

el nuevo texto estatutario, tal omisión no puede ser elevada a la categoría de defecto obstativo de la inscripción pretendida, no debe menoscabarse o entorpecerse el tráfico jurídico societario exagerando el valor de las puras formalidades extrínsecas, más allá de lo que conviene a la propia seguridad de aquél. Piénsese, además, que tal omisión en nada menoscaba la plena operatividad de ninguna de las previsiones recogida en el nuevo texto, lo que en conjunción con la idea que subyace en la admisibilidad de inscripción parcial de un título conduce al despacho de ahora cuestionado.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

Madrid, 1 de febrero de 1993.—El Director general, Antonio Pau Pedrón.

Sr. Registrador mercantil de Jaén.

7883 RESOLUCION de 16 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José María Aranaz Cortezo, Secretario del Consejo de Administración de «Radio España de Barcelona, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de reducción de capital social con cargo a beneficios y reservas de libre disposición.

En el recurso gubernativo interpuesto por don José María Aranaz Cortezo, Secretario del Consejo de Administración de «Radio España de Barcelona, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de reducción de capital social con cargo a beneficios y reservas de libre disposición.

Hechos

I

El día 16 de julio de 1991, mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid don José García Sánchez, se elevaron a públicos los acuerdos adoptados por «Radio España de Barcelona, Sociedad Anónima», en la Junta general extraordinaria, celebrada el día 28 de diciembre de 1990, en el que figura la reducción del capital social mediante la adquisición de acciones propias para su amortización hasta la cifra de 33.802.400 pesetas con cargo a beneficios y reservas de libre disposición (artículo 167 de la Ley de Sociedades Anónimas), ofreciéndose la compra a todos los accionistas.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el documento que antecede, según el asiento 805 del Diario 544 No se practica operación alguna por observarse los defectos siguientes: 1.º Debe constar el nombre de los consejeros concurrentes o por representación a las sesiones del Consejo de Administración (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 y 13 de junio de 1991). 2.º Debe acompañarse Balance de situación, conforme lo dispuesto en los artículos 167.3 de la Ley y 171.2 del Reglamento del Registro Mercantil. El primero de los defectos señalado tiene carácter subsanable y el segundo insubsanable.—Barcelona, a 15 de enero de 1992.—El Registrador (firma ilegible).»

III

Don José María Aranaz Cortezo, Secretario del Consejo de Administración de «Radio España de Barcelona, Sociedad Anónima», interpuso recurso de reforma contra el punto 2.º de la nota de calificación, y alegó: 1. Que en la escritura cuya calificación se impugna, se acuerda una reducción de capital: a) Cuya finalidad (artículo 167 de la Ley de Sociedades Anónimas) es, y no puede ser otra, la devolución de aportaciones (al comprar las acciones que luego se amortizan), lo que excluye la aplicación del artículo 171.2 del Reglamento del Registro Mercantil. b) Y que se verifica

con cargo al patrimonio libre (no vinculado) de la sociedad, lo que excluye el derecho de oposición de los acreedores (artículo 167.3 de la Ley de Sociedades Anónimas), aunque para mantener la función de garantía del capital social la ley (que no impone requisito alguno previo o simultáneo para la adopción del acuerdo) con toda lógica establece una obligación posterior: La de constituir una reserva obligatoria especial, que ni es la legal ni la voluntaria, de la que sólo se puede disponer en la forma que determina el artículo 167.3 de la Ley de Sociedades Anónimas. 2. Que, por ello, ninguno de los preceptos alegados como fundamento sustentan la calificación impugnada: a) El artículo 167.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, excluye el derecho de oposición, pero no impone requisito alguno previo y simultáneo para acordar la reducción, sino sólo la obligación posterior aludida anteriormente. b) El artículo 171.2 del Reglamento del Registro Mercantil, reduce su mandato a los supuestos en que la reducción tiene por finalidad restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio, o constituir o incrementar la reserva legal o voluntaria.

IV

El Registrador Mercantil decidió mantener en su integridad la calificación recurrida (punto 2.º), e informó: 1.º Sobre la naturaleza de la operación: Que la operación de amortización de capital ha sido frecuentemente mal entendida por la defectuosa redacción legal. Dejando aparte la amortización contable, la amortización como operación financiera consiste en el reembolso o devolución del principal de los capitales prestados, se refiere a los capitales de riesgo o crédito (v. gr. la amortización del empréstito del artículo 306 de la Ley de Sociedades Anónimas); pero también se habla de amortización de capitales o fondos propios; y en sentido traslativo, también se habla de amortización de acciones (artículo 170.6 de la Ley de Sociedades Anónimas). Lo que aquí interesa es la amortización de capital como modalidad especial de la reducción. Ante la desafortunada redacción del artículo 101 de la Ley de Sociedades Anónimas, alguna doctrina consideró que nuestro sistema permitiría una operación autónoma o sustancialmente diferente de la reducción, denominada «Amortización de capital», como se reconoce en los ordenamientos francés y portugués. La II Directiva de Capital del Consejo de la Comunidad Económica Europea permite que los Estados miembros reconozcan la institución en su Derecho interno (artículo 35). Que en nuestro Derecho la amortización de capital entraña inexcusablemente la reducción de la cifra de capital. Esto, que no es necesario demostrar, fue afirmado por la Resolución de 29 de julio de 1986 y resulta con toda claridad de la nueva regulación legal. Que, en consecuencia, la operación de amortización contemplada en el artículo 167.3 de la Ley de Sociedades Anónimas debe ser comprendida como una modalidad más de reducción de capital; y en atención al espíritu o finalidad de toda regulación de reducción, deberá respetar todos los requisitos y cautelas que nuestro sistema y todo sistema de protección de capital, fundado en la II Directiva de la CEE anudan a la operación de disminución de la cifra de retención que es el capital social. Que existen en reducción de capital dos sistemas de protección o «cautela creditorum»: El consistente en el reconocimiento de un derecho de oposición (artículo 166 de la Ley de Sociedades Anónimas y 32 II Directiva) y el que, soslayando tal garantía, consiste en la acreditación del presupuesto económico subyacente o causa de la operación que justifica obviar tal derecho (v. gr. acreditación de pérdidas para compensar). Que si se permite que la amortización de capital prospere como operación de reducción sin necesidad de respetar derecho de oposición y sin que sea necesario acreditar las reservas distribuidas por el balance verificado-base de la operación, se estará forzosamente reconociendo la existencia de un «tertium genus» singularísimo de reducción sin cautelas o garantías de acreedores. 2.º Sobre la finalidad de la operación. Que la operación de amortización supone una agresión patrimonial, una disminución del patrimonio social en beneficio del de los socios reembolsados y en menoscabo de la garantía de los acreedores; y ello por la garantía del pago de todos los débitos es exclusivamente el patrimonio social y no la cifra de capital que es intangible. La merma patrimonial consiste en la salida de los fondos del activo circulante por el importe del valor de la compra a los accionistas. La finalidad es la devolución de una carga financiera que se entiende exuberante por encima de las necesidades de recursos propios de la estructura financiera y, por ende, admisible dentro de la modalidad de reducción cuya finalidad es la devolución de aportaciones y que entraña una reducción efectiva o real de capital. Sin embargo, y no obstante existir reducción efectiva de capital, el legislador excepcionalmente a la operación del reconocimiento del derecho de oposición de acreedores (artículo 37 II Directiva y 167 de la Ley de Sociedades Anónimas). Aquí reside la singularidad de la amortización de capital que desorienta a la doctrina y que explica el «lapsus» del legislador

(la no inclusión expresa del supuesto entre los que precisan balance verificado). Que la amortización de capital podrá obviar el reconocimiento del derecho de oposición siempre que se cumplan simultáneamente dos requisitos que, en realidad, son dos momentos lógicos de la operación: La amortización debe ser con cargo a fondos propios libres y la reducción o cargo a la cuenta de capital nominal amortizado, debe realizarse con abono a otra cuenta de pasivo no exigible que constituye un vínculo similar de indistribuidabilidad, el «capital amortizado». Esos dos requisitos están inescindiblemente unidos en una sola operación por razón de vínculo causal: La causa que justifica la dotación de la cuenta de reserva por capital amortizado es la distribución de fondos libres a los accionistas cuyas acciones se amortizan. Por todo ello, sólo mediante un balance verificado los socios podrán entender en su integridad el sentido único y global de la operación. Por ello, aplicar el texto de la Ley de Sociedades Anónimas significa olvidar la finalidad de la misma.

V

El recurrente se alzó contra la anterior decisión, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que le llama especialmente la atención que en los razonamientos del Registrador en ningún momento se ponga en duda que el acuerdo societario cumpla todos los requisitos exigidos por la Ley y el Reglamento, ya que ninguno de los preceptos que se citan, 167.3 y 171.2-2.º de la Ley de Sociedades Anónimas habla de la necesidad de balance de la operación para llevarla a cabo. Lo hace para otros supuestos de reducción, pero no para este, tal como se expresa en el 167.3 y 168 de la misma Ley. Esta aparente confusión de preceptos en la calificación registral aparece aclarada en la Resolución del Registrador al sostener su calificación, en donde indica que al legislador se le ha olvidado la inclusión del requisito que exige, pero nada más lejos de la realidad, pues al legislador no se le ha olvidado nada, sino que simplemente ha tenido en cuenta que el supuesto 3.º del artículo 167 es un caso distinto a los dos que le preceden; y, por eso, la sociedad ha cumplido con todos los requisitos que había que adoptar. Hay que tener en cuenta, además, que el artículo 167.3 de la vigente Ley recoge el contenido del antiguo artículo 101 de la Ley de 1951, y en donde quedó claro que en los procesos de amortización de acciones con cargo a beneficio de reservas de libre disposición, no son necesarias las normas cautelares que se exigen para otros supuestos de reducción de capital, y ello es así porque los fondos utilizados no afectan al patrimonio vinculado, sino al libre, en este sentido Garrigues y también Cámara, al comentar el artículo 33 de la II Directiva la cual establece «no ser necesario, en este caso de reducción de capital, las garantías prescritas para proteger a los acreedores si una suma igual al valor nominal total de las acciones, se destina a integrar una reserva de la que no se podrá disponer más que cumpliendo las condiciones requeridas para la reducción de capital». Y precisamente, esta redacción es la que ha recogido para este caso el artículo 167 de la Ley. Y es lógico que sea así en este supuesto concreto, dado que la II Directiva ha establecido esta garantía especialísima que recoge nuestra legislación, tal como se indica. Por tanto: a) El artículo 166 de la Ley concede a los acreedores el derecho de oposición; b) el artículo 167 de la misma Ley, excluye en tres supuestos este derecho. Para los dos primeros compensa la exclusión con la exigencia de un balance verificado por un auditor (artículo 168 de la Ley); y para el tercer supuesto, que es el nuestro, con la reserva a que antes se ha hecho referencia. Por tanto, la Ley no parece que se haya olvidado de nada. Y esta exigencia de la nueva Ley era lo que faltaba en el artículo 101 de la Ley de 1951, y así lo expresaba la Resolución de 29 de julio de 1986, al señalar que la futura reforma en materia de sociedades se completase esa falta del artículo 101 de la Ley de 1951. El argumento del Registrador es válido para los números 1.º y 2.º del artículo 167, pero no para el número 3.º En efecto, la exigencia del balance es lógica en los dos primeros supuestos porque es necesario acreditar el supuesto contable que excluye el derecho de oposición. Pero en el tercer supuesto la presentación del balance sólo acreditará que hay beneficios o reservas de los que se puede disponer libremente, y eso de nada sirve a los acreedores porque su garantía es la constitución de la reserva especial, y esa partida no puede aparecer en el balance que servirá de base a la reducción. A los acreedores lo que les interesa es que no se pueda disponer de la reserva especial sin cumplir los requisitos de publicidad que establece la Ley. Por tanto, no hay agresión patrimonial, sin menoscabo de la garantía para los acreedores, sino un estricto cumplimiento de lo ordenado por la Ley. Termina el informe comentando la última parte del de el Registrador, e indica que no hay que olvidar que «fondo de garantía» y «patrimonio» no tienen por qué coincidir. En el primero están los fondos indisponibles: en el segundo pueden estar, si existen, partidas que son disponibles sólo por voluntad de los socios. Al pasar una partida de disponible a vinculada, aunque se reduzca el capital, se están manteniendo los mismos fondos

de garantía, y cita para ello los artículos 163 y 167 de la Ley. Por último, no cabe hacer extensivas las exigencias de los artículos 168 de la Ley de Sociedades Anónimas y 171.2 del Reglamento del Registro Mercantil al tercer supuesto, en base al artículo 4.1 del Código Civil porque la norma (artículo 167) ni deja de contemplar un supuesto específico, ni los que regula constituyen otros semejantes en los que se aprecia identidad de razón. Son, pues, supuestos específicos distintos que tienen una regulación específica y diferente.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 77, 163, 164, 167, 170 y 171 de la Ley de Sociedades Anónimas y 171.3 del Reglamento del Registro Mercantil y la Resolución de 29 de julio de 1986.

1. La única cuestión a decidir en el presente recurso es la de si para la inscripción en el Registro Mercantil de la reducción del capital social realizada por vía de amortización de acciones adquiridas con cargo a beneficios y reservas de libre disposición, es preciso que se acompañe al correspondiente título, el balance de situación de la sociedad que sirvió de base a tal operación. Sostiene el Registrador que la protección de los acreedores —nervio de toda la regulación de la reducción del capital— exige que en el supuesto debatido se acredite la existencia de las reservas distribuidas, mediante el pertinente balance verificado, base de la operación.

2. Ciertamente, la protección de los acreedores debe presidir la interpretación y aplicación de la normativa relativa a la reducción del capital social, máxime cuando ésta tiene lugar con restitución de aportaciones a los socios; ahora bien, no debe exagerarse ese ánimo interpretativo imponiendo la observancia de requisitos no previstos específicamente, o extendiendo la aplicación de ciertas exigencias a supuestos distintos de los que determinaron su establecimiento. En efecto, el artículo 168.2 de la Ley de Sociedades Anónimas claramente concreta la exigencia de balance verificado, a las dos primeras hipótesis recogidas en el artículo 167 del mismo texto legal, y entre éstas y la ahora considerada, existen sustanciales diferencias cuales son: a) Que en aquéllas, es la situación patrimonial de la sociedad —que permanece inalterada— la que sustenta y fundamenta la alteración del capital social; en cambio, en ésta, la modificación del capital social se decide exclusivamente en función de su propia entidad, con absoluta independencia de la situación patrimonial; y b) la inexistencia, en esta última hipótesis, de reducción de la cifra de retención del patrimonio social, dada la imperatividad de la reserva prevenida en el artículo 167.3 de la Ley de Sociedades Anónimas (indudablemente, esta reserva no cumple el mismo papel que el capital social —a efectos, por ejemplo, de distribución de resultados, reducción obligatoria por pérdidas, disolución forzosa, fijación de la reserva legal, etc.—, pero sí que garantiza a los acreedores anteriores a la reducción, la permanencia de la cifra de retención del patrimonio social que regía cuando adquirieron sus derechos).

3. Por otra parte, debe considerarse que si bien toda hipótesis de reducción con restitución de aportaciones a los socios implica una disminución del patrimonio social que sirve de garantía a los acreedores sociales (vid artículo 1911 del Código Civil), no puede desconocerse la sustancial diferencia existente entre el supuesto en que la restitución de aportaciones reduce el patrimonio social por debajo de la cifra de retención representada por el antiguo capital social, y aquél otro en que tal reducción no traspasa este límite, diferencia derivada de la libre disponibilidad del patrimonio social excedentario respecto al pasivo exigible, el capital social y las reservas legales (vid artículo 213 de la Ley de Sociedades Anónimas), y que se refleja legalmente en la inexistencia del derecho de oposición en este último supuesto.

Es de destacar, en relación con la diferencia apuntada, que si en el supuesto de reducción de capital social con restitución de aportaciones que disminuyen el patrimonio por debajo de la anterior cifra de retención, la garantía registral del respeto al derecho de oposición, se reduce a la comprobación del transcurso del plazo de un mes entre la publicación del acuerdo pertinente y su ejecución, y de la inclusión en la escritura de la afirmación de que ningún acreedor ha utilizado su derecho de oposición o que se ha efectuado el pago o el fianzamiento de los créditos, en su caso (vid artículo 171.1 del Reglamento del Registro Mercantil), en el supuesto debatido se ha observado el indicado plazo, y media además la aseveración del otorgante de haberse reducido el capital con cargo a beneficios y reservas libres, y de haber quedado constituida la reserva prevenida en el artículo 167.3.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el acuerdo y la nota del Registrador en cuanto al defecto 2.º, único recurrido.

Madrid, 16 de febrero de 1993.—El Director general, Antonio Pau Pertrón.

Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.