

## REGISTRO MERCANTIL

2. SOCIEDAD ANONIMA: RESERVA LEGAL.—EL FONDO POR PRIMA DE EMISIÓN DE ACCIONES SUPERIOR AL QUE DEBIERA HABER POR RESERVA LEGAL NO PERMITE PRESCINDIR DE LA FORMAL CONSTITUCIÓN DE ÉSTA.

LA RETENCIÓN DE CANTIDADES PERCIBIDAS POR LA EMISIÓN DE ACCIONES CON PRIMA NO CONSTITUYE PROPIAMENTE UNA RESERVA DEL MISMO TIPO QUE LA LEGAL, PUES SU FINALIDAD INMEDIATA Y CONCRETA ES DE SEGUNDO GRADO Y SE REDUCE A FORZAR LA DOTACIÓN DE LA EXIGIDA POR EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 106 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

*Resolución de 19 de febrero de 1972 («B. O. del E.» de 18 de marzo).*

A) *Antecedentes de hecho.*—La Sociedad recurrente, «Compañía Minera de Barcelona, S. A.», tenía en 31 de diciembre de 1970 un capital social de 675.000 pesetas y una reserva por prima de emisión de acciones de 225.000 pesetas, sin tener constituida reserva legal alguna, y su balance cerrado en la indicada fecha arrojó un beneficio de 163.504 pesetas, el cual, en Junta universal de accionistas, celebrada el 18 de junio de 1971, se acordó aplicar en la siguiente forma:

A distribución de beneficios mediante el aumento del capital social, con entrega de una acción liberada por cada ocho antiguas: 84.375 pesetas.

A previsión para impuestos: 63.989 pesetas.

Remanente: 15.140 pesetas.

Total del beneficio distribuible: 163.504 pesetas.

Que, según consta en certificación de la referida Junta, se acordó también «no destinar cantidad alguna a la reserva legal prevista en el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas y 34 de los Estatutos sociales, por cuanto, entre otras razones, la reserva por prima de emisión de acciones que en el mismo artículo prevé la Ley sobrepasa con exceso la legal y tiene idéntica finalidad, hasta el punto de ordenar que no se podrá disponer de aquélla hasta que la reserva legal haya alcanzado la quinta parte del capital desembolsado»; que, en su lugar, se convino que el reparto de beneficios tuviera lugar mediante la entrega de acciones liberadas en la proporción acordada previamente de una nueva por cada ocho antiguas; que, en consecuencia, el capital social fue aumentado en 84.375 pesetas, quedando fijado en 759.375 pesetas, representado por 10.125 acciones al portador, de 75 pesetas nominales cada una, y que,

para formalizar los anteriores acuerdos, el 13 de julio de 1971, don Andrés Aldazábal Zuberogoitia, en representación de la «Compañía Minera de Barcelona, S. A.», otorgó ante el Notario de dicha capital don Joaquín Antuña Montoto la correspondiente escritura pública. Presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del documento que antecede, que ha sido complementado por una certificación expedida por el Secretario del Consejo de Administración de la Sociedad 'Compañía Minera de Barcelona, S. A.', en esta ciudad, a 13 de octubre de 1971, con el visto bueno del Presidente, cuyas firmas ha legitimado el Notario de Barcelona don Joaquín Antuña Montoto, el 14 de los corrientes, por cuanto los acuerdos de la Junta general universal de accionistas de dicha Sociedad, celebrada el 18 de junio de 1971, referentes a distribución entre los accionistas de acciones procedentes de ampliación de capital, con cargo a los beneficios del ejercicio de 1970, sin detraer la reserva legal, infringen los artículos 106 de la Ley de Sociedades Anónimas y 34 de los Estatutos sociales». Don Juan Hernández Arbós, actuando en su calidad de Consejero Delegado de la «Compañía Minera de Barcelona, S. A.», interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el artículo 34 de los Estatutos sociales recoge lo preceptuado por el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas, en orden a la reserva legal, y, a su vez, dicho artículo 106 dispone también que las cantidades percibidas por la emisión de acciones con prima no podrán ser distribuidas hasta que la reserva legal haya llegado al indicado límite; que de la interpretación conjunta del referido artículo 106 se deduce que la reserva por prima de emisión y la reserva legal cumplen idéntica finalidad, que es la de constituir un fondo de garantía para el fortalecimiento de la Sociedad; que este criterio es compartido por la doctrina y resulta destacado en el anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas; que si ambas reservas responden a un mismo fin, cual es el fortalecimiento de la Sociedad y la defensa de la integridad del capital social, resulta evidente que en el presente caso no existe obligación de dotar la reserva legal, ya que la reserva por prima de emisión constituida representaba antes de la ampliación el 33,333 por 100 del capital, y después de dicha ampliación, el 29,629 por 100, porcentaje que excede ampliamente del 20 por 100 previsto en el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas; que la reciente legislación española, inspirada en la alemana, reconoce la idéntica naturaleza jurídica de la reserva legal y de la reserva por prima en la emisión de acciones, preceptuando el artículo 5.º, a), de la Orden de 5 de junio de 1964, referente al régimen fiscal de las Sociedades de inversión inmobiliaria, que se destinará a incrementar la reserva legal el importe de las cantidades percibidas en concepto de prima en la emisión de acciones; que de lo dicho se desprende que una vez cubierto con exceso a través de la reserva por prima en la emisión de acciones el fondo de garantía que exige el repetido artículo 106, y teniendo ambas reservas idéntica misión de cobertura, no existe en el presente caso obligación de detraer el 10 por 100 de los beneficios, por lo que no resulta ajustada a derecho la calificación registral, y que no puede en modo alguno alegarse la infracción de los artículos 106 de la Ley y 34 de los Estatutos, ya que si no se ha efectuado la referida retracción de los beneficios ha sido por el hecho de que la reserva por prima de emisión cubre con exceso el límite obligatorio de la reserva legal, y como de aquélla no puede disponerse a tenor del artículo 106, quedan debidamente salvaguardados los derechos de tercero y el principio de defensa del patrimonio social. El Registrador mantuvo su calificación por los siguientes razonamientos: que si bien es cierto que el párrafo segundo del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas

asimila las cantidades percibidas por prima de la emisión de acciones a las destinadas a reserva y no podrán ser distribuidas hasta que la reserva legal haya alcanzado el 20 por 100 del capital desembolsado de la Sociedad, constituyendo así un fondo de garantía y defensa del patrimonio social, no tiene la finalidad nivelatoria de la cuenta de pérdidas y ganancias y, por tanto, no existe la obligación de aplicarlas a la absorción de resultados adversos, de suerte que, enjugada la reserva legal, puede la Sociedad mantener en el pasivo aquellas cantidades y lucir en la cuenta de pérdidas y ganancias resultado negativo por importe superior a la referida suma; que, contrariamente a la tesis del recurrente, el artículo 5.º de la Orden de 5 de junio de 1964 refuerza lo que acaba de decir, toda vez que obliga a aplicar a la reserva legal el importe de las cantidades percibidas en concepto de prima en la emisión de acciones, hasta que aquélla alcance el 50 por 100 del capital social, significando claramente con esto la diferencia entre ellas, pues no siendo así carecería de sentido la norma señalada respecto al reflejo contable que deben tener las primas en la emisión de acciones hasta alcanzar el porcentaje indicado, puesto que de ser idénticas reserva legal y reserva por prima en la emisión de acciones, no sería necesario lo preceptuado, y que como fundamentos de derecho indicaba los artículos 106 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, 4 del Código Civil, 53 del Reglamento del Registro Mercantil y 5.º de la Orden de 5 de junio de 1964.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.*—La Dirección General confirma la nota del Registrador en virtud de la siguiente doctrina:

Vistos los artículos 94, 103 y 106 de la Ley de Sociedades Anónimas. Considerando que la cuestión a resolver en este recurso aparece centrada en, si cabe, que una Sociedad pueda indefinidamente prescindir de la formal constitución de la reserva legal, ordenada en el artículo 106 de la Ley, debido a que la propia Sociedad tiene un fondo por prima de emisión de acciones que supera con exceso, según los datos contables, al que debiera haber por reserva legal, y persistir en tal comportamiento con ocasión de nueva ampliación de capital y emisión de acciones con prima.

Considerando que la reserva legal—que es, según pone de manifiesto la doctrina, un capital adicional formado obligatoriamente mediante la detracción en cada ejercicio de una cuota parte de los beneficios hasta que se alcance una cifra igual a la quinta parte del capital desembolsado—tiene por finalidad la de cobertura del saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias, nivelando un balance deficitario, y en última instancia sirve para la defensa de la integridad del capital social, y a esta finalidad obedece su constancia en la correspondiente partida en el pasivo del balance, tal como establece el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Considerando, en cambio, que la retención de cantidades percibidas por la emisión de acciones con prima—y que responde fundamentalmente a adecuar las aportaciones de los nuevos socios al valor efectivo de las cuotas sociales que asumen—no constituye propiamente una reserva del mismo tipo que la legal, aunque se la quiera asimilar a ella, pues su finalidad inmediata y concreta es de segundo grado, y se reduce a forzar la dotación de la reserva legal del primer párrafo del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas, viniendo, pues, a significar aquella retención sólo un primer paso para la formalización de tal reserva, de la cual resulta, claro está, garantía, y de ahí la lógica consecuencia establecida en el párrafo segundo del mismo artículo, de que mientras no se alcance el límite legal de la quinta parte del capital social, se prohíba

la distribución de las primas entre los socios, para no disminuir la garantía global de la Sociedad.

Considerando que, a diferencia de la legislación alemana—artículo 150, 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, de 6 de septiembre de 1965—, en donde las primas de emisión entran a formar parte siempre de la reserva legal, y salvo en contados casos, no cabe disponer de ellas para distribuirlas entre los accionistas, el legislador español sigue el precedente del Código Civil italiano—artículo 2.430—y permite, tal como se indicó en el considerando anterior, que una vez cubierto el límite del artículo 106 de la Ley, adquieran el carácter de reservas disponibles y pueda, con cargo a ellas, según establece el artículo 94 de la misma, aumentarse el capital social, operación, por el contrario, irrealizable si se trata de hacerla con cargo a la reserva legal.

Considerando que en el caso cuestionado no se ha formalizado la reserva legal, dotándola en la forma prevista por la Ley, según se deduce de la propia exposición de hechos, pues ni se ha incluido en el pasivo la cifra de dicha reserva ni en el activo la de los bienes afectos a la misma, y ello supuesto, la escritura de aumento de capital mantiene el equívoco inicial con el argumento de la identidad entre reserva legal y la que llama reserva por prima de emisión de acciones, lo cual, como se ha indicado, no se ajusta a los preceptos legales.

C) COMENTARIO.—El artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas exige que figuren en el pasivo del Balance: la reserva legal y las demás reservas, es decir, que al lado de la reserva creada por imperativo de la Ley con destino, cuantía y finalidad prefijadas, se admiten las reservas voluntarias o extralegales, sean estatutarias o acordadas por la Junta General y derivadas, como su propio nombre indica, de la voluntad de la Sociedad. Como figura intermedia entre ambas clases de reservas legales y voluntarias se encuentran las constituidas por la Sociedad con las cantidades percibidas por la emisión de acciones con prima, que participan de las características de aquéllas, ya que son de libre creación—nota que concurre en las voluntarias—y de disposición prohibida o restringida—nota distintiva de las legales—, pues no podrán ser distribuidas hasta que la reserva legal haya llegado al límite mínimo exigido.

Aunque toda Sociedad Anónima tiene derecho a la constitución de reservas voluntarias y disponibles—artículo 94 de la Ley de Sociedades Anónimas—, tal derecho se correlaciona con el imperativo deber que le incumbe de constituir una reserva legal, que, según el artículo 106 de la propia Ley, consiste en la detracción del 10 por 100 de los beneficios superiores al 6 por 100 del importe nominal del capital, hasta alcanzar la quinta parte del capital desembolsado. Este deber de la Sociedad es inexcusable, hasta el extremo de que no podrá disponer de la reserva legal, sino para cubrir, en su caso, el saldo deudor de la cuenta de Pérdidas y Ganancias, y habrá de reponerse siempre que descienda del indicado nivel.

Además, por consistir la reserva legal en una cuota parte del capital social, está dotada, al igual que éste, de los caracteres de fijeza e inmutabilidad mientras no se proceda a la modificación del capital social en la forma prevista en la Ley de Sociedades Anónimas. Por el contrario, la reserva que se constituye a base de la emisión de acciones con prima ofrece un carácter variable, aparte de su voluntariedad, ya que su existencia depende de que se produzca tal emisión.

Según queda indicado, las reservas legales se nutren de los beneficios que excedan de los topes previstos en el artículo 106 de la Ley, extinguiéndose o paralizándose esta obligación cuando el fondo de reserva haya alcanzado la proporción mínima prevista en dicho precepto, y rena-

ciendo, cuando la cuenta de la reserva descienda por bajo de dicho nivel. Es decir, que otra de las notas distintivas de la reserva legal es la de que siempre sale del beneficio, por lo que claramente se diferencia de la reserva constituida por las cantidades correspondientes a la prima de emisión, dado que éstas no pueden considerarse como beneficio, sino más bien como aportación complementaria del accionista (1), de ahí que propiamente no constituyan un fondo de reserva, sino de cantidades asimiladas a la reserva o, como indican GARRIGUES y URÍA, de una reserva eventual (2).

De lo anterior resulta que dentro de las reservas permitidas por la Ley de Sociedades Anónimas existen diversas categorías: la inexcusable y de primer grado, reserva legal; la de segundo grado, constituida por las cantidades percibidas por la sociedad por la emisión de acciones con prima y las reservas voluntarias. Entre las reservas de primero y segundo grado se producen importantes diferencias, de las que se pueden señalar las siguientes:

- El carácter imperativo de la reserva legal y voluntario de la constituida con prima de emisión de acciones.
- La naturaleza invariable de la primera, por ser una cuota parte del inmutable capital social, mientras que la de prima de emisión puede surgir en cualquier cuantía. Ello no impide que la reserva legal pueda establecerse por cantidades superiores al mínimo legal, pero en tal caso estaremos ante la reserva voluntaria respecto del exceso.
- La legal se nutre de los beneficios sociales, mientras que la de emisión, de acciones con prima de las aportaciones de los accionistas.
- La legal tiende a nivelar la cuenta de Pérdidas y Ganancias, mientras que la de prima de emisión va únicamente a cubrir la reserva legal, por ser una garantía de segundo grado; por ello, la Ley de Sociedades Anónimas no permite su distribución hasta que la reserva legal haya llegado a su límite mínimo.

En consecuencia, no puede admitirse la postura de la sociedad recurrente, por ser una infracción del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas, al no destinar cantidad alguna a la constitución del fondo obligatorio de reserva legal, que, por lo demás, no está ni constituida, sin que pueda admitirse su argumentación de que el fondo de reserva con prima de acciones cubre con creces el mínimo legal exigido, pues, como hemos visto, esta última de modo alguno puede confundirse con la reserva legal.

E. F. C.

(1) Se suele considerar al beneficio como la ganancia derivada de la actividad comercial de la Sociedad que se traduce en una inmediata elevación del patrimonio. A. BÉRGAMO, en *Sociedades Anónimas* (Las Acciones), vol. II, Madrid, 1970, pág. 15, limita este concepto en el sentido de que el principio de fijeza del capital impide que se consideren beneficios los aumentos eventuales del patrimonio social cuando no esté cubierto el nivel de capital-garantía. El saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias debe enjugarse, en su caso, echando mano de la reserva legal, y si ésta es insuficiente para absorber el déficit registrado, el patrimonio resultará inferior al capital. De ahí la imposibilidad de calificar como beneficio cualquier incremento de emergencia, en tanto no se haya restablecido la altura de cota entre el patrimonio y el capital.

(2) Segunda edición, Madrid, 1953, pág. 396.