

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR011505

RESOLUCIÓN de 4 de noviembre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa emitida por el registrador mercantil XIII de Madrid, en relación con una escritura de reducción de capital de una sociedad de responsabilidad limitada.*(BOE de 2 de diciembre de 2022)***SUMARIO:****Registro Mercantil. Reducción de capital por amortización de participaciones propias. Régimen de protección de acreedores.**

Teniendo en cuenta que en los estatutos sociales de la compañía no se ha optado por la concesión de un derecho de oposición a los acreedores, su protección se ha de llevar a cabo, en principio, mediante la **imposición de la responsabilidad personal a los perceptores por las deudas sociales anteriores a la fecha de oponibilidad de la reducción**, hasta el límite de lo percibido en concepto de restitución de la aportación y por plazo de cinco años. No obstante, esta medida protectora podrá ser sustituida por la dotación de una reserva, con cargo a beneficios o reservas libres, por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución de la aportación e indisponible durante un período de cinco años desde la publicación de la reducción en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», salvo que con anterioridad hubieren sido satisfechas las deudas. Es fundamental destacar que la constitución de esta reserva de garantía es voluntaria y se encuentra condicionada a la existencia de beneficios o reservas libres que permitan su dotación.

La **dotación obligatoria de una reserva** de caracteres análogos, como pretende el registrador en su calificación, únicamente puede tener lugar cuando «la adquisición no comporte devolución de aportaciones a los socios», es decir, cuando se haya producido a título lucrativo, sin satisfacer una contraprestación a cambio (artículo 141.1 de la Ley de Sociedades de Capital). La circunstancia del diferente título de adquisición es la que justifica dos de las discrepancias de régimen ya advertidas frente a la reserva del artículo 332 de la Ley de Sociedades de Capital, como son la obligatoriedad y la no necesidad de contar previamente con beneficios o reservas libres; ambas son consecuencia de que la contabilización de la adquisición a título gratuito tendrá como contrapartida una cuenta de patrimonio neto, una reserva, y ese importe, en la cuantía exigida, se aplicará, después de amortizarlas y reducir capital, a dotar la reserva de garantía.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 141, 331, 332, 333 y 342.

En el recurso interpuesto por doña Cristina Caballería Martel, notaria de Madrid, contra la calificación negativa emitida por el registrador Mercantil XIII de Madrid, don Juan Sarmiento Ramos, en relación con una escritura de reducción de capital de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Por medio de escritura autorizada el día 16 de marzo de 2022 por la notaria de Madrid, doña Cristina Caballería Martel, con el número 553 de protocolo, la compañía «Shoen Group, SL» procedió a formalizar el acuerdo de reducción de capital por amortización de participaciones propias. Fueron amortizadas 7.644 participaciones sociales, previamente adquiridas por la sociedad en escritura autorizada el día 14 de marzo de 2019 por el notario de Madrid, don Antonio Luis Reina Gutiérrez, con el número 2.189 de protocolo. En la certificación del acuerdo social elevado a público en la escritura de reducción se hacía constar, «a los efectos oportunos», la identidad de la socia que transmitió las participaciones afectadas.

II

Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto, el día 21 de abril de 2022, de calificación por el registrador Mercantil XIII, don Juan Sarmiento Ramos, quien invocaba el siguiente defecto:

«1. No consta la constitución de la reserva indisponible prevista en los artículos 141 y 332 LSC, que es necesario establecer como garantía de los acreedores sociales, toda vez que no puede jugar la responsabilidad solidaria del artículo 331 de la misma ley. Dado que la sociedad acuerda ahora, dos años después de su adquisición, la amortización –con consiguiente reducción de capital social– de las participaciones entonces adquiridas e incorporadas a su autocartera [sin que conste que dicha adquisición lo fue en ejecución de un acuerdo previo de amortización de las participaciones a adquirir, al amparo del artículo 140.1.b) LSC], no puede pretenderse que el socio entonces transmitente pase a responder solidariamente –y sin siquiera ser conocedor de ello, pues no era ya socio al tiempo del acuerdo cuya inscripción se pretende– de las deudas sociales, cuando entre las cuales pueden encontrarse algunas contraídas después de dejar de ser socio (cfr artículo 231 LSC); cuando pudo ser posible que tal adquisición se realizara con cargo a beneficios o reservas libres y por las causas de la letra d) del artículo 140.1 LSC, cuando las participaciones pudieron ser adquiridas para ser enajenadas, y cuando hubo de establecerse la reserva del 142.2 LSC.»

Con posterioridad, el día 23 de junio de 2022, la notaria autorizante extendió una diligencia de subsanación, con la comparecencia del administrador único y socio único de la sociedad y de la socia transmitente de las participaciones, en la que, respectivamente, efectuaban las dos siguientes manifestaciones: que el precio de adquisición de las participaciones propias por la compañía coincidía con su valor nominal y que la vendedora «es conocedora de que responde de las deudas sociales en los términos legalmente previstos para este supuesto de reducción de capital y que conoce y consiente la presente escritura de reducción de capital». Presentada nuevamente la referida escritura en el Registro Mercantil de Madrid, tras la diligencia subsanatoria, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Juan Sarmiento Ramos, registrador mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 3226/376.

F. presentación: 12 de abril de 2022.

Sociedad: Schoen Group, SL.

Autorizante: Cristina Caballería Martel.

Protocolo: 2022/533 de 16 de marzo de 2022.

Fundamentos de Derecho (defectos).

1. Reintegrado hoy el presente documento en unión de diligencia subsanatoria de 23 de junio del corriente, se mantiene el defecto invocado en anterior nota de 21 de abril, consistente en la necesidad de constitución de la reserva indisponible del artículo 332 LSC para poder acordar y llevar a efecto ahora (3 de marzo de 2022) una reducción de capital por amortización de participaciones sociales que la sociedad tenía en autocartera y que había adquirido en escritura de 14 de marzo de 2019, en virtud de acuerdo de junta universal de 2 de enero de 2019 y al amparo del artículo 140.d) LSC.

Se pretende que las garantías de los acreedores sociales, ante la reducción acordada consista, en la responsabilidad solidaria, expresamente aceptada en la diligencia subsanatoria referida, del antiguo socio que transmitió en su día las participaciones que ahora se amortizan. La cuestión, pues, consiste en decidir si se permite a la sociedad reducir la cifra de retención del patrimonio social que el capital social vigente hasta ahora implicaba, a cambio de la responsabilidad asumida por una persona que ya es totalmente ajena a la sociedad (ya no conserva ninguna participación en la misma, tras aquella transmisión), o si, por el contrario, se le impone el mantenimiento de dicha cifra de retención del patrimonio social mediante la adición a la nueva cifra de capital social de una reserva indisponible igual al importe de la reducción del mismo.

Y decimos que la persona que asumiría esa responsabilidad es ya totalmente ajena la sociedad por cuanto la transmisión que realizó en modo alguno estaba determinada o condicionada a la eventual amortización posterior de las participaciones que la sociedad pudiera acordar luego (recuérdese que al verificarse tal transmisión al amparo del 140.d) LSC, la sociedad podía optar luego, y en un plazo de tres años, por revender las participaciones o amortizarlas –cfr. artículo 141 LSC). Dicha transmisión y la posición jurídica que para el transmitente resultara de ella, quedó determinada por ese propio negocio de transmisión y por las normas jurídicas que la regulaban, y para nada le afectarán las normas integrantes del régimen legal de la eventual amortización posterior de las participaciones transmitidas, las cuales son independientes de las que regulaban aquella transmisión. En consecuencia, dicho transmitente ningún papel puede jugar ya en esta posterior amortización de dichas participaciones ni en los términos en que, según la ley, ésta pueda llevarse a efecto después. Desde el momento en que se realizó tal transmisión, el transmitente quedó desligado totalmente de la sociedad (no conservó ninguna participación de la misma), y la suerte posterior de las participaciones (su reventa o su amortización) le es totalmente ajena y, por ende, difícilmente puede la ley, para el supuesto de amortización posterior, modificar retroactivamente el régimen jurídico de aquella transmisión anterior, e imponer al transmitente consecuencias derivadas de hechos posteriores ajenos a su voluntad (artículos 9 CE y 2, 1257 y 1258 CC). Por tanto, es claro que el artículo 331 LSC,

no puede interpretarse en el sentido de que la responsabilidad solidaria de que habla pueda aplicarse también al supuesto considerado. Y si esto es así cuando no media la intervención de aquel transmitente en la amortización posterior de las participaciones que trasladó a la sociedad, la aceptación expresa por ese transmitente de la responsabilidad a se refiere este 331 LSC, debe ser irrelevante al efecto de cumplir las garantías legales de los acreedores sociales frente a la reducción, pues ya es un tercero ajeno a la sociedad. Y con ello no excluimos que dicho transmitente pueda garantizar voluntariamente las deudas sociales frente a los acreedores, pero se tratará de una garantía adicional que no permite prescindir de las expresamente contempladas en la ley (¿interpretaremos la ley en el sentido de que permita que puedan salir bienes de la sociedad de manera que el neto patrimonial resultante resulte inferior a la cifra de retención en la que hasta ahora confiaban sus acreedores, y ello a cambio de la responsabilidad solidaria que decida prestar un tercero ya ajeno a la sociedad en ese momento, cualquiera que sea su solvencia?

Por otra parte, es indudable que la aplicación del artículo el artículo [sic] 331 LSC solo procede cuando como consecuencia de la ejecución del propio acuerdo de reducción se produce una restitución efectiva de aportaciones a los socio [sic], y es evidente que ahora no puede hablarse de restitución de aportaciones, ni previa ni posterior a dicho acuerdo. Ni hay devolución posterior porque, como señala la resolución de 11 de mayo de 2017, las participaciones a amortizar ya estaban en el patrimonio de la sociedad y no en el del socio (solo hay restitución de aportaciones en el sentido del artículo 317 y 329 LSC; esto es, en cuanto modalidad de la reducción por razón de la contrapartida –que consiste en la cancelación de la cuenta de acciones propias en autocartera–, pero no en el sentido civil de devolución a los socios de sus aportaciones). Y tampoco la hay con carácter previo, esto es, en el momento mismo de la transmisión de las participaciones realizada en marzo de 2019, pues al realizarse dicha transmisión en aplicación del 140.d) LSC, solo pudo hacerse con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y debiendo constituirse la reserva del artículo 142 LSC. Así lo confirma la resolución de la DGRN de 11 de mayo de 2017 cuando dice que la reducción que instrumenta la amortización puede realizarse "sin que comporte la devolución de aportaciones cuando, contándose con reservas libres suficientes puede instrumentarse la reducción por el procedimiento tradicionalmente conocido como reducción con cargo a beneficios o reservas libres sin necesidad de garantizar el derecho de oposición por tratarse de uno de los supuestos de exclusión de dicho derecho (cfr. artículo 335 b –sic– LSC)...". Y así lo confirma también, si bien que, para la SA, el propio artículo 335.c) LSC, pues en el caso de que la adquisición de las acciones se produzca con cargo a reservas libres no juega el derecho de oposición sino una reserva similar a la del 331 LSC. Y, si en la anónima no juega en tal caso el derecho de oposición por no haber restitución de aportaciones porque [sic] ahora, en la limitada y en análogo supuesto, tenemos que entender que sí hay tal restitución y dar entrada al 331 LSC?

Así pues, creemos imprescindible para la inscripción de la reducción ahora realizada, la constitución de la reserva indisponible del artículo 332 LSC, lo cual mantiene la cifra de retención del patrimonio social; y que tal garantía no puede sustituirse por una responsabilidad solidaria que asume un tercero ajeno a la sociedad en el momento de tal reducción, aun cuando tal tercero en su momento hubiera sido socio de la entidad, pero no siéndolo al tiempo de la reducción. Es más, no debería olvidarse que si la adquisición de las participaciones que ahora se amortizan se ajustó a la ley, esto es, se hizo con cargo a beneficios o reservas libres y se constituyó la reserva del artículo 142 LS, la sustitución de esta reserva por la del 332 LSC, podría facilitar totalmente la solución.

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

Madrid, a 4 de julio de 2022 El registrador (firma ilegible).»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña Cristina Caballería Martel, notaria de Madrid, interpuso recurso el día 4 de agosto de 2022 en los términos que, a continuación, se transcriben:
«Hechos.

Primero. Documento calificado.

La escritura de reducción de capital social por mí autorizada el 16 de marzo de 2.022, número 553 de protocolo (en adelante la «Escritura de Reducción de Capital»).

Segundo. Presentación.

La copia autorizada de la escritura reseñada se presentó en el Registro Mercantil de Madrid el 28 de junio de 2.022, causando el asiento 3226/376, entrada 1/2022/131.124,0.

Tercero. Calificación.

El documento fue calificado negativamente (...).

Fundamentos de Derecho.

Primero. El defecto alegado por el registrador contraviene el sistema de tutela de los acreedores establecido por la Ley de Sociedades de Capital.

Señala el Registrador que para la inscripción de la Escritura de Reducción de Capital calificada resulta imperativa la constitución de la reserva indisponible del artículo 332 de la LSC, prohibiendo y excluyendo por tanto

el Registrador –a su criterio y elección– la aplicación del régimen general de tutela de acreedores establecido en el artículo 331 de la LSC.

Llama poderosamente la atención el hecho de que el Registrador en su nota de calificación ha convertido en la única opción legal (y por tanto imperativa), a la mera alternativa que el artículo 332 de la LSC concede al órgano de administración de la sociedad de excluir el régimen general de tutela de acreedores mediante la constitución de una reserva.

Esta nueva doctrina que defiende el Registrador en su nota de calificación, no solo priva injustificadamente al órgano de administración de la sociedad de la posibilidad de someterse al régimen general legal del artículo 331 de la LSC, sino que contraviene frontalmente el régimen de tutela de los acreedores establecido por la LSC, decidiendo el Registrador que en estos casos la regla general de la responsabilidad solidaria de los socios establecida en la ley no es suficientemente "buena" para los acreedores sociales, e imponiendo la necesidad de constitución de la reserva establecida en el artículo 332 de la LSC.

Segundo. La escritura de reducción de capital calificada es una modalidad de reducción que conlleva devolución de aportaciones para los socios.

Resulta incuestionable que la Escritura de Reducción de Capital calificada debe encuadrarse en la modalidad de reducción de devolución de aportaciones a los socios. Y ello es así por los siguientes hechos:

1.º) La propia redacción de la Escritura y de la certificación de los acuerdos de reducción de capital elevados a público, que en todo momento están justificando y enmarcando la reducción de capital en el pago del precio al socio saliente de las participaciones adquiridas en autocartera (véanse, entre otras partes de la escritura, la Diligencia de 23 de junio de 2022 firmada por el socio único y por el socio saliente que recibió la devolución de las aportaciones, así como otros muchos apartados en que se identifica expresamente al socio saliente y al precio recibido como datos relevantes a efectos de la aplicación del artículo 331 de la LSC).

2.º) La propia calificación del Registrador que consiste en considerar necesaria la reserva del artículo 332 de la LSC, siendo este un precepto exclusivamente aplicable según su tenor literal a "Cuando, al acordarse la reducción mediante la restitución de la totalidad o parte del valor de las aportaciones sociales".

3.º) Resulta notorio, por la propia redacción de los acuerdos elevados a público, que no cabría encuadrar la reducción en ninguna de las otras dos modalidades del artículo 317 de la LSC (reducción por pérdidas o para dotar la reserva legal). A este respecto, nuevamente llama la atención y resulta incongruente que la nota de calificación no indique con claridad cuál es la modalidad de reducción que considera aplicable, en atención a la reiterada doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que tantas veces reitera la necesidad de encuadrar la reducción en alguna de estas modalidades a los efectos de poder determinar con claridad el régimen jurídico aplicable.»

Por otro lado, resulta contraproducente la cita por el Registrador de la Resolución de 11 de mayo de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyos fundamentos jurídicos no hacen más que corroborar lo defendido en el presente recurso. Por su claridad, transcribimos literalmente el Fundamento Jurídico 4 de dicha Resolución:

«4. Esa reducción del capital social mediante la amortización de acciones adquiridas por la propia sociedad puede discurrir por dos vías distintas: una, partiendo del acuerdo de reducción y, una vez adoptado, y en ejecución del mismo, procediendo a la adquisición de las acciones que se han de amortizar; la otra, siguiendo el orden inverso, adquiriendo previamente las acciones propias y acordando, con posterioridad, la reducción del capital mediante su amortización,

El primero ha de ajustarse, aparte las reglas generales sobre reducción de capital social, al rígido procedimiento que establecen los artículos 338 al 340 de la ley, a través del que se trata de salvaguardar el principio de igualdad de trato entre todos los accionistas, evitando un trato discriminatorio entre ellos, al punto de que si hubiera de afectar a una clase determinada de acciones será necesario el acuerdo mayoritario de los afectados conforme al artículo 293 de la misma ley.

El segundo, por el contrario, y sin perjuicio de que también haya de atenerse a las reglas generales de todo acuerdo de reducción del capital social, tan sólo está sujeto al requisito de la previa existencia de la denominada autocartera, si bien puede plantear en la práctica ciertas dudas en relación con el régimen de protección de acreedores, a las que conviene hacer alguna referencia en el presente caso, toda vez que, en los acuerdos de la junta general de accionistas se indica expresamente que la reducción del capital social que se realiza con finalidad de amortizar acciones previamente adquiridas "no entraña devolución de aportaciones por ser la propia sociedad la titular de las acciones".

En relación con las referidas dudas debe tenerse en cuenta que no existe una modalidad autónoma de reducción del capital social por amortización de acciones propias diferente de las modalidades típicas a las que se refiere el artículo 317 de Ley de Sociedades de Capital.

La reducción que instrumenta la amortización puede "comportar" la "devolución de aportaciones" (en cuyo caso deberán respetarse las reglas de tutela de los acreedores establecidas para las anónimas en los artículos 334 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital y con garantía del derecho de oposición de éstos) o sin que "comporte" devolución de aportaciones cuando, contándose con reservas libres suficientes, puede instrumentarse

la reducción por el procedimiento tradicionalmente conocido como de reducción con cargo a beneficios o reservas libres y sin necesidad de garantizar el derecho de oposición por tratarse de uno de los supuestos de tal derecho [cfr. artículo 335.b)] de la Ley de Sociedades de Capital en sede común y artículo 201.2 de la Ley de Sociedades de Capital en sede de amortización de acciones rescatables emitidas por cotizadas).

Es cierto que, aunque no exista en sentido "civil" una devolución de aportaciones en la ejecución de capital por amortización de autocartera dado que las acciones eran en ese momento de la sociedad y no del socio, no es menos cierto que sí existe "devolución de aportaciones" en el sentido que se da a esta expresión en sede de reducción de capital y como una de las "modalidades" en atención a la contrapartida utilizada: artículos 317 y 329 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital.

A efectos de la necesaria tutela de acreedores a éstos les resulta enteramente indiferente el orden procedimental seguido por la sociedad para amortizar sus acciones (primero adquisición y luego reducción o viceversa) puesto que lo relevante es que egresan recursos de la sociedad con rebaja de la cifra legal de retención. Precisamente, cuando precede en el tiempo la adquisición de autocartera al acuerdo social de reducción que ejecuta su amortización la "la devolución de aportaciones" en el sentido del artículo 317 de la Ley de Sociedades de Capital consiste en la cancelación (abono) de la cuenta de acciones propias, apunte contable que registra la baja o cancelación de su importe y por el valor de adquisición (según el Plan General de Contabilidad, la cuenta 108 se carga "por el importe de adquisición de acciones o participaciones") (...).

Es decir, muy al contrario que el Registrador, la citada Resolución normaliza el hecho de que la reducción de capital tenga lugar con posterioridad a la adquisición de participaciones en autocartera, y deja claro que dicha circunstancia permite habitualmente que dicha reducción de capital se encuadre en la modalidad de "devolución de aportaciones" con la aplicación de su correspondiente régimen legal, y en especial del régimen de protección de los acreedores. Es más, al referirse el presente supuesto precisamente a una sociedad de responsabilidad limitada, la mayor protección de los acreedores se obtiene precisamente en la modalidad de devolución de aportaciones al resultar aplicable solo en esta modalidad los artículos 331 y siguientes de la LSC.

Huelga decir, que, tal y como dice expresamente la Resolución transcrita, el hecho de que la reducción de capital y amortización de las participaciones se realice un tiempo después de la adquisición en autocartera no modifica en modo alguno el régimen legalmente establecido para la protección de los acreedores (en este caso los artículos 331 y ss de la LSC). Conviene recordar que el socio saliente que vende a la propia sociedad las propias participaciones de esta en régimen de autocartera, conoce que existe la posibilidad de que esas participaciones se acaben amortizando con la consiguiente aplicación del régimen legal de protección de los acreedores, lo cual además lógico porque los recursos utilizados para la compra de esas participaciones no han sido recursos de un tercero sino de la propia sociedad. Aunque la ignorancia de este régimen legal por el socio saliente no impediría en ningún caso su aplicación (artículo 6.1 del Código Civil), a mayor abundamiento, en la Escritura de Reducción de Capital calificada dicho socio saliente comparece ante el Notario para declarar expresamente que conoce dicho régimen de responsabilidad (véase la Diligencia de 23 de junio de 2022). O dicho de otro modo, el socio que sale de la sociedad recibiendo activos de la sociedad en pago de sus participaciones conoce su posible responsabilidad legal hasta el importe de lo que haya recibido (salvo que la sociedad opte –o pacte con el socio saliente– por constituir la reserva del artículo 332 de la LSC).

Lo que no puede pretender el Registrador es que la Escritura de Reducción de Capital calificada se encuadre en la modalidad de devolución de aportaciones para exigir la reserva del artículo 332 LSC, pero que se considere otra modalidad distinta (se desconoce cuál) para no aplicar el artículo 331 LSC.

Tercero. Conclusión.

En conclusión, lo que revela la nota de calificación aquí recurrida y lo que en realidad subyace en su argumentación, es la consideración u opinión del Registrador de que el sistema legal de protección de los acreedores establecido por el legislador en los artículos 331 y siguientes de la LSC para las sociedades de responsabilidad limitada es insuficiente e inadecuado para los supuestos de reducciones de capital amortizando participaciones propias previamente adquiridas, y que por tanto, en este tipo de reducciones, debe entenderse modificado dicho sistema legal en el siguiente modo que propone el Registrador: debe considerarse derogada para estos supuestos la regla general del artículo 331 LSC y debe considerarse aplicable imperativamente en estos supuestos la alternativa de la reserva del artículo 332 de la LSC como única posibilidad legal para la sociedad de reducir su capital amortizando participaciones propias.

Pero lo cierto e incontestable, es que este nuevo sistema de tutela de los acreedores propuesto por el Registrador, no solo no está previsto en la LSC, sino que contraviene e incumple abiertamente el sistema establecido por el legislador.

En su virtud, solicita:

Se admita el presente escrito, teniendo por interpuesto recurso frente a la calificación dicha, procediendo, previos los trámites correspondientes, a dictar resolución por la que se revoque la nota de calificación recurrida y se ordene la inscripción de la escritura en cuanto a los puntos recurridos.»

Mediante oficio de fecha 9 de agosto de 2022, el registrador Mercantil elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 141, 331, 332, 333 y 342 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, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de mayo de 2017 y 22 de mayo de 2018.

1. El debate que en este expediente se sustancia gira en torno al régimen de protección de acreedores aplicable, en una sociedad de responsabilidad limitada, a una reducción de capital por amortización de participaciones propias, previamente adquiridas por compra con una antelación de casi tres años a la fecha de adopción del acuerdo correspondiente. Para el registrador, es necesario que la compañía dote una reserva indisponible por el valor nominal de las participaciones, en los términos previstos en los artículos 141 y 332 de la Ley de Sociedades de Capital; por el contrario, para la notaría recurrente la calificación impugnada no se corresponde con el sistema establecido en la ley.

El artículo 141 de la Ley de Sociedades de Capital, citado por el registrador en su nota de calificación, guarda relación con el caso examinado cuando en su apartado 1 se refiere a la amortización de acciones propias cuya «adquisición no comporte devolución de aportaciones a los socios», respecto de la que ordena la dotación de «una reserva por el importe del valor nominal de las participaciones amortizadas, la cual será indisponible hasta que transcurran cinco años a contar desde la publicación de la reducción en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», salvo que antes del vencimiento de dicho plazo hubieran sido satisfechas todas las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros». Por su parte, el artículo 332 del mismo texto legal, también citado por el registrador, se refiere a las reducciones de capital que supongan «la restitución de la totalidad o parte del valor de las aportaciones sociales», respecto de las que contempla la eventual constitución de una reserva indisponible por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución de la aportación social, con un régimen coincidente al de la referida anteriormente, como mecanismo de protección de acreedores voluntario y sustitutivo de la responsabilidad solidaria de los socios perceptores de dicha aportación ex artículo 331. En definitiva, cada uno de los dos artículos citados afecta a un supuesto distinto: el primero de ellos (artículo 141.1) a la reducción de capital por amortización de participaciones cuya adquisición no comporte la restitución de aportaciones, y el segundo (artículo 332) a la reducción de capital que sí comporte restitución de aportaciones; y también es de diferente índole el mandato que cada norma incluye, imperativo en la primera y de acogimiento voluntario en la segunda. Aún debe resaltarse otra semejanza, consistente en que el artículo 332 exige que la reserva indisponible se dote con cargo a beneficios o reservas libres, mientras que el artículo 141.1 no hace referencia a tal necesidad.

De la lectura de ambos artículos cabe extraer dos primeras consecuencias: que sus respectivas previsiones se refieren a supuestos distintos, y que la constitución de la reserva pretendida por el registrador sólo será obligatoria cuanto la adquisición por la sociedad de las participaciones amortizadas no hubiere supuesto la restitución de su aportación al transmitente.

2. Sostiene el registrador que sólo hay restitución de aportaciones propiamente dicha cuando la adquisición de participaciones propias se produce en ejecución de un previo acuerdo de reducción de capital, negándole tal carácter al acuerdo adoptado cuando las participaciones amortizadas ya se encuentran en el patrimonio. En apoyo de su tesis invoca la Resolución de este Centro Directivo de 11 de mayo de 2017, referida a una sociedad anónima; sin embargo, como señala la recurrente, lo que realmente declara tal resolución es que «aunque no exista en sentido «civil» una devolución de aportaciones en la ejecución de capital por amortización de autocartera dado que las acciones eran en ese momento de la sociedad y no del socio, no es menos cierto que sí existe «devolución de aportaciones» en el sentido que se da a esta expresión en sede de reducción de capital y como una de las «modalidades» en atención a la contrapartida utilizada: artículos 317 y 329 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital». En la misma línea, aunque específicamente referida a una sociedad de responsabilidad limitada, la Resolución de 22 de mayo de 2018 proclama que «no es cierta la afirmación de que al existir amortización de participaciones propias no existe restitución de valor», reiterando que «la amortización de participaciones adquiridas previamente por la sociedad a título oneroso equivale al supuesto de reducción de capital por restitución de aportaciones». En definitiva, a efectos de la disciplina del capital, precisamente porque la adquisición de las participaciones luego amortizadas se produjo a título oneroso mediante una contraprestación, la reducción llevada a cabo debe sujetarse al régimen de las producidas por restitución de aportaciones y, en consecuencia, observar el sistema de protección de acreedores sociales establecido en los artículos 331 a 333 de la Ley de Sociedades de Capital.

Teniendo en cuenta que en los estatutos sociales de la compañía no se ha optado por la concesión de un derecho de oposición a los acreedores (artículo 333 de la Ley de Sociedades de Capital), la protección de ellos se ha de llevar a cabo, en principio, mediante la imposición de la responsabilidad personal a los perceptores por las

deudas sociales anteriores a la fecha de oponibilidad de la reducción, hasta el límite de lo percibido en concepto de restitución de la aportación y por plazo de cinco años (artículo 331 de la Ley de Sociedades de Capital). No obstante, esta medida protectora podrá ser sustituida por la dotación de una reserva, con cargo a beneficios o reservas libres, por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución de la aportación e indisponible durante un período de cinco años desde la publicación de la reducción en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», salvo que con anterioridad hubieren sido satisfechas las deudas (artículo 332 de la Ley de Sociedades de Capital). Es fundamental destacar que la constitución de esta reserva de garantía es voluntaria y se encuentra condicionada a la existencia de beneficios o reservas libres que permitan su dotación.

La dotación obligatoria de una reserva de caracteres análogos, como pretende el registrador en su calificación, únicamente puede tener lugar cuando «la adquisición no comporte devolución de aportaciones a los socios», es decir, cuando se haya producido a título lucrativo, sin satisfacer una contraprestación a cambio (artículo 141.1 de la Ley de Sociedades de Capital). La circunstancia del diferente título de adquisición es la que justifica dos de las discrepancias de régimen ya advertidas frente a la reserva del artículo 332 de la Ley de Sociedades de Capital, como son la obligatoriedad y la no necesidad de contar previamente con beneficios o reservas libres; ambas son consecuencia de que la contabilización de la adquisición a título gratuito tendrá como contrapartida una cuenta de patrimonio neto, una reserva, y ese importe, en la cuantía exigida, se aplicará, después de amortizarlas y reducir capital, a dotar la reserva de garantía.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que el sistema de amortización de las participaciones propias, y particularmente el plazo de tres años que el artículo 342 de la Ley de Sociedades de Capital concede para llevarla a efecto, ha sido objeto de críticas desde posiciones de «*lege ferenda*», pero tales apreciaciones no afectan a su vigencia.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de 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, 4 de noviembre de 2022. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.