

SUMARIO

	<u>Páginas</u>
IN MEMORIAM	
SANTOS M. CORONAS GONZÁLEZ. <i>In Memoriam de Francisco Tomás y Valiente</i>	7
JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE. <i>In Memoriam de José Pérez Montero</i>	11
DOCTRINA	
RAMÓN PUNSET BLANCO: Tribunal Constitucional y órganos judiciales en la tutela de la supremacía de la Constitución. Una perspectiva general	21
JESÚS MARÍA CHAMORRO GONZÁLEZ: Las Comunidades Autónomas y la protección de espacios naturales: la planificación de los recursos naturales	45
ANTONIO APARICIO PÉREZ: Financiación de las Comunidades Autónomas. Corresponsabilidad Fiscal . Perspectivas futuras de financiación	61
ALBERTO ARCE JANÁRIZ: La organización del control parlamentario en las Asambleas de las Comunidades Autónomas	111
IGNACIO ARIAS DÍAZ: Los plazos y su cómputo en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común	143
RAFAEL MOUTAS MERÁS: La inmatriculación registral	163
NOTAS Y ESTUDIOS DE JURISPRUDENCIA	
MARÍA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ: Notas sobre el aumento de Capital por compensación de créditos de los socios contra la sociedad de la que forman parte (Artículo 156.1 del R.D.L. 1564/89 de 22 de diciembre, texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas)	185



NOTAS SOBRE EL AUMENTO DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS DE LOS SOCIOS CONTRA LA SOCIEDAD DE LA QUE FORMAN PARTE.

(Artículo 156.1 del R.D.L. 1564/89 de 22 de diciembre,
texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas).

MARIA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ
Abogada del Ilustre Colegio de Abogados
de Oviedo.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CUESTIONES GENERALES. III. CUESTIONES ESPE-
CIALES. A) Acuerdo de la Junta. B) Informes preceptivos. C) Posibles supuestos.
D) El artículo 168.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 —que, a diferencia de la antigua ley de 1951 (1), no contiene un concepto del aumento de capital— establece en su artículo 151 las diversas modalidades del mismo: emisión de nuevas acciones o elevación del valor nominal de las ya existentes; en ambos casos *“el contravalor del aumento del capital podrá consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la compensación de créditos contra la sociedad, como en la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en dicho patrimonio”*.

Aunque esta modalidad de aumento de capital constituye una absoluta novedad en nuestro ordenamiento, son ya numerosos los estudios publicados en torno a la misma, además de haber sido tratada en diversas obras de carácter general relativas al nuevo régimen de las sociedades mercantiles. Por ello, estas breves notas harán referencia únicamente a algunas cuestiones que suscita la interpretación del artículo 156.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y normas concordantes.

(1) Artículo 87 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951: *“Todo acuerdo de elevación de la cifra de capital social que figure en los Estatutos, habrá de ser adoptado con los requisitos que expresa el artículo 84”*.

II. CUESTIONES GENERALES

Es de considerar que la Ley habla de "compensación de créditos contra la sociedad", no de "créditos en dinero" o "deudas de dinero", siquiera ello debe darse por entendido en base a la aplicación del 1.196.2 del Cc. que, al establecer el requisito de la homogeneidad de las obligaciones a compensar, exige "que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero", máxime teniendo en cuenta que la conversión de la deuda en capital se realiza a través del principio nominalista de la deuda en dinero, en que también trasluce la cifra del capital social.

Por otra parte, la expresión "créditos contra la sociedad" englobaría tanto los créditos que ostenten los propios socios, como los de terceros extraños a la sociedad, quienes, en caso de aumento de capital por emisión de nuevas acciones, y previa exclusión o renuncia de los derechos de adquisición preferente, podrían adquirir la condición de socios.

La **naturaleza jurídica** de esta figura ha sido muy discutida; hay autores que la califican de *dación en pago* (2); otro grupo estima que nos encontramos ante un supuesto de *novación mediata o compleja, o novación objetiva por variación de la causa* (3); siendo quizá la tesis de la *compensación* la más extendida (4).

Aceptamos la teoría de que la aportación de un crédito para suscribir un aumento de capital constituye un supuesto de aportación dineraria (5), con la

(2) Así, VICENT CHULIA, "Compendio crítico de Derecho Mercantil", 3ª edición, tomo I, vol. 2, p. 768. Ed. José M^o Bosch, 1991; DE LA CAMARA, "Estudios", tomo II, p. 143; SÁNCHEZ ANDRÉS, "La reforma del Derecho Español de sociedades de capital", p. 382, 1987.

(3) En este sentido, GARRIGUES, "Comentarios", tomo II, p. 308; DE LA CUESTA RUTE, "La reforma de la ley de Sociedades Anónimas" (dirección Ángel Rojo), Ed. Civitas, 1987; GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, "El nuevo régimen jurídico de las Sociedades Anónimas", Granada, 1991, p. 700.

(4) GALÁN LÓPEZ, "El aumento de capital por compensación de créditos", en "Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a Girón Tena", p. 434 y ss., ed. Civitas, 1991; IGLESIAS PRADA, "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos", A.A.M.N., tomo XXXIII, p. 203 y ss.; ESTURILLO LÓPEZ, "Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de la Legislación Mercantil societaria", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993; CABANAS, "Praxis Mercantil", nº 75 110-IX-ep. 71, p. 179.

(5) Los argumentos que se esgrimen en favor de esta calificación son los siguientes:

1º) Al extinguirse el crédito por compensación no tendría sentido hablar de las garantías a adoptar, como exige el artículo 155.1 de la LSA, cuando de aportaciones no dinerarias se trata.

2º) El contenido de la certificación exigida por el artículo 156.1.b de la LSA. es distinto del establecido para el informe de los expertos por el 38 LSA. referente a las aportaciones no dinerarias. Mientras este último es un informe de correspondencia de valor entre las aporta-

consiguiente aplicación supletoria de la disciplina de ésta, tal como mantiene gran parte de la doctrina (6). Las consecuencias prácticas de esta calificación son, entre otras:

- La exigencia de que las acciones anteriormente emitidas estén totalmente desembolsadas (salvo que la cantidad pendiente no exceda de un 3% del capital social), conforme a lo previsto en el artículo 154 de la LSA.

- La inaplicabilidad del artículo 133.2 párrafo último del Reglamento del Registro Mercantil.

- La posibilidad de delegar en los administradores la facultad de acordar el aumento, con los requisitos establecidos en el artículo 153 de la LSA., con cargo a esta especial modalidad de contravalor (7).

III. CUESTIONES ESPECIALES

A. El acuerdo de aumento de capital

El acuerdo de aumento se adoptará previo el cumplimiento de todos los requisitos formales y de fondo exigidos por el legislador, no sólo en cuanto a los generales del artículo 144 de la LSA, sino muy especialmente los del artículo 148 de dicho texto legal.

Respecto al anuncio de la convocatoria de la junta conviene tener presente, entre otras, la reciente resolución de la D.G.R.N. de 16-XI-93, donde se señala que además de hacerse constar el derecho de los socios de examinar en el domicilio social los documentos a que se refiere el artículo 144 de la LSA y de pedir la entrega o el envío gratuito de los mismos, debe mencionarse expresamente el derecho de los socios a examinar en el domicilio social la certificación del auditor a que se refiere el 156.1.a) de la LSA y de pedir la entrega o el envío gratuito de la misma.

ciones y las acciones a emitir en contrapartida, el primero es sólo un certificado de exactitud del informe presentado por los administradores sobre la existencia y cuantía de los créditos que se quieren capitalizar.

3º) De admitir que nos hallamos ante una aportación no dineraria, habría que concluir que el crédito del acreedor se transmite en virtud de la aportación, pasando a ser titularidad de la sociedad.

(6) Mantienen esta tesis: IGLESIAS PRADA, ob. cit., pág. 214; ESTURILLO LÓPEZ, ob. cit. pág. 713 y GOMEZA VILLA, ob. cit., pág. 168.

(7) Es contrario a esta posibilidad ESTURILLO LÓPEZ (ob. cit., pág. 716): "Estimamos que los administradores con facultad delegada de la Junta para aumentar el capital no pueden compensar créditos a cambio de acciones dada la complejidad del caso y sobre todo porque el artículo 153.b) de la LSA. exige que sólo puedan hacerlo mediante prestaciones dinerarias. La Junta podrá, eso sí, autorizarles expresamente para ello, pero entonces estaríamos en el supuesto del artículo 153.a) de la LSA."

B. Informes preceptivos

En cuanto al informe de los administradores a los accionistas constituye una exigencia de rigor especial. Basta pensar en el texto de la letra b) del artículo 156 de la LSA: “*Que al tiempo de la convocatoria de la junta se ponga a disposición de los accionistas, en la forma establecida en la letra c) del apartado primero del artículo 144, una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión. Si la sociedad no tuviere auditor de cuentas, la certificación deberá ser expedida por un auditor a petición de los administradores*”.

Es de tener en cuenta que, aún cuando el legislador no lo dice de una manera concreta, la certificación del auditor debe ser especial, sólo puede referirse al punto controvertido y nunca extenderse a otras cuestiones tangenciales; en dicha certificación el auditor deberá aseverar que el informe de los administradores ofrece a los accionistas una información adecuada respecto de los créditos a compensar, así como el hecho de que los mismos están vencidos y son líquidos y exigibles, al menos en cuanto a un 25% del nominal de la ampliación.

La misión del auditor no es la de elaborar un informe de correspondencia de valor de los créditos con las acciones a emitir en contrapartida, sino una “verificación” de la exactitud de la información a presentar por los administradores a la Junta General sobre la existencia y cuantía de los créditos cuya conversión de capital se propone (8).

C. Posibles supuestos

Prescindiendo del caso concreto en que los créditos cuya compensación se pretende estuviesen ostentados por terceros extraños a la sociedad —supuesto éste de infrecuente aplicación, que exigiría un acuerdo expreso de ampliación de capital por emisión de nuevas acciones, y la exclusión por la Junta del derecho de suscripción preferente o la renuncia al mismo por parte de todos los accionistas—, los supuestos posibles serían esencialmente los siguientes:

1º) *Aumento de capital por compensación de créditos de todos los socios contra la sociedad de la que forman parte*: Normalmente este aumento se canalizará a través de una Junta General Universal, sin que deba tener especial juego el derecho de suscripción preferente, ya que, como regla general, la suscripción de nuevas acciones o el aumento de valor de las ya existentes será proporcional al capital de que cada socio sea titular.

(8) GOMEZA VILLA, ob. cit., pág. 171.

2º) *Aumento de capital por compensación de créditos a favor de todos los socios, en la que algunos sólo quieren acudir parcialmente en cuanto a los créditos*. Dado que algunos de los socios no agotan el ejercicio de sus respectivos derechos de suscripción preferente, existirá la posibilidad de renunciar al mismo o cederlo a través de su correspondiente negociación a otro u otros socios.

3º) *Aumento de capital por compensación de créditos en que algunos socios no deseen acudir, compensando los suyos por acciones*. Este caso es semejante al anterior, habrá que renunciar al derecho de suscripción preferente o negociarlo.

En estos dos últimos supuestos, se debería hacer constar en cuanto a los socios que acudan al aumento, el número de acciones que les corresponden por propio derecho y las que adquieren en virtud de la renuncia de otros socios no interesados en la ampliación o como consecuencia de cualquier negociación sobre los respectivos derechos de suscripción preferente.

En el propio acuerdo de la Junta General donde se decida el aumento se indicarán los socios que renuncian a su derecho de suscripción preferente señalando el porcentaje que representa en relación a la ampliación total en su caso, el socio en favor del cual se realiza la renuncia. Todo ello para facilitar el desarrollo, siempre complejo, de este tipo de actuaciones.

4) *Aumento de capital realizado con prima de emisión con cargo a los créditos que los socios ostentan contra la propia sociedad*. En este supuesto, tal que la prima se satisfaga en metálico, los créditos que se utilicen para compensarla han de estar vencidos, líquidos y exigibles en su totalidad, no en 25%.

A esta conclusión nos lleva tanto el artículo 47.3 de la Ley de Sociedades Anónimas (“*la prima de emisión deberá satisfacerse íntegramente en el momento de la suscripción*”), como los artículos 166-2-3º y 166-4-2º del Reglamento del Registro Mercantil. Dice el primero que “*si el aumento de capital se realiza por emisión de nuevas acciones, la escritura deberá contener además... la prima de emisión si se hubiera acordado, con expresión de cuantía para cada nueva acción que se emitió*”.

Por su parte, el artículo 166-4-2 dispone que “*en la escritura se expresará además... que el pago de la prima, si se hubiere acordado, ha sido íntegramente satisfecho en el momento de la suscripción*”. De ahí la necesidad de que el crédito esté vencido totalmente para atender al pago de la prima.

Cabe preguntarse si en estos supuestos el importe de la prima puede fijarse libremente. La respuesta ha de ser negativa en los casos en los que

Junta General acuerde la exclusión del derecho de suscripción preferente, pues el 159.1.c) de la ley exige que el valor nominal de las acciones a emitir más el importe de la prima, se corresponda con el valor real que resulte del informe de los auditores de cuentas de la sociedad.

Por el contrario, será libre en las demás hipótesis, es decir, cuando sean los propios socios quienes renuncian al derecho de suscripción preferente; dentro claro está de los límites del mercado y de las reglas que prohíben el abuso de la mayoría (9).

5) *Aumento por compensación de créditos en el que transcurrido el período de suscripción preferente, el aumento no se ha suscrito completamente.* Aunque como dice CABANAS TREJO (10) la hipótesis de suscripción incompleta se concilia bastante mal con esta modalidad de aumento, de producirse y salvo que la Junta haya previsto el destino del sobrante no inicialmente suscrito, entiende la resolución de la D.G.R.N. de 11-X-93 que no hay un derecho de acrecer de los accionistas respecto de las que otro socio no haya ejercitado su derecho de suscripción preferente. De todas formas, la inexistencia de este "derecho de acrecer" no desvirtúa el deber de imparcialidad de los administradores en la adjudicación del capital sobrante.

En cuanto al destino del saldo si lo hubiere será necesario hacer constar en el acuerdo de la Junta General que decida el aumento y en la propia escritura pública en la que se plasme, "que el saldo resultante de los créditos generados permanecerá a disposición de sus titulares contra la sociedad en las mismas condiciones que tenían hasta la fecha de la ampliación".

D. El artículo 168.3 del Reglamento del Registro Mercantil

Por lo que se refiere a la disposición contenida en el número 3 del artículo 168 del Reglamento del Registro Mercantil ("*... la escritura pública deberá expresar el nombre del acreedor o acreedores y la fecha en que fue contraído el crédito o créditos así como, en su caso, el documento en el que conste que el crédito es líquido y exigible o que al menos un 25% de los créditos a compensar son líquidos, vencidos y exigibles y que el vencimiento de los restantes no es superior a cinco años*".), hay que señalar que el documento en el que conste el crédito no tiene por qué estar enmarcado en el cuadro clásico de constancia de los mismos, soporte tradicional de la existencia de una deuda.

(9) Como claramente pone de manifiesto ANIBAL SÁNCHEZ, "Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles, tomo IV, pág. 76 y ss., ed. Civitas, 1994.

(10) CABANAS TREJO, "La suscripción incompleta del aumento de capital", RDM, nº 198, octubre-diciembre de 1990, p. 751.

Este tipo de actuaciones suele realizarse para salvar a una sociedad de su disolución por pérdidas, a la que de otro modo se le tendría que aplicar el artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas. Es probable que los créditos del socio contra la sociedad sean el saldo de una serie de aportaciones y reintegros en metálico o dinero efectivo, así como los intereses devengados y no cobrados por los socios, cuya referencia podrá basarse en un extracto de la cuenta del socio en los libros de la sociedad desde una fecha inicial hasta el día del cierre para su aplicación y cómputo. De ahí la certera expresión "en su caso" utilizada en este artículo, que da pie a una interpretación teleológica o finalista del mismo.