

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR010149

RESOLUCIÓN de 7 de febrero de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XIII de Madrid a inscribir una escritura de aumento del capital social de una sociedad.

(BOE de 26 de junio de 2020)

SUMARIO:**Registro Mercantil. Aumento del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada por compensación de créditos. Cumplimiento de las normas relativas al derecho de asunción preferente respecto de las nuevas participaciones sociales creadas.**

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en 2012, tras realizar un análisis evolutivo del derecho de asunción preferente, estimó aplicable adicionalmente a la sociedad limitada el artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que salvo que se trate de aportaciones dinerarias, **se ha de entender suprimido legalmente el derecho de asunción preferente de los socios en aquellos aumentos de capital social con aportaciones *in natura***. Y este criterio, reiterado por el mismo Centro Directivo y compartido, entre otras, por la Audiencia Provincial de Madrid, debe ser mantenido.

Indudablemente, la norma en la actualidad vigente extiende a la sociedad de responsabilidad limitada en este extremo el régimen establecido para la sociedad anónima. 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, 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. 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.

PRECEPTOS:

Directiva 77/91/CEE (Sociedades Anónimas), art. 29.

Código Civil, art. 7.

RD Leg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 158.1 y 159.2.

Ley 2/1995 (LSRL), arts. 75.1 y 76.

Ley 3/2009 (Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), disp. final primera.

RD Leg. 1/2010 (TRLSC), arts. 93.b), 204.1 y ss. y 304.

En el recurso interpuesto por don F. G. G., en nombre y representación de la mercantil «White Kite Producciones, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil XIII de Madrid, don Juan Sarmiento Ramos, a inscribir una escritura de aumento del capital social de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 24 de septiembre de 2019 por el notario de Madrid, don Alejandro Miguel Velasco Gómez, con el número 3.643 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados el día 30 de julio de 2019 en la junta general de la sociedad «White Kite Producciones, S.L.», consistentes en aumentar el capital social por compensación de determinados créditos que ostentaban varios socios. Tales créditos nacieron como consecuencia de préstamos por los socios a la sociedad entre el 28 de septiembre y el 20 de noviembre de 2018 (habiéndose acordado que dichos préstamos serían capitalizados en la forma que consta en el informe de los administradores). En dicha junta general estaban presentes o representados socios que representaban el 89,60% del capital social; y tales acuerdos se adoptaron con el voto en contra de un socio, que ostenta un 32,82% del capital social.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«(...) - Se suspende el despacho del presente documento por cuanto al estimarse que en el supuesto de aumento de capital de una sociedad limitada por compensación de créditos vencidos, líquidos e inmediatamente exigibles que ostentan los socios contra dicha sociedad, es legalmente aplicable el derecho de preferencia, no se habrían cumplido las garantías legalmente establecidas para la supresión de este derecho en el caso debatido (cfr. art 304 y ss. LSC), ni concurriría el quórum necesario para su supresión (cfr. art 199 LSC).

- Se considera que pese a lo señalado por las resoluciones DGRN de 6-2-12 y 2-10-15, a esta hipótesis de aumento del capital social es plenamente aplicable el derecho de preferencia por las siguientes razones:

1.º El derecho de preferencia es uno de los derechos básicos que integran la condición de socio (cfr. artículos 93 y 96 LSC). En su virtud, se pretende asegurar al socio el mantenimiento de su participación en el capital social. No se trata, ciertamente, de un derecho incondicionado o absoluto; la ley lo excluye directamente en determinados supuestos de aumento de capital, y permite que la junta lo excluya en los demás casos, pero siempre que medie un quorum acentuado (199.LSC) y se observen determinadas cautelas llamadas a evitar la expropiación del socio (304LSC). Ahora bien, es evidente que puesto que el punto de partida es la proclamación del derecho de preferencia, toda hipótesis de exclusión reclama una interpretación estricta (cfr. art 4 Cc); y, por otra parte, deberán excluirse las posiciones interpretativas que conduzcan a la exclusión de tal derecho cuando no medie una razón justificativa suficiente desde la perspectiva de los intereses sociales, pues no en vano, el art 3 Cc ordena estar “fundamentalmente al espíritu y finalidad” de la norma a interpretar.

2.º Ciertamente, el art 304 LSC contrae la aplicación del derecho de preferencia al supuesto de aportaciones dinerarias, excluyendo en consecuencia, los supuestos de aportaciones no dinerarias. Lo cual nos sitúa ante la disyuntiva de decidir si la denominada aportación consistente en compensación de créditos, ha de situarse entre las aportaciones dinerarias o entre las no dinerarias. A tal efecto, no puede ser argumento alguno en favor de una u otra posición, el hecho de que la compensación de créditos se regule en artículo diferente del dedicado a las aportaciones dinerarias (299 LSC), para excluirlas de tal condición, pues por la misma razón, no podrían considerarse tampoco aportaciones no dinerarias. Tampoco el artículo 295.2 LSC ofrece indicio alguno. Y en todo caso, no conviene olvidar que más de un 90% de lo que conceptuamos como dinero no pasa de ser un mero crédito, pues ésta es la naturaleza que inequívocamente corresponde en un sistema bancario de reserva fraccionaria al denominado dinero bancario con el que se pagan, sino todas, sí la gran mayoría de las denominadas aportaciones dinerarias; de modo que si consideramos aportación dineraria a la aportación de un derecho de crédito líquido y exigible frente a una entidad bancaria, so pretexto de su general solvencia y público control, bien estará que nos planteemos si puede considerarse igualmente aportación dineraria, a los efectos que aquí interesan, la de un crédito en dinero, vencido e inmediatamente exigible, que el socio ostenta contra la propia sociedad a la que lo va a aportar.

Parece, por tanto, que la solución de la cuestión debe realizarse atendiendo a la verdadera esencia del fenómeno de la ampliación de capital por compensación de créditos. Y llegados a este punto, ha de reconocerse que si nos atenemos a la esencia de ese fenómeno, si lo consideramos desde la perspectiva de la entidad y composición del capital social, no puede distinguirse entre la ampliación de capital con aportación de dinero y la ampliación por compensación de crédito vencido, líquido e inmediatamente exigible frente a la sociedad; no existe diferencia alguna entre la aportación de dinero y la de un crédito vencido, líquido y exigible del socio contra la sociedad; es absolutamente indiferente desembolsar una cantidad de dinero, que aportar un derecho a exigir inmediatamente de la sociedad la entrega de esa misma cantidad, En el primer caso, se pone en el fondo común una determinada cantidad de dinero; en el segundo se evita que salga del fondo común esa misma cantidad (la que debería salir necesariamente por cuanto la sociedad debe cumplir sus obligaciones). Tan aportación dineraria es una como otra: el evitar un movimiento innecesario de salida y entrada de dinero, no puede llevar a desconocer que en definitiva se está aportando también dinero cuando se opta por la compensación de crédito; el socio que está aceptando la compensación, está aportando la cantidad de dinero que, en otro caso, primero habría recibido obligatoriamente de la sociedad y luego la habría retornado a la misma. Si dinero es lo que tenía derecho incondicionado a recibir inmediatamente de la sociedad el suscriptor, y a esto renuncia como esencia de su aportación, ¿no es dinero lo que está aportando?

Esta conclusión viene directamente avalada por el Ordenamiento Jurídico cuando admite el pago de una deuda dineraria por vía de compensación. En efecto, aun cuando el Cc proclama -y también para las deudas de dinero- la necesidad de pago de las deudas en la especie pactada (cfr. artículos 166 y 1.170 Cc), declara de forma incuestionable que el pago de las obligaciones dinerarias puede realizarse por vía de compensación (cfr. artículos 1.156 y 1.195 y ss. CC); lo cual viene a confirmar que la obligación de realizar la aportación dineraria por consecuencia de la suscripción de las nuevas participaciones emitidas por una sociedad limitada que acuerda aumentar su capital de ese modo, puede cumplirse sin duda por vía de compensación (y adviértase que en sede de contratos y cumplimiento de las obligaciones en el ámbito mercantil, rige el Derecho Común en lo no previsto en el

C. de Com. y en las leyes especiales -cfr. artículos 2 y 50 y ss. C. de Com-, por lo que no puede alegarse la inaplicación de la compensación en el entorno que ahora se aborda). Y si esto es así, ¿cómo podrá negarse que la transformación en capital de un crédito vencido, líquido e inmediatamente exigible frente a la sociedad, es una auténtica modalidad de aportación dineraria?

Si el pago de esas deudas dinerarias puede hacerse, a elección del deudor, bien entregando el dinero adeudado en efectivo, bien compensando aquellas con otras igualmente liquidas y exigibles y de igual cuantía que ostenta frente a su acreedor, ¿estará justificado diferenciar, en lo relativo al juego del derecho de preferencia, los efectos de una u otra forma de cumplimentar una aportación de capital?

3.º Que la compensación de créditos es una forma de aportación dineraria parece también confirmarse por la propia LSC. En efecto, tras la reforma del art 158.1 LSA (que concretaba el derecho de preferencia al caso de aportaciones dinerarias) operada por la DF 1.ª LME, se dejaba vigente el art 159.2LSA (que aún se mantiene), que preveía la no aplicación de ese derecho de preferencia en el supuesto de conversión de obligaciones en acciones. Si se tiene en cuenta que esta hipótesis de conversión es una manifestación inequívoca de la denominada compensación de créditos, ¿qué sentido tenía mantener esa hipótesis como supuesto de exclusión del derecho de preferencia, si se estimara que la denominada compensación de crédito no era una aportación dineraria y, por tanto, no jugaría tal derecho?

4.º Hay razones para pensar que la reforma del art 158.1 LSA, operada por la DF 1.ª LME (que frente a la redacción anterior del precepto, que no especificaba hipótesis de aplicación de aquel derecho, recoge ahora su aplicación a los supuestos de aportación dineraria), no pretendía limitar tan estrictamente las hipótesis de aplicación legal del derecho de preferencia (excluyendo el supuesto de compensación de créditos), sino únicamente excluir tal derecho en los supuestos claros de aportaciones no dinerarias, en los que la especificidad de los bienes a aportar que a la sociedad interesa adquirir, resulta incompatible con aquel derecho. Cómo, si no, puede entenderse que tras esa reforma del art 158.1 LSA, esta misma ley siguiera preocupándose (y se sigue preocupando hoy la LSC) por garantizar que la emisión de obligaciones convertibles no produzca una dilución injustificada de la posición del social, estableciendo el juego del derecho de preferencia en la propia emisión de obligaciones convertibles?

5.º Ciertamente, el legislador dedica un artículo separado para regular ciertos aspectos de la denominada compensación de créditos en las ampliaciones de capital; pero se estima que ello no tiene por objetivo calificar la compensación de créditos como una forma específica de aportación, distinta de las dinerarias y de las no dinerarias (clasificación que por su propia formulación no dejaría lugar a una alternativa intermedia), sino articular las cautelas que las especiales características de la compensación exigen desde la perspectiva de la garantía de la realidad del capital social y de la evitación de la expropiación de los socios no suscriptores del aumento.

En efecto, si nos empeñásemos en ver la compensación de créditos como una hipótesis distinta de la aportación dineraria, las cautelas en él previstas solo se aplicarían cuando el mismo acuerdo de aumento prevea su desenvolvimiento mediante la compensación, y quedarían fuera de su ámbito de aplicación las hipótesis en que en el acuerdo de aumento se prevén aportaciones dinerarias que luego acaban siendo desembolsadas por vía de compensación hecha valer por los suscriptores que son a la vez titulares de créditos contra la sociedad vencidos, líquidos y exigibles inmediatamente (compensación que, como se ha dicho, no puede ser rechazada por la sociedad); siendo así que estas últimas también reclaman la necesaria observancia de las cautelas prevenidas en el art 301LSC. ¿Es qué cuando la sociedad anónima amplía capital contra aportaciones dinerarias que luego el suscriptor paga por compensación, hay que prescindir del informe de experto en ese artículo contemplado?; ¿Habría de bastar en tal caso con la certificación bancaria del depósito efectuado por el suscriptor con un dinero que habría salido inmediatamente antes del fondo común bajo la excusa de pagar el crédito que aquel tenía contra la sociedad?).

En cambio, si vemos la compensación de créditos como una forma de desembolso de las aportaciones dinerarias comprometidas como consecuencia de la suscripción de las participaciones nuevas que se crean con el aumento acordado, entonces las cautelas previstas en el art 301LSC, serían aplicables tanto a la hipótesis en que el acuerdo de aumento se prevé ya su desenvolvimiento mediante la compensación, como a las hipótesis en que el aumento se prevé inicialmente mediante aportaciones dinerarias que se acaban desembolsando por esa vía.

6.º Si las consideraciones anteriores no son suficientes para estimar que en la denominada compensación de créditos procede el derecho de preferencia, veamos ahora si por el objeto y finalidad de la misma, podría justificarse su exclusión. Pues bien, cuando consideramos la cuestión desde esta perspectiva, es necesario reconocer que no hay absolutamente ninguna razón que justifique la exclusión del derecho de preferencia en los aumentos de capital por compensación de créditos. Para la sociedad es absolutamente indiferente acordar la ampliación directamente por vía de compensación, que acordarla por aportaciones dinerarias en las que se respete ese derecho de preferencia. Si el objetivo es sacar del balance ciertas deudas sociales, por una u otra vía puede ser alcanzado igualmente: en el primer caso, la deuda pasa a ser capital directamente, pero en el segundo, con el dinero obtenido en la ampliación suscrita por los socios preexistentes puede pagarse dicha deuda, eliminándola igualmente del balance (es más, la primera vía puede ser más arriesgada para la sociedad: al reducir la base de potenciales suscriptores, el riesgo de fracaso de la ampliación o de suscripción incompleta aumenta).

Por tanto, queda claro que la configuración del aumento del capital directamente por compensación (restringiendo así el ámbito de potenciales suscriptores de una ampliación a los titulares de créditos vencidos y líquidos), no justifica la eliminación del derecho de preferencia. Y así lo viene a proclamar implícitamente el propio legislador cuando en la hipótesis de emisión de obligaciones convertibles, proclama la procedencia de ese derecho al tiempo de la emisión de estas, en las mismas condiciones que en la ampliación de capital (cfr. artículos 416 y 417 LSC). Sería ilógico que el legislador se preocupe de que en la emisión de obligaciones convertibles, los socios puedan evitar la dilución de su participación social otorgándoles el derecho de preferencia en la suscripción de aquellas y, sin embargo, admitiera que tratándose de créditos ordinarios contra la sociedad (que sus administradores son libres de contraer con uno u otro sujeto de derecho), ésta pudiera acordar convertirlos en capital por el solo acuerdo de la mayoría absoluta, sin que procediere el derecho de preferencia, diluyendo así la participación social de la minoría.

Excluir el derecho de preferencia en las ampliaciones por vía de compensación, no tiene, pues, otro objetivo que poner en manos de la mayoría absoluta un cómodo instrumento para diluir la participación social de la minoría, (el órgano de administración -que generalmente estará dominado por aquella-con su política de endeudamiento, determinaría quienes serían los potenciales suscriptores de la ampliación por compensación que luego propondría a la junta para su aceptación). Y es evidente, que tal objetivo no puede ser protegido legalmente, en un sistema que, sobre rechazar el abuso del derecho (cfr. art 7 Cc), parte de la igualdad de trato entre los socios que estén en iguales circunstancias (cfr. art 97LSC), siendo claro que no rompe esa igualdad circunstancial el ser o no acreedor social ante una situación de aumento de capital: si el que lo es puede liberar a la sociedad de la deuda aportándola al capital social, el que no lo es puede permitir a la sociedad liberarse igualmente aportando el metálico con el que la sociedad puede saldar aquella.

7.º Por último, no puede ignorarse un dato de especial interés como es la naturaleza de texto refundido del RDL 1/2010. Aun admitiendo -contra lo que se ha expuesto- que la anterior LSA quiso excluir clara e inequívocamente el derecho de suscripción preferente en todo aumentos de capital por compensación de créditos, era claro que tal no era el principio acogido por la LSRL de 1995 (cuyo art 75 establecía el derecho de preferencia en todo aumento de capital, sin distinguir hipótesis), de modo que su extensión a la SL en el texto refundido del 2010 suponía una modificación normativa sustancial para la sociedad limitada que dista de entrar en el concepto de "regularizar, armonizar y aclarar" previsto en el art 82 CE y DF 7.ª LME; máxime si se tiene en cuenta la mayor incidencia que el sustrato personal cobra en la SL frente a la SA, lo que, en punto al derecho de preferencia, no avala precisamente una traslación ciega a aquel tipo social del criterio normativo proclamado para esta última.

- No consta el pago o exención del Impuesto (art 86 RRM).

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...).

III

Contra la anterior nota de calificación, don F. G. G., en nombre y representación de la mercantil «White Kite Producciones, S.L.», interpuso recurso el día 11 de noviembre de 2019 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Hechos.

Primero. *Antecedentes.*

1. Mi representada, la sociedad de responsabilidad limitada White Kite Producciones, SL para sacar adelante el proyecto en el que se encuentra acometiendo buscó financiación externa mediante la suscripción de unas notas o préstamos convertibles con distintas personas y entidades que habían decidido invertir en la sociedad acordándose que la capitalización de dichos préstamos sería obligatoria para ambas partes. Es decir, llegada su fecha de vencimiento, se había acordado que serían compensados por la sociedad mediante una ampliación de capital con la consiguiente adjudicación a dichos inversores de las nuevas participaciones sociales emitidas, quedando así compensados los créditos que estos ostentan frente a la sociedad.

2. Pues bien, llegado el momento, mi representada convocó para ello una Junta General Extraordinaria de socios con la finalidad de acordar la capitalización de las meritadas notas o préstamos convertibles. Antes de la celebración de la citada junta para aprobar la correspondiente ampliación de capital por compensación de créditos, mi representada consultó no solo la Ley de Sociedades de Capital, sino también los criterios de la Dirección General a la que tenemos el honor de dirigirnos, al respecto de si en estos supuestos de ampliación de capital existía o no derecho de suscripción preferente por parte de los socios.

3. Finalmente, tras constatar, que no existía dicho derecho de suscripción preferente, con fecha 30 de Julio de 2019, tuvo lugar en la notaría de D. Alejandro Miguel Velasco Gómez, la celebración de la meritada Junta General Extraordinaria de socios, habiendo sido debidamente convocada la misma mediante anuncio en la página web de la sociedad de conformidad con lo dispuesto en sus estatutos sociales.

4. Que en relación con el primer punto del orden del día se adoptó por la Junta, con la mayoría necesaria para ello, el siguiente acuerdo:

“Aumento de capital por compensación de créditos mediante emisión de 5.954 participaciones sociales de la misma clase que las actuales”.

5. Dicho acuerdo se aprobó únicamente con el voto en contra de un socio, que ostenta un 32,82% del capital social, por lo que a efectos de lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), el porcentaje de los votos a favor de dicho acuerdo supone un 56,18% del capital social cumpliendo así con la mayoría legal reforzada exigida en dicho artículo. Por tanto, el acuerdo de ampliación de capital es perfectamente legítimo y válido y no exigía otro adicional sobre la exclusión del derecho de preferencia, por no estar contemplado legalmente para el supuesto que nos ocupa, como así lo ha sostenido además la Dirección General a la que nos dirigimos, tal y como veremos detalladamente en los fundamentos de derecho del presente escrito.

6. Tal y como consta en el Acta de dicha Junta General Extraordinaria, así como en el Informe de los administradores que se adjunta a la misma y que justifica la necesidad de capitalización, la finalidad de dicho aumento no era otra que la compensación de esos créditos contraídos con anterioridad por la sociedad y nacidos con la única finalidad de ser compensados a un valor determinado, sin que exista derecho de suscripción preferente para el resto de socios.

Segundo. *Escritura pública y presentación a inscripción.*

7. Dicho acuerdo de ampliación de capital por compensación de créditos fue elevado a Escritura Pública ante el notario de Madrid D. Alejandro Miguel Velasco Gómez con fecha 24 de Septiembre de 2019 y bajo el núm. 3.643 de su orden de protocolo bajo el título: “Escritura de ampliación de capital, consistiendo su contra valor en compensación de créditos y modificación del artículo estatutario otorgada por ‘White Kite Producciones, Sociedad de Responsabilidad Limitada’, la cual se aporta (...) y en la que figuran el Acta de la Junta descrita en el hecho precedente y el pertinente informe de los administradores respecto a la compensación de créditos.

8. Dos días después, el día 26 de Septiembre de 2019, se procedió a presentar la meritada Escritura de Ampliación de Capital ante el Registro Mercantil de Madrid para su inscripción.

9. El día 15 de Octubre de 2019, se notifica a esta parte la calificación del Registrador, el cual, previo examen y calificación de la Escritura de ampliación, resolvió no practicar la inscripción solicitada por “apreciar defectos que impiden la misma” suspendiendo de esta manera el despacho del documento (...)

10. La calificación recurrida sostiene básicamente que no se ha respetado el supuesto derecho de suscripción preferente de los socios en la ampliación de capital que se pretende inscribir. Entendemos, dicho sea, con los debidos respetos, que la misma no se ajusta a derecho y resulta altamente lesiva para los intereses de esta parte, ya que como se ha dicho, no hay derecho de suscripción preferente de los socios en el presente supuesto de ampliación de capital y ello en base a los siguientes:

Fundamentos de Derecho.

Primero. *La suscripción preferente en la Ley de Sociedades de Capital.*

11. La suscripción preferente (artículo 304 LSC) se contempla sólo y exclusivamente para la ampliación de capital contra aportaciones dinerarias, y la ampliación por compensación de créditos no es, al contrario de lo sostenido por el Registrador Mercantil en su calificación, propiamente una aportación dineraria ya que se encuentra regulada en un precepto diferenciado al de la ampliación por aportaciones dinerarias en la citada ley, teniendo por tanto este supuesto de ampliación una esencia y sustrato propio y diferenciado de una ampliación por puras aportaciones dinerarias.

12. Veamos, para mayor claridad, como regula el citado artículo el derecho de preferencia:

Artículo 304. *Derecho de preferencia.*

1. En los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo o aportaciones dinerarias, cada socio tendrá derecho o asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea.

2. No habrá lugar al derecho de preferencia cuando el aumento del capital se deba a la absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad o a la conversión de obligaciones en acciones.

13. Pues bien, en su apartado 1. el artículo transcrito sostiene literalmente que este derecho de preferencia existe en los supuestos de aumentos de capital social con emisión de nuevas acciones o participaciones “con cargo a aportaciones dinerarias” excluyendo por ende otros supuestos. Es evidente que, si el legislador hubiera querido contemplar también este derecho de preferencia en las ampliaciones de capital por compensación de créditos, dado que se encuentran regulados en un artículo diferenciado y como una modalidad distinta a la ampliación por aportaciones dinerarias, lo habría incluido expresamente.

14. Además, (...), sostiene expresamente el artículo, en su apartado 2 que no habrá lugar a este derecho cuando el aumento se deba a la conversión de obligaciones en acciones que no deja de ser, al igual que el aumento de capital por compensación de créditos, un supuesto de capitalización de la deuda, de transformación de deuda o pasivo de la sociedad en capital social.

15. Esta tesis se refuerza además si tenemos en cuenta que con anterioridad a la entrada en vigor de Ley de Sociedades de Capital el 1 de Septiembre de 2010, se contemplaba el derecho de suscripción preferente para todos los supuestos de ampliación de capital. Pero tras esta aprobación el legislador puso de manifiesto que había determinados casos en los que no tenía sentido o no debía concederse este derecho de suscripción preferente a los socios, como es el caso, entre otros, del que nos ocupa de ampliación por compensación de créditos y ello porque tienen una naturaleza y finalidad distinta, poniendo así en evidencia la voluntad normativa de excluir “ope legis” el derecho de preferencia en los aumentos de capital cuyo contravalor no consista propiamente en aportaciones dinerarias, esto es, en los aumentos con cargo a aportaciones no dinerarias (artículo 300 de la LSC), por compensación de créditos (artículo 301 LSC), o por conversión de obligaciones (artículo 302 de la LSC).

16. Del mismo modo el Reglamento del Registro Mercantil al regular los requisitos para el acceso al Registro Mercantil de los aumentos de capital, contempla de modo claramente diferenciado en los distintos apartados del artículo 199, los requisitos del aumento con aportaciones dinerarias, no dinerarias y aumento por compensación de créditos como modalidades distintas.

17. 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 LSC se ha omitido por imperativo legal tal consideración respecto a las sociedades de responsabilidad limitada equiparándola a las sociedades anónimas limitando el ámbito objetivo del derecho preferente a los aumentos de capital cuando se efectúen aportaciones dinerarias.

18. Lo que resulta difícil de entender, dicho sea, con los debidos respetos, es que el Registrador Mercantil, se haya desmarcado de la LSC y de los propios criterios de esta Dirección General, entendiendo que sí que debe otorgarse este derecho de preferencia, haciendo su propia versión o interpretación subjetiva de la Ley en aras, parece ser, de proteger los posibles derechos de los socios minoritarios que de esta manera podrían ver diluida su participación con un claro alarde garantista.

19. La ley no contempla este derecho, por lo que no haberlo otorgado (que no suprimido como se afirma erróneamente en la calificación recurrida, ya que no hay nada que suprimir porque este derecho está excluido “ope legis” en ampliaciones de capital por compensación de créditos), en ningún caso puede tener como consecuencia la no inscripción de la ampliación de capital legalmente adoptada y ejecutada; en todo caso si algún socio entendiese que este pudiera ser un acuerdo abusivo que tuviese por fin diluir su participación siempre tendría abierta la vía judicial de la impugnación del mismo, pero lo que no es de recibo es que el Registrador Mercantil suspenda la inscripción dicha ampliación, haciendo una interpretación propia, subjetiva y extensiva del derecho de preferencia de los socios que no existe legalmente en estos supuestos.

20. Entendemos, que resulta claro que la aplicación del derecho de preferencia debe suscribirse a las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones dinerarias propiamente dicha del artículo 299 de la LSC, dejando fuera aquellos otros supuestos en los que el aumento de capital es consecuencia de la adquisición o, en este caso compensación, por parte de la sociedad de activos específicos o de elementos patrimoniales complejos (como en este caso los créditos que terceros acreedores ostentan frente a la sociedad), que en ningún caso podrían ser propiamente aportados por los socios de la sociedad.

21. Es importante en relación con lo anterior poner de manifiesto la necesidad de capitalización de dichos créditos por parte de la sociedad; el acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos responde en este caso a una necesidad razonable de la sociedad y debidamente razonada de los administradores de la sociedad tal y como lo exige el artículo 301 de la LSC. En el mismo se explica cómo, en su momento, el órgano de administración de la sociedad, consciente de que se necesitaba una financiación adicional para sacar adelante el proyecto en el que se encontraban embarcados buscó financiación externa mediante la suscripción de estos préstamos

convertibles fijando unos valores de conversión de la capitalización determinados acordándose que la capitalización sería obligatoria para ambas partes, contando para ello el órgano de administración con el compromiso irrevocable de los socios que representaban el 86,32% de votar a favor de dicho aumento de capital.

22. Es evidente que las conclusiones sostenidas por el Registrador Mercantil en su calificación (punto 6.º) referidas a que no hay “absolutamente ninguna causa” que justifique que no haya derecho de preferencia en un supuesto de ampliación de capital por compensación de créditos no se ajustan a la realidad; sostiene el Registrador que para la sociedad es absolutamente indiferente acordar la ampliación directamente por vía de compensación que acordarla por aportaciones dinerarias respetando ese derecho de preferencia, pues si el objetivo es sacar del balance ciertas deudas sociales se puede alcanzar igualmente por una u otra vía: en el primer caso, la deuda pasa a ser capital directamente, pero en el segundo con el dinero obtenido por la ampliación suscrita por el resto de los socios con aportaciones dinerarias se podría saldar dicha deuda eliminándola del balance. Olvida el Registrador sin embargo que de la segunda forma no cumpliría la sociedad con su compromiso adquirido frente a los suscriptores de dichos préstamos convertibles de capitalizar sus préstamos entrando a formar parte de la sociedad con los evidentes perjuicios que ello le podría ocasionar, siendo por tanto claro que no se alcanza el mismo resultado para la sociedad por una u otra vía.

23. Razón por la cual precisamente, de forma acertada y lógica, la LSC excluye de facto el derecho de preferencia de los socios en estos supuestos de ampliación por compensación de créditos y lo regula diferenciado de la ampliación contra aportaciones dinerarias porque tienen diferente fundamento y finalidad y no se pueden equiparar.

Segundo. El criterio de la Dirección General de los Registros y el Notariado.

24. Como ya se ha puesto de manifiesto, mi representada, antes de hacer efectiva la capitalización de los créditos acordando la ampliación de capital por compensación de los mismos, quiso asegurarse que no existía dicho derecho de suscripción preferente por lo que, sin perjuicio de que por la literalidad de la Ley de Sociedades de Capital entendiéndose que no existía, acudió a corroborarlo con los criterios sostenidos por esta Dirección General y confirmó que, efectivamente, este derecho no es aplicable.

25. Así, reproducimos a continuación por su claridad la Resolución de la DGRN de 6 de Febrero de 2012 en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil de Cádiz a inscribir una escritura de aumento del capital social., (Boletín Oficial del Estado, de 01 de Marzo de 2012):

“... 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 ‘uno 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 subroguen 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”.

26. El mismo criterio es acogido por resolución de la DGRN fecha 2 de Octubre de 2015. Reproducimos a continuación también un extracto de una resolución de la DGRN que sostiene que la ampliación de capital por compensación de créditos participaría de la naturaleza de las aportaciones no dinerarias, al contrario de lo mantenido por el Registrador Mercantil en la calificación recurrida de que es una aportación dineraria: Resolución de 20 de abril de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora mercantil y de bienes muebles de Lugo, por la que se suspende la inscripción de una escritura pública de aumento de capital social y modificación de norma estatutaria:

“Esta cuestión ya fue decidida por este Centro Directivo en Resolución de 15 de febrero de 2012, al señalar que la diversidad de objetos que pueden ser aportados a una sociedad se subsumen en dos grandes categorías: aportaciones de dinero y aportaciones en especie (es decir que no sean en metálico) llamadas por la generalidad de la doctrina aportaciones «in natura» o no dinerarias y dentro de esta última categoría está la aportación de derechos de crédito (cfr. artículo 65 de la Ley de Sociedades de Capital) y la llamada compensación de créditos como especial modalidad de aumento de capital (cfr. artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital), figura que, como resulta de la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 15 de julio de 1992), sin perjuicio de su peculiar naturaleza como vía de conversión de deuda social en capital, participa de la naturaleza de las aportaciones no dinerarias”.

27. Lo que llama poderosamente la atención es que la calificación recurrida del Registrador Mercantil de Madrid conoce estas resoluciones porque hace alusión a ellas, pero incomprensiblemente, se aparta del criterio de las mismas adoptando el suyo propio sin apoyo alguno en la Ley de Sociedades de Capital, exigiendo a mi representada para la inscripción de la Escritura de Ampliación un requisito no exigido legalmente, en aras a evitar posibles vulneraciones de los derechos de los socios cuando, tal y como acertadamente sostiene esta Dirección General, aquellos siempre tendrían expedita, en su caso, la vía de la impugnación ante los tribunales de dicho acuerdo de ampliación. Es decir, la protección del socio minoritario no se encuentra en la posibilidad de ejercitar el derecho de preferencia, sino que reside en la posibilidad de ejercitar frente a los juzgados y tribunales competentes las correspondientes acciones de impugnación del acuerdo adoptado.

28. A mayor abundamiento, entendiendo que muy probablemente el alarde garantista del Registrador en su calificación puede deberse a que, a pesar de que la ampliación de capital fue con la mayoría legal reforzada necesaria para su aprobación, uno de los socios votó en contra. Curiosamente este lo hizo incomprensiblemente en contra de su previo compromiso irrevocable de votar a favor, tal y como queda acreditado en el informe elaborado por los administradores en relación con el aumento de capital y que consta adjunto en la Escritura pública objeto de calificación (la sociedad contaba con el compromiso irrevocable de los socios que representaban el 86,32% del capital social de votar a favor del aumento de capital entre los que se encontraba precisamente el sr. C. G. que fue el único que finalmente voto en contra).

29. Entendemos que el Registrador Mercantil incurre en un error, al no acordar la inscripción de la Escritura de ampliación de capital, ya que se extralimita de sus funciones de supervisión y examen exigiendo un requisito no previsto por la Ley. La solución para la protección de un socio no puede ser la no inscripción sino, en su caso, la impugnación del acuerdo en sede judicial, y máxime si tenemos en cuenta que la inscripción de la Escritura de aumento en el Registro Mercantil no tiene carácter constitutivo sino declarativo.

Tercero. Jurisprudencia que confirma la ausencia de derecho de suscripción preferente en las ampliaciones de capital por compensación de créditos.

30. Si todavía podía quedar alguna duda de si existe o no un derecho de suscripción preferente, reproducimos a continuación extractos de algunas sentencias que son contundentes al respecto:

31. Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4, del 25/05/2017 N2 de Recurso: 224/2017, N9 de Resolución: 191/2017:

“15. El derecho de preferencia -fuera del marco de la operación acordeón típica que regula el artículo 343 del TRLSC- está hoy legalmente preservado en los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones con cargo a aportaciones dineradas (artículo 304 TRLSC), modalidad que la Ley diferencia con claridad de otras (aportaciones no dinerarias, aumento por compensación de créditos, por conversión de obligaciones o con cargo a reservas). La ejecución del acuerdo de aumento propuesto (punto Sg del orden del día) no exige, por lo tanto, otro adicional sobre exclusión del derecho de preferencia de los socios”.

32. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15 de 20/06/2013, N9 de Recurso: 438/2012, N2 de Resolución: 263/2013:

“De acuerdo con el artículo 304 LSC, los socios de una sociedad anónima o una limitada solo tienen derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital contra aportaciones dinerarias. Como el aumento de capital contra aportaciones dinerarias y el aumento por compensación de créditos están regulados en preceptos distintos (artículos 299 y 301 LSC respectivamente) y el artículo 304 LSC se refiere a los aumentos contra ‘aportaciones dinerarias’ exclusivamente para reconocer la existencia de derecho a asumir las nuevas participaciones, se suele concluir que no hay derecho de asunción/suscripción preferente en el caso de aumentos de capital por compensación de créditos”.

33. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 28 de 26/10/2015 N2 de Recurso: 45312013, N.º de Resolución: 298/2015:

“El artículo 304.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital circunscribe el derecho de suscripción preferente a los aumentos de capital con emisión de nuevas acciones que se hagan con cargo a aportaciones dinerarias.

El artículo 304 es heredero del derogado artículo 158 de la Ley de Sociedades Anónimas que fue modificado por el apartado 16 de la disposición final primera Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, precisamente, para limitar el derecho de suscripción preferente a los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias, manteniendo este criterio el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital que lo extiende a las sociedades de responsabilidad limitada.

De la delimitación objetiva del derecho de suscripción preferente a los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias no existe ninguna duda, más polémica es la posible catalogación de los aumentos de capital por compensación de créditos como aportaciones dinerarias.

Admitiendo que la cuestión es polémica, el tribunal considera que el aumento del capital por compensación de créditos (artículo 301 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) no implica un aumento con cargo a aportaciones dinerarias (artículo 299), lo que exige que las aportaciones dinerarias sean nuevas.

Con independencia de la exacta naturaleza jurídica de la operación de aumento de capital por compensación de créditos (compensación, novación, dación en pago, canje de crédito por capital...) lo cierto es que las aportaciones dinerarias requieren nuevas aportaciones dinerarias (artículo 299) y el aumento por compensación de créditos no incorpora a la sociedad nuevos fondos dinerarios sino que capitaliza deudas frente a la sociedad y, concretamente, transforma en capital pasivo exigible, permitiendo así a la sociedad disponer de recursos que de otro modo habrían tenido que utilizarse para atender el pago de la deuda.

En el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital se configuran como modalidades distintas de aumento del capital, con nombre propio, las siguientes: aumento con cargo a aportaciones dinerarias, aumento con cargo a aportaciones no dinerarias, aumento por compensación de créditos, aumento por conversión de obligaciones y aumento con cargo a reservas (artículos 299 a 303). Si o continuación la misma norma sólo reconoce el derecho de suscripción preferente en las ampliaciones de capital con emisión de nuevas participaciones sociales o de acciones, cargo a aportaciones dinerarias (artículo 304.1), es que en las demás modalidades antes reseñadas no se otorgó el derecho de preferencia, limitándose el apartado segundo del artículo 304 a contemplar determinados supuestos en los que no se reconoce dicho derecho sin agotar las modalidades de ampliación de capital en las que legalmente queda excluido.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones de fecha 4 y 6 de febrero de 2012 (BOE de 1 de marzo de 2012), interpretando el artículo del 304 texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital con relación a sendas ampliaciones de capital acordadas por las juntas generales de dos sociedades de responsabilidad limitada, rechaza que en los aumentos de capital por compensación de créditos sea necesario cumplir las normas relativas al derecho de asunción preferente respecto de las nuevas participaciones sociales, en tanto que la norma, limitando el ámbito objetivo del derecho de suscripción preferente, lo excluye en los aumentos de capital por compensación de créditos.

Rechazado que el aumento de capital por compensación de créditos exija el reconocimiento del derecho de suscripción preferente, la revocación del acuerdo de ampliación de capital con cargo a aportaciones dinerarias en el que se reconocía el derecho de preferencia con el compromiso de los accionistas que eran titulares de los créditos a compensar en la otra ampliación de capital a no concurrir a la misma, no implica violación alguna de tal derecho.

En lo ampliación de capital por compensación de créditos el derecho de preferencia, no es que pueda excluirse, sino que no tiene cobertura legal que es lo que explica la resolución apelada.”

34. A modo de conclusión, por todo cuanto se ha expuesto, la ampliación de capital acordada y elevada a Escritura Pública, reúne con todos y cada uno de los requisitos legalmente exigidos para ello en el artículo 301 de la LSC, ha sido adoptado con la mayoría legal reforzada exigida en el artículo 199 y ha quedado claro que no existe derecho de suscripción preferente, y con lo cual no se ha vulnerado o suprimido el mismo sin los requisitos legales, tal y como sostiene el Registrador Mercantil; sencillamente no está contemplado legalmente para estos supuestos de ampliación y por ende no era necesario ningún acuerdo para excluir este derecho. Por ello el defecto aludido por

el Registrador Mercantil en su calificación no es tal y procede practicar la inscripción de la Escritura Pública de ampliación objeto de la calificación recurrida».

IV

Notificada la interposición del recurso al notario de Madrid, don Alejandro Miguel Velasco Gómez, como autorizante de la escritura calificada, presentó, el día 22 de noviembre de 2019, el siguiente escrito de alegaciones:

«1. Que con fecha 24 de septiembre de 2019 y número 3.643 de mi protocolo, autoricé la escritura de aumento de capital social de la compañía “White Kite Producciones, Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en la que intervino don J. A. R. D. en representación de la misma en su calidad de Vicesecretario no Consejero.

2. (...).

5. Y que en relación al citado recurso, y como Notario autorizante de la escritura que la motiva, manifiesto por la presente, mi total acuerdo al contenido de todos y cada uno de los argumentos vertidos por la parte recurrente contra la ya citada calificación negativa del Sr. Registrador Mercantil».

V

Mediante escrito, de fecha 25 de noviembre de 2019, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 93.b), 204.1 y siguientes y 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; 75.1 y 76 de Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 158.1 y 159.2 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 7 del Código Civil; la disposición final primera de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; el 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; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de octubre de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 1995, 2 de marzo y 7 de diciembre de 2011, 4 y 6 de febrero de 2012, 20 de noviembre de 2013 y 2 de octubre de 2015.

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.

Ciertamente la cuestión es controvertida, como lo demuestran la misma argumentación del registrador en su calificación y las diferentes interpretaciones doctrinales. Pero la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 4 y 6 de febrero de 2012, tras realizar un análisis evolutivo del derecho de asunción preferente, estimó aplicable adicionalmente a la sociedad limitada el artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que salvo que se trate de aportaciones dinerarias, se ha de entender suprimido legalmente el derecho de asunción preferente de los socios en aquellos aumentos de capital social con aportaciones «in natura». Y este criterio, reiterado en la Resolución del mismo Centro Directivo de 2 de octubre de 2015 y compartido, entre otras, por la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia número 298/2015, de 26 de octubre, debe ser mantenido.

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 en la actualidad 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 subroguen 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 y 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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 7 de febrero de 2020. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.