamente la supresión del derecho de suscripción en las ampliaciones en las que se crearan nuevas participaciones, por lo que ahora se ha de respetar siempre que la naturaleza de la ampliación lo permita.

IV

Comunicado al notario autorizante la interposición del recurso, no han sido presentadas alegaciones por parte del mismo.

El registrador Mercantil y de Bienes Muebles accidental I de Girona emitió informe en defensa de la nota de calificación el día 23 de septiembre de 2013 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 299, 300, 304, 343 a 345 y 350 a 359 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; 198 a 202 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril de 1994, 16 de enero de 1995, 3 de septiembre de 1998, 18 de mayo de 2001, 14 de mayo de 2005, 2 de marzo de 2011 y 4 de febrero de 2012; y las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 19 de mayo de 2000, 12 de noviembre de 2003, 9 de noviembre de 2007, 23 de mayo de 2008 y 7 de octubre 2013.

1. La reducción a cero o por debajo del capital mínimo legal y simultáneo aumento por encima de éste (operación acordeón) es una figura reconocida en la practica societaria española, cuya finalidad lícita es el saneamiento de la sociedad o su reestructuración por sí o en el contexto de un grupo de sociedades. Pese a su utilización y a los problemas que plantea, no cuenta con una regulación legal completa en la Ley de Sociedades de Capital, como no se prevé tampoco en el futuro Código Mercantil.

En efecto, el artículo 343 de la Ley de Sociedades de Capital, se limita a establecer dos reglas. Una, la necesaria simultaneidad del acuerdo de reducción a cero o por debajo de la cifra mínima de capital, a un acuerdo de transformación de la sociedad o de aumento

hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal. Dos, el establecimiento en términos imperativos –en todo caso– del respeto del derecho de asunción de los socios, para las sociedades limitadas o de suscripción preferente, para las sociedades anónimas. Los artículos 344 y 345 se limitan por su parte a resaltar la necesaria simultaneidad de reducción y aumento en la ejecución del acuerdo y en la inscripción.

2. En qué consista el respeto en todo caso del derecho de asunción es cuestión debatida y el objeto de este recurso. Ciertamente, entre los problemas que suscita la denominada operación acordeón, destaca precisamente el aquí planteado: Dado que no existe una norma que limite las contrapartidas del aumento de capital para este especial supuesto, ¿habrá de entenderse vulnerado el derecho de asunción preferente de un socio, no presente en la junta, convocada correctamente pero sin previsión al respecto, por el hecho de procederse al restablecimiento de los fondos propios mermados por pérdidas, por vía de la compensación de créditos de otros socios?

3. Bajo la vigencia de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, la Resolución de esta Dirección General de 16 de enero de 1995, permitió la inscripción de una operación de esta naturaleza –en el caso reducción por debajo del mínimo con devolución de aportaciones a un socio y simultánea entrada de nuevos socios– al haber recaído el consentimiento de los restantes socios sobre el no ejercicio de su derecho de asunción. Estableció entonces este Centro Directivo que el derecho de preferencia no se puede excluir pero, si existe unanimidad en los socios en no ejercitarlo, se lograría idéntico efecto.

En la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ahora refundida en el texto de la Ley de Sociedades de Capital, el artículo 83 prohibía la supresión del derecho de suscripción preferente en estas operaciones de reducción por debajo del mínimo legal y posterior aumento y, por su parte, el artículo 75 establecía que el derecho de asunción supondría el derecho a adquirir nuevas participaciones, pero sólo cuando éstas fueran creadas en el acuerdo de aumento de capital, en términos proporcionales al valor nominal de las que ya posea el socio.

4. El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, al refundir y aclarar, suprimiendo las disfunciones normativas, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, en la legislación de sociedades de capital, circunscribe el derecho de preferencia en su artículo 204 a los aumentos de capital social –de sociedad anónimas o limitadas– con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, en que cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea, refiriéndose el artículo 208 a la exclusión en términos aquí no aplicables.

La Resolución de este Centro Directivo de 4 de febrero de 2012, tras realizar un análisis evolutivo del derecho de asunción, estimó aplicable adicionalmente a la sociedad limitada el artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que salvo que se trate de aportaciones dinerarias, se ha de entender suprimido legalmente el derecho de asunción preferente de los socios en aquellos aumentos de capital social con aportaciones «in natura».

5. Sobre estas bases, debe ahora interpretarse la expresión en todo caso establecida en el artículo 343 de la Ley de Sociedades de Capital. El recurrente estima que el derecho de asunción será respetado sólo cuando conforme al artículo 204 sea aplicable, es decir, cuando, en primer lugar, se produzca la emisión de nuevas participaciones y en segundo, éstas sean asumidas mediante el contravalor de aportaciones dinerarias, lo que no ocurre en el presente caso, en el que el pago se efectúa por la compensación de créditos de la titularidad de sólo dos de los tres socios de la compañía.

6. Dicha interpretación no es adecuada. En la resolución de la cuestión planteada se hace necesario acudir a los principios esenciales de la sociedad limitada de capital. Incluso por encima de la inequívoca literalidad de la Ley, integrada por el artículo 345 que constituye una norma especial dictada en singular para la denominada operación acordeón. Conforme a aquellos principios configuradores, tanto desde la perspectiva

contractual como institucional, el socio posee el derecho fundamental de ser tratado igual que los demás, aunque esa igualdad implique diversidad; a que su parte del capital social, no sea objeto de aguamiento o supresión, y a que su posición social, no mediando su consentimiento, sea mantenida –derecho de no decrecer en su parte social–. De ahí que los artículos 350 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital prevean un especial procedimiento para la exclusión de socios que, en este supuesto concreto, pese a producirse la salida de un socio sin su consentimiento expreso, no ha sido respetado.

7. En el caso que nos ocupa, la sociedad podía haber cumplido el imperativo precepto 343 de la Ley de Sociedades de Capital y con ello los principios generales señalados, previendo un aumento de capital por tramos o mixto, en el que los socios que no pudieran acudir, por la naturaleza de la aportación, a la compensación de los créditos preexistentes, pudieran, en proporción a su participación preexistente en el capital social, contribuir al procedimiento de saneamiento social y asumir mediante aportaciones dinerarias la parte correspondiente a su cuota inicial en el mismo. Asimismo podían haber anticipado las consecuencias del acuerdo, informado por los administradores, bajo su responsabilidad y por los auditores sociales, y establecer al efecto un procedimiento que permitiera al socio no presente en un plazo determinado aceptar el aumento en los términos planteados o redefinir el mismo, mediante un nuevo tramo. Pero nada de ello se ha previsto produciéndose, por el contrario, el efecto de forzar la salida del socio, que como explica el recurrente en su informe, presentó oposición al saneamiento de la sociedad no habiendo acudido al anterior aumento de capital. Existiendo en el Derecho de sociedades mecanismos de salida del socio disidente, no podrá utilizarse la operación acordeón para conseguir este objetivo, como ha señalado parte de la jurisprudencia citada en los «Vistos», y debe limitarse a las finalidades neutras señaladas en el primer fundamento de la presente Resolución.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos expresados en los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 20 de noviembre de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.