

EL DERECHO DE PREFERENCIA EN LAS AMPLIACIONES DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA



Ana Alonso. Abogada de Corporate de Pérez-Llorca

SUMARIO

1. El derecho de preferencia
2. Evolución de la regulación del derecho de preferencia en las ampliaciones de capital de las sociedades de responsabilidad limitada
3. Interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado al régimen aplicable al derecho de preferencia en las ampliaciones de capital de las sociedades de responsabilidad limitada

La regulación del derecho de preferencia en el ámbito de las ampliaciones de capital de las sociedades de responsabilidad limitada ha sufrido importantes modificaciones que han implicado una reducción de los supuestos en los que este derecho puede ejercitarse.

El derecho de preferencia es entendido por la doctrina y jurisprudencia como un derecho fundamental de los socios que tiene la finalidad de conciliar la búsqueda de nuevos recursos por parte de la sociedad con el porcentaje de participación de los socios en la misma. En este sentido, el derecho de preferencia busca proteger el porcentaje de participación de los socios, evitando que esta pueda resultar diluida como consecuencia de la ejecución de una ampliación de capital.

La regulación del derecho de preferencia en las ampliaciones de capital

en las sociedades de responsabilidad limitada ha sufrido modificaciones que han conllevado una reducción de los supuestos en los que se reconoce a los socios este derecho, lo que ha implicado importantes críticas por parte de un sector de la doctrina.

El artículo 75.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010) (la “LSRL”) preveía una regulación amplia del derecho de preferencia de los socios en los supuestos de ampliaciones de capital con creación de nuevas participaciones

y limitaba los supuestos de exclusión del derecho de preferencia a las ampliaciones de capital ejecutadas en el marco de una operación de absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad:

“En los aumentos del capital con creación de nuevas participaciones sociales cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones proporcional al valor nominal de las que posea.

No habrá lugar a este derecho de preferencia cuando el aumento se deba

a la absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad.”

De esta forma, de conformidad con el régimen previsto en la LSRL, el derecho de preferencia era reconocido a los socios tanto en los supuestos de ampliación de capital con cargo a aportaciones dinerarias, como de aportaciones no dinerarias o por compensación de créditos.

Así lo entendía la jurisprudencia que, aplicando el régimen previsto en la LSRL, ha venido reconociendo el derecho de preferencia en los supuestos de ampliación de capital por compensación de créditos en las sociedades de responsabilidad limitada, citando por todas la sentencia número 372/2012 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 26 de noviembre de 2012:

“En los supuestos de ampliación de capital se discutía si el derecho de adquisición preferente era aplicable con independencia de que su contravalor consistiese o no en numerario o por el contrario sólo resultaba de aplicación en las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones dinerarias (artículos 158.1 TRLSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) y 75.1 LSRL). Un sector mayoritario de nuestra doctrina consideró que el texto de la Ley era claro y se refería a cualesquiera aumentos de capital,

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. (Normas básicas. Marginal: 69726869). Art. 75, 75.1 y 76
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. (Normas básicas. Marginal: 134914). Art. 158.1 y 159
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. (Normas básicas. Marginal: 89882)
- Segunda 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 párrafo segundo del artículo 58 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. Art. 29
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (Normas básicas. Marginal: 109184). Arts. 204.1 y 304
- Código Civil. (Normas básicas. Marginal: 69730142). Art. 7

“En todo aumento del capital suscrito por aportaciones dinerarias, las acciones deberán ofrecerse con preferencia a los accionistas en proporción a la parte del capital representado por sus acciones”

“El ejercicio del derecho de preferencia por parte de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada está limitado a los supuestos de ampliación de capital con emisión de nuevas participaciones sociales y con cargo a aportaciones dinerarias”

con independencia de que su contravalor consistiese o no en numerario. De este modo, cualquiera que fuese el contravalor debía aplicarse el régimen general, lo que obliga a respetar el derecho de suscripción preferente, quedando no obstante a la decisión de la junta la supresión de este derecho previa propuesta al efecto con los requisitos contemplados en los artículos 159 TRLSA y 76 LSRL.”

Posteriormente, la entrada en vigor de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (la “LME”), modificó el régimen del derecho de preferencia en las ampliaciones de capital en las sociedades anónimas. En la exposición de motivos de la LME se

explicaba que la finalidad de la modificación respondía a la necesidad de adecuar el régimen del derecho de preferencia en las sociedades anónimas a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala 1ª) de 18 de diciembre de 2008 (la “**Sentencia del TJUE**”) que se pronunció sobre el incumplimiento por parte de España de lo establecido en el artículo 29 de la Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976 (la “**Segunda Directiva**”).

No obstante lo anterior, la Sentencia del TJUE no versaba específicamente sobre el ámbito del derecho de preferencia en las ampliaciones de capital sino que obligaba al Estado español a reconocer

la preferencia de los accionistas frente a los obligacionistas en los supuestos de ampliación de capital tanto por emisión de nuevas acciones con cargo a aportaciones dinerarias, como por emisión de nuevas obligaciones convertibles en acciones. Asimismo, a reconocer la posibilidad de que la Junta General de Accionistas suprimiese voluntariamente el derecho de preferencia de los accionistas sobre las nuevas obligaciones convertibles, tal y como establece el apartado segundo del artículo 29 de la Segunda Directiva. En consecuencia, **la Sentencia del TJUE no obliga al Estado español a limitar el ejercicio del derecho de preferencia a las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones dinerarias.**

En este sentido, se ha entendido que la **limitación del derecho de preferencia responde más bien a la transposición del primer apartado del artículo 29 de la Segunda Directiva que establece que:**

“En todo aumento del capital suscrito por aportaciones dinerarias, las acciones deberán ofrecerse con preferencia a los accionistas en proporción a la parte del capital representado por sus acciones.”

Con independencia de cuál sea la motivación real de la modificación operada por la LME, con su entrada en vigor, el ejercicio del derecho de preferencia en las sociedades anónimas quedó limitado a las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones dinerarias.

Teniendo en cuenta que la LME no modificó el régimen previsto en el artículo 75 de la LSRL, la jurisprudencia y doctrina entendió que en las sociedades de responsabilidad limitada subsistía el derecho de preferencia de los socios en los aumentos de capital con creación de nuevas participaciones con

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 26 de noviembre de 2012, núm. 372/2012, Nº Rec. 617/2011, (Marginal: 70097428)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 18 de diciembre de 2008, asunto C-338/2006, (Marginal: 70097430)
- Resolución de 4 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (Marginal: 70097432)
- Resolución de 6 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (Marginal: 70097433)

cargo a aportaciones no dinerarias o por compensación de créditos¹.

Finalmente, la entrada en vigor 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 (la "LSC") supuso una significativa reducción del ámbito de aplicación del derecho de preferencia en las ampliaciones de capital de las sociedades de responsabilidad limitada, equiparando su régimen al previsto para las sociedades anónimas. De esta forma, el artículo 304 de la LSC establece:

"1. En los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones,

“La DGRN ha entendido que la protección del socio minoritario no se encuentra en la posibilidad del socio 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 de ampliación de capital adoptado”

ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, cada socio

tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscri-

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- SIURANETA PÉREZ, DAVID. *Operaciones societarias más frecuentes en la S.A. y en la S.L.* Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2006
- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo contratación civil y mercantil. 2ª Edición Actualizada a 2014.* Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014
- AMAT, ORIOL. MARTÍNEZ-PINA, ANA MARÍA. MÍNGUEZ, SANTIAGO. SANZ, JUAN IGNACIO. GINÉS CASTELLÉ, NÚRIA. *Reforma de la legislación mercantil y las normas internacionales de contabilidad.* Barcelona. JM Bosch Editor 2014

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- DE LA FUENTE, JUAN. *El derecho de información del socio en las sociedades de capital.* Economist&Jurist N° 198. Marzo 2016. (www.economistjurist.es)
- DÍEZ, MARIA JESÚS. *Cómo suscribir capital en una sociedad sin aportar dinero.* Economist&Jurist N° 179. Junio 2013. (www.economistjurist.es)
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, ÁNGEL. *Los blindajes en las sociedades cotizadas.* Economist&Jurist N° 154. Octubre 2011. (www.economistjurist.es)

¹ Vid. Sentencia número 372/2012 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 26 de noviembre de 2012.

Vid. GUTIÉRREZ-ALVIZ VELASCO, PABLO, "Los excesos del Ejecutivo en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital", Diario La Ley N° 7733, Sección Doctrina, 10 de noviembre de 2011, Año XXXII, Ref. D-422, Editorial La Ley.

bir 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.”

En este sentido, atendiendo a la literalidad de lo previsto en el artículo 304 de la LSC, **el derecho de preferencia en los aumentos de capital de las sociedades de responsabilidad limitada quedó limitado a aquéllos que se ejecuten con cargo a aportaciones dinerarias, excluyendo su aplicación a las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones no dinerarias o por compensación de créditos.** No obstante, en el ámbito de las ampliaciones de capital por compen-

sación de créditos existían voces discordantes por parte de algunos Registros Mercantiles y por parte de la doctrina.

De esta forma, tras la entrada en vigor de la LSC, algunos registradores optaban por no inscribir las ampliaciones de capital por compensación de créditos sin la constancia expresa de la renuncia de los socios al ejercicio del derecho de preferencia. Del mismo modo, parte de la doctrina sostenía que el derecho de preferencia debía mantenerse en estos supuestos, al entender que el aumento de capital por compensación de créditos consiste realmente en un aumento de capital dinerario: *“el aumento de capital mediante compensación de créditos es un aumento dinerario en el que el pago o cumplimiento de la obligación del socio se realiza, sino mediante la entrega de dinero, sino mediante compensación?”.*

Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado (la “DGRN”), en sus resoluciones de 4 y 6 de febrero de 2012, confirmó la literalidad de lo previsto en el artículo 304 de la LSC, estableciendo que:

“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”³

En este sentido, **la DGRN ha entendido que el ámbito de aplicación del derecho de preferencia**



² Vid. ALFARO AGUILA-REAL, J., “El aumento de capital por compensación de créditos en una limitada y el derecho de asunción/suscripción preferente”, en Almacén de Derecho, 03.03.2012, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2012/03/el-aumento-de-capital-por-compensacion.html/>.

³ Vid. Resolución de 4 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Jardinería Sotojardín, S.L., contra la negativa de la registradora mercantil de Cádiz a inscribir una escritura de aumento del capital social de dicha sociedad. El recurso presentado por Jardinería Sotojardín, S.L. tiene su fundamento en la calificación negativa del Registro Mercantil de Cádiz a inscribir una ampliación de capital por compensación de determinados créditos que ostentaba uno de los socios de Jardinería Sotojardín, S.L., no habiendo asistido otro de los socios a la Junta General de Socios en la que se aprobó la referida ampliación de capital.

debe circunscribirse a las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones dinerarias, dejando fuera de su ámbito de aplicación aquellos supuestos en los que el aumento de capital es consecuencia de la adquisición por parte de la sociedad de activos específicos o de elementos patrimoniales complejos (e.g. terrenos o créditos que un acreedor ostente frente a la sociedad) que en ningún caso podrían ser proporcionados por los socios de la sociedad⁴.

En consecuencia, debe entenderse que, tras la entrada en vigor de la LSC, **el ejercicio del derecho de preferencia por parte de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada está limitado a los supuestos de ampliación de capital con emisión de nuevas participaciones sociales y con cargo a aportaciones dinerarias.**

Por último, tal y como resaltó la DGRN en su resolución de 6 de febrero de 2012, **no puede ignorarse que la exclusión del derecho de preferencia en los supuestos de aumento de capital por compensación de créditos podría implicar una**

desprotección de los socios minoritarios de la sociedad en aquellos supuestos en los que la extinción de los créditos con cargo a participaciones sociales de la sociedad no estuviese amparada en el interés social y buscarse únicamente el beneficio o el incremento del control en la sociedad por parte de los socios mayoritarios. Esta situación podría darse, por ejemplo, en el supuesto en el que se llevase a cabo una ampliación de capital por la compensación de un crédito que ostentase frente a la sociedad una sociedad del grupo del socio mayoritario.

Sin embargo, **la DGRN ha entendido que ante estas situaciones, la protección del socio minoritario no se encuentra en la posibilidad del socio 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 de ampliación de capital adoptado:**

“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)⁵.” ■

CONCLUSIONES

- En resumen, el régimen previsto en el artículo 304 de la LSC en relación con el derecho de preferencia en las ampliaciones de capital se aplica indistintamente tanto a las sociedades anónimas con a las sociedades de responsabilidad limitada. En consecuencia, los socios de una sociedad de responsabilidad limitada no tendrán derecho a ejercitar el derecho de adquisición preferente en las ampliaciones de capital por compensación de créditos, encontrándose su protección en la posibilidad de impugnar el acuerdo de la Junta General de aprobación de la referida ampliación de capital ante los Juzgados y Tribunales que, en cada caso, resulten competentes

⁴ Vid. LARA, RAFAEL, “La ejecución del acuerdo de aumento”, en Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, coord. por ROJO, ÁNGEL y BELTRÁN, EMILIO, Pamplona, edición 2015, Civitas.

⁵ Vid. Resolución de 6 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Mantenimiento Sotojardín, S.L., contra la negativa de la registradora mercantil de Cádiz a inscribir una escritura de aumento del capital social de dicha sociedad. El recurso presentado por Mantenimiento Sotojardín, S.L. tiene su fundamento en la calificación negativa del Registro Mercantil de Cádiz a inscribir una ampliación de capital por compensación de determinados créditos que ostentaba uno de los socios de Mantenimiento Sotojardín, S.L., no habiendo asistido otro de los socios a la Junta General de Socios en la que se aprobó la referida ampliación de capital.