

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR010647

RESOLUCIÓN de 5 de mayo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador mercantil y de bienes muebles de Ourense, por la que se resuelve no practicar la inscripción de una reducción y simultánea ampliación de capital.

(BOE de 24 de mayo de 2021)

SUMARIO:

Registro Mercantil. Operaciones de aumento y reducción de capital simultáneos. Derecho de suscripción preferente del accionista. La locución «en todo caso» del artículo 343.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Referir la orden incondicionada de la expresión «en todo caso» a la ampliación de capital subsiguiente a la reducción, orilla que **se trata de dos modificaciones concatenadas y recíprocamente condicionadas**, conformando una operación compleja cuya singularidad consiste en permitir una minoración prohibida con carácter general por el artículo 5.1 de la Ley de Sociedades de Capital (reducción del capital por debajo del mínimo legal), a la que los artículos 343 a 345 del mismo cuerpo legal vienen a dar cobertura legal, supeditándola a la ejecución efectiva del aumento de capital consecutivo que lo amplíe hasta una cantidad igual o superior a la cifra mínima.

La contemplación conjunta de ambas operaciones pone de manifiesto que la misión que el derecho de asunción o de suscripción preferente viene a satisfacer en el compuesto coordinado no se agota en el de mecanismo antidilución ordinario, sino que cumple el cometido fundamental de **impedir que, merced a un acuerdo mayoritario, los minoritarios queden excluidos de hecho** de la compañía a causa de la reducción total, o relegados a la insignificancia a través de una minoración considerable de su participación en la compañía; por esta razón, el respeto exigido «en todo caso» al derecho de preferencia se orienta a garantizar a todos los socios la permanencia en la compañía, aunque sometida a la carga de efectuar un nuevo desembolso.

El vigor reforzado del derecho de preferencia que la norma impone comporta, en principio, que la ampliación de capital vinculada a una previa reducción en los términos examinados habrá de tener como contrapartida **aportaciones dinerarias**, única modalidad en la que el artículo 304.1 de la Ley de Sociedades de Capital lo reconoce a los socios. **No obstante, pese a esta regla general, resultarían igualmente válidas otras fórmulas** que respetaran la finalidad perseguida por la norma, como sucedería si algunos socios dispusieran del elemento no dinerario que constituyera el objeto de la aportación (como los créditos), mediante una ampliación con contravalor mixto. Este supuesto fue expresamente admitido por el Tribunal Supremo y por este Centro Directivo, declarando que la sociedad podía haber cumplido el imperativo precepto 343 de la Ley de Sociedades de Capital y con ello los principios generales señalados, previendo un aumento de capital por tramos o mixto, en el que los socios que no pudieran acudir, por la naturaleza de la aportación, a la compensación de los créditos preexistentes, pudieran, en proporción a su participación preexistente en el capital social, contribuir al procedimiento de saneamiento social y asumir mediante aportaciones dinerarias la parte correspondiente a su cuota inicial en el mismo.

PRECEPTOS:

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 325 y 327.

RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 299, 300, 304, 343 a 345 y 350 a 359.

En el recurso interpuesto por doña B. M. B., procuradora de los tribunales, en nombre y representación de «Parkmobel Instaladora, S.L.», contra la nota de calificación emitida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Ourense, don Andrés José Ylla García-Germán, por la que se resuelve no practicar la inscripción de una reducción y simultánea ampliación de capital con motivo de no constar el ejercicio o renuncia del derecho de asunción preferente por parte de los socios que no votaron a favor del acuerdo.

Hechos

I

Por acuerdo de la junta general extraordinaria y universal de socios celebrada por vía telemática el día 26 de octubre de 2020, la compañía mercantil «Xinzo Wood Floring, S.A.» decidió, con el voto a favor del 54,99% del capital social, el voto en contra del 22,50% y la abstención del 22,499% restante, reducir el capital a cero, a causa

de pérdidas, y aumentarlo simultáneamente mediante la compensación de un crédito que frente a ella ostentaba «Parkmobel Instaladora, S.L.». Los pormenores del acuerdo constaban en la certificación en base a la que se elevaba a público, lo que se llevó a cabo por medio de escritura autorizada por el notario de Barcelona, don Pedro Esteban Feliu, el día 12 de noviembre de 2020, con el número 1.664 de protocolo; de ellos, únicamente interesa destacar que no aparecía en ningún lugar la renuncia al derecho de asunción preferente por parte de los socios que no votaron a favor del correspondiente acuerdo, ni que lo hubieran ejercitado mediante la adjudicación y desembolso de nuevas participaciones, ni tampoco que hubieran dejado transcurrir el plazo de un ofrecimiento prioritario para llevarlos a cabo. En definitiva, las nuevas participaciones se adjudicaban directamente a «Parkmobel Instaladora, S.L.» y se desembolsaban por compensación del crédito que esta compañía ostentaba frente a «Xinzo Wood Floring, S.A.».

II

Presentada el día 22 de diciembre de 2020 dicha escritura en el Registro Mercantil de Ourense, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Nota de calificación.

Don Andrés José Ylla García-Germán, Registrador de Ourense, previo el consiguiente examen y calificación del documento, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 62/1654.

Fecha de la presentación: 22/12/2020.

Entrada: 1/2020/1972,0.

Sociedad: Xinzo Wood Flooring, SA.

Autorizante: Pedro Esteban Feliu.

Protocolo: 2020/1664 de 12/11/2020.

Fundamentos de Derecho (defectos).

1. No constan el ejercicio o renuncia del derecho de suscripción preferente de los socios que no votaron a favor del acuerdo de reducción y ampliación del capital social. Art. 343.2, 304 y 305 LSC y RDGRN de 20 de Noviembre de 2013.

En relación con la presente calificación: (...)

Ourense, a 07 de Enero de 2021 El registrador (firma ilegible).»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña B. M. B., procuradora de los tribunales, en nombre y representación de «Parkmobel Instaladora, S.L.», interpuso recurso el día 10 de febrero de 2021 mediante escrito en los términos que, a continuación, se reproducen:

«B. M. B. Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de Parkmobel Instaladora, S.L (...) ante la Dirección General de los Registros y el Notariado comparezco y, como mejor proceda en Derecho digo:

Que habiéndome notificado Nota de calificación negativa, expedida por el Registrador, D. Andrés José Ylla García-Germán titular del Registro Mercantil y Bienes Muebles de Orense, relativa a la escritura pública otorgada ante el Notario de Barcelona D. Pedro Esteban Feliu, bajo número de Protocolo 1664/2020 de 12/11/2020, con número de entrada: 1/2020/1972, Diario/Asiento 62/1654 y fecha de presentación 22/12/2020, mediante el presente escrito y de conformidad con el artículo 324 y concordantes de Ley Hipotecaria, vengo a formalizar recurso gubernativo dentro del plazo establecido legalmente y en base a los siguientes

Motivos:

Previo. De conformidad con el artículo 325 a) de la Ley Hipotecaria, Parkmobel Instaladora, S.L. se halla legitimada para interponer el presente Recurso Gubernativo (...)

La nota de calificación se fundamenta en que no consta el ejercicio o renuncia del derecho de suscripción preferente de los socios que no votaron a favor del acuerdo de reducción y ampliación del capital social, en base a los arts. 343.2 y 304 y 305 de la LSC y la Resolución de la DGRN de 20/11/2013.

Primero. La regulación del derecho de preferencia se halla en los artículos 304 y concordantes de la vigente Ley de Sociedades de Capital que literalmente prevé lo siguiente:

“Artículo 304. Derecho de preferencia.

1. En los aumentos de capital 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 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 de 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”.

El indicado precepto, en su apartado 1, establece, pues, como único supuesto en el que, tendrá lugar el derecho de preferencia en las operaciones de aumento capital, tanto en sociedades de responsabilidad limitada como en sociedades anónimas, aquéllos en que tales operaciones se lleven a cabo exclusivamente con cargo a aportaciones dinerarias.

Por lo tanto, en las ampliaciones de capital en que la contrapartida sean aportaciones no dinerarias, como es el caso, de la capitalización de unos préstamos, no tendrá lugar el derecho de preferencia, quedando, por tanto, excluido dicho derecho en las ampliaciones de capital mediante compensación de créditos objeto de capitalización.

Esta norma es, pues, diáfana a tenor de la normativa vigente y se halla completamente ratificada de acuerdo con numerosa doctrina y jurisprudencia al respecto. Entre las resoluciones más destacadas y recientes encontramos la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 7/2/2020 (fecha de publicación en el BOE 26/6/2020).

Dicha Resolución en su Fundamento de Derecho Primero establece:

“11. La suscripción preferente (art. 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.

13. “Pues bien, en su apartado 1, el artículo 304 sostiene literalmente que este derecho de preferencia existe en los supuestos de aumento de capital social... ‘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.”

Y este mismo criterio es acogido por otras Resoluciones de la DGRN, como la de 6/2/2012 (BOE de 1/3/2012), la de 2/10/2015, la de 15/2/2012 o las Sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4, de 25/5/2017 (Recurso 224/2017, Resolución: 191/2017), de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15 de 20/6/2013 (Recurso 438/2012, Resolución: 263/2013) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 28 de 26/10/2015 (Recurso 453/2013, Resolución 298/2015), confirmando todas ellas la exclusión expresa del derecho de preferencia en las ampliaciones de capital por compensación de créditos.

Segundo. Ciertamente, la vigente Ley de Sociedades de Capital, en su art. 343, que regula las operaciones acordeón, en su apartado 2 establece que en los supuestos en que tenga lugar una operación acordeón (reducción del capital a 0 o por debajo de la cifra mínima legal, con una simultánea transformación de la Sociedad o el aumento de su capital a una cantidad igual o superior a la mencionada cifra mínima), “en todo caso habrá de respetarse el derecho de asunción o suscripción preferente de los socios”.

No obstante, si nos remitimos a la regulación anterior del antiguo Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 156411989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el TRLSA), su artículo 158, que regulaba el derecho de preferente adquisición y, su artículo 169 que regulaba las operaciones acordeón, establecían lo siguiente:

“Art. 158. Derecho de suscripción preferente.

1. En los aumentos del capital social con emisión de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, los antiguos accionistas y los titulares de obligaciones convertibles podrán ejercitar dentro del plazo que a este efecto les conceda la Administración de la Sociedad, que no será inferior a un mes desde la publicación del anuncio de la oferta de suscripción de la nueva emisión en el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’, el derecho a suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las acciones que posean o de las que corresponderían a los titulares de obligaciones convertibles de ejercitar en ese momento la facultad de conversión.

2...”

“Art. 169. Reducción y aumento del capital simultáneos.

1. El acuerdo de reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal sólo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la Sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra mínima.

En todo caso habrá de respetarse el derecho de suscripción preferente de los accionistas.

2. La eficacia del acuerdo de reducción quedará condicionada, en su caso, a la ejecución del acuerdo de aumento del capital.

3. La inscripción del acuerdo de reducción en el Registro Mercantil no podrá practicarse a no ser que simultáneamente se presente a inscripción el acuerdo de transformación o de aumento de capital, así como, en este último caso, su ejecución.”

El artículo 158 del TRLSA es el equivalente al vigente artículo 304 de la LSC con la importantísima diferencia de que en el primero el derecho de suscripción preferente tenía lugar en todas las ampliaciones de capital sin distinguir si el contravalor era con aportaciones dinerarias o con aportaciones no dinerarias; y, en cambio, en el art. 304 de la vigente Ley, sólo es ejercitable dicho derecho en los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias.

En tal sentido, también se pronuncia la anteriormente citada Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica Nacional y Fe Pública Registral de 7/2/2020 que literalmente establece:

“15. Esta tesis (refiriéndose a la tesis sostenida en el apartado anterior) se refuerza además si tenemos en cuenta que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital el 1/9/2010. se contemplaba el derecho de suscripción preferente para todos los supuestos de ampliación de capital. Pero tras la 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, el 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 no dinerarias, esto es, en los aumentos con cargo a aportaciones no dinerarias (art. 300 LSC), por compensación de créditos (art. 301 LSC), o por conversión de obligaciones (art. 302 de la LSC).

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 RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el TR de la LSC, como en la Reforma operada a través de la Ley 2512011, de 1 de agosto de reforma parcial de la LSC y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE... Sin embargo, en la LSC se ha omitido por imperativo legal tal consideración respecto a las sociedades de responsabilidad limitada equiparándolas a las sociedades anónimas limitando el ámbito objetivo del derecho preferente a los aumentos de capital cuando se efectúen aportaciones dinerarias”.

En los supuestos de operación acordeón, tanto la LSC como el TRLSA, prevén el ejercicio de suscripción preferente aunque hay una notable diferencia entre el alcance de una y otra regulación.

La diferencia es que tal derecho, a tenor de la antigua LSA, correspondía a todos los accionistas y en todo caso, mientras que, en cambio ahora, corresponde, también a todos los accionistas pero solo cuando la ampliación, que conlleva operación acordeón, se realice mediante aportaciones dinerarias.

El objetivo de los artículos 158 LSA y 304 LSC no era obviamente establecer el derecho preferente de adquisición en las ampliaciones de capital. Dicho derecho ya estaba y está regulado específicamente en otros preceptos. En la LSA, tanto para las aportaciones dinerarias como no dinerarias, y en la LSC tan solo para las dinerarias, excluyendo las no dinerarias. Su finalidad era evitar que dicho derecho fuera ignorado por el hecho de que al reducir el capital a “0” o a una cifra inferior a la mínima legal se pudiera interpretar que la extinción de la sociedad hacía desaparecer tal derecho preferente. Si no fuera así, ¿por qué razón la LSA tenía que preverlo expresamente cuando tal derecho ya estaba consagrado en su texto para todas las ampliaciones de capital?. Es en el mismo sentido que lo prevé la LSC pero solo, evidentemente, para cuando las ampliaciones que conlleva la operación acordeón sean dinerarias, pero no cuando se trate de una operación compensatoria de créditos para sanear la sociedad, una vez reducido el capital a “0”. Con la nueva regulación, artículos 304 y 343 de la LSC, se mantiene pues esta premisa, consistente en que debe respetarse el derecho de suscripción preferente en las operaciones acordeón, regulación que se arrastra de la anterior, pero, sin embargo, con la excepción derivada de la nueva regulación, en la que el derecho de suscripción preferente sólo existe en las ampliaciones de capital cuyo contravalor consista en aportaciones dinerarias, resultando, por lo tanto, excluido expresamente con la vigente Ley, en las ampliaciones de capital realizadas mediante aportaciones no dinerarias dentro de las cuales se encuentra la capitalización de préstamos.

En conclusión, uno de los motivos de oposición a la notificación de calificación es que aunque dicha calificación se basa en el apartado 2 del artículo 343, como premisa ineludible de las operaciones acordeón, y no obstante aunque ciertamente esta premisa o requisito se arrastra de la antigua regulación, la novedad es que en la vigente LSC el ejercicio de suscripción preferente queda limitado exclusivamente a las ampliaciones de capital cuyo contravalor sean las aportaciones dinerarias, por lo tanto, queda per se excluido en las ampliaciones de capital realizadas mediante la compensación de créditos y en las ampliaciones de capital mediante aportaciones no dinerarias en general, incluso, por no excluirse ello también, en las ampliaciones no dinerarias derivadas de las llamadas operaciones acordeón.

El criterio generalizado y expuesto por las diferentes resoluciones citadas considera, pues, que a los socios que no han acudido a la ampliación de capital, por no ostentar, en estos casos, el derecho de suscripción preferente, y que por tanto podrían ver diluida su participación en el capital de la Sociedad, en ningún caso puede tener como consecuencia la no inscripción de la operación de capital que se ha adoptado con la mayoría necesaria, sino que, de entender por parte de algún socio que se trata de un acuerdo abusivo adoptado por la mayoría, siempre tendría la posibilidad de impugnar el acuerdo a través de la vía judicial.

Tercero. Ya centrándonos en el caso concreto que nos ocupa, en la Junta General de 26/10/2020 que dio lugar a la escritura pública objeto de calificación, en primer lugar por los motivos expuestos anteriormente y en segundo lugar, cuando máxime en este caso, aun sin que resultara aplicable el derecho de suscripción preferente, todos los accionistas ya eran conscientes de su inexistencia. Tal como quedó consignado en el informe del órgano de administración sobre los créditos objeto de compensación de fecha 8/9/2020, se manifestó lo siguiente: “Dicha operación se estructura al amparo de los artículos 301 y concordantes de la LSC sin que se genere derecho de preferente adquisición por mor del art. 304 de la LSC y a tenor, entre otras, de la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2020.”, presuponiendo, pues, que al tratarse de una ampliación de capital acordada mediante la compensación de préstamos, no procedía el derecho de suscripción preferente.

Dicho informe, desde la convocatoria de la junta general celebrada el 26/10/2020, fue puesto a disposición y entregado a todos los accionistas de Xinzo Wood Floring, S.A. y, posteriormente, ratificado por unanimidad por todos los miembros de dicho órgano en sesión del mismo, celebrada pocos días antes, el 20/10/2020. Es decir, todos los accionistas acudieron a la junta general del día 26/10/2020 sabiendo y siendo plenamente conscientes que no resultaba aplicable, al caso que les ocupaba, el derecho de suscripción preferente.

Pero es que si nos ceñimos al caso concreto, no sólo todos los accionistas asistieron el día 26/10/2020 a la junta general siendo perfectamente conocedores de que no resultaba aplicable dicho derecho si no que ninguno de ellos ni antes, ni durante la junta general, hizo alusión o reserva alguna al derecho de suscripción preferente, por lo que debe entenderse que todos y cada uno de los accionistas estaban de acuerdo con la operación y la forma de llevarse a cabo. En un caso idéntico al que nos ocupa, la DGRN en Resolución de fecha 19/5/1995, estableció que “es necesaria la aquiescencia expresa o tácita de los restantes socios, por lo que no puede llevarse a cabo dicha operación sin que transcurra el plazo que necesariamente se ha de conceder a todos los socios para ejercitar el derecho de suscripción preferente”. En este caso, hubo evidente y auténtica aquiescencia de todos los accionistas, pues ninguno objetó nada acerca del ejercicio del derecho de suscripción preferente. Máxime tendrían siempre derecho a impugnar los acuerdos sobre los que votaron en contra, a través de la correspondiente vía judicial si considerasen abusivos los acuerdos, tal como permite para esos supuestos la vigente LSC. En sentido similar, la Resolución de la DGRN de 23/10/2020 establece que “los defectos en la convocatoria de una Junta de sociedad no determinan la nulidad absoluta de los acuerdos adoptados, si de los actos propios de los asistentes se determina que los acuerdos adoptados implican una convalidación de los acuerdos adoptados.”

No puede entenderse, pues, cercenado el derecho de suscripción preferente de los accionistas que votaron en contra del acuerdo, pues del informe de los créditos resulta que eran conocedores de tal derecho. A lo sumo, la exclusión que hacen los accionistas y miembros del órgano de administración constituiría un supuesto de error de derecho, pero no la omisión de un requisito legal ni la privación de tal derecho. No se omite o ignora lo que queda expresamente excluido por acuerdo de todos.

Cuarto. La razón última de la operación que nos ocupa, como queda reflejado en el certificado de fecha 3/11/2020 que se protocoliza a la escritura que ha sido objeto de calificación y más ampliamente en el acta resultante de dicha junta general de 26/10/2020, no era otra que la de salvar y reflotar la sociedad Xinzo Wood Floring, S.A. a la que le pesaba una situación patrimonial y financiera realmente comprometidas que arrastraba a la Sociedad a una necesaria e ineludible disolución.

Teniendo en cuenta que el máximo acreedor de Xinzo Wood Floring, S.A. era mi representada, la sociedad Parkmobel Instaladora, S.L., que ostentaba un crédito por importe 2.547.964'12 €, la reducción del capital social a 0 y la posterior e inmediata ampliación de capital mediante la compensación de dicho préstamo era la única alternativa viable para salvar la situación patrimonial y salvaguardar los puestos de trabajo.

Aunque la Resolución de la DGRN de 7/2/2020 no trata sobre una operación acordeón sí que pone de manifiesto la necesidad de financiación adicional a través de la compensación de los préstamos de los acreedores de la Compañía. Literalmente dicha Resolución en su Fundamento de Derecho Primero establece:

“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 como lo exige el art. 301 de la LSC. En el mismo se explica como, 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...”

Quinto. La Resolución de la DGRN de 20/11/2013, en la que el Registrador se apoya para emitir la calificación que ahora es recurrida, contempla el supuesto de una operación acordeón en la que en la Junta General en la que se aprobó dicha operación no estuvo presente uno de los socios, con la consecuencia perjudicial, según la DGRN, de no haber tenido oportunidad, dicho socio, de acudir a la ampliación de capital acordada considerando que se había vulnerado su derecho de suscripción preferente. Sin embargo, la diferencia del supuesto tratado en esta resolución y el supuesto que nos ocupa, es que en la Junta General de Xinzo Wood Floring, S.A. sí estuvieron presentes todos los accionistas, tanto los que votaron a favor del acuerdo como aquellos que votaron en contra y asimismo aquellos que se abstuvieron al mismo; y ninguno de ellos ejerció el derecho de suscripción preferente ni siquiera los que se abstuvieron o votaron a favor del acuerdo, posibilitando así la necesaria entrada en el capital del

máximo acreedor de la Sociedad, Parkmobel Instaladora, S.L., a través de la compensación de sus préstamos que en total ascendían a 2.547.964'12 € lo que supuso la única alternativa posible de permitir a la sociedad salir a flote y darle la oportunidad de una continuidad preservando así todos los puestos de trabajo.

En el caso que nos ocupa, pues, todos y cada uno de los accionistas estuvieron presentes en la Junta General que se adoptó el acuerdo de ampliar el capital de la Sociedad mediante la capitalización de los préstamos de Parkmobel Instaladora, S.L., siendo plenamente conscientes, tanto como accionistas como miembros del consejo, de que en dicha operación de capital no procedía, por parte de ellos, el ejercicio del derecho de suscripción preferente por entender que estaba excluido por se.

En su virtud,

Se solicita en primer lugar al señor Registrador Mercantil que, al amparo de lo establecido en el artículo 327 párrafo sexto de la LH: rectifique la cualificación emitida accediendo a la inscripción del título objeto del presente recurso, y, caso de mantenerse la cualificación impugnada, remita el expediente a la Dirección General de los Registros y el Notariado a la que se solicita, para tal supuesto, que sea revisada la cualificación de la escritura pública autorizada en fecha 12/11/2020 por el Notario de Barcelona D. Pedro Esteban Feliu, bajo número de Protocolo 1664/2020, a los efectos que se proceda a su inscripción en el Registro Mercantil de Orense.»

IV

El registrador emitió informe el día 25 de febrero de 2021, en el que entraba a rebatir extensamente, punto por punto, las alegaciones impugnatorias formuladas por la recurrente, y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 325 y 327 de la Ley Hipotecaria; 299, 300, 304, 343 a 345 y 350 a 359 de la Ley de Sociedades de Capital; la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2006; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril de 1994, 16 de enero y 19 de mayo de 1995, 3 de septiembre de 1998, 18 de mayo de 2001, 23 de enero, 8 de febrero y 17 de noviembre de 2003, 14, 15, 17, 20, 21 y 22 de septiembre, 15 y 19 de octubre y 10 de noviembre de 2004, 10 de abril y 14 y 23 de mayo de 2005, 11 de febrero de 2008, 2 de marzo de 2011, 4, 6 y 15 de febrero de 2012, 20 de noviembre de 2013 y 2 de octubre de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 7 de febrero de 2020 y 23 de octubre de 2020.

1. Como cuestión formal previa, es conveniente insistir una vez más en el contenido y finalidad que corresponde al informe ordenado en el párrafo séptimo del artículo 327 de la Ley Hipotecaria. Como ha señalado este Centro Directivo en reiteradas ocasiones (vid., entre otras, las Resoluciones de 23 de enero, 8 de febrero y 17 de noviembre de 2003, 14, 15, 17, 20, 21 y 22 de septiembre, 15 y 19 de octubre, y 10 de noviembre de 2004, 10 de abril y 23 de mayo de 2005 y 11 de febrero de 2008), el respeto al principio de seguridad jurídica en el seno del procedimiento registral exige que la nota de cualificación sea el único documento idóneo para exponer los fundamentos de Derecho en que se asienta la denegación de la inscripción por parte del registrador, razón por la que el informe a emitir una vez interpuesto el recurso debe reducirse a cuestiones de mero trámite, sin que quepa adicionar argumento alguno ni incluir una suerte de contestación a las alegaciones del recurrente. Atender a las consideraciones incluidas en el informe que excedan del ámbito material que le es propio comportaría un deterioro de la posición dialéctica que en el procedimiento corresponde al interesado, toda vez que, si el registrador retrasa la exposición de sus argumentos a dicho informe, el interesado o legitimado para recurrir se ve privado de su derecho, pues desconocerá la razón última de la decisión recurrida y no podrá exponer adecuadamente al órgano competente para conocer de su recurso sus argumentos. Igualmente, en dicho informe no cabe aducir nuevos fundamentos o razones en defensa de la nota de cualificación pues, por el mismo trámite del recurso frente a la cualificación, el interesado desconocerá las razones añadidas por el registrador (cfr., por todas, la Resolución de 20 de febrero de 2020).

2. Hecha la aclaración previa, corresponde examinar la controversia a que se contrae el recurso, consistente en el alcance que deba darse a la locución adverbial «en todo caso» con la que el artículo 343.2 de la Ley de Sociedades de Capital inicia el mandato que ordena respetar el derecho de asunción o de suscripción preferente de los socios en las operaciones de aumento y reducción de capital simultáneos.

La argumentación de la parte recurrente se sustenta fundamentalmente en el cambio experimentado por el reconocimiento positivo del derecho de suscripción preferente del accionista en el tránsito de la Ley de Sociedades Anónimas a la Ley de Sociedades de Capital. Aduce al efecto que el antiguo artículo 158.1 de la primera de las leyes citadas atribuía este derecho a los antiguos accionistas (y a los titulares de obligaciones convertibles) «en los aumentos del capital social con emisión de nuevas acciones» (en términos análogos se pronunciaba el art. 75.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), mientras que en el actual artículo 304.1 se les asigna más restringidamente, tanto en las sociedades anónimas como en las de responsabilidad limitada, para los aumentos de

capital en que se emitan nuevas acciones «con cargo a aportaciones dinerarias». En el panorama así dibujado, la alteración experimentada en la delimitación del derecho de preferencia comportaría que la expresión «en todo caso», empleada en el artículo 343.2 de la Ley de Sociedades de Capital, solamente alcanzaría a las operaciones acordeón en que la ampliación encadenada a la reducción lo fuera mediante aportación dineraria, única modalidad en que se reconoce tal derecho.

La tesis así planteada, aun reconociendo la extensa argumentación de la recurrente, no puede ser admitida. La quiebra del razonamiento que la sustenta se encuentra en referir la orden incondicionada de la expresión «en todo caso» a la ampliación de capital subsiguiente a la reducción, orillando que se trata de dos modificaciones concatenadas y recíprocamente condicionadas, conformando una operación compleja cuya singularidad consiste en permitir una minoración prohibida con carácter general por el artículo 5.1 de la Ley de Sociedades de Capital (reducción del capital por debajo del mínimo legal), a la que los artículos 343 a 345 del mismo cuerpo legal vienen a dar cobertura legal, supeditándola a la ejecución efectiva del aumento de capital consecutivo que lo amplíe hasta una cantidad igual o superior a la cifra mínima.

La contemplación conjunta de ambas operaciones pone de manifiesto que la misión que el derecho de asunción o de suscripción preferente viene a satisfacer en el compuesto coordinado no se agota en el de mecanismo antidilución ordinario, sino que cumple el cometido fundamental de impedir que, merced a un acuerdo mayoritario, los minoritarios queden excluidos de hecho de la compañía a causa de la reducción total, o relegados a la insignificancia a través de una minoración considerable de su participación en la compañía; por esta razón, el respeto exigido «en todo caso» al derecho de preferencia se orienta a garantizar a todos los socios la permanencia en la compañía, aunque sometida a la carga de efectuar un nuevo desembolso.

El vigor reforzado del derecho de preferencia que la norma impone comporta, en principio, que la ampliación de capital vinculada a una previa reducción en los términos examinados habrá de tener como contrapartida aportaciones dinerarias, única modalidad en la que el artículo 304.1 de la Ley de Sociedades de Capital lo reconoce a los socios. No obstante, pese a esta regla general, resultarían igualmente válidas otras fórmulas que respetaran la finalidad perseguida por la norma, como sucedería si algunos socios dispusieran del elemento no dinerario que constituyera el objeto de la aportación (como los créditos), mediante una ampliación con contravalor mixto. Este supuesto fue expresamente admitido por Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2006, referida a la normativa anterior, y por la Resolución de este Centro Directivo 20 de noviembre de 2013, con relación a la actualmente vigente, donde se declara que «la sociedad podía haber cumplido el imperativo precepto 343 de la Ley de Sociedades de Capital y con ello los principios generales señalados, previendo un aumento de capital por tramos o mixto, en el que los socios que no pudieran acudir, por la naturaleza de la aportación, a la compensación de los créditos preexistentes, pudieran, en proporción a su participación preexistente en el capital social, contribuir al procedimiento de saneamiento social y asumir mediante aportaciones dinerarias la parte correspondiente a su cuota inicial en el mismo».

3. Continúa la compañía recurrente sus alegaciones tratando de defender una suerte de renuncia tácita por todos los socios al derecho de asunción preferente. Señala en síntesis que, en el informe del órgano de administración sobre los créditos objeto de compensación, se hizo constar que no se generaba ese derecho, que todos los socios acudieron a la junta general, que, a consecuencia del informe, todos ellos eran plenamente conscientes de tal circunstancia, y que ninguno formuló en ella oposición a la privación del derecho de preferencia.

Las circunstancias aducidas por la recurrente carecen de la aptitud expresiva suficiente para otorgar a la inacción de los socios la trascendencia simbolizadora de una declaración abdicativa inequívoca. No cabe atribuir relevancia alguna, a estos efectos, a la mención incluida en un informe de administradores sobre la falta de concurrencia del derecho de preferencia, que no forma parte del contenido obligatorio de este documento (artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital), sobre la que los socios no han de manifestar su parecer, y a la que no alcanza la aceptación para la celebración de la junta universal.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de 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, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 5 de mayo de 2021. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.