

dominio, y a los segundos una parte en pleno dominio y otra en nuda propiedad. Dichos titulares venden la finca, estando una de las hijas incapacitada y representada por su madre. Presentada la escritura en el Registro, acompañada de autorización judicial en cuya solicitud se expresó la situación de pro indivisión, y que faculta para la venta, la Registradora no practica la inscripción, pues, entendiéndose que existe contraposición de intereses, es preciso el nombramiento de defensor judicial. El Notario recurre.

2. El recurso ha de ser estimado. Teóricamente podría haber contraposición de intereses en la apreciación de la conveniencia de vender, pero tal conveniencia está apreciada por el Juez al dar la correspondiente autorización. Por lo demás, dadas las circunstancias del caso —la finca pertenece pro indiviso a varias personas (entre ellas representante y representada) y se vende en su totalidad— no existe tal contraposición y, por ello, no es necesaria la intervención del defensor judicial.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 3 de diciembre de 2003.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Sr. Registrador de la Propiedad n.º 1 de Talavera de la Reina.

## 666

*RESOLUCIÓN de 4 de diciembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por Laboratorio de Industria y Comunicación del Castro, S. L., frente a la negativa de la Registradora Mercantil de A Coruña, doña María-Jesús Torres Cortel, a inscribir un acuerdo de aumento de capital social.*

En el recurso gubernativo interpuesto por don Ángel Vázquez Mosquera, en nombre y representación de Laboratorio de Industria y Comunicación del Castro, S. L., frente a la negativa de la Registradora Mercantil de A Coruña, D.ª María-Jesús Torres Cortel, a inscribir un acuerdo de aumento de capital social.

### Hechos

#### I

El 5 de agosto de 2002 se celebró, previa convocatoria, junta general de Laboratorio de Industria y Comunicación del Castro, S. L. con asistencia, entre presentes y representados, de un 94,19% la totalidad de sus socios y en la que se tomó, con el voto favorable del 87,42% de dicho capital, el contrario del 4,84% y la abstención del 1,93%, el acuerdo de aumentar el capital social con cargo a reservas que figuraban el balance cerrado a 31 de mayo anterior, en la cantidad de 48.483,65 euros, creándose 8.067 nuevas participaciones sociales de 6,010121 euros de valor nominal cada una cuya titularidad, con exclusión total del derecho de preferencia, se suscribió por la Fundación Sargadelos, entidad sin fin de lucro, clasificada como de interés general e inscrita en el Registro de Fundaciones de interés Gallego.

#### II

El anterior acuerdo fue elevado a escritura pública por medio de la autorizada el 24 de septiembre de 2002 por el notario de Sada don Andrés Cancela Ramírez de Arellano, copia de la cual se presentó en solicitud de inscripción en el Registro mercantil de A Coruña siendo objeto de la siguiente calificación que consta en la comunicación dirigida por fax a la propia sociedad: 1. Pendiente de la inscripción previa de la escritura a que se refieren en la intervención, autorizada por el propio Notario del 29 de julio de 2002, número 1.193 de protocolo, de nombramiento de Secretario a favor de don Ángel Vázquez Mosquera, (según el registro, es Secretario del Consejo de Administración, don Ángel Vázquez Freire) sin perjuicio de lo anterior: De las exigencias contenidas en los apartados b) y e) del artículo 76 de la Ley de Sociedades Limitadas se infiere que, salvo acuerdo unánime de todos los socios, el suscriptor de las nuevas participaciones creadas con exclusión del derecho de preferencia deberá

satisfacer la contraprestación, que consistirá en el valor nominal más, en su caso, la prima de asunción. No cabe, pues, habiendo votos en contra, que la ampliación de capital se realice con cargo a reservas. Artículo 7.º de los Estatutos: El capital existente (46.578,44 euros) más el ampliado (48.483,65) da un resultado de 95.062,09 euros (y no de 95.062,08).

#### III

Don Ángel Vázquez Mosquera en nombre de «Laboratorio de Industria y Comunicación del Castro, S.L.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que la convocatoria de la Junta ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 74.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y así se indicó en la misma y en la Junta de 5 de agosto de 2002. Que el Balance de 31 de mayo de 2002 que sirve de base a la operación, refleja el valor real de las participaciones con arreglo al criterio contable autorizado por la Resolución de 10 de mayo de 1991 del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la norma técnica de elaboración del informe especial sobre exclusión del derecho de suscripción preferente en el supuesto del artículo 159 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Por lo que se cumple sobradamente el requisito de valoración real de las participaciones indicado en la letra b) del artículo 76 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Que la resolución del Registro Mercantil parece inferir la necesaria existencia de contraprestación ante la falta de voto unánime de los socios. No hay que olvidar que la destinataria de la ampliación no es un tercero, sino la Fundación Sargadelos. Dado su carácter (fundación sin ánimo de lucro) resulta difícil el pago de una contraprestación, pero ésta es una decisión que únicamente puede tomar la Junta como medida que afecta a la vida de la empresa y del grupo, a propuesta del órgano de administración. Que tal decisión no puede ser sustituida por una calificación registral, cuando los derechos de los socios minoritarios son respetados tanto antes de la celebración de la Junta como en la celebración de la misma. Que no hay que olvidar que el interés social que debe prevacer ante los votos minoritarios se sustenta en una ampliación de capital con cargo a reservas, ampliación que no es más que una garantía para los eventuales acreedores sociales en virtud del artículo 1911 del Código Civil. Que son precisamente esas reservas de la sociedad, adoptadas en los sucesivos acuerdos anuales de aplicación de resultados, las que van a contribuir a dotar de mayor credibilidad y estabilidad a la empresa frente a terceros, al ser transformados en capital. 2. Que según lo que dice el artículo 76 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada es válida la exclusión del derecho de suscripción preferente (no se dice nada que no pueda acordarse su supresión en un incremento de capital con cargo a reservas, cosa que tampoco se dice en el precedente artículo 74.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada al regular tal tipo de incremento). Que no es necesario el acuerdo unánime de todos los socios. El requisito de refuerzo del voto que exige la Ley, se ha cumplido en la Junta de 5 de agosto de 2002, tal y como prevé el artículo 53.2 b) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. 3. Que el artículo 71 de la Ley citada no regula la mayoría exigida en un supuesto en que la modificación se deba a un incremento de capital. Para ello hay que acudir a la letra del artículo 74.1. El acuerdo de incremento con cargo a reservas no requeriría el consentimiento de todos los socios. Que es importante también citar el artículo 53.2 a) de la referida Ley. Que el artículo 71 mencionado tiene su reflejo en la Ley de Sociedades Anónimas. 4. Que bajo la actual legislación de las sociedades anónimas impuesta por la Segunda Directiva CEE, se ha suprimido el derecho de suscripción preferente en aras del interés general. Que siendo excluible el derecho de suscripción preferente y no existiendo apoyadura legal para la unanimidad de los acuerdos adoptados y el necesario consentimiento de todos los afectados en este supuesto, el acuerdo ha sido validamente adoptado y debe ser inscrito junto a la modificación estatutaria.

#### IV

La registradora mercantil de A Coruña procedió sin más a remitir el expediente a esta Dirección General, lo que conforme a lo dispuesto en el párrafo séptimo del artículo 327 de la Ley Hipotecaria ha de entenderse como una decisión implícita de mantener su calificación aun cuando la misma norma contempla, como uno de los documentos que han de integrar el expediente a remitir, el informe del registrador.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 29 d), 32.2, 36, 75, 76, 84, 85 y 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 48.2 a) y b), 70 y 213 de

la Ley de Sociedades Anónimas; 327 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de 23 de julio de 2003.

1. Prescindiendo de la existencia de defectos formales esenciales en la formulación del recurso, cuales son el de que junto al escrito por el que se interpone se acompañe una simple fotocopia del documento calificado y no, como claramente exige el artículo 327 de la Ley Hipotecaria el título objeto de la calificación en original o por testimonio, o que el contenido de la calificación que se recurre resulte de una comunicación sin fecha ni firma de su autor, deficiencias de las que no parece haber sido advertido el recurrente a efectos de su subsanación y sin que tampoco la registradora alegue nada sobre su falta de coincidencia con los originales correspondientes, la cuestión de fondo planteada es idéntica a la que dio lugar a la Resolución de este Centro de 23 de julio pasado.

2. Se decía allí que el problema que supone lograr que el socio de las sociedades de capital mantenga su posición relativa en los casos de aumento del capital con creación o emisión de nuevas participaciones o acciones representativas de partes del mismo, se ha ido resolviendo por el Derecho, en una lenta y vacilante evolución, a través del reconocimiento o atribución del derecho a adquirir un número de tales acciones o participaciones proporcional a la participación que ostentara en el existente hasta entonces. Esbozado por la doctrina y aceptado por la práctica, no se recogía en el Código de comercio y tan sólo obtiene consagración legal en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (arts. 39.2 y 92) y, poco después, en la reguladora de las de responsabilidad limitada (art. 18).

Dadas las distintas modalidades de contraprestación con que puede afrontarse un aumento de capital, nuevas aportaciones al patrimonio social o transformación en capital de recursos disponibles ya existentes en dicho patrimonio, se habla de un derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones o asunción de participaciones cuando aquél se lleva a cabo a título oneroso, a cambio de nuevas aportaciones al patrimonio social por parte del socio, singularmente las dinerarias, o de un derecho de asignación o atribución gratuita de tales acciones o participaciones cuando la aportación se limita a una modificación contable de traspaso entre partidas del balance. Normalmente la doctrina los considera como derechos diferentes aunque se inspiren en el mismo principio y tengan la misma finalidad. Sea así o se consideren variantes de un mismo derecho, lo cierto es que precisamente ese dato distintivo, la necesidad de un sacrificio patrimonial para el socio obligado a realizar una nueva aportación al patrimonio social en un caso frente a su ausencia en el otro, determina que se tratamiento jurídico no pueda ser el mismo.

3. El silencio de la ley sobre el particular -a salvo la referencia que supone la remisión del artículo 36 de la LSRL al 70 de la LSA- unido a la similitud, que no identidad, entre ambos derechos, es lo que sirve al recurrente para argumentar en favor de la posibilidad de que la voluntad social resultante del acuerdo de la mayoría del capital excluya el derecho de asignación gratuita como puede excluir el de suscripción preferente. Pero, como antes se ha dicho, las diferencias existentes entre uno y otro supuesto hacen que no quepa una identidad de régimen que permita esa aplicación analógica de las normas que regulan el uno al otro.

Entre las notas que caracterizan el derecho a la asignación gratuita cabe destacar dos, relacionados entre sí: la gratuidad, tal como revela su propia denominación y la no exclusión en perjuicio de los socios. Cierto que la gratuidad en el fondo no existe pues el importe de las nuevas participaciones se satisface con recursos que ya existían en el patrimonio de la sociedad y que como tal pertenece a los socios en el porcentaje que represente el valor de sus participaciones en relación con el capital social. Y es aquí donde reside el fundamento de esa no exclusión en el ejercicio del derecho a la asignación gratuita, en que el aumento de capital se lleva a cabo utilizando recursos que ya pertenecían a los socios y de los que no pueden ser privados. Podría decirse que el derecho a la asignación gratuita encaja más dentro del que reconoce al accionista el apartado 2 a) del artículo 48 de la LSA, el de participar en las ganancias, que en el que contempla su apartado 2 b), el de suscripción preferente y que trasladados a sede de sociedades de responsabilidad limitada tendrían reflejo, frente al artículo 75, en el 85, aparte de los 29 d), 32.2 y 100, todos ellos pendientes de garantizar al socio la obtención del valor real o, si se quiere, razonable de sus participaciones en los casos de transmisión o amortización. No cabe excepción alguna al derecho de asignación gratuita en perjuicio de los socios existentes porque ese derecho surge de forma automática con el acuerdo de aumento de capital ya que frente a lo que sucede con el derecho de asunción o suscripción preferente, que aparte de requerir una declaración de voluntad expresa para su ejercicio, puede ser objeto de supresión, total o parcial, el derecho de asignación no puede ser excluido simplemente porque tal exclusión sería contraria a un derecho básico que la ley reconoce al socio, razón por la que la misma no regula su exclusión.

4. Es aquí donde falla el argumento del recurrente cuando se centra en el reconocimiento legal de la posibilidad de suprimir el derecho de preferencia tal como se recoge el artículo 76 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sin reparar que tal derecho de preferencia aparece circunscrito al supuesto de asunción de participaciones a título oneroso, como claramente revela el régimen a que se sujeta, en especial en los apartados b) y c) de dicha norma, con sus exigencias de informes sobre el valor real de las participaciones existentes, la justificación de la contraprestación a satisfacer por las nuevas y que el desembolso a realizar sumando no sólo el valor nominal sino también la prima a satisfacer se correspondan con aquel valor real, en definitiva que se tome en consideración el importe de las reservas existentes.

Y es que si con la supresión del derecho de suscripción o asunción preferente se perjudican ciertamente los derechos políticos o administrativos de los socios, la ley trata de que tal perjuicio no se traslade a lo económico con la dilución del valor de su antigua participación por la atribución a terceros de la titularidad de nuevas acciones o participaciones por importe inferior al valor que obtendrían con la participación en las reservas ya existentes.

Por el contrario, el derecho a la asignación gratuita parece evidente que no puede ser objeto de limitación alguna, ni estatutaria, ni por acuerdo de la junta, porque aquí no existe un interés social que pueda juzgarse prevalente no ya sobre el interés sino sobre el derecho de los socios a los beneficios sociales cuya atribución, sea en cuanto al quantum o al momento de su distribución puede estar condicionado por la voluntad de la mayoría (cfr. artículo 213 LSA por remisión del 84 LSRL), pero sin que ésta pueda llegar al punto de decidir privarles de ellos para atribuirlos, directa o indirectamente, a terceros dado que no existe en tal acuerdo interés general que haya de primar sobre derechos individuales de los socios.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el Registro en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello 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, 4 de diciembre de 2003.—La Directora General, Ana López-Monís Gallego.

Sra. Registradora Mercantil de A Coruña.

## 667

*RESOLUCIÓN de 9 de diciembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por Fábrica de Cerámica del Castro, S. L., frente a la negativa de la Registradora Mercantil de A Coruña, doña María Jesús Torres Cortel, a inscribir un acuerdo de aumento de capital social.*

En el recurso gubernativo interpuesto por don Angel Vázquez Mosquera, en nombre y representación de Fábrica de Cerámica del Castro, S. L., frente a la negativa de la Registradora Mercantil de A Coruña, doña María Jesús Torres Cortel, a inscribir un acuerdo de aumento de capital social.

### Hechos

#### I

El 5 de agosto de 2002 se celebró, previa convocatoria, junta general de Fábrica de Cerámica del Castro, S. L. con asistencia, entre presentes y representados, de la totalidad de sus socios y en la que se tomó, con el voto favorable del 67,10% de dicho capital y el contrario del 32,90%, el acuerdo de aumentar el capital social con cargo a reservas, con exclusión total del derecho de preferencia, en términos -cuantía, procedimiento, etc.- que no resultan del documento calificado, ni en la convocatoria de la junta ni en el acta de sus acuerdos.

#### II

El anterior acuerdo consta en acta notarial de dicha junta autorizada por el notario de Sada don Andrés Cancela Ramírez de Arellano, copia de la cual se presentó en solicitud de inscripción en el Registro mercantil