

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2931 *Resolución de 6 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Mantenimiento Sotojardín, SL, contra la negativa de la registradora mercantil de Cádiz a inscribir una escritura de aumento del capital social.*

En el recurso interpuesto por don Sergio C. G., en representación de «Mantenimiento Sotojardín, S.L.», contra la negativa de la registradora Mercantil de Cádiz (Registro número 2), doña Ana del Valle Hernández, a inscribir una escritura de aumento del capital social de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el 15 de septiembre de 2011 por el notario de San Roque, don Antonio Camarena de la Rosa, se elevaron a público los acuerdos adoptados por unanimidad en la Junta General de la sociedad «Mantenimiento Sotojardín, S.L.», consistentes en aumentar el capital social por compensación de determinados créditos que ostentaba uno de los socios. Uno de los socios no asistió a la referida Junta.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Cádiz, fue objeto de calificación negativa el 5 de octubre de la registradora doña Ana del Valle Hernández por la que resolvió no practicar la inscripción con base en los siguientes «Fundamentos de Derecho (Defectos): 1.—En el aumento por compensación de créditos en sociedad limitada ha de respetarse el derecho de asunción preferente. A pesar de que la redacción del artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital puede suscitar la duda de si ahora en sociedad limitada ocurre como en la sociedad anónima, en la que sólo existe derecho de suscripción preferente en caso de aportación dineraria, si tenemos en cuenta los antecedentes legislativos y el alcance limitado que debe tener un texto refundido que no debe modificar las soluciones arbitradas por la ley, debemos optar por la interpretación contraria. La supresión de este derecho en las sociedades anónimas se produjo por la modificación del artículo 158.1 LSA en la ley 3/2009, DF 1.^a Si el legislador hubiera querido que funcionara de la misma forma en las SRL habría modificado también su ley. Hay que tener en cuenta que el derecho de asunción preferente es uno de los derechos mínimos que ostenta el socio (Art. 93 b) LSC) y tiene como función dotarle de un medio para evitar que su participación social se diluya. La mayoría social no es dueña de modificar a su arbitrio la participación de cada socio, pero si el interés así lo demanda puede suprimirse este derecho cumpliendo los requisitos legales. En el supuesto examinado debería haberse excluido el derecho con observancia de los requisitos establecidos en el artículo 308 LSC y concordantes del RRM; o haber concebido un aumento mixto, en parte con compensación de créditos y en parte con aportaciones dineradas. De esta forma el socio que no tiene crédito contra la sociedad o que no quiere compensarlos puede acudir si lo desea al aumento aportando dinero y mantener así su mismo porcentaje de participación en el capital social (Arts. 93, 304, 305, 308 LSC, 198.2 y 4 RRM, RR. DGRN 2-3-11, 19-5-95). [Sigue ofrecimiento de recursos]. Cádiz, 5 de octubre de 2011. La registradora. Ana del Valle Hernández».

III

Dicha calificación negativa fue notificada al notario autorizante y al presentante el 10 de octubre. El 9 de noviembre de 2011 don Sergio C. G., en representación de «Mantenimiento Sotojardín, S.L.», interpuso recurso contra dicha calificación, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Mercantil el 11 de noviembre, en el que alega lo siguiente:

1.º La escritura calificada se realizó por las siguientes causas:

a) El 8 de julio de 2011 «Mantenimiento Sotojardín, S.L.» ostentaba un crédito frente al socio don Manuel F. A. por valor de treinta mil quinientos veinticuatro euros con cincuenta céntimos (30.524,50 €) tal y como quedó recogido en el informe de 8 de julio de 2011 emitido por el Administrador Único de la sociedad. En este sentido, al ser los créditos totalmente líquidos y exigibles y, ante la necesidad del socio de que éstos le fueran devueltos y la imposibilidad de la mercantil de devolverlos, se optó por la ampliación de capital por compensación de los mismos.

b) Una vez realizada la correspondiente convocatoria los socios con todos los requisitos establecidos en la ley, el 28 de julio de 2011, ante el notario don Antonio Camarena de la Rosa, se otorgó acta de celebración de la Junta General Extraordinaria a instancias de «Mantenimiento Sotojardín, S.L.». En el punto primero del orden del día referente a la ampliación de capital, se expuso por el Administrador Único la necesidad de ampliar el capital social ya que existían varios créditos contraídos por la compañía, con el socio don Manuel F. A., los cuales eran líquidos, vencidos y exigibles y constaban en el informe emitido por el Administrador Único de la misma. Dicha ampliación de capital social debía ser por importe de 30.000€, representada por 30.000 nuevas participaciones sociales de 1 € de valor nominal cada una de ellas.

c) Las nuevas participaciones sociales fueron suscritas por el socio don Manuel F. A., mediante la compensación parcial de créditos que ostentaba frente a la compañía. En el mismo acto se acordó dar nueva redacción al artículo 4 de los estatutos sociales y se facultó expresamente al Administrador Único a elevar a público los acuerdos adoptados por la sociedad. El socio D. Juan T. B. había sido debidamente convocado mediante burofax de fecha 13 de julio de 2011. Dicha convocatoria así como el resguardo de correos acreditativo de su recepción fueron debidamente protocolizados en el Acta de la Junta General Extraordinaria. No obstante, el socio don Juan T. B., presente en dicha Junta, aunque votó en contra del acuerdo, no formuló oposición al mismo una vez adoptado éste, ni hay constancia de que los haya impugnado judicialmente.

2.º Respecto a los Fundamentos de Derecho de la calificación realizada por la registradora Mercantil debe mostrarse la más absoluta disconformidad, por los motivos que a continuación se exponen:

a) El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital ha derogado tanto el Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas como la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, regulando en un único texto legislativo, los diferentes tipos societarios y estableciendo, donde sea necesario, las especificidades que han de aplicarse a cada uno de los tipos de sociedades, sin que el artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital establezca diferencia alguna entre sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima. Por tanto, se vulnera el principio *ubi lex non distinguit nec distinguere debemus*, al establecerse por la registradora una distinción que no está prevista en la ley y que excede del ámbito de la calificación registral (Sentencias de 27 febrero de 1909, 16 de marzo de 1951, 12 de abril de 1988, 2 de abril de 1990, 22 de febrero de 1993), doctrina que ratifican las Sentencias de 31 de mayo de 2006 y 22 de junio de 2007. En este sentido, si el legislador hubiera tenido la intención de que en la ampliación de capital por compensación de créditos se tuviera que tener en cuenta el

derecho de suscripción preferente, así lo habría establecido tanto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital como en la reforma operada a través de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Sin embargo, en el texto de la Ley de Sociedades de Capital se ha omitido por imperativo legal tal consideración respecto a las sociedades de responsabilidad limitada equiparándola como ya hemos señalado anteriormente a las sociedades anónimas limitando el ámbito objetivo del derecho preferente a los aumentos de capital cuando se efectúen aportaciones dinerarias tal y como ya se preveía en la Ley 3/2009 de 3 de abril que modificaba el artículo 158 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El derecho de preferencia de los socios de la sociedad de responsabilidad limitada con respecto a las participaciones sociales, cumple idéntica función al derecho de suscripción preferente reconocido a los accionistas de la sociedad anónima en relación con las acciones. Este hecho no deja lugar a dudas cuando el artículo 304 de la Ley Sociedades de Capital establece que «En los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea».

b) El apartado dieciséis de la Disposición Final Primera de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, modificó la redacción del apartado primero del artículo 158 de la Ley de Sociedades Anónimas para introducir una novedad relevante en el régimen legal del derecho de suscripción preferente de acciones, consistente en la limitación de este derecho de los accionistas a los acuerdos de aumentos de capital social con cargo a aportaciones dinerarias y, por ende, su exclusión en los aumentos con cargo a aportaciones no dinerarias o por compensación de créditos.

Esta supresión legal, operada inicialmente para cualquier modalidad de sociedades anónimas (cotizadas o no) por la Ley de Modificaciones Estructurales, debe considerarse aplicable a las sociedades limitadas habida cuenta del carácter supletorio de la regulación de las sociedades anónimas con respecto a las limitadas, de ahí que el nuevo artículo 304 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 que tiene el siguiente tenor antes transcrito.

En consecuencia, con la entrada en vigor el pasado 1 de septiembre de 2010 de la Ley de Sociedades de Capital, no sólo se ha refundido en un único texto el régimen legal de las sociedades de capital, sino que, entre otras modificaciones normativas, se ha extendido a las sociedades limitadas y, en suma, se ha confirmado la voluntad normativa de excluir «ope legis» el derecho de preferencia en los aumentos de capital cuyo contravalor no consista en aportaciones dinerarias, esto es, en los aumentos con cargo a aportaciones no dinerarias (artículo 300 de la Ley de Sociedades de Capital), por compensación de créditos (artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital), o por conversión de obligaciones (artículo 302 de la Ley de Sociedades de Capital).

c) El mismo socio don Juan T. B. no acudió a la Junta General Extraordinaria pese a estar debidamente convocado; tampoco ha manifestado su oposición a la elevación a público de los acuerdos aprobados en la misma, ni ha emprendido acciones judiciales al objeto de impugnar dichos acuerdos judicialmente. En segundo lugar, si el artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital establece que «los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea», cabe que esta parte hubiera excluido el derecho de preferencia tal y como se señala en la calificación de la registradora Mercantil ya que

aunque existe un interés social suficiente para haber acordado la exclusión del derecho de preferencia, tal y como establece el artículo 308 de la Ley de Sociedades de Capital, debe entenderse que dicha exclusión no es necesaria ya que la misma ha sido excluida de pleno derecho por el legislador en el artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital equiparando en este punto a las sociedades de responsabilidad limitada con las sociedades anónimas. No cabe la exclusión del derecho de suscripción preferente porque se trata de una ampliación de capital por compensación de créditos y no con cargo a aportaciones dinerarias.

Para concluir, se ha cumplido con todos y cada uno de los requisitos establecidos en los artículos 304 y 301 de la Ley de Sociedades de Capital y 199.3 Reglamento del Registro Mercantil ya que los créditos a compensar son totalmente líquidos y exigibles, en la convocatoria de la Junta se puso a disposición de los socios un informe del Administrador en el que se indicaba la naturaleza y los créditos objeto de aportación, la identidad de los aportantes, el número de participaciones que habían de crearse y la cuantía del aumento de capital, la manifestación expresa de la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social y finalmente en la convocatoria se expresó el derecho que corresponde a los socios de examinar en el domicilio social el informe de los administradores.

IV

Mediante escrito de 3 de diciembre de 2011 la registradora Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 93.b), 204.1 y siguientes y 304 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio; 75.1 y 76 de Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 158.1 y 159.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre; 7 del Código Civil; la disposición final primera de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; artículo 29 de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 58, apartado 2, del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital («Segunda Directiva» en materia de sociedades); la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), de 19 de noviembre de 1996 (caso Siemens AG contra Henry Nold) y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 18 de diciembre de 2008 (caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España); la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2008; y las Resoluciones de esta Dirección General de 19 de mayo de 1995 y 2 de marzo y 7 de diciembre de 2011.

1. Se plantea en el presente recurso si para inscribir un acuerdo de aumento del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada por compensación de determinados créditos es necesario cumplir las normas relativas al derecho de asunción preferente respecto de las nuevas participaciones sociales creadas.

2. Entre los derechos mínimos del socio se encuentra el relativo a la «asunción preferente en la creación de nuevas participaciones» –cfr. artículo 93.b) del Texto Refundido de la Ley Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio–. Mediante el ejercicio de este derecho se permite al socio mantener esta condición y su misma cuota de participación preexistente tanto en el aspecto patrimonial como en el corporativo.

El carácter esencial del derecho de asunción preferente no impide que el mismo pueda ser renunciado bien expresamente, manifestándolo así el socio en la propia junta o

con posterioridad a la misma, o bien de forma tácita dejando transcurrir el plazo para el ejercicio del derecho sin hacer manifestación alguna sobre la asunción y desembolso de las participaciones que le correspondan. Por otra parte, el reconocimiento de tal derecho es compatible con la satisfacción del interés de la sociedad, de modo que cuando éste lo exija, la junta general, al decidir el aumento del capital, podrá acordar la supresión total o parcial del *ius optandi*.

El artículo 158.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, reconocía el derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital con emisión de nuevas acciones, aunque el contravalor estuviera constituido con aportaciones no dinerarias (según el artículo 159.2 del mismo texto legal, no habría lugar a tal derecho «cuando el aumento del capital se deba a la conversión de obligaciones en acciones o a la absorción de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad»). En esta opción legislativa se ajustaba a la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 diciembre 1976 («Segunda Directiva» en materia de sociedades), como resulta de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), de 19 de noviembre de 1996, según la cual la citada Directiva y, en particular, el artículo 29, no se opone a que el Derecho interno de un Estado miembro conceda un derecho de suscripción preferente a los accionistas en caso de aumento de capital por aportaciones no dinerarias.

Este régimen era aplicable al aumento del capital social mediante compensación de créditos y así lo entendió esta Dirección General en Resolución de 19 de mayo de 1995, al considerar que dicho aumento queda sometido a la regla general de reconocimiento del derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones, con posibilidad de supresión del mismo mediante acuerdo de la junta general.

El mismo sistema fue acogido en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (artículos 75.1 y 76). Y para este tipo social se mantuvo vigente hasta la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, a diferencia de lo que aconteció respecto de las sociedades anónimas, toda vez que la disposición final primera de la Ley 3/2009, de 3 de abril, modificó el apartado 1 del artículo 158 de la Ley de Sociedades Anónimas en el sentido de reconocer el derecho de suscripción preferente únicamente en los aumentos de capital social con emisión de nuevas acciones «... con cargo a aportaciones dinerarias».

Indudablemente, la norma actualmente vigente extiende a la sociedad de responsabilidad limitada en este extremo el régimen establecido para la sociedad anónima. Así resulta del artículo 304.1 de la Ley de Sociedades de Capital que reconoce el derecho de preferencia únicamente en «los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales..., con cargo a aportaciones dinerarias».

En este sentido, debe tenerse en cuenta que ese único texto legal refundido es el resultado de la regularización, aclaración y armonización de la Ley de Sociedades Anónimas y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. De modo que se trata incluso de introducir «una muy importante generalización o extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para una sola de las sociedades de capital» (vid. el apartado II de la Exposición de Motivos 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).

Resulta evidente que, al margen de la justificación de la inicial modificación del régimen del derecho de suscripción preferente en la Ley de Sociedades Anónimas invocada en el Preámbulo de la Ley 3/2009, de 3 de abril (vid. apartado IV, que se refiere a razones de oportunidad «para adecuar el régimen del derecho de suscripción preferente y de las obligaciones convertibles al pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 18 de diciembre de 2008»), lo cierto es que se introdujo una clara limitación del ámbito objetivo del derecho de suscripción preferente que –como medida de opción legislativa– se ha establecido también respecto del régimen del derecho de preferencia respecto de las sociedades de responsabilidad limitada.

De esta exclusión legal del derecho de preferencia en los aumentos de capital por compensación de créditos puede derivarse una eventual desprotección del socio en los casos en que la extinción de los créditos contra la sociedad a cambio de las participaciones creadas pudiera no estar justificada en el interés de la sociedad (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2008 que, al referirse a la compatibilidad del derecho de suscripción preferente con dicha modalidad de aumento del capital social en el régimen entonces vigente de la Ley de Sociedades Anónimas, añade que «tampoco cabe descartar que el derecho de suscripción preferente pueda tener efectividad mediante el pago de sus créditos a los terceros acreedores por socios que se subrogan en su posición para recibir las nuevas acciones correspondientes»). Pero se trata de hipótesis que dejan a salvo la adecuada reacción de quienes se consideren con derecho a cuestionar la validez del acuerdo de que se trate, mediante la correspondiente acción de impugnación del acuerdo de aumento de capital social, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales (cfr. artículos 204.1 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital; 7 del Código Civil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la 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, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 6 de febrero de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.