

¿EXCLUIBILIDAD DEL DERECHO DE ASIGNACIÓN
GRATUITA EN LOS AUMENTOS DE CAPITAL
CON CARGO A RESERVAS?
(CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS RRDGRN
DE 4 Y 9 DE DICIEMBRE DE 2003)

Orlando Medina Hernández
Universidad de La Laguna

RESUMEN

Comentario a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 4 y 9 de diciembre de 2003 (*BOE* núm. 11, de fecha 31-1-2004), que conocen de sendos recursos gubernativos frente a las respectivas calificaciones negativas del Registrador Mercantil competente, en relación a la no inscripción de un acuerdo de aumento de capital mediante emisión de nuevas participaciones, con cargo a reservas, y con exclusión del derecho de preferencia, adoptado por mayoría, y en el que los nuevos títulos son asumidos íntegramente por una fundación sin ánimo de lucro con la condición de tercero respecto de la sociedad emisora. Estas resoluciones permiten al autor exponer algunas reflexiones en torno a la tutela del socio en los aumentos de capital con recursos propios y a la inexcluibilidad del derecho de asignación gratuita que ostentan los socios respecto de los nuevos títulos creados con ocasión de aquel aumento.

PALABRAS CLAVE: Aumento de capital, reservas, derecho de asignación gratuita, exclusión, tutela del socio.

ABSTRACT

Commentary to resolutions of the General Direction of the Registries and the Profession of notary of date 4 and 9 of December of 2003 (*BOE* núm. 11, of date 31-1-2004), that know two governmental resources front qualification negative of the competent Mercantile Recorder, in relation to not inscription in an agreement of increase of capital by means of emission of new participation, with position to reserves, and exclusion of the right of preference, adopted by majority, and in which the new titles are completely assumed by one foundation without profit eagerness with condition of third respect to the emitting society. This resolutions serve as pretext the author to expose some reflections around the trusteeship of the partner in the increases of capital with own resources and in the inexcluibilidad of the gratuitous right of allocation that the partners show respect to the new created titles with relation of that increase.

KEY WORDS: Increase of capital, reserves, preemption right, exclusion, trusteeship of the partner.



I. SUPUESTO DE HECHO

Las resoluciones objeto de comentario (resoluciones de la DGRN de fechas 4-12-2003 y 9-12-2003, *BOE* núm. 11, de 13-1-2004) se circunscriben a sendos supuestos de aumento de capital en dos sociedades de responsabilidad limitada, aumentos con cargo a reservas en los que, previa exclusión del derecho de preferencia, las nuevas participaciones emitidas se ofrecen a un tercero ajeno a estas mercantiles. Sin embargo, por tratarse de supuestos sustancialmente idénticos, aunque obviamente planteados en relación a dos sociedades diferentes, nos centraremos exclusivamente en el análisis del supuesto contemplado en la primera de las resoluciones citadas.

A. ANTECEDENTES DEL SUPUESTO

Los antecedentes, brevemente expuestos, son los siguientes:

- a) La mercantil recurrente, previo cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios de convocatoria, y observados los de constitución, adoptó en Junta General acuerdo de aumento de capital, con cargo a reservas, por importe de 48.483,65 euros, emitiendo a tal fin, un total de 8.067 participaciones, de 6,010121 euros de nominal cada una, y con expresa y total exclusión del derecho de preferencia.
- b) Los nuevos títulos emitidos fueron íntegramente «suscritos» por una fundación sin ánimo de lucro, «Fundación Sagardelos», con la aparente condición de tercero respecto de la sociedad emisora.
- c) El acuerdo social de aumento de capital fue adoptado con el voto favorable de una significativa mayoría (87,42% del capital social) y con el voto en contra de un pequeño grupo de socios (4,84%), más un reducido número de abstenciones (1,93%).
- d) Elevado a público y protocolizado notarialmente el acuerdo de aumento, y solicitada la inscripción al Registro Mercantil competente, el Registrador, en uso de las facultades de calificación que le competen, denegó la inscripción del acuerdo —entre otras razones que no interesan al objeto de este comentario— porque:

de las exigencias contenidas en los apartados b) y c) 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.

Añade la nota desfavorable del Registrador que:

No cabe, pues, habiendo votos en contra, que la ampliación de capital se realice con cargo a reservas.

B. POSICIONAMIENTO DE LA RECURRENTE

Por la representación de la mercantil se interpuso el correspondiente recurso gubernativo contra la calificación negativa del Registrador, argumentando, en esencia, lo siguiente:

- 1º) El cumplimiento regular de las prescripciones legales en relación a la convocatoria de la Junta, y, en concreto, la observancia de los requisitos del artículo 74.4 LSRL¹;
- 2º) La corrección técnica del balance que sirvió de base a la operación, por cumplir las previsiones contenidas en el artículo 74.4 LSRL, en relación con el artículo 159 LSA;
- 3º) El respeto escrupuloso a los derechos de los socios minoritarios, la no exigibilidad del voto unánime y la innecesariedad de que las nuevas participaciones deban ser asumidas por los socios; se argumenta, asimismo, que la «Fundación Sagardelos», única destinataria de la ampliación de capital, no es tercero respecto de la sociedad, y que por su condición de entidad sin ánimo de lucro tampoco está en condiciones de satisfacer una eventualmente exigible contraprestación por la asunción de las participaciones representativas del aumento de capital;
- 4º) La validez del acuerdo de aumento de capital aprobado con exclusión del derecho de preferencia: (1) por haber sido adoptado con el apoyo de una mayoría social suficiente; (2) porque la ampliación de capital aprobada, en cuanto representa un aumento de garantías de cara a los acreedores sociales, y sirve al principio de responsabilidad patrimonial universal que alcanza a la sociedad, está respaldada por el «interés social», interés ante el que deben ceder, según la recurrente, los derechos de la minoría disidente; y (3) porque, en opinión de la recurrente, partiendo de una interpretación conjunta de lo dispuesto en el artículo 76 LSRL (relativo a las condiciones de excluibilidad del derecho de preferencia o de asunción preferente) y de la literalidad del artículo 74.4 LSRL (aumento con cargo a reservas), no cabe entender legalmente proscrita —no está prohibida explícitamente, se arguye— la excluibilidad del «derecho de suscripción preferente» en los aumentos de capital previstos en esta última norma.
- 5º) La inatacabilidad del acuerdo de aumento de capital por el hecho de que éste fuera aprobado con el voto favorable de la mayoría cualificada y reforzada exigible por el artículo 53.2 b) LSRL, insistiéndose, una vez más, en la no

¹ En realidad, parece que la invocación que hace la sociedad recurrente se refiere, más que al cumplimiento de las formalidades relacionadas con la convocatoria de la Junta General que adoptó el acuerdo de aumento de capital, a la necesaria cumplimentación del requisito de elaborar el balance a que se refieren el precepto citado y el artículo 199.4 del RRM.

- exigibilidad de la unanimidad de voto predicada por el Registrador Mercantil por la falta de apoyatura legal de dicha exigencia;
- 6º) Y, por último, la inexcluíbilidad del «derecho de suscripción preferente» en el supuesto planteado.

C. POSICIONAMIENTO DE LA DGRN

Elevado el expediente gubernativo por parte del Registrador Mercantil a la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), este Centro, invocando la fundamentación jurídica que consideró aplicable, resolvió desestimar el recurso, apoyándose, en esencia, en los siguientes razonamientos:

- 1º) La tutela del socio ante eventuales aumentos de capital aprobados por la sociedad —centrada fundamentalmente en la idea de blindar la esfera patrimonial de su participación social, evitando la dilución del valor de su antigua participación— discurre, principalmente, por dos cauces: (a) el derecho de suscripción preferente o asunción preferente de los nuevos títulos emitidos —o su mayor valor nominal— en los supuestos de aumentos de capital «onerosos» (es decir, contra desembolso patrimonial), y (b) el derecho de asignación o atribución gratuita de tales títulos —o el incremento del valor en los supuestos de ampliación por elevación del valor nominal de los mismos— en aquellas operaciones de aumento en las que la «...aportación se limite a una modificación contable de traspaso entre partidas del balance» (con cargo a reservas o recursos propios).
- 2º) La recurrente confunde el derecho de suscripción preferente o de asunción preferente que asiste al socio en los aumentos de capital «onerosos», con el derecho de asignación gratuita de las acciones o participaciones emitidas con ocasión del aumento de capital por capitalización de reservas sociales, lo que lleva al Centro a defender su excluibilidad en la operación proyectada en el supuesto fáctico del que se ocupa el expediente.
- 3º) La inexcluíbilidad del derecho de asignación gratuita que ostentan los socios respecto de las nuevas participaciones emitidas por la sociedad recurrente en el aumento de capital cuestionado, en la medida en que las reservas o recursos con cargo a los cuales se pretende costear el aumento «...ya no pertenecían a los socios...»; recursos de los que, por tanto, «...no pueden ser privados».
- 4º) La calificación del derecho a la asignación gratuita de las participaciones como un verdadero derecho mínimo del socio, en los términos del artículo 48.2 a LSA, es decir, como un derecho a participar en las ganancias sociales, y no tanto como una manifestación del derecho de suscripción preferente del artículo 48.2 b) LSA.
- 5º) El automatismo del derecho de los socios a la asignación gratuita de los nuevos títulos generados por el aumento de capital, derecho que, en opinión de la DGRN no necesita, a diferencia del derecho de asunción o suscripción



preferente, de una específica declaración de voluntad o de reconocimiento puntual por parte de la sociedad, y que, en consecuencia, puede ser objeto de una correlativa declaración de voluntad social que lo excluya total o parcialmente.

- 6º) La inexcluíbilidad total (*estatutaria o acordada*) del derecho de asignación gratuita, y la imposibilidad de recurrir al expediente del interés social para justificar aquella exclusión, habida cuenta —se argumenta— que «...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...».

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO AL AUMENTO DE CAPITAL

Antes de entrar a analizar la modalidad concreta de aumento de capital que sugiere el supuesto de hecho de la Resolución a comentar, así como las cuestiones que en el mismo se suscitan en relación con la excluibilidad o no del derecho de los socios sobre las nuevas participaciones emitidas con ocasión de la operación proyectada, quizás sea prudente arrancar este comentario haciendo una sencilla aproximación a la disciplina legal del aumento de capital en nuestro ordenamiento societario, deteniéndonos, en particular, en la clasificación de las distintas modalidades que puede revertir este tipo de modificación estatutaria.

Bajo la rúbrica «Aumento de capital», la Sección 2ª del Capítulo VI del RD Leg. 1564/1989, de 22 de diciembre, que aprueba la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA), regula esta modalidad de modificación estatutaria, a la que se dedican los artículos 151 a 162 de la norma.

Siguiendo la propia nomenclatura legal, pueden distinguirse dos modalidades de aumento de capital: (1) el aumento por emisión de nuevas acciones, y (2) el aumento por elevación del valor nominal de las ya existentes (artículo 151.1 LSA). A su vez, atendiendo a la fuente que suministra el contravalor de las acciones, se distinguen dos modalidades de aumento efectivo (artículo 151.2 LSA): (a) mediante realización de nuevas aportaciones dinerarias; y (b) a través de la realización de aportaciones no dinerarias, esto es, en especie o *in natura*. Además, el artículo 151.2 LSA aún contempla dos tipos adicionales de aumento nominal: uno, en los supuestos en que se opera un canje de crédito por acciones (el artículo 151.2 LSA habla de «compensación de créditos contra la sociedad») y, otro, también de tipo nominal, mediante la transformación de reservas o beneficios previamente existentes en el patrimonio social, es decir, con cargo a reservas o recursos propios.

Por su parte, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL) dedica sus artículos 73 a 78 al aumento de capital, distinguiéndose igualmente dos procedimientos de aumento (con emisión



de nuevas participaciones o con elevación del valor de las ya existentes) y, a la vez, las distintas fuentes de suministro del contravalor del aumento obtenido, las mismas que prevé el artículo 151.2 LSA.

Cualquiera que sea la modalidad de aumento elegido, por tanto, nuestro Derecho de Sociedades arbitra, de una parte, tres mecanismos orientados a proporcionar el contravalor del aumento, y que participan de una nota común, exigir a tal fin un nuevo desembolso patrimonial, bien a través de aportaciones dinerarias, bien a través de aportaciones *in natura*, o, incluso, recurriendo a una subespecie de estas últimas, el canje de créditos por acciones o participaciones (que la ley denomina compensación de créditos contra la sociedad) y, de otra, una cuarta opción, representada por la posibilidad de satisfacer el contravalor del aumento mediante la transformación de reservas o beneficios que ya figuraran en el patrimonio social con anterioridad a la adopción del acuerdo de aumento del capital.

Esta última modalidad de aumento, con cargo a reservas o recursos propios (artículo 157 LSA y 74.4 LSRL), presenta una peculiaridad, y es que, a diferencia de los demás tipos de aumento, aquí los sujetos llamados a suscribir o asumir los nuevos títulos emitidos —o el mayor valor de los ya preexistentes— no se ven obligados a realizar desembolso patrimonial alguno, pues el equivalente económico de ese aumento se obtiene por capitalización de las reservas ya presentes en el patrimonio de la sociedad. Esta circunstancia, que obviamente no implica la gratuidad del aumento —pues éste se costea con cargo a derechos latentes del socio que, aunque integrados en el patrimonio social, pertenecen a la esfera patrimonial de su participación social— sí que viene acompañada de importantes consecuencias de orden jurídico, desde la perspectiva del ejercicio del derecho de suscripción preferente o de asunción preferente que normalmente concurre en el aumento de capital.

En efecto, como tendremos ocasión de analizar más adelante, en esta modalidad de aumento no asiste a los socios un derecho de preferencia o de suscripción preferente en los términos en que aparece configurado legalmente este derecho, es decir, excluible en virtud de acuerdo social adoptado en junta (*exclusión acordada*) cuando, además, concurren los requisitos y presupuestos legales, sino que lo que ostentan los socios es un verdadero derecho individual a que le sean asignados gratuita y automáticamente los nuevos títulos o el incremento de valor de los ya preexistentes, derecho, por ende, inexcluible, aunque sí renunciabile.

III. TUTELA DEL SOCIO EN EL AUMENTO DE CAPITAL: SUSCRIPCIÓN PREFERENTE Y ASIGNACIÓN GRATUITA

A. CUESTIONES PREVIAS

El supuesto de hecho objeto del presente comentario representa un ejemplo claro de tutela *ex post* por control registral de los derechos latentes de naturaleza patrimonial que el socio ostenta por su participación en la sociedad, y en relación a una modalidad de aumento de capital, el aumento con cargo a reservas o con recursos propios, prevista en el artículo 74.4 de la LSRL. A partir del referido supuesto,



se trata de analizar la posibilidad de admitir la validez de un acuerdo social aprobatorio de un aumento de capital en el que, no obstante costearse el contravalor que representa la emisión de los nuevos títulos —o el aumento del nominal de los ya existentes, en su caso— con el valor de las reservas ya integradas en el patrimonio social, se pretenda privar a los socios afectados del *derecho de preferencia* en la asignación de esos nuevos títulos (o del mayor valor nominal de los preexistentes). Es decir, el derecho que en la doctrina se conoce como *derecho de asignación gratuita* de acciones o participaciones sociales. En fin, la posibilidad de tomar un acuerdo social —mayoritario— en el sentido de decidir la excluibilidad total o parcial de ese derecho.

La *asignación gratuita* o *derecho de asignación gratuita* constituye, junto al denominado *derecho de suscripción preferente*—*de asunción preferente*, o simplemente *de preferencia* en el ámbito de la SRL—, el exponente más representativo que conoce el moderno Derecho de Sociedades de la preocupación por la tutela de los derechos del socio capitalista, y especialmente cuando la sociedad y su *capital humano* se enfrentan a las consecuencias de un aumento de capital. Esta tutela se manifiesta específicamente en dos órdenes: (1) en la protección de los derechos latentes de los socios sobre el patrimonio social, y (2) en la conservación del nivel de influencia de éstos en la toma de decisiones sobre los asuntos sociales. O, si se quiere, la tutela alcanza a las esferas patrimonial y política o administrativa que integran la posición jurídica del socio en el seno de la sociedad. No obstante, es lo cierto que, aun partiendo de la existencia de una indudable conexión entre el mecanismo de la suscripción preferente y el *derecho de asignación gratuita* de acciones o participaciones, basada en su común funcionalidad tuitiva o protectora, que les confiere la virtualidad de garantizar *el mantenimiento del valor relativo de la participación social* y a *evitar la dilución de los derechos latentes del socio sobre el patrimonio*², dando así sentido al principio de proporcionalidad, las claves que inspiran uno y otro derecho son significativamente distintas; así, frente a la *gratuidad, exclusividad* y *automatismo* característicos del derecho de asignación gratuita, el derecho de suscripción preferente se comporta como un derecho de ejercicio *opcional y voluntario*, participando asimismo de la nota de *onerosidad*³. Esta diferente caracterización, sin embargo, no ha impedido que en el ámbito de la praxis se confundan a menudo estos dos derechos, tan próximos en sus fines, y a la vez tan distantes en cuanto a sus presupuestos y condiciones de ejercicio. Esta cierta confusión se hace más patente, si cabe, en la medida en que la *asignación gratuita* no goza de un régimen legal definido, como sí ocurre con la suscripción preferente, o con el *derecho de preferencia* en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada (artículos 75 y 76 LSRL).

² SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «Principios, casos y conceptos en materia de asignación gratuita de acciones», en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pp. 893 y 894.

³ SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «Principios, casos y conceptos...», p. 894

Sea como fuere, ambos derechos constituyen, como se dijo, instrumentos válidos que proporcionan al socio la tutela o protección que demanda su posición jurídica en el seno de la sociedad capitalista, tanto en lo que afecta a la esfera patrimonial, como a la política o administrativa de su participación social, especialmente cuando ese estatus jurídico-societario se ve amenazado con ocasión de acuerdos sociales de ampliación de capital, bien se retribuyan éstos con cargo a reservas (dando juego, así, al *derecho de asignación* gratuita), bien se costeen contra desembolsos por parte de quienes estén llamados a suscribir o asumir los nuevos títulos o, en su caso, el mayor valor de los ya existentes (dando entrada al *derecho de suscripción preferente* o de *preferencia*).

La tutela de los derechos del socio en los aumentos de capital ha sido y continúa siendo una problemática inspiradora de abundantes aportaciones doctrinales. En este sentido, exclusión del derecho de suscripción preferente y tutela del socio constituyen un binomio constante en la literatura jurídico-mercantil especializada.

Sin poder entrar en el análisis de las distintas modalidades de exclusión del derecho de suscripción descritas y estudiadas por la doctrina, por evidentes razones impuestas por la necesaria brevedad de este comentario, debemos centrarnos en la hipótesis más común y, sin duda, más polémica: la denominada *exclusión acordada*⁴, es decir, la exclusión que es producto de la voluntad social expresada por acuerdo adoptado en junta general, modalidad que, por otro lado, es la que se escogió en el supuesto de hecho al que se refiere la resolución comentada.

Por otra parte, cabría señalar que la problemática en torno a la tutela del socio y a la exclusión *acordada* del derecho de suscripción suele abordarse doctrinalmente desde el análisis de los presupuestos y condiciones de dicha exclusión, recurriéndose, incluso, a desgranar los hitos más significativos de esa tutela, distinguiendo los diferentes estadios por los que pasa ésta desde una perspectiva temporal; se habla, así, de una tutela en *fase previa*, en la que se aborda el concepto de *interés social* y su relación con la decisión de exclusión del derecho de suscripción, ya se configure ésta como una *relación de necesidad*, ya como una *relación de oportunidad* o *conveniencia*. Se trata de determinar en qué medida el *interés social* se conforma como un *presupuesto material de exclusión*⁵, o como un *mecanismo de control genérico*⁶. Se aborda también en esta primera fase o fase previa la virtualidad

⁴ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Exclusión del derecho de suscripción preferente*, Madrid, 2000, pp. 145 y 146, donde se puede encontrar un análisis más detallado de las distintas modalidades de exclusión; también pp. 189-311, donde el autor realiza un estudio monográfico y pormenorizado de los presupuestos materiales y formales, de los mecanismos de control y de la casuística en relación con la denominada la *exclusión acordada*.

⁵ YANES YANES, P., «Exclusión del derecho de suscripción y tutela del accionista», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez II*, Madrid, 1996, pp. 2.650-2.656; también se puede encontrar un similar tratamiento de la relación entre *interés social* y exclusión del derecho de suscripción preferente en VÁZQUEZ ALBERT, D., *Exclusión del derecho...*, pp. 196-208.

⁶ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Exclusión del derecho de suscripción...*, p. 205.

de la prima de emisión como *mecanismo (relativamente) compensador del perjuicio del socio*⁷ y sus implicaciones en cuanto se enfrenta a la idea de *interés social*. Y finalmente, se acomete un estudio de los *presupuestos formales*⁸ que deben conducir el acuerdo de exclusión del derecho de suscripción (requisitos de la convocatoria de la junta, régimen de mayorías, derecho de información, informes, etc.).

En una segunda fase o *fase decisoria*⁹ se tratan aspectos tales como la competencia exclusiva de la junta en esta materia, la hipótesis de la exclusión en los supuestos de ampliación de capital con delegación de competencias al órgano de administración, o los límites a la competencia de la junta (prohibiciones de exclusión *estatutarias, discriminatorias y ex lege o legales*, o en los supuestos de operaciones simultáneas de reducción y aumento de capital —operaciones *acordeón*—).

Finalmente, la fase posterior de la tutela o tutela *ex post* se contrae al estudio de los mecanismos de control habilitados por el ordenamiento legal: el denominado *control registral* (ex artículos 18.2 del C. de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil) y el *control judicial*, mediante la impugnación del acuerdo social de aumento que vehiculiza la exclusión del derecho de suscripción (artículos 115 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas y 56 LSRL).

B. BREVE ESBOZO DEL DERECHO DE ASIGNACIÓN GRATUITA EN LOS AUMENTOS DE CAPITAL CON CARGO A RESERVAS

Frente al protagonismo asumido por el derecho de suscripción preferente o asunción preferente del socio en los supuestos en que la sociedad toma el acuerdo de ampliar su capital, exigiendo un efectivo desembolso para cubrir el contravalor del aumento, la *atribución automática* de acciones o participaciones a los socios cobra todo su significado en los aumentos de capital con cargo a reservas (reservas disponibles, primas de emisión y la reserva legal en la parte que exceda del diez por ciento del capital ya aumentado, o la totalidad de dicha reserva, según el aumento se produzca en sede de la anónima o de la limitada, ex artículos 157.1 LSA y 74.4LSRL, respectivamente). Se trata de supuestos en los que la sociedad sufraga el contravalor del aumento con recursos propios, es decir, recursos preexistentes en el patrimonio social al tiempo de tomarse la decisión de incrementar el capital. Asistimos, en definitiva, a un mecanismo orientado a la capitalización por parte de la sociedad de sus propias reservas o recursos —que integran derechos patrimoniales

⁷ YANES YANES, P., «Exclusión del derecho de suscripción...», pp. 2.657-2.665.

⁸ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Exclusión del derecho de suscripción...*, pp. 226-278; con un análisis parecido, pero abordando el estudio de esos presupuestos formales en función del momento en que deben ser observados, en función un enfoque temporal de la tutela del socio, véase obra cit. YANES YANES, P., «Exclusión del derecho de suscripción...», pp. 2.665-2.684.

⁹ YANES YANES, P., «Exclusión del derecho de suscripción...», pp. 2.669-2.684.





latentes de los socios— y que contablemente representa un simple traspaso entre partidas del balance.

En esta modalidad de aumento, por tanto, no se exige un sacrificio patrimonial «adicional» al potencial suscriptor de las nuevas acciones o, en su caso, a quien deba asumir finalmente las nuevas participaciones, si es el caso que la ampliación de capital se materializa con una nueva emisión de acciones o participaciones, como tampoco en el supuesto de que el aumento tenga que cubrir el mayor valor del nominal de los antiguos títulos, si se opta por esta última modalidad. Si bien en el aumento de capital «oneroso» el derecho de suscripción o asunción preferente del socio se erige en un instrumento válido de salvaguarda de la representatividad que ostenta aquél sobre el patrimonio social, favoreciendo la proporcionalidad de su participación social en la esfera patrimonial, evitando, por tanto, el riesgo de *dilución* o *aguamiento* de aquélla y el riesgo que puede llevar aparejada la entrada de nuevos socios en la sociedad (aunque este riesgo puede ser ventajosamente conjurado mediante el recurso a la prima de emisión), en el aumento de capital «gratuito», con cargo a reservas, ese derecho de preferencia se convierte en un *derecho de atribución* o *asignación automática y gratuita* de los nuevos títulos o del mayor valor nominal obtenido por estampillado de los antiguos. Si no fuera así, se posibilitaría, como queda dicho, la entrada de nuevos socios que, suscribiendo o asumiendo el contravalor de ese aumento sin ningún tipo de sacrificio patrimonial (pues viene cubierto con recursos ya existentes en la sociedad) terminarían por dinamitar los derechos latentes del socio sobre el patrimonio social. Se estaría dando carta de naturaleza al hecho de que, terceros extraños al devenir social previo a la operación de aumento de capital, y, por tanto, extraños también a la generación de los recursos propios con los que la sociedad pretende asumir el coste del aumento, se conviertan en firmes candidatos a integrarse en el sustrato personal de la sociedad mediante la suscripción o asunción de las nuevas acciones o participaciones objeto de emisión, o del mayor valor nominal de aquéllas que genere dicho aumento.

Lo expuesto hasta ahora constituye la razón última, como veremos, de que la exclusión del derecho de preferencia —aquí denominado *de derecho de asignación*— no tenga el carácter de *exclusión acordada*¹⁰ que normalmente es predicable respecto del derecho de suscripción preferente o de preferencia, sino que, por el contrario, se presente como una forma irrevocable de inexcluíbilidad derivada, sin duda, de la configuración de tal derecho como un derecho mínimo individual del socio, de los que tendrían perfecto acomodo en el artículo 48.2 LSA. Dicho de otra forma: si bien desde una perspectiva finalista o teleológica, se produce cierta convergencia entre el régimen jurídico de la suscripción preferente y el derecho de asignación gratuita, pues ambos mecanismos tienen como fin último garantizar o proteger a favor del socio el principio de proporcionalidad (mantener esa proporcionalidad en su participación social patrimonial, y en el peso o influencia política

¹⁰ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Exclusión del derecho...*, pp. 189-311.

que el socio está llamado a tener sobre las decisiones sociales) las diferencias de régimen son notorias en cuanto que el derecho de asignación gratuita y automática al socio en detrimento de terceros constituye un imperativo (coherente con la configuración de este derecho como derecho mínimo individual del socio) consecuente con la naturaleza y procedencia de los recursos con los que se costea el aumento de capital. Sin embargo, el régimen de la suscripción preferente, inspirado en la idea de *voluntariedad* y *opcionalidad*¹¹, permite que este derecho (con apoyatura legal) pueda ser objeto de exclusión en aras de atender un siempre conceptualmente difícil *interés social*.

IV. EL INTERÉS SOCIAL COMO PRESUPUESTO MATERIAL DE UNA HIPOTÉTICA EXCLUIBILIDAD DEL DERECHO DE ASIGNACIÓN GRATUITA

A. PLANTEAMIENTO

Como ya tuvimos ocasión de comentar, la doctrina se ha ocupado extensamente de las diferentes implicaciones del derecho de suscripción preferente y de los presupuestos y condiciones de su excluibilidad, en el marco más amplio de la tutela de los derechos del socio con ocasión de los aumentos de capital. En este sentido, se ha visto en la idea de interés social (ex artículo 159.1 LSA) un presupuesto material de aquella exclusión¹², o un mecanismo de control genérico¹³. Debatida la doctrina entre tesis contractualistas, institucionalistas y eclécticas (según la mayor o menor amplitud que se otorgue al contenido de la expresión y, asimismo, en función de condicionantes de tipo histórico e ideológico) parece haber cierto grado de coincidencia en sus planteamientos más generales al respecto de caracterizar la noción de interés social como un mecanismo tuitivo o tutelador que, sin poder identificarse necesariamente con la mayoría social, confía a la lealtad de ésta el armonizar sus objetivos con los derechos de la minoría a mantener su statu quo en el seno social. El interés social, por tanto, se convierte así en el referente necesario que debe inspirar y justificar en cada momento si el sacrificio debe alcanzar o no al interés individual del socio, permitiendo la exclusión del derecho de preferencia cuando aquel interés social lo demanda y acredita razonablemente, aun a costa del consiguiente riesgo de deterioro de su posición relativa en el seno de la sociedad. Por eso opera dicho interés social como mecanismo de control genérico y se plantea como un mecanismo de tutela de los derechos del socio en la fase previa¹⁴.

¹¹ SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «Principios, casos y conceptos...», p. 894.

¹² YANES YANES, P., «Exclusión del derecho de...», pp. 2.650-2.656.

¹³ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Exclusión del derecho de suscripción...*, p. 205.

¹⁴ YANES YANES, P., «Exclusión del derecho de...», p. 265 y ss.



Llegados a este punto, es lícito plantearse qué trascendencia tiene la idea del interés social analizada, cuando nos enfrentamos a un aumento de capital con cargo a reservas, y en qué medida dicho interés social puede llegar a exigir y justificar el sacrificio de los antiguos socios, en el sentido de permitir el tránsito de los recursos sociales generados con su esfuerzo y ahora capitalizados, a manos de terceros. Pues bien, parece claro concluir que, no sólo se produciría una evidente dilución o aguamiento de sus derechos sobre el patrimonio social (y, por añadidura, sobre su capacidad de influencia política en el seno de la sociedad) sino que, además, ese sacrificio (que puede llegar a ser justificable en el ámbito de la suscripción preferente) cobraría en los aumentos de capital con cargo a reservas unos tintes más dramáticos, pues no existe posibilidad de exigir a los terceros hipotéticos destinatarios del aumento la retribución de sus nuevos derechos sociales, precisamente porque el contravalor de aquel aumento se costea con los recursos preexistentes en el patrimonio social. En consecuencia, la voluntariedad y opcionalidad que inspiran la excluibilidad del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital «onerosos», se tornan aquí en automatismo en la asignación de los nuevos títulos (emitidos o red denominados) a los viejos socios, y en gratuidad (relativa, pues el desembolso se costea con las reservas patrimoniales de la sociedad) y, obviamente, en exclusividad, pues sólo los socios que coadyuvaron a generar los recursos que costean ese aumento son los llamados a beneficiarse de su capitalización. Y no otro puede ser el interés social.

Por tanto, sólo una más que improbable decisión unánime por parte de los socios afectados por la exclusión del derecho de asignación gratuita justificaría tal exclusión¹⁵.

B. EXCLUIBILIDAD DEL DERECHO DE ASIGNACIÓN GRATUITA E INTERÉS SOCIAL EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Hasta ahora nos hemos ocupado brevísimamente del importante papel que el *interés social* juega como *presupuesto material de exclusión* del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital, presupuesto que la doctrina se ha encargado de elaborar y estudiar a partir de la previsión contenida en el artículo 159.1 LSA. Este precepto autoriza la excluibilidad del derecho de suscripción preferente del accionista

¹⁵ En este sentido, SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «Principios, casos y conceptos...», p. 89; este autor califica como «carente de sentido» la hipótesis en que todos y cada uno de los socios afectados por un aumento de capital con cargo a reservas se aviene, mediante una manifestación de voluntad *uti singuli*, a la renuncia de su derecho a la asignación gratuita de los nuevos títulos, «...ya que sin abdicación alguna por su parte, el viejo socio podría obtener el equivalente económico correspondiente a esos recursos capitalizados, vendiendo las acciones nuevas surgidas del aumento o enajenando parte de su anterior paquete de títulos, en la medida en que resulte necesaria para rescatar en efectivo el mayor valor que refleja el nuevo importe nominal asignado a los antiguos».





«en los casos en que el interés de la sociedad así lo exija». Sin embargo, la construcción del derecho de preferencia en el ámbito de la SRL y, particularmente, su excluibilidad, tienen que hacerse necesariamente desde otros planteamientos diversos, a juzgar por el tenor de la previsión normativa recogida por el artículo 76 LSRL.

En efecto, como la doctrina ha tenido ocasión de subrayar, el artículo 76 LSRL omite toda referencia a la idea de *interés social* como referente en las hipótesis de excluibilidad del derecho de preferencia, noción que, con el amparo legal que le proporciona el artículo 159.1 LSA, sí permite en la anónima someter la decisión del órgano social competente de aumentar el capital, excluyendo el derecho de suscripción, al necesario juicio o control previo de legitimidad («control material genérico») para determinar en qué medida tal decisión se acomoda a aquel *interés social* por *relación de necesidad* o por *relación de conveniencia* u *oportunidad*¹⁶. Esta omisión, en opinión de algún autor, no es obstáculo para admitir que la idea de *interés social*, no explicitada en el articulado de la norma, esté indudablemente presente en su espíritu, en la medida en que todo acuerdo social está sujeto a un *control material genérico* de la lealtad de la mayoría social hacia la minoría, que remite necesariamente a aquella idea¹⁷.

Si tal es el estado de la cuestión respecto del derecho de asunción preferente (o simplemente, de preferencia) y de su excluibilidad en sede de la SRL, partiendo de las consideraciones expuestas puede afirmarse que la excluibilidad del derecho de asignación que corresponde al socio con ocasión del aumento de capital con cargo a reservas (ex artículo 74.4 LSRL) acordado por la junta general de la SRL, y que se extiende sobre las nuevas participaciones emitidas —o, en su caso, sobre las viejas, una vez incrementado su valor nominal por estampillado— no constituye una opción real amparada legalmente, por mucho que, como ocurre en sede de la anónima, la norma no excluya explícitamente tal posibilidad, o admita, ex artículo 76 LSRL, un genérico y condicionado derecho de exclusión de la preferencia¹⁸. Las

¹⁶ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Exclusión del derecho de suscripción...*, p. 204; el autor se ocupa de este problema con ocasión de analizar los presupuestos materiales de la exclusión del derecho de suscripción preferente, e incide en el estudio de la relación entre exclusión e interés social, para concluir que la exclusión acordada en nuestro Derecho de Sociedades «...no exige la presencia de un estado de necesidad [relación de necesidad] y la ausencia de medios alternativos para alcanzar el fin social [relación de conveniencia], sino que es suficiente una relación de instrumentalidad, una relación de medio a fin...».

¹⁷ Ésta es la opinión de VÁZQUEZ ALBERT, D., en *Exclusión del derecho de suscripción...*, p. 320; en contra, según cita del mismo autor, ROJO, A., «El aumento del capital de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid, 1997, p. 586; este autor estima ineludible admitir que las divergencias entre la LSA y la LSRL en este polémico punto conducen a un diverso tratamiento del mismo en ambos tipos sociales: en la anónima la exclusión del derecho de suscripción preferente sólo sería admisible y legítima en los casos de necesidad, mientras que en la limitada bastaría con que aquella exclusión no fuera contraria al interés social.

¹⁸ Este precepto condiciona la excluibilidad, total o parcial, del derecho de preferencia a la observancia de los siguientes requisitos: «// a) Que en la convocatoria de la Junta se haya hecho

razones de esta prohibición no distan de las ya expuestas a la hora de negar la excluibilidad del mismo derecho en los aumentos de capital con recursos propios en la sociedad anónima: la supresión o exclusión de la *asignación gratuita y automática* de participaciones que corresponde a los socios, favoreciendo la entrada en la sociedad de terceros, ataca ilegítimamente los derechos latentes que aquéllos ostentan sobre el patrimonio social, y, por ende, su posición relativa como partícipes en la esfera patrimonial, al tiempo que lesiona el *interés social*—aquí coincidente con el de todos los socios— representado por el respeto a la idea de que las reservas o recursos propios de la sociedad no deben ir a parar a manos de terceros que no han contribuido a su generación.

C. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA OPERACIÓN DE AUMENTO DE CAPITAL PLANTEADA

Expuestos sintéticamente los principales argumentos esgrimidos por la recurrente y por la DGRN en defensa y en contra de la validez del acuerdo de aumento de capital a que se contrae el supuesto objeto de estudio, es momento de abordar, con idéntica simplicidad, el análisis crítico de ambos posicionamientos, para acabar formulando algunas breves conclusiones sobre el verdadero eje de este comentario: el derecho de asignación gratuita y su hipotética excluibilidad.

C.1. *Revisión crítica de los planteamientos de la recurrente*

Las consideraciones ya expuestas en los primeros compases de este comentario, atinentes al régimen jurídico de los aumentos de capital con cargo a reservas y al juego del derecho de asignación gratuita de los títulos emitidos con ocasión de aquellos aumentos, así como su necesariamente diverso tratamiento jurídico respecto del derecho de suscripción o asunción preferente, nos permiten hacer, de entrada, una valoración negativa del posicionamiento de la mercantil recurrente.

Un repaso a los ejes de argumentación del recurso deja entrever enseguida un defectuoso enfoque de la cuestión, como lo evidencia el hecho de que se pretenda validar y justificar el aumento de capital y la exclusión proyectados —a pesar de

constar la propuesta de supresión del derecho de preferencia y el derecho de los socios a examinar en el domicilio social el informe a que se refiere el número siguiente. // b) Que en la convocatoria de la Junta se ponga a disposición de los socios un informe elaborado por el órgano de administración, en el que se especifique el valor real de las participaciones de la sociedad y se justifiquen detalladamente la propuesta y la contraprestación a satisfacer por las nuevas participaciones, con indicación de las personas a las que éstas habrán de atribuirse. // c) Que el valor nominal de las nuevas participaciones más, en su caso, el importe de la prima, se corresponda con el valor real atribuido a las participaciones en el informe de los administradores».



tratarse de la modalidad de aumento con cargo a reservas— en una decisión respaldada por una mayoría social cualificada. La recurrente insiste en el respeto a los derechos de los socios minoritarios y en la inexigibilidad del voto unánime, olvidando que no nos encontramos ante un aumento de capital de los que la DGRN llama «onerosos», en los que los sujetos llamados a asumir las nuevas participaciones resultantes del mismo comprometen un desembolso patrimonial efectivo, y en los que el derecho de asunción preferente que asiste a los socios puede ser excluido total o parcialmente.

Mención aparte merecen las referencias a la «Fundación Sagardelos» y a su condición de entidad sin ánimo de lucro. Aunque los antecedentes de la resolución comentada no son esclarecedores, parece como si la recurrente pretendiera defender la inocuidad de la entrada en la sociedad de la referida entidad, de cara a la posición relativa de los socios. Lo que parece no tener sostén de ninguna clase es la negación de la condición de tercero de la fundación respecto de la sociedad recurrente. Tampoco nos parece que pueda merecer consideración alguna el carácter no lucrativo de la fundación «suscriptora» de las nuevas participaciones, y su imposibilidad o no para atender al pago de una eventual contraprestación por el contravalor del aumento de capital. No sólo porque no estamos en presencia de un aumento de capital contra desembolso, sino porque, además, la ausencia de ánimo de lucro nada emepe la hipotética eventualidad de tener que retribuirlo.

Mayor atención demanda la defensa que la recurrente hace de la validez del aumento acudiendo a una interpretación literal de los artículos 74.4 y 76 LSRL. Para la recurrente, no existe razón legal alguna que impida, en la ampliación de capital estudiada, excluir la preferencia de los socios, preferencia que califica como «derecho de suscripción preferente» evidenciando la confusión de principio en que incurre al denominar el derecho de asignación gratuita de las nuevas participaciones. Esta confusión, como acertadamente razona la DGRN en los fundamentos jurídicos de la resolución, es la que lleva a la sociedad emisora a insistir en el recurso a la excluibilidad y a someter esa decisión —exclusión sí, exclusión no— a la voluntad de la mayoría social. El argumento literal, cimentado en un reconocimiento legal expreso de la excluibilidad del derecho de preferencia de los socios (ex artículo 76 LSRL) y la no prohibición explícita de aquella exclusión en la regulación legal del aumento de capital con cargo a reservas (ex artículo 74.4 LSRL), unido a la descrita confusión del derecho de asignación gratuita con el derecho de preferencia, abocan al fracaso el recurso y la operación de capital diseñada. La exclusión del derecho de los socios a la asignación o atribución gratuita de las nuevas participaciones no es lícita, pues esta asignación gratuita materializa derechos patrimoniales latentes y representa las legítimas expectativas del socio a participar en unas reservas o recursos generados con su esfuerzo, una vez que la sociedad decide capitalizarlas; es un derecho, en definitiva, que ostentan los socios —individualmente— de manera exclusiva, gratuita y automática por el hecho mismo de aprobarse el aumento de capital con cargo a aquellas reservas preexistentes en el patrimonio social. En consecuencia, ni puede hablarse —como ya se adelantó, y con fortuna y acierto expone la DGRN— de un «interés social» que legitime la excluibilidad del derecho de asignación gratuita de los socios, ni la mayoría, reforzada o no, puede imponerle



a éstos semejante sacrificio, y ello aun cuando tal exclusión no venga explícitamente vetada por la norma, y por mucho que la regulación del derecho de preferencia —que no el derecho de asignación gratuita— en sede de la SRL permita su sacrificio en determinada clase de aumentos de capital (el aumento con cargo a reservas que la DGRN califica como «oneroso»).

Este planteamiento está en el origen y fundamento de la calificación negativa del Registrador Mercantil, y en la desestimación del recurso por la DGRN, así como en el de la aseveración de que no puede admitirse la validez del aumento de capital cuestionado, habiendo mediado el voto disidente de cierto número de socios, y habiendo faltado, por tanto, la unanimidad. Sólo el voto unánime justificaría, por la renuncia de todos los socios afectados, la exclusión del derecho de éstos a la asignación gratuita de las nuevas participaciones. No es la ausencia de prohibición explícita de este derecho, ni la excluibilidad del derecho de preferencia, sino la falta de regulación legal del derecho de atribución gratuita —provocada o involuntaria—, unido a la vigencia del principio de proporcionalidad y a la irrevocabilidad de los derechos mínimos del socio, lo que explica la implícita inexcluibilidad de este derecho.

C.2. *Revisión crítica de los planteamientos de la DGRN*

Como se puso de manifiesto en líneas precedentes, la postura de la DGRN está en sintonía con los planteamientos iniciales de este comentario, y con los, sin duda, más autorizados pronunciamientos de la doctrina especializada. En efecto, acierta la DGRN en el tratamiento del problema de fondo que subyace al expediente gubernativo examinado, centrando el *quid* de la cuestión en el diverso tratamiento jurídico que merecen dos mecanismos, coincidentes en su enfoque tuitivo o protector de los derechos del socio frente a eventuales aumentos de capital: el derecho de suscripción o asunción preferente, y el derecho de asignación o atribución gratuita de las acciones o participaciones generadas por aquél.

Es atinada, igualmente, la distinta valoración que el Centro hace de las circunstancias que rodean el ejercicio de ambos derechos; el de suscripción o asunción preferente, excluible total o parcialmente por decisión soberana de la mayoría social —siempre que concurren los condicionantes que marca el ordenamientos societario— y el de asignación gratuita, inexcluible y sustraído, por tanto, al poder de disposición de aquella mayoría. El primero, circunscrito al ámbito de los aumentos de capital «onerosos», y el segundo, consecuencia implícita, o consustancial al aumento de capital por transformación de reservas o beneficios preexistentes en el patrimonio social. El primero, por ende, opcional y voluntario, el segundo automático, imperativo e inexcluible.

El punto, quizás, más llamativo y polémico de la fundamentación jurídica de la resolución de la DGRN lo constituye la referencia a la naturaleza jurídica del derecho de asignación gratuita. Va más allá la DGRN cuando, abundando en la idea de la inexcluibilidad del referido derecho, lo califica como «derecho a participar en las ganancias». Tal es la apuesta del Centro cuando afirma que «...Podría



decirse que el derecho a la asignación gratuita encaja más dentro del que reconoce al accionista el apartado 2 a) del artículo 48 LSA [...] que en el que contempla el apartado 2 b), el de suscripción preferente...». No deja de ser cierto que la atribución o asignación gratuita dista bastante, como hemos podido comprobar, del mecanismo de la suscripción preferente, y que, por tanto, tiene difícil acomodo en el apartado 2 b) del artículo 48 LSA. Pero no es menos cierto que tampoco faltan razones para descartar la calificación del derecho de asignación gratuita como una manifestación del derecho patrimonial a la participación en las ganancias sociales. Y ello, no sólo porque no es parangonable el acuerdo social de distribución de beneficios con el que abre las puertas a una capitalización de las reservas sociales, sino, fundamentalmente, porque la transformación de esas reservas o recursos propios en capital no las convierte, ni mucho menos, en dividendos sociales en los términos del artículo 215 LSA.

Estamos, pues, con la DGRN en la idea de compartir la opinión de que el derecho de asignación gratuita no es una simple manifestación del derecho de preferencia, en el contexto de los aumentos de capital con cargo a reservas —aun insistiendo en sus asimilables planteamientos finalistas o teleológicos—, pero no podemos asentir a su caracterización como derecho a la participación en las ganancias o beneficios, o como una concreción del derecho al dividendo, aun cuando aquellas reservas o recursos puedan igualmente llegar a convertirse, por disposición del órgano social soberano que acuerde el correspondiente acuerdo de distribución, en dividendo a favor de los socios.

V. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, y haciendo acopio de algunas de las consideraciones y planteamientos desarrollados a lo largo de los apartados anteriores, bien pueden entresacarse, a modo de conclusiones, las siguientes:

1. Parece indudable que el derecho de los socios a la asignación gratuita y automática de los nuevos títulos creados con ocasión de un aumento de capital con cargo a reservas o, como lo definen los artículos 151.2 LSA y 73.2 LSRL, por transformación de las reservas o beneficios ya existentes en el patrimonio social, constituye, junto con el derecho de suscripción preferente (artículo 158 LSA) o de preferencia (artículo 75 LSRL), reservado para los casos de aumentos de capital «onerosos», un mecanismo indispensable para la tutela de los derechos del socio frente a eventuales aumentos de capital.

2. Si bien ambos derechos, el de suscripción o asunción preferente y el de asignación gratuita, están unidos en un fin común, garantizar con más o menos intensidad el mantenimiento del valor relativo de la participación social, evitando así la dilución de los derechos latentes de socio sobre el patrimonio social, su tratamiento o régimen jurídico debe ser forzosamente diferente desde la perspectiva de la excluibilidad o no de tales derechos; mientras que la exclusión del derecho de suscripción —o de preferencia— es factible, gozando incluso de amparo legal, la



del derecho de asignación gratuita de los títulos generados por un aumento por capitalización de reservas es inviable, pues si aquella exclusión, modulada o no por la idea del *interés social*, puede llegar a adquirir carta de naturaleza, con el consiguiente sacrificio patrimonial —y de influencia política en la sociedad— por parte del socio, por tratarse de un derecho configurado legalmente como excluible, opcional y de ejercicio voluntario, la exclusión del derecho de asignación gratuita está proscrita —a salvo la poco probable hipótesis de la renuncia de todos y cada uno de los socios a dicha asignación gratuita— porque esa asignación de títulos se produce automáticamente a favor de los socios, ya que son ellos quienes, con su esfuerzo, han permitido la acumulación en el patrimonio social de las reservas o recursos con cargo a los cuales se retribuye el aumento de capital del que nace tal derecho; si se permitiera —estatutariamente o mediante acuerdo social mayoritario— que la capitalización de esas reservas beneficiara a terceros, en detrimento del socio, se estaría consumando un sacrificio desproporcionado, contrario a los derechos individuales de aquél.

3. Aun admitiendo como polémica la cuestión de los límites a la disponibilidad, en aras del interés social, de los derechos mínimos e individuales del socio, el derecho de asignación gratuita parece que debe quedar al margen de la misma, pues, se admita o no teóricamente esa excluibilidad, la asignación gratuita siempre quedaría sustraída al poder de disposición de la mayoría social, porque no existe en los aumentos de capital con cargo a reservas un mecanismo compensador del contravalor del aumento —que en los aumentos con cargo a reservas ya existe en el patrimonio social— como el que representa la prima de emisión en los aumentos de capital mal llamados «onerosos».

4. Si bien no cabe albergar dudas sobre la configuración del concepto de *interés social* —con toda la carga de indefinición e indeterminación que conlleva, pese a los meritorios esfuerzos de la doctrina por llenarlo de contenido— como un presupuesto material y previo de la excluibilidad del derecho de suscripción o asunción preferente, y sí respecto del juego que esa noción pueda tener en el contexto diverso del derecho de asignación gratuita y de los aumentos de capital con cargo a recursos propios, no puede desconocerse que, al menos teorizando, el mismo *interés social* que pueda servir para justificar la exclusión del derecho de preferencia es el que debe estar presente cuando los socios se enfrentan al aumento de capital con cargo a reservas, y ven amenazado su derecho a la asignación gratuita de los nuevos títulos; la diferencia radicaría en que en sede de estos últimos aumentos, no cabría explicar la relación entre exclusión del derecho de asignación gratuita e interés social en términos de necesidad o de conveniencia u oportunidad, ni siquiera de instrumentalidad, pues en estos supuestos el interés social se confunde con el interés de todos los socios, al no existir la posibilidad de contrarrestar la pérdida de valor patrimonial que la renuncia al derecho de asignación significaría para el socio en los aumentos con cargo a reservas, ya que ese valor no es fruto de un desembolso sino de la capitalización, como ya se ha dicho, de las propias reservas y recursos sociales previamente generados por los socios.

5. El derecho de asignación gratuita es, por ende, un derecho inexcluible, tanto por pacto estatutario, como por acuerdo social, exclusivo en cuanto a que su



destinatario ha de ser necesariamente el socio, y automático, por cuanto no necesita de una específica declaración de voluntad social para su reconocimiento, y finalmente, renunciable, siempre y cuando la renuncia se produzca *uti singuli* por parte de todos y cada uno de los socios.

