

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9950 *Resolución de 15 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XII de Barcelona a inscribir una escritura de aumento del capital de una sociedad anónima con cargo a reservas.*

En el recurso interpuesto por el notario de Barcelona, don Ariel Sultán Benguigui, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XII de Barcelona, don Jesús González García, a inscribir una escritura de aumento del capital de una sociedad anónima con cargo a reservas.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Barcelona, don Ariel Sultán Benguigui, el 27 de diciembre de 2011, se eleva a público un acuerdo de aumento del capital, con cargo a reservas, de la sociedad «Gabriel Benmayor, S.A.». Dicho aumento de capital fue suscrito íntegramente por los socios de la compañía y por la propia sociedad en régimen de autocartera.

II

Presentada dicha escritura a inscripción en el Registro Mercantil de Barcelona el día 20 de enero de 2012, fue retirada antes de su calificación al objeto de subsanar determinado error, y fue nuevamente aportada para su calificación e inscripción el día 8 de febrero de 2012, siendo objeto de calificación negativa emitida por el registrador Mercantil, don Jesús González García, el día 25 de febrero de 2012, en los siguientes términos: «El Registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18 del Código de Comercio –con la conformidad de los cotitulares-, ha acordado denegar la práctica de la inscripción solicitada, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Hechos (...) Fundamentos de Derecho (defectos) Acuerdo cuarto, autosuscripción.–El Artículo 134 de la Ley de Sociedades de Capital, coincidente con el antiguo Artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas, establece una prohibición absoluta de autosuscripción «en ningún caso las sociedades de capital podrán asumir o suscribir sus propias... acciones...». Los citados preceptos vienen impuestos por el Artículo 18 de la Segunda Directiva CEE, que instaba a los legisladores de los estados miembros a formular la citada prohibición absoluta de autosuscripción. Si bien es cierto que la propia Ley de Sociedades de Capital no sanciona con nulidad absoluta el incumplimiento de esta prohibición, puesto que otro precepto de la misma, el Artículo 139 establece la obligación de enajenar tales acciones o de amortizarlas, reduciendo el capital, el sentido y finalidad de la prohibición establecida por la Directiva no puede ser más claro y absoluto: no se puede consumir la autosuscripción cuando es absolutamente evidente, como lo es en este caso. Hay que entender que el Artículo 139 suministra el remedio a una situación que no se ha podido evitar, pero sin que ello autorice de modo alguno que un aumento de capital donde se incurre en evidente autosuscripción pueda ser inscrito en el Registro Mercantil. Corresponde al Registrador, según el Artículo 18 del Código de Comercio, calificar la validez del contenido de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción y no puede considerarse como válido el presente aumento de capital, porque, dependiendo de

la solución que se adopte para no incurrir en la prohibida autosuscripción, puede variar la cifra del capital aumentado o la distribución de las nuevas acciones: 1. Si la sociedad no ejercita su derecho, que no puede ejercitarlo, respecto de las acciones. 164.001 a 180.000 pueden ocurrir dos cosas: que no se aumente el capital en la parte correspondiente a las mismas, en cuyo supuesto habrá una parte de las reservas que no se traspasa a capital y, por tanto, el aumento será por una cifra menor de la contemplada en la escritura presentada. 2. Si los derechos de asignación gratuita correspondientes a las acciones 18.001 a 20.000 en poder de la sociedad, se atribuyen a los socios, la cifra del aumento se mantendrá como está, pero no la distribución de las nuevas acciones entre los socios, puesto que en este caso les corresponderán más acciones de las que ahora se les adjudican. En cualquiera de los dos casos, se requiere celebrar una nueva junta, primero, para optar por una de las dos soluciones posibles; una vez elegida una de ellas, deberá acordarse, bien reducir la cifra del aumento, bien distribuir de otro modo las nuevas acciones. En consecuencia, siendo necesario en cualquiera de los casos un nuevo acuerdo social, declaro el defecto como insubsanable. La anterior nota de calificación (...) El registrador (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos del registrador)».

III

La calificación fue notificada al presentante y al notario autorizante el 1 de marzo de 2012; y el 22 de marzo de 2012, dicho notario interpuso recurso contra la calificación, con base en los siguientes fundamentos jurídicos: Primero. Es objeto de recurso la cuestión de si debe acceder o no al Registro Mercantil una escritura de aumento de capital social de una sociedad anónima con cargo a reservas, habiéndose suscrito dicho aumento íntegramente por los socios de la compañía en proporción a su respectiva participación en el capital social y por la propia sociedad en régimen de autocartera. La calificación del Registro Mercantil califica el defecto como insubsanable y reconduce la materia a la prohibición establecida en el artículo 134 de la Ley de Sociedades de Capital, antiguo artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas, calificándose dicho negocio como nulo, si bien se matiza en la nota que no se trata de una nulidad absoluta, pues el artículo 139 prevé un mecanismo para solventar el problema. El notario alega que la calificación registral en relación al supuesto planteado ignora la excepción legal prevista en nuestro ordenamiento jurídico. Efectivamente, el registrador se limita en su nota a sancionar la adquisición originaria producida por la sociedad sin tener en cuenta lo previsto en el artículo 148, apartado a), de la Ley de Sociedades de Capital. Es conocido por el notario recurrente la sanción contemplada en el artículo 74 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, actual artículo 134 de la Ley de Sociedades de Capital. El citado artículo establece que «en ningún caso las sociedades de capital podrán asumir o suscribir sus propias (...) acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante», si bien, la adquisición en contravención a esta norma no la sanciona el legislador con la nulidad, sino que el artículo 136 del mismo cuerpo legal atribuye las acciones suscritas infringiendo la norma anterior a la sociedad suscriptora, estableciéndose la obligación de desembolso en los casos de aumento de capital social sobre los administradores. Y el artículo 139 prevé la obligación de enajenación en el plazo de un año a contar desde la adquisición y, si hubiera transcurrido el plazo sin cumplirlo, deberán los administradores convocar la junta general para que se acuerde la amortización de las mismas y la consecuente reducción de capital social. Es decir, en el ámbito de las sociedades anónimas, y sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que resultara procedente (artículo 157), las consecuencias anudadas a la infracción de la prohibición de la autocartera originaria se concretan en la validez del negocio de adquisición y la atribución a la propia sociedad de los valores así suscritos, con las particularidades enunciadas anteriormente. Con tal solución, el legislador consigue un doble resultado. En primer lugar, se obvian los graves inconvenientes derivados de la sanción de nulidad, tales como la necesidad de buscar un inversor para cubrir las acciones autosuscritas, dejar sin efecto el aumento acordado por resultar suscripción incompleta (artículo 311.2), o bien, obtener un aumento de capital por un importe inferior con todas sus consecuencias sobre el patrimonio social respecto del

previsto. Sin embargo, la exclusión de la sanción de nulidad no implica que, al ser válida la suscripción, ni el notario ni el registrador no puedan poner tacha alguna a dicha operación. La solución legal no implica la exclusión del control de legalidad que ejerce el notario ni tampoco del registrador, este último conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Código de Comercio. Pero, alega el notario recurrente, éste no sería el problema que motiva el recurso. Lo planteado es una cuestión distinta, pues la calificación registral no tiene en cuenta la excepción legal prevista en el artículo 148 de la Ley de Sociedades de Capital. Este precepto sanciona el estatuto que hay que aplicar a la autocartera durante su régimen. Literalmente dice que «los derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción hecha del derecho de asignación gratuita de nuevas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones». De este régimen deberán quedar excluidas aquellas acciones que la sociedad adquiriera originariamente como consecuencia de que el acuerdo de ampliación del capital tenga carácter nominal o contable. En el supuesto planteado, la sociedad adquiere sus propias acciones no mediante suscripción, sino como resultado del ejercicio del derecho de asignación gratuita que deriva de una autocartera constituida con anterioridad, derecho que conserva la propia sociedad ya que no se atribuye proporcionalmente al resto del accionariado, ni está en suspenso [artículo 148, letra a), inciso final]. Esta excepción se justifica porque el aumento de capital gratuito se sustancia en una mera operación contable, cuyas consecuencias no deben alterar el «statu quo» patrimonial de la sociedad; así, se ha dicho que ese derecho se mantiene en las acciones propias a fin de no perjudicar su reventa y permitir la reconstitución del capital con la menor variación posible de las cuotas de patrimonio preexistentes a su adquisición. Y, aduce el notario recurrente, precisamente esto es lo que ocurriría en el presente caso. La titularidad de tal derecho, así como su ejercicio, corresponde a la sociedad emisora y tenedora de sus propias acciones, la cual verá incrementada el número de éstas de forma proporcional a su participación en el incremento de la cifra del capital de carácter puramente nominal o contable. El derecho de asignación gratuita de las nuevas acciones es consecuencia de la adopción de un acuerdo de aumento de la cifra del capital de carácter nominal o contable, por lo que la característica particular que presenta tal ampliación es su configuración como una reordenación contable de los distintos componentes del patrimonio social, de tal manera que la cobertura de la nueva cifra del capital se hace con cargo a bienes que ya figuraban o constaban en el patrimonio sin que el mismo acrezca de forma proporcional a como si lo hace la cifra formal del capital. El aumento de la cifra del capital de estas características tiene, como última consecuencia, que dado su significado puramente contable, no medie la suscripción de las nuevas acciones, sino su atribución gratuita a cada accionista de forma proporcional a su participación en el capital social. No es necesaria ninguna disposición patrimonial como consecuencia de la asignación gratuita de estas acciones, por lo que el legislador y la doctrina permiten su atribución a la sociedad emisora en razón de las acciones poseídas en autocartera a fin de evitar la dilución en el valor de éstas. El resultado no es otro que el del mantenimiento del valor de las propias acciones sin que medie riesgo alguno sobre las exigencias derivadas de la efectividad del capital social. Dicho de otro modo, en tales casos, hay un incremento -de carácter originario- de la autocartera sin que sobre el mismo recaiga la prohibición dispuesta en el artículo 134, pues no media suscripción alguna y, por ende, no se lesiona ninguna de las funciones que tienen asignados los instrumentos de integración del capital; Segundo. De no admitirse esta posibilidad se llegaría a un absurdo pues en nada se diferencia esta hipótesis de la alternativa de aumentar el valor nominal de las acciones en circulación cuya eficacia también respecto a las acciones que posea la sociedad y esta opción parece obvia. Si se suspendiera el derecho de asignación gratuita de nuevas acciones, por tanto, la sociedad sólo se beneficiaría en la ampliación del valor nominal, y se vería perjudicada cuando el aumento consistiera en la emisión de nuevos títulos; Tercero. Lo que es una mera opción instrumental del aumento -por emisión de nuevas acciones o por elevación del valor nominal- no puede desembocar en resultados distintos. La solución contraria se limitaría a alterar los incentivos de la sociedad emisora a favor de realizar los aumentos

gratuitos a través del expediente de aumentar el valor de los títulos y no a través de la emisión de nuevas acciones; Cuarto. Aunque prohibida, la suscripción de acciones propias es válida, y que la sanción de que hayan de ser los administradores los que desembolsen la aportación social correspondiente no podría tener aplicación en el presente caso, dado el carácter gratuito de la adquisición; y, Quinto. El notario recurrente señala que la inclusión de la adquisición a título gratuito de acciones propias íntegramente liberadas entre los supuestos de libre adquisición contemplados en el apartado c) del artículo 144 de la Ley de Sociedades de Capital, manifiesta evidentemente la consideración especialmente favorable por parte de la Ley de los negocios u operaciones sobre las propias acciones a título lucrativo o gratuito.

IV

Mediante escrito de 28 de marzo de 2012, el registrador Mercantil, don Jesús González García, elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 18 de la Ley Hipotecaria; 134, 136.1, 141.3 y 148.a) de la Ley de Sociedades de Capital; 6.3 del Código Civil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2006; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de julio y 4 y 9 de diciembre de 2003.

1. En el presente recurso debe decidirse si es o no inscribible un aumento del capital de una sociedad anónima con cargo a reservas con la circunstancia de que determinadas acciones se asignan a la propia sociedad como consecuencia de la preexistente titularidad de acciones propias.

El registrador deniega la inscripción porque, a su juicio, se opone a ella la prohibición absoluta de autosuscripción establecida en el artículo 134 de la Ley de Sociedades de Capital, aun cuando la infracción de dicha prohibición tiene como consecuencia la obligación de enajenar o amortizar tales acciones.

El notario recurrente alega que en el presente supuesto la sociedad no adquiere sus propias acciones mediante suscripción, sino como resultado del ejercicio del derecho de asignación gratuita correspondiente a acciones propias adquiridas anteriormente por la sociedad, derecho que conserva la propia sociedad ya que no se atribuye proporcionalmente al resto de los accionistas, ni está en suspenso, según el artículo 148, letra a), inciso final, de la Ley de Sociedades de Capital.

2. El objeto del recurso versa sobre la posible antinomia existente entre lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital acerca de la prohibición, sin distinciones, de la adquisición originaria de acciones propias contenida en su artículo 134 (autosuscripción de acciones por la propia sociedad) y la aparente licitud de la autosuscripción de acciones propias liberadas que en ejercicio del derecho de asignación gratuita parece permitir, en sede de régimen de las acciones propias, su artículo 148 a) in fine de la Ley de Sociedades de Capital (el derecho de asignación gratuita inherente a las acciones en autocartera no acrece a los otros accionistas como excepción a la regla general).

3. Así las cosas, para cierto sector de la doctrina, el único modo de resolver esta antinomia es entender que la Ley sólo reputa lícito el ejercicio por la propia sociedad del contenido económico del derecho de asignación gratuita incorporado a la acción en autocartera y siempre que el ejercicio del derecho de asignación gratuita no resulte en una autosuscripción prohibida por el artículo 134 de la Ley de Sociedades de Capital. Para estos autores sería lícito el ejercicio del derecho de asignación gratuita que consiste en una enajenación del mismo derecho en el mercado para recuperar su valor y liquidar su importe ex artículo 306.2 in fine de la Ley de Sociedades de Capital. Los partidarios de esta teoría aducen en su favor la referencia que se hace en el propio artículo 148, letra a), inciso final, de la Ley de Sociedades de Capital, a los «derechos económicos inherentes a las acciones propias» y a la vista de que el derecho de asignación gratuita como el de

suscripción preferente es un derecho corporativo de naturaleza híbrida tanto derecho político (el eventual ejercicio del derecho de asignación gratuita resulta o puede resultar en una adquisición originaria de un paquete adicional de acciones con eventual mantenimiento de la participación en el capital y peso político del accionista titular) como económico (la alternativa venta del derecho en el mercado permite al titular resarcirse de la dilución patrimonial).

4. Con todo, la tesis anterior sobre la ilicitud de la adquisición originaria de acciones liberadas por la propiedad sociedad y en autocartera no puede compartirse. El reconocimiento por la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, en su artículo 79.1 in fine de la licitud de ejercicio por la propia sociedad del derecho de asignación gratuita supuso en su día la recepción legal en nuestro Derecho positivo de una solución que reclamaba una doctrina muy mayoritaria. La adquisición originaria de acciones liberadas por la propia sociedad es legítima por cuanto inocua desde el punto de vista de la necesaria composición de los intereses en juego que subyacen al régimen restrictivo de la autocartera. El aumento «simplemente» contable (traslado del saldo de la cuenta de reservas a la del capital social) no compromete los derechos de socios o de terceros que la normativa de «negocios sobre las propias acciones» está destinada a tutelar toda vez que el aumento liberado deja en principio inalterado el «statu quo» societario y patrimonial. Por lo demás, sería asistemático permitir un aumento de capital social con elevación del valor nominal de las acciones en autocartera y, por el contrario, prohibir la autosuscripción de acciones liberadas. Así pues, la excepción a la regla de la pérdida por la sociedad de los derechos patrimoniales inherentes a las acciones en autocartera (con el subsiguiente acrecimiento del derecho patrimonial de los demás socios) se refiere en su totalidad al «derecho de asignación gratuita de nuevas acciones» cualquiera que sea la forma de su ejercicio y aunque dicho ejercicio resulte en la adquisición originaria (lícita) de acciones en autocartera. No existen razones para interpretar restrictivamente esta excepción contenida en el actual artículo 148.a) in fine de la Ley de Sociedades de Capital de suerte que sólo sea lícita la enajenación por la sociedad a un tercero del derecho de asignación gratuita. La propia Segunda Directiva del Consejo (Directiva 77/91/EEC de 13 de diciembre de 1976) en relación con el régimen jurídico de los derechos corporativos inherentes a las acciones en autocartera sólo contempla expresamente la suspensión del derecho de voto y no la pérdida por parte de la sociedad de los otros derechos corporativos del haz de facultades de la posición de socio de una anónima (confróntese el artículo 22.1.a) de la Segunda Directiva con lo dispuesto el artículo 148.a) de la Ley de Sociedades de Capital) y en la misma Directiva se vincula, significativamente, la eventual violación de la regla de prohibición de autosuscripción con la sanción de desembolso de las acciones suscritas, propiedad de la sociedad, a cargo de los fundadores o administradores (en igual sentido, vid. los artículos 18.3 de la Segunda Directiva y 136.2 de la Ley de Sociedades de Capital). La excepción del artículo 148, letra a), inciso final, de la Ley de Sociedades de Capital, es plausiblemente coherente con lo dispuesto en el artículo 136.2 de la Ley de Sociedades de Capital en la medida en que por definición el aumento liberado no exige desembolso para la suscripción de acciones. Por lo demás, y en fin, por no ser objeto de recurso no se tratará aquí acerca de cuál es el régimen jurídico de las acciones lícitamente suscritas en autocartera: si el más benigno previsto para las adquisiciones permitidas (por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 140.1 de la Ley de Sociedades de Capital y en particular lo dispuesto para las adquisiciones gratuitas en su apartado a) o el más gravoso del artículo 139 de la Ley de Sociedades de Capital.

5. Visto todo lo anterior, siendo lícita y conforme a Derecho de sociedades la autosuscripción de acciones liberadas ex artículo 148.a) in fine de la Ley de Sociedades de Capital no existen motivos para que debamos discutir en esta ocasión cuál es el proceder correcto que debe seguir el registrador Mercantil en el caso de que, después de su calificación, le conste a aquél que existe infracción de la prohibición de autosuscripción de acciones ex artículos 134 y 136 de la Ley de Sociedades de Capital: sea la respuesta correcta, como en algún caso se ha dicho, practicar la correspondiente inscripción con autosuscripción por parte de la sociedad haciendo constar en el título y en el asiento las

oportunas reservas y cautelas expresivas de una irregularidad jurídica no invalidante del acuerdo social inscribible o, como parece más conforme con la función calificadora del registrador como controlador de la legalidad (el registrador como «gatekeeper»), y como dice nuestra doctrina, denegar la inscripción y cerrar el Registro a la autosuscripción ilícita ex artículos 134 y 136 de la Ley de Sociedades de Capital por más que la Ley de Sociedades de Capital no aplique a estos casos de adquisición originaria prohibida de acciones la sanción de nulidad de pleno derecho (confróntese el artículo 135 de la Ley de Sociedades de Capital con lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley de Sociedades de Capital).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación.

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, 15 de junio de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.