

7882 *RESOLUCION de 1 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Jaén don Juan Lozano López, contra la negativa del Registrador mercantil de dicha ciudad, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una Sociedad anónima.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Jaén don Juan Lozano López, contra la negativa del Registrador mercantil de dicha ciudad, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una Sociedad anónima.

Hechos

El día 5 de diciembre de 1991, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Jaén don Juan Lozano López se elevaron a públicos los acuerdos sociales adoptados en la reunión de la Junta universal de la Compañía mercantil «Suministros Billaínos Huelva, Sociedad Anónima», celebrada el día 2 de diciembre del mismo año. Entre estos acuerdos, adoptados, por unanimidad, hay que señalar el de adaptación de los Estatutos de dicha Sociedad a la vigente Ley de Sociedades Anónimas.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Jaén fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no constar en los Estatutos la fecha de comienzo de las operaciones, requisito exigido por los artículos 9.º d), de la Ley de Sociedades Anónimas, y artículos 115 y 119 del Reglamento del Registro Mercantil. La falta se califica de subsanable. Jaén, 26 de diciembre de 1991.—El Registrador.—Firma ilegible.»

III

El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: Que el señor Registrador al efectuar la calificación del documento no ha tenido en cuenta que los preceptos que cita en la nota, al encontrarse insertos en las normas que regulan la constitución de la Sociedad anónima, no son de aplicación a la adaptación de los Estatutos a la legislación vigente, ya que la exigencia de expresión de la fecha en que comienza la Compañía no tiene otra explicación que la de señalar cual es el momento de su nacimiento, y que, en el caso que se estudia, está suficientemente proclamado por el Registro Mercantil, por lo que no necesita de otra expresión. Que no es necesario señalar la fecha de comienzo de las operaciones de la Compañía, ya existente e inscrita en el Registro Mercantil, en los Estatutos que se redactan para adaptarlos a la nueva legislación, lo cual está proclamado por la disposición transitoria quinta del Real Decreto 1597/1989.

IV

El Registrador mercantil resolvió mantener la calificación en todos sus extremos, e informó: Que la cuestión debatida en este recurso es si es necesario o no hacer constar la fecha de comienzo de operaciones en la adaptación a la normativa vigente de una Sociedad anónima, mediante la redacción de unos nuevos Estatutos que contienen una refundición total de los mismos. Que se considera que si es necesario hacer constar la fecha de comienzo de operaciones en la escritura objeto del recurso, por las razones siguientes: a) Debe constar en los Estatutos, según los artículos citados en la nota de calificación; b) Los Estatutos a que se refieren las disposiciones anteriores no son únicamente los contenidos en la escritura de constitución de la Sociedad, sino también cualesquiera otros que los puedan sustituir en lo futuro. Dichos preceptos son aplicables a otros casos distintos de la constitución en los que sea necesario redactar nuevos Estatutos, como la adaptación. Que la adaptación de Estatutos solamente está regulada en las disposiciones transitorias, y en lo no previsto se aplicarán las normas establecidas en la Ley y el Reglamento; c) La adaptación de las Sociedades anónimas, constituidas con anterioridad al día 1 de enero de 1990, a la legislación actualmente en vigor, puede hacerse de dos formas diferentes: 1) Mediante la modificación parcial de los Estatutos,

en cuyo caso el acuerdo de la Junta se limita a reformar aquellos preceptos estatutarios que estén en oposición a la legislación vigente, coexistiendo los antiguos Estatutos con los nuevos, formando ambos los Estatutos de la Sociedad. En estos casos no es necesario que conste la fecha de comienzo de operaciones en los artículos reformados para la adaptación, que ya consta en los antiguos; 2) Mediante la refundición total de Estatutos. En este caso, los antiguos Estatutos desaparecen, se derogan, se anulan y son sustituidos por los nuevos Estatutos. El acuerdo de la Junta no se limita a modificar en parte los anteriores Estatutos, sino que redacta unos nuevos en los que se incluirán algunos aspectos o preceptos de los anteriores que no choquen con la nueva normativa, pero formando unos solos Estatutos por refundición. Es un solo texto que debe contener todos los requisitos exigidos por la Ley, y entre ellos el objeto de este recurso; d) La fecha de comienzo de operaciones figuraba en los antiguos Estatutos, en el artículo 3. A la vista del nuevo artículo 3, ¿hay que entender con el recurrente que coexistan dos artículos 3, los dos vigentes? Se considera que no cabe esa interpretación; al haber refundición de Estatutos los antiguos desaparecen en su totalidad, y si se hubiese querido dejar vigente ese dato de los antiguos, debería haberse dicho expresamente; y e) El recurrente hace una interpretación errónea de la disposición transitoria quinta del Reglamento del Registro Mercantil, pues la nota a que hace referencia no tiene otra finalidad que la de anular o cancelar los Estatutos antiguos, puesto que ya se han inscrito unos nuevos por refundición. Que, a la vista de lo expuesto, se considera que en el caso de refundición total de Estatutos en la adaptación deben constar todos los requisitos exigidos por la Ley, entre ellos, la fecha de inicio de operaciones.

V

El Notario recurrente se alzó contra la anterior resolución, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que de la lectura de la resolución dictada por el señor Registrador se deduce claramente la razón que asiste al recurrente, habida cuenta que: a) El Registro Mercantil publica la fecha de inicio de las operaciones de la Compañía; b) Olvida el señor Registrador que la legislación vigente exige que se consigne en los Estatutos la fecha en que «darán» comienzo las operaciones de la Sociedad; por tanto, se está refiriendo a un hecho que va a ocurrir y no pasado; c) La disposición transitoria quinta del Real Decreto 1597/1989, al imponer al Registrador mercantil la obligación de poner en los libros a su cargo de oficio la pertinente nota de referencia, asiento instrumental que tiene por objeto ligar los practicados en el Registro Mercantil, en relación con la Compañía nacida antes de la última legislación, que se adapta a la misma, por lo que dicha nota, al unir dichos asientos, da lugar a que se conozca la fecha de inicio de las operaciones de la Compañía y evita el que haya que señalarla en los nuevos Estatutos, y d) Que, por último, hay que tener en cuenta lo establecido en la disposición transitoria primera, párrafo segundo, de la antigua Ley.

Fundamentos de derecho

Visto el artículo 9.º d), de la Ley de Sociedades Anónimas.

1. En el presente recurso se debate exclusivamente si en los nuevos Estatutos de una Sociedad anónima establecidos por la vía de refundición, tras la adaptación de los anteriores a la nueva normativa, es preciso reiterar en ellos la fecha en que la Sociedad dio comienzo a sus operaciones. Así lo entiende el Registrador, que suspende la inscripción en tanto no se consigne en aquéllos dicha circunstancia.

2. Es obvio que la especificación de la circunstancia prevenida en la letra d) del artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas, es una exigencia que sólo goza de verdadera significación en el contexto del propio negocio fundacional, agotando su virtualidad una vez que la Sociedad ha comenzado —de conformidad con ella— el desenvolvimiento ordinario de su actividad; desde este momento queda reducida a una mera referencia histórica en el devenir de la Sociedad, carente, por sí sola, del cometido configurador y normativo propio de las previsiones estatutarias.

3. Si a lo anterior se añade la indubitada permanencia de este dato en el historial registral de la Sociedad en cuestión (por más que el contenido del asiento que lo recoge —que no se expurga del Registro— carezca, en buena medida, de vigencia, al ser otros los Estatutos que en lo sucesivo hayan de regir la vida social) y la innegable extensión al mismo de la virtualidad publicitaria de los pronunciamientos registrales, habrá de concluirse que, aun cuando el rigor formal aconsejara reiterar esa fecha en

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