

SOBRE EL AUMENTO DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS (*)

CONFERENCIA Pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 28 de enero de 1993

por D. JUAN LUIS IGLESIAS PRADA

Catedrático de Derecho Mercantil

I. INTRODUCCIÓN

Debo admitir que, desde el primer momento, el expreso reconocimiento de la modalidad del aumento de capital por compensación de créditos ha sido una de las innovaciones legislativas de la reforma de 1989 que ha suscitado en mí cierta curiosidad. Tanto la indicación del artículo 151.2 de que el contravalor del aumento podrá consistir «en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la compensación de créditos contra la sociedad», como, y sobre todo, la disciplina relativa a esta modalidad singular que se contiene en el artículo 156.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, plantean algunas incógnitas capaces de estimular inmediatamente el interés del investigador. Y si a ello se añaden la circunstancia de haber tenido que reflexionar por razones de índole profesional sobre aspectos concretos de esta innovación legislativa y la incertidumbre reinante entre los comentaristas acerca de la interpretación que merece esta última disciplina, me parece que no será necesario un mayor detenimiento en la explicación de las razones que motivan la elección de este tema para mi primera comparecencia en esta ilustre Casa.

Desde una perspectiva económica, el denominado «aumento de capital por compensación de créditos» no presenta, a mi juicio, especiales dificultades de identificación y de comprensión. El supuesto coincide, en efecto, con lo que en la práctica financiera suele denominarse «capitalización de deuda», y cuyo principal objetivo reside en aliviar o reestructurar el pasivo de la sociedad transformando ciertos recursos ajenos en recursos propios y, especialmente, en capital. Desde un punto de vista jurídico, en cambio, la figura presenta una notable complejidad y la disciplina reguladora de la misma, carente de precedentes directos en el Derecho comparado e introducida en nuestro ordenamiento sin excesivos reparos parlamentarios (1), comporta ciertos problemas de interpretación en cuyo análisis nos vamos a adentrar.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DENOMINADO «AUMENTO POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS»

1. Naturaleza jurídica de la aportación

Muy probablemente, la primera dificultad que hemos de sortear es la relativa a la determinación de la naturaleza jurídica de la operación mediante la que se lleva a cabo la aportación, cuestión esta que puede considerarse controvertida entre nuestros autores.

A) Entrega de las acciones emitidas y dación en pago

Un sector de la doctrina, en efecto, estima que nos hallamos ante una dación en pago. El crédito del acreedor frente a la sociedad se extinguiría, desde este punto de vista, porque aquél acepta, en lugar de la prestación debida, una prestación distinta, que precisamente consiste en las acciones que se crean con el aumento para serle entregadas. El aliud de la datio in solutum vendría dado -como exponía De la Cámara con anterioridad a la Ley (2) y lo hacen con posterioridad a ella Alonso Espinosa (3) y en cierto modo Vicent Chuliá (4)- por la participación que se obtiene en la sociedad mediante la suscripción del aumento.

Es ésta, sin embargo, una opinión que a mi juicio no está libre de algunos reparos. De un lado, si bien es cierto que la dación en pago puede llevarse a cabo mediante la entrega de acciones preexistentes, parece que, en cambio, no puede tener lugar mediante la entrega de acciones creadas para la circunstancia, pues lo contrario equivaldría a afirmar que la suscripción del

aumento de capital no la efectúa quien aporta el crédito, sino la propia sociedad con el fin de transferir las acciones de inmediato y solvendi causa a su acreedor. Y este modo de proceder, además de colisionar directamente con la prohibición de suscripción de las propias acciones que establece el artículo 74 de la Ley, no refleja la realidad de las relaciones jurídicas que se sustancian en el aumento por compensación de créditos, en el que la integración del aportante en la sociedad o el incremento de su participación en la misma no son consecuencia de un negocio sinalagmático, como a fin de cuentas es la dación en pago, sino que son consecuencia de un negocio societario. De otro lado, los reparos a la tesis de la dación en pago se acrecientan si tenemos en cuenta que, trasladada a los aumentos ordinarios, conduciría a postular que la adquisición de las acciones tiene lugar en virtud de una compraventa de acciones y no en virtud del correspondiente negocio societario de suscripción, lo cual no parece correcto (5).

B) Aumento por compensación de créditos y novación

Influenciado, tal vez, por la realidad económica de la operación, que pone de manifiesto una reestructuración o transformación de un vínculo obligatorio en un vínculo societario, un importante sector de nuestra doctrina viene estimando que la figura que mejor explica los efectos del denominado aumento de capital por compensación de créditos es la novación. Se advierte, en este sentido, que el crédito del acreedor contra la sociedad se extingue por novación conforme al artículo 1203.1.º del Código civil, y por la relación societaria que surge precisamente de la participación en el aumento. En otros términos, y como afirma Sánchez Andrés, la operación se traduciría en un acuerdo entre la sociedad y el acreedor para sustituir el crédito por una participación en la sociedad, de modo que, subsistiendo los sujetos de la relación obligatoria, se transforma la causa de la obligación (6).

No obstante el número y autoridad de los autores que han llegado a esta conclusión (7), tampoco me parece que su punto de vista pueda ser compartido sin ciertas reservas. Desde una perspectiva estrictamente positiva, el reproche fundamental que merece, a mi juicio, consiste en su escasa congruencia con la disciplina contenida en el artículo 156 de la Ley. En efecto, si -como se afirma desde esta orientación doctrinal- el crédito aportado es objeto de novación, por fuerza ha de concluirse que se extingue totalmente con la aportación y que, por consiguiente, las acciones recibidas en contrapartida han sido íntegramente desembolsadas, lo cual no parece compatible con el requisito del 25 por 100 establecido en la letra a) del referido precepto que la doctrina unánimemente, y a mi juicio con razón, vincula al principio del desembolso mínimo del capital suscrito. Por otra parte, y sin perjuicio de que en otro momento de la exposición nos refiramos de modo más específico al significado de esta exigencia, es lo cierto que sí, de modo congruente con la tesis de la novación extintiva, las acciones se liberasen en su totalidad aunque el crédito no esté vencido, habría que pensar que se emiten por un valor no equivalente al valor nominal del crédito, sino a su valor actual o real, para lo cual parece que, desde la óptica de la protección del capital, sería necesario someter el crédito a la valoración de un experto independiente. Ha de advertirse, sin embargo, que la letra b) del artículo 156.1 no impone ni contempla en estos casos la intervención de un experto en valoraciones, sino únicamente la de un auditor cuyo cometido se limita ex lege a la comprobación de la exactitud de los datos ofrecidos por los administradores sobre el crédito o, lo que es lo mismo, a la verificación de la existencia y características de éste. Y esta circunstancia puede ser, precisamente, un indicativo o un indicio racional de la inexistencia de novación (8).

Pero no son sólo argumentos de índole positiva los que militan en favor de esa inexistencia. También hay razones de orden dogmático que invitan a dudar seriamente de la identificación de una novación en la modalidad de aumento de capital que es objeto de nuestra consideración. A mi modo de ver, en este caso los reparos se compendian en la idea de que la novación, como fenómeno extintivo, no se refiere al contrato, sino a la obligación. Si no me equivoco en la apreciación, esta es la idea que subyace en la crítica que Galán López ha formulado a la orientación doctrinal que nos ocupa, cuando recuerda que la novación, aunque sea mediata, «implica una identidad de las posiciones jurídicas asumidas por las partes en la relación que se extingue y en la que la sustituye», y cuando advierte que admitir el carácter novatorio de la figura comporta aceptar que «la condición de socio se deriva, sin más, de un pacto acreedor-sociedad, e identificar la relación que se genera entre el socio y la sociedad por

la cuota de participación social con la de acreedor de la sociedad», lo cual es ciertamente discutible. De un lado, porque aun admitiendo que el accionista, por su cuota de participación en la sociedad, pueda considerarse acreedor de ésta, nunca podrá ser identificado en relación con dicha cuota como un tercero acreedor. De otro lado, y sobre todo, porque resulta muy difícil, por no decir inexacto, concluir que la condición de accionista se adquiere a consecuencia de un pacto entre el acreedor y la sociedad dirigido a la sustitución de la posición acreedora de aquél, cuando es lo cierto que la adquisición de esa condición ha de anudarse al cumplimiento por el acreedor de una obligación de aportación resultante de un pacto o negocio societario que la genera (9).

C) La compensación de la deuda de aportación

En realidad, la figura que mejor explica la naturaleza de esta modalidad de aumento de capital es la compensación. No ha de verse en esta afirmación, desde luego, un improcedente servilismo hacia la letra de la ley, pues aun cuando es cierto que su artículo 156 utiliza el término «compensación», no lo es menos que en sus opciones definitorias el legislador no vincula necesariamente al intérprete (10). Se trata, más bien, de un posicionamiento, por lo demás no exento de cierto amparo doctrinal (11), que se sustenta sobre la circunstancia de ser la compensación la figura que, a mi juicio, mejor explica el proceso jurídico que tiene lugar en este tipo de ampliaciones de capital y mejor se acomoda a la directa relación existente entre la condición de socio y la realización de la aportación.

La razón fundamental que avala este punto de vista puede extraerse de la propia regulación contenida en el artículo 156 de la Ley que, como veremos posteriormente, sólo puede ser rectamente comprendido desde la óptica de la compensación. Pero es que, además, la tesis de la compensación también parece la más coherente en el plano dogmático, pues no se puede olvidar que, a diferencia de la novación, la compensación es un subrogado del pago y que, por ello, tiene una función extintiva que satisface el interés del acreedor, lo cual concuerda plenamente con la función productiva del aumento de capital. En todo caso, parece que no es despreciable, tampoco, el argumento ad absurdum que proporcionaría la no aplicación de la disciplina del artículo 156 de la Ley a las hipótesis tradicionales de compensación de la deuda de aportación. Porque si se aceptara que ese precepto no está contemplando la problemática de la compensación strictu sensu, habría de concluirse que la compensación de la deuda de aportación se somete a la menos rigurosa disciplina general del Código civil, salvo que se estime -lo que parece aún menos admisible- que, concurriendo los requisitos exigidos por dicho Código para la compensación legal, el deudor de la aportación no puede oponer la compensación para liberarse de su deuda (12). Y esta admisión de la posibilidad de compensar la deuda de aportación mediante el recurso a las reglas del Derecho común conduciría -como también tendremos ocasión de advertir- a la apertura de un falso portillo por el que podría eludirse la aplicación del referido precepto legal a muchas operaciones de capitalización de deuda.

Por lo demás, es forzoso reconocer que este punto de vista parece inicialmente vulnerable a una imputación de cierta artificialidad, en la medida en que puede aducirse que implica el «invento» de una compensación cuando todavía no hay deuda que compensar. En este sentido, en efecto, el hecho de que el crédito de la sociedad, es decir, el crédito vinculado a la obligación de aportación, se constituya y extinga simultáneamente, vendría a constituir un posible indicio de esa artificialidad. Ciertamente, la compensación se realiza in limine negotii (13). Pero nada extraño debe verse en ello. En la vida de los negocios sucede a menudo que se constituye una relación obligatoria en atención, justamente, al hecho de que puede satisfacerse oponiendo en compensación un crédito preexistente. Y si en esa censura subyace alguna preocupación por la debida protección de los restantes acreedores sociales, no debe olvidarse que, como reconoce la generalidad de la doctrina, la operación produce el resultado de transformar créditos ciertos y concurrentes en capital, es decir, en créditos potenciales y en su caso postergados dentro del procedimiento liquidatorio, con la consiguiente mejora de la posición de aquellos acreedores (14).

2. Tipo de aumento de capital

A) El aumento por compensación de créditos como subespecie de los aumentos «in natura»: crítica

En todo caso, no se puede ocultar que la compensación de la deuda de aportación suscita aún numerosas cuestiones y problemas que es preciso desentrañar. Pero antes de abordar su consideración, es conveniente detener la atención en el análisis de otros aspectos necesarios para identificar correctamente la naturaleza del denominado «aumento por compensación de créditos». Sin duda, uno de ellos es el relativo a la determinación del tipo de aumento de capital que contempla el artículo 156 de la Ley. Se trata, en efecto, de clarificar si esa modalidad de ampliación del capital social es un aumento con cargo a aportaciones dinerarias -«aumento simple»- o un aumento con cargo a aportaciones no dinerarias -«aumento cualificado».

Como es sabido, la doctrina predominante (15) se inclina por la segunda opción, invocando en su apoyo varios argumentos. El primero de ellos se funda en el tenor literal del artículo 151.2 de la Ley, a cuyo tenor «el contravalor del aumento de 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». El inciso referido a la compensación de créditos -se afirma- constituye una especificación de una hipótesis singular de aportación in natura, y por eso -se concluye- el aumento por compensación de créditos ha de encuadrarse dentro de la tipología de los aumentos cualificados y, consiguientemente, ha de someterse, siquiera sea de modo subsidiario, al régimen general de las aportaciones no dinerarias. No debe olvidarse además, se advierte en segundo lugar, que «en el artículo 92.2 del Anteproyecto de abril de 1988 se decía textualmente -al regular las modalidades de contravalor en el aumento de capital- ... compensación de créditos y otras aportaciones no dinerarias» (16), manifestándose de este modo claramente en favor de la incardinación del supuesto que analizamos dentro de los aumentos con cargo a aportaciones in natura. Finalmente, y recurriendo a un argumento analógico de discutible valor, se añade que el aumento de capital por compensación de créditos viene a ser un subtipo de los aumentos con cargo a aportaciones no dinerarias, por la concomitancia de su disciplina especial -la del art. 156 de la Ley- con la disciplina general de las aportaciones no dinerarias de los artículos 38 y 40.2, relativos al control por experto independiente y al desembolso en el plazo máximo de cinco años.

No obstante su mayoritaria aceptación, nos parece que esta orientación doctrinal, recientemente seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado (17), no puede ser compartida sin serias reservas. En este sentido, se puede advertir que el argumento extraído del artículo 151.2 de la Ley no es decisivo, por la sencilla razón de que el inciso problemático («incluida la compensación de créditos») no se refiere específicamente a las aportaciones no dinerarias, sino a la categoría general de los aumentos hechos con cargo a aportaciones (los denominados «aumentos efectivos», «reales» u «onerosos»), dentro de la que se incluyen tanto los que tienen lugar mediante aportaciones dinerarias como los verificados con aportaciones no dinerarias.

Tampoco puede atribuirse valor concluyente, a mi juicio, al argumento extraído del antecedente legislativo mencionado. Porque, de una parte, cualquiera que sea la corrección de esa referencia prelegislativa, la circunstancia de que en la Ley hubiera sido rectificada la redacción del sedicente artículo 92.2 invitaría, cuando menos, a deducir del cambio un signo de realineamiento del legislador con otras tesis y, de otra parte, los términos alternativos en que se pronunciaba el artículo 89.1 del Anteproyecto de 1987 -e incluso el Proyecto del Gobierno- no permitían deducir una identificación de la aportación de créditos contra la sociedad con las aportaciones dinerarias o no dinerarias, que pudiera proporcionar algún criterio sólido para la interpretación del texto que finalmente fue adoptado en el artículo 89.1 de la Ley (art. 151.2 del Texto Refundido).

Por lo que se refiere, en fin, a la supuesta concomitancia o correspondencia entre la disciplina del artículo 156 y la específica de las aportaciones in natura, ha de añadirse que esa correspondencia es más bien aparente que real. Será suficiente recordar en este punto que la intervención del auditor prevista en el artículo 156 de la Ley no puede equipararse a la intervención del experto independiente que contempla el artículo 38, pues mientras esta última

tiene por objeto verificar el valor atribuido a la aportación, la primera persigue simplemente la verificación de la existencia y características del crédito a partir de la contabilidad social. Bajo este aspecto parece, en efecto, que la intervención del auditor ha de insertarse, más bien, en la disciplina relativa a la verificación del desembolso de las aportaciones dinerarias, respecto de la que viene a constituir uno de los componentes de la necesaria modalización que, en el caso de aportación de créditos contra la sociedad, requiere el régimen general establecido en el artículo 40.1 de la Ley para la acreditación de la realidad de las mismas.

Todo ello invita a pensar, a mi modo de ver, que el «aumento por compensación de créditos» contemplado en el artículo 156 de la Ley ha de subsumirse dentro de los aumentos simples (18). La razón fundamental que induce a la conclusión de que nos hallamos ante un supuesto de aportación dineraria se encuentra, básicamente, en la propia estructura de la operación, tal como ha sido anteriormente diseccionada. En efecto, si se entiende que nos hallamos ante una aportación in natura y, concretamente, ante un supuesto de aportación de créditos, habrá de admitirse forzosamente que el crédito de que es titular el acreedor se transmite en virtud de la aportación pasando a ser de titularidad de la sociedad, lo cual es incompatible con la consideración compartida por los patrocinadores de esta tesis cuando estiman que el crédito se extingue por dación en pago, por novación o por compensación.

Parece obvio, ciertamente, que si el crédito se extingue por dación en pago, novación o compensación, no puede ser objeto de transmisión a la sociedad, puesto que para que pueda transmitirse es necesario, precisamente, que no se extinga. Y en este sentido, no es dudoso que ambos postulados -existencia de una aportación in natura, que presupone que el crédito se transmite a la sociedad, y extinción del crédito por dación en pago, por novación y, especialmente, por compensación- son esencialmente incompatibles entre sí.

Si bien se advierte, el aumento de capital por compensación de créditos no se ejecuta por medio de la transmisión del crédito a la sociedad, sino oponiendo la compensación del mismo -por utilizar la terminología del Código civil- para la liberación de la deuda de aportación que contrae el acreedor. En consecuencia, en este caso no se produce propiamente una aportación de créditos, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de aportación de créditos contra terceras personas, en los que la deuda de aportación no se libera por compensación, sino mediante la oportuna cesión o transmisión del crédito a la sociedad. Por eso no resulta fácil de comprender la posición dual que mantiene alguno de nuestros autores cuando afirma que la compensación de créditos líquidos y exigibles se reconduce a una aportación de numerario y, al propio tiempo, entiende que si el crédito no está vencido, no es líquido o no es exigible en su totalidad nos hallaremos ante una aportación in natura que se resuelve en una compensación convencional (19). Porque el corolario lógico de esta segunda afirmación sólo puede ser -como así lo es- la admisión de la compensación convencional para la deuda de aportación, algo que, como intentaremos explicar más adelante, no parece admitir nuestro legislador, pues, en síntesis extrema, el aumento contemplado en el artículo 156 de nuestra Ley es un aumento que se financia con cargo a aportaciones dinerarias y se paga mediante la técnica simplificadora de la compensación.

B) Aportación del crédito contra la sociedad y extinción por confusión: crítica

Por supuesto, esta observación no es concluyente. En efecto, podría reabrirse la controversia inicialmente analizada sobre la naturaleza jurídica de la operación mediante la que se lleva a cabo la aportación en el denominado aumento por compensación y afirmarse que en este caso la extinción del crédito tiene lugar por confusión. De hecho, la única tesis que resulta compatible con la idea de que existe una aportación o, si se quiere, transmisión, del crédito a la sociedad, es la que ha mantenido en nuestra doctrina Olivencia, al afirmar que la extinción del crédito se verificaría una vez hubiera sido transmitido a la sociedad, y precisamente por confusión (20). Siendo ello así, la consideración del aumento de capital por compensación de créditos como un aumento con cargo a aportaciones no dinerarias sería dogmáticamente procedente.

Mas la iniciativa de reconstrucción del fenómeno en torno a la figura de la confusión de créditos y deudas regulada en el artículo 1192 del Código civil, aunque sugestiva, no parece

merecedora de favorable estimación, por la sencilla razón de que no es concebible que se produzca la transmisión de un crédito individual entre el acreedor y su deudor. Los contratos entre el deudor y el acreedor no pueden tener un efecto traslativo, sino directamente extintivo, porque en la transmisión no hay causa o interés que sean dignos de protección por el ordenamiento jurídico. La única posibilidad de contratos traslativos de créditos entre acreedor y deudor se produce, en efecto, cuando tienen lugar en el seno de una sucesión universal inter vivos o mortis causa, dentro de una cesión de créditos en masa o se trata de créditos incorporados a títulos-valores, en este último caso por razón de que la incorporación documental produce la objetivación del crédito y su circulación como una cosa mueble. Y no es dudoso que la aportación en el denominado aumento de capital por compensación de créditos resulta de imposible asimilación a estos supuestos. Además, si en nuestro caso se identificara realmente una confusión de crédito y deuda, como la confusión opera por el total, el crédito aportado habría de extinguirse íntegramente por coincidencia de la condición de acreedor y deudor, en lugar de extinguirse únicamente en su parte vencida, líquida y exigible, lo que no parece compatible con la posibilidad legalmente reconocida de aplicar a la liberación de la deuda de aportación créditos que sólo sean líquidos y exigibles en un 25 por 100 de su importe (21).

C) El aumento por compensación de créditos como aumento con cargo a aportaciones dinerarias

Todo ello induce a pensar, como ya hemos anticipado, que el denominado «aumento por compensación de créditos» contemplado en el artículo 156 de la Ley ha de incardinarse en la categoría de los aumentos con cargo a aportaciones dinerarias. Salvo en los supuestos en que originaria y expresamente se haya previsto que el contravalor de la ampliación de capital ha de consistir en aportaciones in natura, la deuda de aportación que surge a cargo de quien suscribe el aumento es una deuda dineraria y, precisamente por ello, susceptible de compensación que, en definitiva, no es más que una modalidad compleja de pago (22). En este sentido, y como ya hemos señalado, las denominadas «aportaciones de créditos contra la sociedad» y las «aportaciones de créditos contra terceras personas» constituyen, desde el punto de vista jurídico, operaciones de muy diferente naturaleza (23). Las (mal) llamadas «aportaciones de créditos contra la sociedad», que coinciden con la operación que la Ley denomina «aumento por compensación de créditos», no son, en rigor, aportaciones de crédito, es decir, aportaciones no dinerarias cuya pago requiere la oportuna cesión o transmisión del crédito a la sociedad. Son, en realidad, aportaciones de dinero -no en metálico, ciertamente, pero sí dinerarias- propiamente tales, cuya única particularidad radica en la materialización de su desembolso mediante compensación.

No es esta, por lo demás, una observación carente de trascendencia práctica. La calificación del aumento por compensación de créditos como un aumento simple, comporta, en efecto, la aplicación subsidiaria de las normas generales sobre los aumentos con cargo a aportaciones dinerarias y, de modo específico, el artículo 154 de la Ley que condiciona la viabilidad de esta clase de aumentos al total desembolso de las acciones anteriormente emitidas (24), lo que parece plenamente coherente con la circunstancia de que la aportación está constituida por créditos contra la propia sociedad. Al propio tiempo, esa calificación permite explicar el hecho de que la disciplina legal haya prescindido de las normas que rigen las aportaciones no dinerarias, exigiendo en su lugar, y por las singulares características de lo aportado, únicamente la liquidez y exigibilidad del crédito y la verificación de su existencia contable (25). Y, por fin, también permite sostener que las cantidades productivas que afluyen al aumento coinciden con el nominal del crédito compensable, porque si la aportación que realiza el suscriptor del aumento se considera dinerada, el pago de la misma se efectúa con las cantidades que le adeuda la sociedad.

3. Naturaleza contable o efectiva del aumento

El examen de la estructura del aumento de capital por compensación de créditos, requiere precisar aún si la operación es de naturaleza contable o efectiva. Después de cuanto hemos indicado, no parece, sin embargo, que la respuesta a esta cuestión ofrezca especial dificultad, por lo que sólo nos detendremos brevemente en su consideración. Se trata, indudablemente,

de un aumento efectivo o, si se prefiere, de un aumento oneroso, como parece confirmarlo con claridad la Ley, al incluirlo entre los aumentos con aportaciones, y lo estima un autorizado sector de nuestra doctrina (26).

Es cierto, no obstante, que no faltan autores que ponen en entredicho esta calificación, en atención a la circunstancia de que esta clase de aumentos no comporta la afluencia de nuevos recursos productivos a la sociedad (27). Mas la observación tal vez pueda considerarse consecuencia de un espejismo, porque si bien ha de admitirse que el patrimonio social no incrementa su activo, tampoco se puede negar que experimenta paralelamente una disminución de su pasivo inmediatamente exigible, logrando así la disponibilidad de nuevos recursos que, de otro modo, habría de destinar al cumplimiento de sus obligaciones (28). Frente a la afirmación de que, en el plano puramente económico, el patrimonio social no percibe un ingreso de nuevas aportaciones, ha de oponerse, en efecto, el hecho incontrovertible de que la aportación del crédito contra la sociedad implica un acto de disposición de un derecho propio por parte del acreedor y en favor de la sociedad que se traduce en una transformación de pasivo exigible en capital y, en definitiva, en una atribución a la sociedad de recursos procedentes de terceros. No es dudoso, por ello, que nos hallamos ante un aumento efectivo o real y que esta conclusión obliga a prescindir de la aplicación, incluso subsidiaria, de las normas dictadas para los aumentos contables y, muy especialmente, de la previsión contenida en el último inciso del artículo 152.2 de la Ley que permite, como es sabido, instrumentar los aumentos de capital meramente contables o nominales por medio de la elevación del valor nominal de las acciones aunque no se haya obtenido el consentimiento de todos los socios (29).

III. LA COMPENSACIÓN DE LAS DEUDAS DE APORTACIÓN

1. Consideraciones generales

La exposición precedente nos ha permitido determinar la estructura del aumento de capital por compensación de créditos: se trata de un aumento efectivo, que se financia con cargo a aportaciones dinerarias y se paga mediante la técnica de la compensación. Ha llegado, pues, el momento de adentrarse en la problemática general que plantea la compensación de la deuda de aportación. Este análisis reviste interés por varias razones. Ante todo, porque será especialmente útil para desentrañar y comprender el sentido exacto de las normas contenidas en el artículo 156 de la Ley y, en especial, la relativa al requisito de que al menos un 25 por 100 de los créditos aportados sean líquidos, vencidos y exigibles, cuya significación suscita no poca curiosidad. De otra parte, porque nos permitirá determinar cómo se produce el desembolso de las acciones cuando éstas se liberen mediante la técnica de la compensación. Y de otra, en fin, porque contribuirá positivamente a la determinación de la disciplina aplicable en la materia.

En este sentido, y desde la perspectiva que ahora nos interesa -que no es otra que la relativa al aumento de capital-, el recurso a la compensación se plantea o puede plantearse en un doble momento: con posterioridad a la adopción del acuerdo de aumento, en cuyo caso nos hallaremos ante lo que, convencionalmente y a falta de expresión más precisa, podemos identificar como compensación circunstancial; y antes de que se adopte dicho acuerdo, hipótesis que, también convencionalmente, podríamos denominar compensación planificada. Como tendremos ocasión de advertir, esta distinción tiene un significado más fenomenológico que propiamente normativo, pero puede sernos de particular utilidad para plantear correctamente el análisis de esta compleja materia y lograr una cabal comprensión de la misma. Junto a ella, será igualmente útil el recurso al contrapunto que ofrece la regulación francesa en esta materia que, muy probablemente, ha estado presente, de un modo u otro, en la mente de los redactores del artículo 156 de nuestra Ley.

2. La «compensación circunstancial»

La primera de estas hipótesis -la compensación circunstancial o no planificada- se desarrolla en el seno del aumento ordinario de capital con aportaciones dinerarias y se produce cuando en el trámite de ejecución de un acuerdo de aumento ya adoptado, un suscriptor que a su vez es acreedor social decide compensar la deuda de aportación con el crédito que ostenta frente a

la sociedad (30). Se trata, como fácilmente se puede advertir, de un supuesto no regulado expresamente -ni siquiera contemplado- en la Ley de Sociedades Anónimas, y que suscita inmediatamente la cuestión de la admisibilidad o la improcedencia de la compensación (31).

No es mi propósito abordar en profundidad esta cuestión, especialmente controvertida en la doctrina (32), cuyo estudio requeriría incluso examinar hasta qué punto los principios generales del Derecho de sociedades anónimas exigen una modalización de la disciplina general del Código civil en materia de compensación. Entre otras razones, porque, a mi modo de ver -y pronto tendremos ocasión de contrastarlo-, la cuestión se encuentra resuelta, siquiera sea indirectamente, en la propia Ley. Mas antes, y a efectos meramente dialécticos, supongamos por un momento que en este caso fueran de aplicación las reglas generales, como así parecía estimarlo ya un autorizado sector de nuestra doctrina bajo la vigencia de la Ley de 1951 (33). Si así hubiera de entenderse, tal vez sea lógico concluir, por un lado, que cuando el crédito cuya compensación se propone sea líquido y exigible, habría de ser procedente, por imperativo del artículo 1195 del Código civil, la compensación propia (compensación legal); y, por otro lado, que si el crédito no reúne esos requisitos de liquidez y exigibilidad, procedería la llamada compensación impropia o convencional cuando previamente se hubiera logrado el oportuno acuerdo entre las partes (34). Por consiguiente, si se admitiera la directa aplicación al caso de las reglas generales en materia de compensación, habría que admitir también, coherentemente, que la deuda de aportación puede compensarse con un crédito no verificado por un auditor y que es posible la compensación de la deuda de aportación con un crédito no líquido y exigible, siempre que medie acuerdo entre las partes respecto de la misma.

El proceso lógico de nuestro análisis requeriría ahora el contraste de estas consideraciones iniciales, basadas en una hipótesis dialéctica, con la disciplina legal aplicable a la materia que nos ocupa. No vamos, por supuesto, a eludir esa confrontación. Pero para llevarla a cabo, parece conveniente verificar el estado de la cuestión en el Derecho comparado. Bajo este aspecto, si observamos los ordenamientos de nuestro entorno, se puede advertir que, salvo el alemán, en el que se prohíbe expresamente la compensación de la deuda de aportación a iniciativa unilateral del aportante (35), el único que regula esta modalidad de compensación, que hemos denominado «circunstancial», es el francés (36). Y es altamente significativo el dato de que la regulación francesa, cuya referencia tal vez tuvieron presente -como ya se ha indicado- los redactores de nuestra Ley, está integrada por dos piezas básicas. La liberación de acciones por compensación de créditos contra la sociedad requiere, en primer término, la verificación por un auditor del crédito que se opone en compensación (37); en segundo lugar, se exige la liquidez y exigibilidad del crédito (38), lo que en realidad viene a implicar una exclusión de la posibilidad de extinguir la deuda de aportación por medio de la denominada compensación impropia o convencional (39). La superioridad técnica de la regulación francesa sobre aquélla que en nuestro caso resultaría de la aplicación de las reglas generales, no parece dudosa. Porque, en efecto, la protección de la íntegra formación del capital social, que constituye un postulado indeclinable en la sociedad anónima, sólo puede garantizarse plenamente, como por lo demás es generalmente aceptado, prohibiendo la compensación impropia e imponiendo la verificación de la realidad contable del crédito.

3. La «compensación planificada»

En el Derecho comparado y, singularmente, en el ordenamiento francés no se regula expresamente, en cambio, la hipótesis que hemos denominado «compensación planificada», es decir, aquélla en que la compensación ha sido prevista antes de adoptar el acuerdo de aumento en atención a que la ampliación del capital se promueve con el propósito de extinguir, mediante la compensación, determinados créditos que gravan el patrimonio de la sociedad (40). No deja de ser sorprendente advertir, sin embargo, que éste es, precisamente, el supuesto de compensación regulado en el artículo 156 de nuestra Ley que a tal efecto exige, como es sabido, la verificación del crédito por un auditor, que el crédito sea vencido, líquido y exigible al menos en un 25 por 100 y el vencimiento de la parte restante no exceda de cinco años, y que la operación sea acordada por la junta general (41),

Esta divergente orientación de los ordenamientos en contraste y, en especial, la ausencia en el Derecho francés de una disciplina específica para la compensación planificada, han de tener

una explicación. Tal vez esa explicación de la divergencia podría contribuir a clarificar nuestro propio sistema. Y tal vez, también, ese silencio del legislador francés sobre la hipótesis precisamente contemplada en nuestra Ley obedezca a la sencilla razón de que, regulada la compensación circunstancial en los términos ya indicados, era innecesario establecer una disciplina específica para la compensación planificada. Procede, pues, llevar a cabo una valoración comparativa entre ambos regímenes, esto es, el francés de la compensación circunstancial y el español de la compensación planificada, para tratar de hallar esa explicación.

4. Valoración comparativa del Derecho francés y del Derecho español

A) El requisito de la verificación del crédito

En este sentido, la primera observación que se deduce de esa valoración comparativa es la coincidente exigencia del requisito de la verificación del crédito por un auditor que, tanto en el Derecho francés (42) como en el nuestro (43), aparece limitada al control de su existencia contable, sin que alcance a la ponderación de su bonitas o, cuando se trate de un crédito que no se halle íntegramente vencido, a la valoración del mismo mediante su actualización. Y ello ha de ser así, porque, siendo dineraria la aportación, ésta se efectúa por el valor nominal del crédito, sin perjuicio de las consecuencias que procedan respecto de la medida del desembolso a que más adelante nos referiremos (44). Poco importa, en efecto, que nuestro legislador, de modo muy semejante a como lo hace el francés, instrumente esa verificación contable mediante una certificación expedida por el auditor sobre la certeza de los datos proporcionados por los administradores sobre los créditos cuya compensación se pretende, y no mediante una certificación que acredite directamente la preexistencia de los créditos en la contabilidad social (45). Lo significativo en este caso no es el modo de acreditar esa preexistencia, sino el hecho de que la función auditora se limita a la constatación de la misma y de las características de los créditos en cuestión, sin extenderse en apreciaciones sobre su valoración que son propias del régimen aplicable a las aportaciones no dineradas.

B) El requisito del vencimiento, liquidez y exigibilidad del crédito

Mayores diferencias se advierten, a primera vista, en relación con el requisito del vencimiento, liquidez y exigibilidad de los créditos (46), pues mientras en el Derecho francés ese requisito ha de concurrir íntegramente en los créditos que sean aplicados en compensación, nuestro artículo 156 limita esa exigencia -como sabemos- a un porcentaje del 25 por 100. A mi modo de ver, sin embargo, esa divergencia es más aparente que real, pues un cuidado análisis de ambos ordenamientos permite concluir que los dos requieren la concurrencia de liquidez y exigibilidad en los créditos para su compensación o, lo que es lo mismo, que en los dos se proscriben la compensación impropia o convencional (47). Por su trascendencia para la recta comprensión del requisito del 25 por 100 establecido en nuestra Ley, es conveniente que nos detengamos brevemente en la ponderación de esta conclusión cuyo punto de partida reside en la observación de la diferente formulación legislativa de las normas en contraste.

En efecto, la norma francesa, construida con toda corrección, impone la íntegra exigibilidad del crédito para la liberación de las acciones que se entregan en contrapartida del aumento: «Las acciones nuevas se liberarán en numerario, por compensación con créditos líquidos y exigibles contra la sociedad, por incorporación de reservas...», etcétera, señala el artículo 178.11 de la Ley de 1966. La norma española, en cambio, conecta la liquidez y exigibilidad del crédito en un 25 por ciento a la procedencia de la ampliación de capital por compensación de créditos: «Sólo podrá realizarse un aumento de capital por compensación de créditos -establece en sus primeras palabras el artículo 156.1 de nuestra Ley- cuando concurren las siguientes circunstancias.» Bajo este aspecto, mientras la primera contempla el recurso a la compensación para el desembolso de las acciones en el aumento de capital, que es cronológicamente posterior al acuerdo de aumento, y por ello puede decirse que regula la «compensación circunstancial», nuestra Ley parece referirse -como ya hemos advertido- a la concreta decisión de aumentar el capital por compensación de créditos con intervención de la junta general, lo que permite deducir que presupone la inexistencia de un previo acuerdo de aumento y pretende regular la «compensación planificada».

A mi juicio, esta diversidad en la formulación de la norma, que se proyecta en un caso sobre el desembolso de las acciones y en el otro sobre la procedencia misma de la operación de aumento es, precisamente, la circunstancia que neutraliza el distinto alcance del requisito - exigibilidad plena en el primer caso y exigibilidad del 25 por 100 en el segundo- y que, al propio tiempo, permite concluir que nuestro legislador, aunque lo haya hecho de un modo técnicamente defectuoso, prescribe exactamente lo mismo que el legislador francés. Bajo este aspecto, si se parte del presupuesto, indiscutido en nuestra doctrina, de que el requisito del 25 por 100 previsto en el artículo 156 se relaciona directamente con el principio del desembolso mínimo de la acción (48) que igualmente refieren al 25 por 100 los artículos 12 y 152.3 de la Ley, no es dudoso que lo que realmente está diciendo el legislador en la letra a) del artículo 156 es algo tan elemental y, si se quiere, innecesario, como que para liberar la acción en el mínimo legalmente establecido (25 por 100) es preciso que el crédito a compensar sea líquido y exigible en esa misma proporción, es decir, en el 25 por ciento (49).

Todo ello nos permite anticipar dos conclusiones de interés para perfilar la delimitación del sistema de nuestra propia Ley. De una parte, que en él no se admite la compensación impropia o convencional, lo que puede considerarse un acierto desde la perspectiva de la necesaria tutela del capital (50); y, de otra parte, que en él se admite la compensación parcial del crédito, algo que, en cambio, pone en entredicho alguno de nuestros autores (51).

C) El requisito de aprobación por la junta general

Si continuamos ahora la valoración comparativa de la regulación francesa y española que venimos realizando, podremos advertir que las diferencias aparentemente más notables entre los dos ordenamientos parecen producirse respecto del requisito de que la compensación haya de ser aprobada por la junta general, ya que mientras el Derecho francés no alude a esta cuestión, la letra b) de nuestro artículo 156 presupone de modo implícito que la operación ha de recibir el placet de la junta. Sin embargo, de nuevo la divergencia obedece, a mi modo de ver, a un espejismo que oculta la sustancial identidad de las soluciones de fondo.

Así ha de entenderse, en efecto, si se tiene presente que el legislador francés únicamente contempla la «compensación circunstancial», esto es, aquélla que tiene lugar en el proceso de ejecución del acuerdo de aumento y cuando ya ha concluido la intervención de la junta. Porque, ciertamente, la exigencia de aprobación de la junta sólo tiene sentido cuando, como sucede en nuestro caso, la hipótesis contemplada por el legislador es la «compensación planificada», es decir, cuando el aumento se proyecta precisamente para reducir, mediante compensación de créditos, el pasivo de la sociedad. Y en este caso, independientemente de la razón de competencia orgánica que reclama el acuerdo de la junta para decidir el aumento, el requisito de intervención de este órgano social no obedece tanto a la necesidad de que autorice la compensación, cuanto a la circunstancia de que la operación planificada, en la medida en que prevé la capitalización de determinadas deudas sociales cuyos correlativos créditos pueden ser ostentados por terceros o en el mejor de los casos difícilmente serán ostentados por los socios en la misma proporción de su participación en el capital, rara vez no comportará la exclusión del derecho de suscripción preferente que, de conformidad con lo establecido en el artículo 159.1 de la Ley, exige una decisión expresa de la junta general (52).

Contempladas las cosas desde esta perspectiva, no parece difícil advertir que esta solución legislativa no es diferente de la que podemos hallar en el Derecho francés. Porque, si bien es cierto que al regular éste la compensación circunstancial -que la Ley española no contempla- omite, lógicamente, toda referencia a una necesaria intervención de la junta que ya se habrá producido al adoptar el acuerdo de aumento posteriormente ejecutado parcial o totalmente mediante compensación de créditos, no lo es menos que, como señalan la jurisprudencia y la doctrina francesas, cuando el aumento se proyecta con la concreta finalidad de capitalizar ciertas deudas y, por tanto, comporta la exclusión del derecho de suscripción preferente, también ha de entenderse que el Derecho francés exige la aprobación de la junta general (53).

D) El requisito relativo al vencimiento de la parte no líquida y exigible

Consideremos, finalmente, el último requisito previsto en nuestra Ley al establecer que la parte no líquida y exigible del crédito o créditos que sirven de base a la operación ha de vencer dentro del plazo máximo de cinco años. Se trata, ciertamente, de una exigencia que la Ley francesa no contempla específicamente al regular la liberación de las acciones por compensación. Pero si bien se advierte, se puede afirmar que a pesar de ese silencio la solución material del ordenamiento francés coincide plenamente con la formulación española de este requisito, pues en él, por expresa disposición del artículo 191 de la Ley de Sociedades Mercantiles, la liberación de las acciones suscritas en metálico que no han sido íntegramente desembolsadas al momento de la suscripción ha de tener lugar en el plazo de cinco años (54).

A mi modo de ver, es muy probable que de esta circunstancia, frecuentemente recordada por los comentaristas franceses cuando se refieren a la liberación de las acciones por compensación (55), se derive la previsión concreta que ha sido incluida en el inciso final de la letra a) del artículo 156 de nuestra Ley. Una previsión que tal vez sea más congruente con el Derecho francés que con nuestro propio sistema, pues, como es sabido, nuestra Ley no fija un plazo máximo para el desembolso de las aportaciones dinerarias, estableciéndolo, en cambio, y precisamente de cinco, para las aportaciones in natura que en Francia han de desembolsarse íntegramente al suscribir el aumento (56).

El recurso a la valoración comparativa de los dos sistemas puede servir así, una vez más, para clarificar la razón de ser de una iniciativa de nuestro legislador que, como la relativa al vencimiento de los créditos en el plazo máximo de cinco años, puede inducir, a mi juicio equivocadamente, a la identificación del aumento por compensación de créditos como un aumento con cargo a aportaciones no dinerarias que es, precisamente, la modalidad de aumento cuyo desembolso está limitado por la Ley a ese mismo plazo (57). No parece haber sido ésta, en efecto, la pretensión de nuestro legislador, quien no precisaba para ello de reiterar una exigencia ya prevista en el artículo 155.2 con carácter general para todas las aportaciones no dinerarias y, sobre todo, ha evitado cualquier otra extensión al aumento por compensación de créditos de la disciplina propia de las aportaciones in natura. Más bien ha podido pretender, a mi juicio, excepcionar de la disciplina general aplicable al desembolso de las aportaciones dinerarias la hipótesis de que éstas consistan en créditos contra la sociedad, mediante la imposición de un límite temporal a la pendencia del dividendo pasivo, que se podría autojustificar por las especiales características de lo aportado. Y lo que ya resulta más difícil de precisar es si, al hacerlo así, era o no consciente de que aproximaba más plenamente la disciplina del aumento por compensación de créditos a la francesa que, según parece, le estaba sirviendo de modelo.

IV. BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA DISCIPLINA APLICABLE A LA COMPENSACIÓN DE LA DEUDA DE APORTACIÓN

En todo caso, este largo razonamiento nos permite determinar cuál es, en nuestro caso, el régimen general de la compensación de la deuda de aportación y, al propio tiempo, nos ha de servir para la más adecuada comprensión y reconstrucción de su disciplina en nuestro ordenamiento.

1. Régimen aplicable a la «compensación circunstancial»

No estará de más recordar, en primer término, que en el Derecho francés, donde como hemos indicado sólo se regula la denominada «compensación circunstancial», la doctrina y la jurisprudencia no dudan en la estimación de que su régimen ha de extenderse, convenientemente adaptado, a la «compensación planificada». Porque, en definitiva, lo que la Ley francesa establece es la disciplina aplicable de modo general a la compensación de créditos contra la sociedad, sin atender a las particularidades de la «compensación planificada». Y así, para esta operación, que coincide con lo que nuestra Ley denomina «aumento de capital por compensación de créditos», habrán de observarse en el ordenamiento francés los mismos requisitos exigidos por el Derecho español: verificación del auditor, aprobación de la junta general referida en este caso a la exclusión del derecho de suscripción preferente, exigibilidad de los créditos al menos en la parte necesaria para respetar el principio

del desembolso mínimo del 25 por 100 y exigibilidad del resto en el plazo máximo de cinco años (58).

Pues bien, del mismo modo, aunque simétricamente inverso, ha de procederse, a mi juicio, en el Derecho español. La disciplina establecida en él para la «compensación planificada» ha de reestructurarse para su aplicación a la «compensación circunstancial», que no ha sido específicamente contemplada, quedando ésta sometida a los principios y reglas previstos para aquélla, en cuanto puedan serle de aplicación. En sustitución del sistema civil de la compensación legal, la compensación unilateralmente opuesta por el acreedor, aunque no estuviere prevista en el acuerdo de aumento (59) y con independencia de que la sociedad la consienta o no (60), ha de producir los efectos que le son propios sobre la deuda de aportación siempre y cuando reúna tres requisitos: que la existencia contable del crédito que se opone en compensación se halle verificada por un auditor nombrado conforme a la Ley (61), que la parte exigible del mismo cumpla las exigencias relativas al desembolso mínimo y que la parte no líquida y exigible lo sea en el plazo de cinco años contados desde la fecha en que se suscribe el aumento. En definitiva, pues, si el desembolso de las aportaciones dineradas de un aumento ordinario se efectúa mediante compensación de créditos, ha de observarse todos los requisitos del artículo 156 de la Ley, con la única salvedad del relativo a la aprobación de la junta general cuya exigencia una vez acordado el aumento sólo podría obedecer, a mi juicio, a una circunstancia -la exclusión del derecho de suscripción preferente- que obviamente no puede concurrir a posteriori, pues debería haberse integrado en las condiciones del aumento previamente establecidas y ya aprobadas por la propia junta.

Otra conclusión conduciría a la interdicción de la «compensación circunstancial» o, en el mejor de los casos, a la aplicación a la misma de las reglas, menos rigurosas, del Derecho común para la compensación legal. La primera parece contradictoria con la función solutoria que cumple la compensación en nuestro ordenamiento. Y a mi modo de ver, la segunda implicaría una injustificada excepción al régimen especial de la compensación en el Derecho de sociedades dirigido a la protección de la sociedad, sus accionistas y los terceros.

Se dirá, no obstante, y no sin razón aparente, que la Ley contempla un procedimiento de verificación de la existencia de los créditos opuestos en compensación que, al ir referido a una información sobre los mismos que ha debido ser previamente elaborada por los administradores, es de imposible cumplimiento en los casos de «compensación circunstancial». Pero conviene no olvidar que la disciplina legal, coherente con la regulación del recurso a la compensación desde la perspectiva del acuerdo de aumento, no resuelve la incógnita del recurso a la compensación como medio liberatorio de la deuda de aportación. Y que, ante esta incógnita, ni parece razonable privar al acreedor de la facultad de compensar que le reconoce el Derecho común, ni estaría justificado que quien usa de ella en un aumento promovido por la sociedad con el fin de reducir su pasivo sea tratado de modo distinto a quien opone la compensación en los demás supuestos de aumento con cargo a aportaciones dinerarias. Porque, de un lado, algún significado habrá que atribuir a la declaración del artículo 151.2 de que el contravalor del aumento podrá consistir en la compensación de créditos contra la sociedad y, de otro, las medidas de tutela de la integridad del capital social no deben ser diferentes cuando es idéntica la razón que en uno y otro caso las reclama.

2. Aumento con cargo a aportaciones dinerarias. En particular, el aumento de capital autorizado

Por otra parte, del análisis efectuado parece poder deducirse la plena confirmación de la hipótesis anticipada al comienzo de nuestro estudio en el sentido de que el denominado «aumento por compensación de créditos» es un aumento con cargo a aportaciones dinerarias para cuyo desembolso se admite el recurso a la técnica de la compensación. La disciplina del artículo 156 de nuestra Ley, como traducción que es de la disciplina general de la compensación de la deuda de aportación -según la fórmula el Derecho francés- a las particulares circunstancias de las operaciones «planificadas», no puede explicarse sin graves violencias más que a partir de este presupuesto. Ciertamente, la norma francesa equivalente a nuestro artículo 151.2 parece expresar esta idea con mayor corrección técnica y claridad gramatical, al referirse separadamente, en su artículo 178.11, a la liberación de las acciones por compensación de créditos y por aportaciones en especie (62). Pero en nuestro caso no es

dudoso, a mi juicio, que tanto la disciplina específica del aumento por compensación de créditos contra la sociedad, como la misma significación que ha de atribuirse a la oposición de la compensación de créditos totalmente vencidos, líquidos y exigibles, o de la parte de los mismos en que concurren estas condiciones, también permite tipificar la hipótesis que nos ocupa como un aumento con cargo a aportaciones dinerarias, no obstante el menor acierto con que se ha expresado el legislador en el referido precepto.

La conclusión no carece de interés práctico, en la medida en que, como se ha indicado, implica la aplicación subsidiaria de las disposiciones generales relativas a esta clase de aumentos. Y hasta tal punto posee interés que, unida a la admisibilidad de la denominada «compensación circunstancial», debe permitir el recurso a la compensación de créditos contra la sociedad incluso en el caso de aumento de capital autorizado cuyos desembolsos han de realizarse, como es sabido, mediante aportaciones dinerarias (63). Ciertamente, una aproximación meramente formal al tema revela una contradicción entre la exigencia legal de emisión por el auditor de una certificación relativa a la exactitud de «los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión» y la admisibilidad de la oposición de la compensación en esta clase de aumentos que, dicho sea de paso, no difiere de la que puede advertirse en todos los demás supuestos de «compensación circunstancial». Pero, a mi modo de ver, esa contradicción no es otra cosa que el infeliz resultado del escaso acierto técnico con que nuestro legislador ha regulado la compensación de créditos contra la sociedad en caso de aumento de capital, al tomar como punto de partida para establecer su disciplina la compensación a iniciativa de la sociedad y no, simplemente, la eficacia de la compensación como medio liberatorio de la deuda de aportación.

Así las cosas, no parece que la singularidad de procedimiento que comporta el aumento de capital autorizado justifique suficientemente una inadmisibilidad de la liberación de la deuda de aportación mediante compensación, pues no se advierten las razones por las que el titular de un crédito líquido y exigible frente a la sociedad no podría hacer uso de su facultad de oponer la compensación del mismo para cubrir su posición deudora en dicho aumento. Y admitiéndola -como estimamos que debe hacerse-, sólo son practicables las dos alternativas a que en otro momento nos hemos referido: la aplicación a la misma de la disciplina común de la compensación, o su sometimiento a la especial que rige en los aumentos de capital. No es dudoso que la mayor protección otorgada por esta última a la sociedad, sus accionistas y los terceros, reclama también su aplicación cuando el aumento haya sido instrumentado al amparo del artículo 153A.b) de la Ley. Y siendo ello así, tampoco parece que la dificultad que habrá de entrañar el cumplimiento del requisito relativo a la intervención del auditor, pueda convertirse en excusa para amparar una dispensa del mismo. Será preciso, pues, acomodar la exigencia legal a las circunstancias propias del caso, lo que, a mi juicio, implicará, de un lado, que sea imprescindible la aportación de la certificación del auditor de cuentas y, de otro, que se reconozca al acreedor social que pretenda oponer la compensación de su crédito el derecho a exigir de los administradores la formulación de los datos relativos a dicho crédito y la más diligente práctica de las actuaciones conducentes a la obtención de la referida certificación (64).

3. Inadmisibilidad de la compensación impropia o convencional

Puede concluirse también, en tercer lugar, que nuestro ordenamiento no admite la compensación impropia o convencional de la deuda de aportación, de manera que los créditos que no sean líquidos y exigibles o, en su caso, la parte de su importe que no reúna estas condiciones, no pueden aplicarse para la liberación de las acciones obtenidas en contrapartida, pues si la falta de liquidez y exigibilidad impide la compensación, también impedirá que se produzca el efecto liberatorio de la aportación. No es ajeno a esta conclusión, por otra parte, el dato de que nuestro legislador haya prescindido de la intervención de experto independiente para la valoración de los créditos afectados, intervención que parece sería obligada si hubiera querido admitir su compensación cuando no concurren en ellos las circunstancias de liquidez y exigibilidad que reclama el principio del desembolso mínimo, pues en este caso la actualización de su importe nominal para la determinación del valor de la aportación es esencial para la protección de la integridad del capital y no puede ser remitida exclusivamente al valor convenido entre la sociedad y el aportante.

El requisito del 25 por 100 que establece el artículo 156 de nuestra Ley se explica, en efecto, dentro de estas coordenadas de comprensión. En este sentido, lo que la norma viene a prescribir desde una perspectiva claramente tributaria del principio del desembolso mínimo, es que para la procedencia de la compensación hay que liberar las acciones en el mínimo exigido con carácter general, para lo cual es preciso que el crédito o créditos a que la misma se refiera sean líquidos y exigibles, cuando menos, en esa misma proporción (65).

4. Cuestiones relativas a la liquidez y exigibilidad de los créditos

Desde otra perspectiva, el requisito del 25 por 100 establecido en la letra a) del artículo 156.1 de la Ley también sugiere algunas reflexiones que conviene considerar. En este sentido, y aun cuando los términos en que se expresa el legislador no sean rigurosamente precisos, no parece dudoso que ese requisito ha de entenderse referido al importe de los créditos y no a su número. La norma, en efecto, no pretende que sean líquidos y exigibles el 25 por 100 de los créditos que se «aportan» -p. ej., un crédito si se aportan cuatro-, sino que esa circunstancia concorra, al menos, en la cuarta parte de su valor. No otra cosa cabe deducir, a mi juicio, de la contemplación de la ratio de la exigencia legal. Porque, ciertamente, si lo que quiere el legislador es impedir la compensación impropia y, al propio tiempo, asegurar el respeto del principio de desembolso mínimo, sólo se puede concluir que el cómputo del referido porcentaje ha de conectarse con el importe de los créditos que se capitalizan, evitando de este modo el riesgo de un cumplimiento totalmente aleatorio de aquel propósito.

Tampoco parece difícil determinar si el requisito mencionado se refiere al importe de cada crédito o al importe global de todos ellos. Desde la perspectiva que nos proporciona el examen de la finalidad de la norma contenida en la letra a) del artículo 156.1 de la Ley, es obvio que el porcentaje de liquidez y exigibilidad ha de calcularse sobre el importe global de todos los créditos que son objeto de «aportación» (66). El criterio decisivo es, como se ha indicado, la cuota de liberación de las acciones recibidas en contrapartida, y puesto que éstas han de hallarse liberadas al menos en un 25 por 100, lo que se precisa es que sea líquido y exigible el valor nominal correspondiente. No debe olvidarse, en efecto, que sólo son compensables los créditos líquidos y exigibles, y que sólo la compensación de créditos líquidos y exigibles equivale al desembolso de las acciones suscritas.

Ahora bien, en este mismo orden de consideraciones, también parece indudable que el requisito del 25 por 100 debe considerarse referido, en caso de pluralidad de «aportantes», al conjunto de los créditos cuya titularidad ostente cada uno de ellos y no al conjunto de todos los créditos implicados en la operación (67). La ratio de la norma que, como tantas veces hemos indicado, se vincula al principio de desembolso mínimo, debe inducir al intérprete a considerar que el cálculo de dicho porcentaje ha de basarse en el conjunto de los créditos de cada suscriptor. Tal vez convenga recordar, en este sentido, que los artículos 12 y 152.3 de la Ley, superando en este punto las dudas suscitadas por la ambigüedad de la Ley de 1951, han establecido con toda claridad que el desembolso mínimo se refiere a cada una de las acciones que se emiten y no al conjunto de ellas o al capital (68). Y siendo ello así, no es dudosa la necesidad de conectar la exigencia del 25 por 100 al conjunto de los créditos «aportados» por cada suscriptor, pues sólo así la aportación dineraria que se realiza mediante la compensación puede proyectarse sobre cada una de las acciones que ha suscrito.

Cuestión distinta, y a mi juicio más delicada, es que el porcentaje del 25 por 100 exigido por la Ley respecto de los créditos opuestos en compensación sirva en todos los casos para el cumplimiento de las exigencias legales en materia de desembolso mínimo. Una vez más se advierte aquí el escaso rigor técnico de nuestro legislador, al no advertir que el desembolso mínimo puede ser muy superior al 25 por 100 del valor nominal de las acciones, en cuyo caso la norma traicionaría su finalidad. Porque parece evidente que en todos aquellos supuestos, tal vez no infrecuentes, en que, por requerir la operación de aumento por compensación de créditos una exclusión del derecho de suscripción preferente, el tipo de emisión de las nuevas acciones haya de calcularse -conforme al art. 159.1- sobre el valor real de las preexistentes, el porcentaje de liquidez y exigibilidad de los créditos habrá de ser suficiente para la cobertura del total de la prima de emisión y de, al menos, el 25 por 100 del valor nominal de las acciones. Bajo este aspecto, si en lugar de partir de la letra del artículo 156, lo hacemos desde los

principios en que parece haberse inspirado -prohibición de compensación impropia o convencional y desembolso mínimo-, no sería correcto estimar, en efecto, que el requisito del 25 por 100 es invariable cuando su variabilidad resulta, precisamente, de la necesidad de incrementarlo en la proporción necesaria para que la prima de emisión, si fuera exigible, quede íntegramente desembolsada (69).

No estará de más añadir, finalmente, que, a efectos de compensación, el valor computable de los créditos ha de ser su importe nominal (70), referido, en su caso, a la parte de los mismos que sea líquida y exigible. Esta es, a mi juicio, la vatio de la norma establecida en la letra a) del artículo 156.1 que, en definitiva, pretende que la parte de los créditos susceptible de compensación sea equivalente al valor que ha de ser desembolsado. Y esta es, también, la razón de que el legislador no haya exigido intervención de expertos en la valoración de los créditos y sí, en cambio, una verificación de la contabilidad social en la que, como es sabido, han de figurar los créditos por su importe nominal. Por lo demás, es evidente que la referencia al importe nominal de los créditos comprende no sólo el principal de los mismos, sino también, en su caso, los intereses que sean líquidos, vencidos y exigibles (71).

5. Alcance de la compensación: desembolso íntegro o desembolso parcial. Aspectos instrumentales

Consecuencia lógica de cuanto hemos venido exponiendo es que la parte de los créditos que carezca de liquidez y exigibilidad no es apta para compensar y, por ello, tampoco puede serlo para liberar las acciones suscritas en el aumento. No se produce, pues, un vencimiento anticipado de los créditos, sino que los sucesivos desembolsos parciales se irán produciendo, igualmente por compensación, coincidiendo con las fechas de vencimiento que estuvieren convenidas (72), y que, en todo caso y por imperativo legal, no pueden exceder de un plazo de cinco años (73) a contar desde la fecha en que se suscriba el aumento. Siendo ello así, no es dudoso que la posición del socio que ha concurrido al aumento oponiendo la compensación de créditos no enteramente exigibles ha de quedar sometida a las restricciones generales que impone la Ley a las acciones pendientes de desembolso, entre las que por su especial significación puede recordarse la contenida en el artículo 215.1 respecto de la distribución de dividendos.

Bajo este aspecto, y en el plano contable, parece que las partes no vencidas de los créditos involucrados en la operación deberán seguir figurando en el pasivo del balance de la sociedad, manteniéndose correlativamente en el activo los apuntes relativos a los desembolsos no exigidos. Siendo ello así, sólo a medida que se vayan produciendo los vencimientos de los créditos -y automáticamente, como consecuencia de éstos, la compensación y el correspondiente desembolso-, se irán cancelando los créditos del pasivo y regulando oportunamente en el activo las partidas relativas a los dividendos pasivos (74).

En cuanto se refiere al control de los sucesivos desembolsos, la falta de previsiones específicas que se advierte en la disciplina de la verificación del desembolso establecida en los artículos 40 de la Ley y 132 y 133 del Reglamento del Registro Mercantil, puede plantear alguna dificultad de instrumentación que habrá de resolverse adaptando las reglas generales a la singularidad del caso. En este sentido, y a mi modo de ver, para la autorización de la escritura pública de aumento, además de las condiciones generales que menciona el artículo 168.3 del Reglamento (75), el Notario deberá exigir, como sucede en el Derecho francés (76), una certificación del órgano administrativo expresiva de que el crédito o la parte del mismo cuya compensación se ha producido, han sido cancelados en la contabilidad social, documento este que viene a ser el equivalente del resguardo o certificación bancaria requeridos por la Ley y el Reglamento para la verificación del desembolso de las aportaciones dinerarias. Esta cautela parece suficiente, en efecto, si se tiene en cuenta que la compensación produce sus efectos extintivos, totales o parciales según sea el caso, de una manera automática y «sigilosa».

Y por lo que se refiere a las menciones de la escritura relativas a los desembolsos pendientes, que aparecen detalladas en el artículo 134 del propio Reglamento, éstas habrán de cumplimentarse de manera análoga, es decir, consignando la tabla de vencimientos, con la que

necesariamente ha de coincidir el programa de los sucesivos desembolsos. Por lo demás, la verificación de estos desembolsos, que asimismo habrá de escriturarse para su inscripción registral, deberá efectuarse, como indica el artículo 135.1 del Reglamento, por medio de un «documento justificativo de la realidad del desembolso» que, de conformidad con lo indicado, podrá consistir en la oportuna certificación acreditativa de que la parte del crédito vencida ha causado baja en la contabilidad social, sin que parezcan necesarias, por excesivas, otras exigencias que sugiere alguno de nuestros autores (77).

(*) Texto revisado y con adición de notas de la conferencia dictada el 28 de enero de 1993 en la Academia Matritense del Notariado.

(1) Como recuerda Galán López, «El aumento del capital por compensación de créditos», en Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena, Madrid, 1991, pág. 436.

(2) Vid. Estudios de Derecho Mercantil, II, 2.a ed., Madrid, 1978, pág. 143, en relación con el aumento por conversión de obligaciones.

(3) Vid. «Modificación de Estatutos y aumento y reducción del capital», Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 8, 1990, pág. 86.

(4) Vid. Compendio crítico de Derecho Mercantil, 1-2.º, 3.a ed., Barcelona, 1991, pág. 768. Este autor identifica en la disciplina del art. 156.1 de la Ley una «fórmula mixta» integrada por un supuesto de compensación propia con créditos líquidos, vencidos y exigibles y otro de «emisión de acciones en pago de otras deudas sociales, no líquidas, vencidas y exigibles».

(5) Para otras críticas a esta orientación doctrinal fundadas en la consideración, a mi juicio menos convincente, de que la operación no produce el efecto liberatorio que es connatural a la dación en pago, vid. Sánchez Andrés, El derecho de suscripción preferente del accionista, Madrid, 1990 (reimp.), págs. 326-326; Galán López, «El aumento del capital...», cit., pág. 444; De la Cuesta Rute, «El aumento y la reducción del capital social», en La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas (dir. Rojo Fernández-Río), Madrid, 1987, pág. 204.

(6) El derecho de suscripción..., cit., págs. 325-326. La tesis de la novación ha sido confirmada por el propio autor en relación con el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; vid. «Aumento y reducción del capital», en La reforma del Derecho español de sociedades de capital (coord. Alonso Ureba-Ghico Ortiz-Lucas Fernández), Madrid, 1987, pág. 381.

(7) Vid., entre otros, De la Cuesta Rute, «El aumento y la reducción...», cit., pág. 204; García - Luengo - Soto Vázquez, El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima, Granada, 1991, pág. 700. Con menor claridad, Uría, Derecho Mercantil, 20.a ed., Madrid, 1993, pág. 379, y Martínez Fernández, «El aumento de capital social», en Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación (Garrido de Palma y otros), 3.a ed., Madrid, 1990, pág. 718.

(8) En este punto no parece satisfactoria la posición de algunos patrocinadores de la tesis de la novación que, al referirse a la función encomendada por la ley al auditor, se limitan sustancialmente a valorar con tono crítico la actitud del legislador: vid., por ejemplo, De la Cuesta Rute, «El aumento y la reducción...», cit., pág. 205; y desde la óptica de la dación en pago -que, bajo este aspecto, es merecedora de las mismas reservas-, Alonso Espinosa, «Modificación de Estatutos...», cit., pág. 88.

(9) Para estas ideas, vid. Galán López, «El aumento del capital...», cit., págs. 444-445.

(10) Así nos lo recuerda, precisamente en este contexto, Sánchez Andrés, «Aumento y reducción...», cit., pág. 381.

(11) En la misma dirección se orientan Galán López, «El aumento de capital...», cit., págs. 438 y ss., y Cabanas, *Praxis Mercantil (Sociedades mercantiles)*, Barcelona, 1990, núm. 75110-IX-ep. 7, pág. 169; bajo la vigencia de la Ley de 1951, Garrigues (Olivencia), en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, de Garrigues-Uría, II, 3.a ed., Madrid, 1976, págs. 277 y 308, y Girón Tena, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 191. En la doctrina extranjera, aun cuando se trate de ordenamientos que en buena parte carecen de una regulación expresa de esta modalidad de aumento de capital, puede estimarse que predomina esta misma orientación (vid., por ejemplo, Montanari, «L'aumento di capitale mediante compensazione», Riv. Soc. 1967, págs. 999 y ss., esp. páginas 1024-1025), que es tradicional en la doctrina francesa (como recuerdan A. y C. Dalsace, «L'augmentation de capital par compensation et l'assainissement des sociétés anonymes», Rev. Soc. 1950, págs. 115 y ss.), en la que se ha generalizado a partir de la Ley de 1966 (vid., por todos, Juglart-Ippolito, *Cours de Droit commercial*, II, 9.a ed., París, 1992, pág. 690).

(12) No se advierten, en efecto, las razones que habrían de impedir al suscriptor de un aumento de capital el recurso a la compensación como medio de liberarse de su deuda que, salvo existencia de una disciplina de singular aplicación, pone a su disposición el Derecho común para realizar el pago sin utilización de los medios solutorios.

(13) Vid. Simonetto, «Prestazione del socio e compensazione», R.D.C., 1955, I, pág. 255; vid., también, Galán López, «El aumento de capital...», cit., página 442 e ibi ulteriores indicaciones doctrinales.

(14) Vid. Sánchez Andrés, *El derecho de suscripción...*, cit., pág. 325 y nota 140.

(15) Vid. Galán López, «El aumento del capital...», cit., pág. 440, y esp. páginas 451 y ss.; Bercovitz, A., «Modificación de Estatutos, aumento y reducción de capital», en *El nuevo Derecho de las sociedades de capital* (dir. Quintana Carlo), Zaragoza, 1989, pág. 182; García Luengo-Soto Vázquez, *El nuevo régimen...*, cit., págs. 700-701. En cierto modo también, aunque con menor decisión, De la Cuesta Rute, «El aumento y la reducción...», cit., pág. 197; Sánchez Andrés, «Aumento y reducción...», cit., pág. 382; Alonso Espinosa, «Modificación de Estatutos...», cit., pág. 87.

(16) Galán López, «El aumento del capital...», cit., pág. 451. No hemos tenido ocasión de contrastar esta referencia a un supuesto artículo 92.2 del denominado «Anteproyecto de abril de 1988» que, al parecer, contemplaba las modalidades de aumento del capital según se deduce de la afirmación de la autora. Desde luego, el Anteproyecto de 17 de junio de 1987, publicado en suplemento del B. Inf. del Ministerio de Justicia de 5 de octubre de 1987, incluía esta materia en el artículo 89.1, en cuyo párrafo segundo se establecía: «En ambos casos, el contravalor del aumento de capital podrá consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias o en dinerarias al patrimonio social o en la compensación de créditos contra la sociedad, como en...» Ninguna observación relativa a este punto se advierte en el informe elaborado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, fechado el 16 de octubre de 1987, ni tampoco aparece introducida ninguna modificación del referido texto, que conserva la misma numeración, en la versión del Anteproyecto preparada por dicho Ministerio y fechada el 19 de enero de 1988, documentos ambos de los que ha dado noticia Emilio Beltrán («Hacia un nuevo Derecho de sociedades anónimas», R.D.B.B., núm. 30, 1988, págs. 329 y ss.). Por lo demás, este mismo texto es, también, el que figuraba en el artículo 89.1 del Proyecto de Ley publicado el 22 de abril de 1988 (B.O.C.G., Congreso de los Diputados, III Leg., Serie A, núm. 80-1, pág. 29), como la autora recuerda en pág. 436, nota 3.

Por lo demás, no parece que en este caso los argumentos extraídos de la literalidad de la Ley merezcan particular fiabilidad. Porque la propia sistemática de los preceptos que posteriormente contemplan las distintas clases de contravalor del aumento tampoco contribuye a clarificar la cuestión, ya que cualquiera que fuese el criterio legislativo sobre la misma no deja de ser dudosamente correcta la ubicación del contenido del artículo 156 en un precepto separado: de considerar la compensación de créditos como una modalidad de aportación no dineraria, ese contenido sería más propio de un párrafo del artículo 155; y de considerarla como medio liberatorio de un aumento con aportaciones dinerarias, su lugar más adecuado se

hallaría dentro del artículo 154. Ni la letra de la Ley, ni su sistemática, proporcionan, pues, apoyaturas seguras al intérprete.

(17) La Resolución de 15 de julio de 1992 (B. O. del E. de 9 de septiembre de 1992) califica como no dineraria una aportación de créditos contra la propia sociedad que acordó el aumento de capital; y, después de una no muy clara argumentación sobre la diferente función que en caso de aportaciones no dineradas cumplen el informe de auditores previsto en el artículo 159A.b) de la Ley de Sociedades Anónimas y el informe de expertos requerido por el artículo 38.1, llega a estimar que la peculiar naturaleza de la aportación no dineraria realizada en este caso «permite concluir que en aras de la simplificación de trámites que no redunde en menoscabo de las garantías preestablecidas para la protección de todos los intereses concurrentes, puede considerarse a la auditoría de las cuentas sociales como requisito suficiente para entender satisfecha la protección de aquella dualidad de intereses -de socios y de terceros- con tal que el auditor que la realice, en el caso de que la sociedad no estuviera obligada a tenerlo, fuera designado por el Registrador Mercantil» (fundamento de Derecho 5.º). Esta misma doctrina ha sido reiterada en la más reciente Resolución de 8 de octubre de 1993 (B. O. del E. de 2 de noviembre de 1993).

Es muy probable que el Centro directivo no hubiera precisado tanto circunloquio si hubiera advertido la escasa proximidad existente entre una aportación de créditos frente a terceros -aportación no dineraria que se traduce en una cesión o transmisión de los propios créditos- y una aportación de créditos contra la propia sociedad -que se traduce en el recurso a la compensación como medio solutorio de la deuda de aportación y en la transformación de pasivo exigible ya contabilizado en capital-. Y es muy probable, también, que su argumentación hubiera seguido un curso diferente si, salvando la natural distancia existente entre un aumento con cargo a reservas -aumento contable- y un aumento por compensación de créditos -aumento efectivo-, se hubiera advertido la mayor proximidad que en materia de verificación de la realidad contable sobre la que han de asentarse ambas operaciones presentan el supuesto contemplado y aquel otro que regula el artículo 157 de la Ley. Porque no deja de ser sintomático que en ambos casos el legislador haya referido la verificación externa a un auditor de cuentas «a petición de los administradores» cuando la sociedad no tuviere auditor o no estuviera obligada a verificación contable, de modo diferente a lo establecido en el artículo 159.1.fe.), en el que ha dispuesto expresamente que «el auditor será designado por los administradores».

Tal vez haya sido esta diferente forma de manifestarse el legislador la que ha podido inducir la inclusión de los supuestos de los artículos 156.1.b) y 157 entre los de nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil que regula el artículo 327 del Reglamento, por estimar, de una parte, que cuando la Ley ha querido atribuir la designación a los administradores lo ha hecho en términos bien explícitos [art. 159.1.&)] y, de otra, que la «petición» a que se refiere la Ley en aquellos preceptos ha de conectarse más bien con la solicitud por los administradores del nombramiento de auditor y no con el encargo directo de la certificación o verificación al auditor libremente elegido por los propios administradores. Mas en todo caso, lo que no parece aceptable es la desconfianza que ambas resoluciones parecen insinuar respecto de la insuficiente protección de los intereses de socios y terceros si la designación del auditor proviniera directamente de los administradores (fundamento de Derecho 5.º, in fine). Se puede discrepar, en efecto, sobre -el significado de la previsión legal, y, sobre todo, acerca del acierto de lo dispuesto en el artículo 327.4 del Reglamento del Registro. Pero lo que no parece muy oportuno -y, desde luego, era innecesario- es fundar la adecuada protección de aquellos intereses en la fuente de nombramiento del auditor, con olvido de la objetividad e independencia que deben presidir la actuación profesional de éste (art. 36 del Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre), cualquiera que sea la procedencia de su nombramiento.

(18) En el mismo sentido parecía pronunciarse, con anterioridad a la reforma de 1989, Garrigues (Olivencia), *Comentario...*, II, cit., pág. 277; posteriormente, vid. Martínez Fernández, «El aumento de capital...», cit., pág. 718.

(19) Así, por ejemplo, Galán López, «El aumento del capital...», cit., pág. 440.

(20) «La compensación en la quiebra y el artículo 926 del Código de comercio», A.D.C., 1958, pág. 822.

(21) Para otras críticas de esta orientación doctrinal, vid. Sánchez Andrés, El derecho de suscripción..., cit., págs. 320-321; García Luengo-Soto Vázquez, El nuevo régimen..., cit., pág. 700; Galán López, «El aumento del capital...», cit., pág. 445, nota 22.

(22) Con razón ya se inclinaba Girón Tena «a pensar que debe construirse el caso pensando en que se trata de constitución de un subrogado» (Derecho de sociedades anónimas, cit., pág. 145). Tal vez convenga tener presente, en este punto, que la contraposición no se plantea entre aumento de capital «en metálico» o «en moneda» y aumento de capital con aportaciones que no consistan en la entrega de dinero, sino entre los aumentos con aportaciones dinerarias y no dinerarias, lo que ciertamente no parece lo mismo. La doctrina francesa ha suscitado esta cuestión (Houin, en «Chroniques de Législation et de jurisprudence françaises», R.T.D.C., 1970, XXIII, pág. 439) al referirse a la posibilidad, admitida por los Tribunales franceses, de que la Junta general pueda excluir la compensación acordando que el desembolso deberá hacerse «en numerario» (vid. nota a la sentencia de la Cour de Cassation de 10-2-67, en Rev. Soc., 1970, pág. 113, y sentencia de la Cour de Cassation de 11-4-70, en Journal des sociétés, 1971, pág. 2; y en doctrina, Burst, en «Jurisprudence», Rev. Soc.-Journal des sociétés, 1978, págs. 732 y ss.). A nuestro modo de ver es muy dudoso, sin embargo, que puedan reconocerse a la Junta general competencia o facultades para excluir la compensación cuando el aumento no sea con cargo a aportaciones in natura y mediante el simple expediente de acordar que el desembolso de la aportación habrá de efectuarse en metálico (vid., no obstante, en la doctrina italiana, Montanari, «L'aumento di capitale...», cit., página 1027). Sin necesidad de terciar en la polémica tradicional sobre el carácter automático o no de la compensación, parece, en efecto, que a falta de una exclusión convencional de la compensación por acuerdo de las partes, o de una renuncia unilateral de la facultad de oponer la compensación por parte del sujeto pasivo de la deuda de aportación, la Junta general no puede privar a este último de un medio de liberarse de su deuda que se funda en la facultad compensatoria que le atribuye el Código civil.

(23) La diferencia de naturaleza se refleja claramente, a nuestro modo de ver, en la diferencia de régimen. Los aumentos de capital por «aportación de créditos contra la sociedad» se hallan sometidos a la disciplina del artículo 156 de la Ley y, en particular, requieren que el crédito sea líquido y exigible al menos en una cuarta parte y sea verificado por auditor. Los aumentos de capital «por aportación de créditos contra terceros», en la medida en que constituyen un caso más de la amplia fenomenología de los aumentos con cargo a aportaciones no dinerarias, quedan sometidos a lo establecido en el artículo 155 de la Ley y, en general, a las normas contenidas en sus artículos 38 y 39 sobre aportaciones in natura. Los créditos objeto de aportación han de serlo por el valor real que posean -que normalmente no coincidirá con el nominal, dado que han de descontarse en función de la actualización y de la ponderación de su bonitas- y, en consecuencia, han de ser valorados por un experto independiente. En cambio, no es preciso que se hallen vencidos, ni siquiera en el porcentaje que el artículo 156 exige para la compensación de créditos contra la sociedad. Vid., no obstante, las observaciones de Sánchez Andrés, «Aumento y reducción...», cit., pág. 382.

En todo caso, la diversidad tipológica de ambas modalidades de aumento no parece impedir, a mi juicio, un eventual recurso conjunto a las mismas dentro de una única operación financiera. Desde el punto de vista de su instrumentación jurídica, esta operación podría materializarse mediante dos técnicas diferentes: la del «aumento doble o escalonado» (en la terminología de Paz-Ares, «El aumento mixto de capital (Notas en defensa de la figura)», R.D.M., 1992, núm. 203-204, págs. 11 y 24) y la de los «aumentos coligados». La primera consistiría en desdoblar la ampliación de dos tramos, uno de acciones que se liberan por compensación de créditos (compensación, en este caso, «planificada» en el sentido que posteriormente se precisará, por hallarse prevista al acordarse el aumento) y otro de acciones que serán liberadas mediante la cesión a la sociedad de créditos contra terceros, en el bien entendido de que cada tramo, por su diversa naturaleza, está dotado de autonomía y, consiguientemente, deberá someterse escrupulosamente a sus propias reglas. Expresado con las categorías del negocio jurídico, puede decirse que no existe en este caso una absorción de figuras (en el sentido de que las reglas de un tipo de aumento extiendan su imperio a toda la operación financiera), sino una combinación que exige para cada tramo la aplicación separada de su propia disciplina (vid.,

para una observación similar en un contexto distinto, Sánchez Andrés, «Principios, casos y conceptos en materia de asignación gratuita de acciones», en Estudios en homenaje a José Girón Tena, cit., págs. 894-895). La segunda técnica que podría ser utilizada consiste en realizar dos aumentos distintos con una cláusula de coligación negocial recíproca, que condicione la validez y vicisitudes de un aumento a la validez y vicisitudes del otro. Desde un punto de vista formal, la adopción de las correspondientes decisiones podría tener lugar mediante dos acuerdos sucesivos en el seno de la misma reunión de la Junta general o dentro de un «acuerdo complejo».

(24) En contra, Galán López, «El aumento del capital...», cit., pág. 460.

(25) La cuestión no es pacífica en nuestra doctrina, en la que pueden advertirse opiniones favorables a la extensión de la disciplina general de las aportaciones no dinerarias (vid. Sánchez Andrés, «Aumento y reducción...», cit., página 382); García Luengo-Soto Vázquez, El nuevo régimen..., cit., pág. 701) y serias reservas a dicha extensión, fundadas -correctamente a mi juicio- en la inadecuación de esa disciplina a las características del aumento por compensación de créditos (vid. Galán López, «El aumento del capital...», cit., páginas 453 y ss.). A nuestro modo de ver, acierta el legislador al no extender a esta modalidad de aumento el régimen establecido en los artículos 38 y 39 para las aportaciones in natura y no debe ser el intérprete quien, so pretexto de una laguna legislativa, enmiende un silencio legislativo que precisamente se explica por el carácter dinerario de la aportación. Las cuestiones de efectividad del aumento que, no se olvide, se conecta con una previa posición deudora de la sociedad resultante de valores ya afluidos a su patrimonio procedentes del sujeto obligado por la deuda de aportación, han de resolverse por otras vías más acordes con las peculiaridades del aumento por compensación de créditos y no mediante el recurso a un sistema de garantías construido para unas aportaciones (incluida la de créditos frente a tercero) que son de procedencia absolutamente externa al patrimonio social. Y, por ello, como ya señalaba Girón Tena bajo la vigencia de la Ley de 1951, «debe eludirse el proceso cautelar de las aportaciones in natura» (Derecho de sociedades anónimas, cit., pág. 145).

(26) Vid., entre otros, Galán López, «El aumento de capital...», cit., pág. 448; Bercovitz, «Modificación de Estatutos...», cit., pág. 182.

(27) Se alude así a una especie de tipo intermedio, puesto que «ni se trata de un aumento real con nuevas aportaciones (no dinerarias) ni tampoco de un mero aumento nominal» (vid. De la Cuesta Rute, «El aumento y la reducción...», cit., pág. 201), o se estima que «en su aspecto económico-contable podría considerarse un supuesto de ampliación nominal del capital social» (vid. Uría, Derecho mercantil, cit., págs. 374-375).

(28) Vid. Galán López, ob. y loc. últ. cit.; también Cabanas, Praxis Mercantil..., cit., págs. 168/1.

(29) Con ello no se quiere indicar que el aumento no pueda instrumentarse por medio de la elevación del valor nominal de las acciones existentes, pues el artículo 151.1 de la Ley permite a la sociedad optar entre la emisión de nuevas acciones y el incremento del valor facial de las preexistentes. La cuestión reside, en efecto, en los distintos requisitos a que la Ley somete una y otra modalidad de aumento, pues mientras la primera no requiere ninguna decisión cualificada, la segunda sólo es viable con el consentimiento unánime de todos los accionistas (art. 152.2). Parece, no obstante, que esta regla de la unanimidad admite una reducción ideológica que permita suavizar el rigor aparentemente deducible de esta última previsión legal. En este sentido, ha de advertirse que la regla de la unanimidad se funda en el presupuesto de que el incremento del valor nominal afecta a todas las acciones ya existentes (como recuerda De la Cuesta Rute, «El aumento y la reducción...», cit., pág. 174) y, por tanto, en la consideración de que todos los accionistas han de concurrir al aumento realizando nuevas aportaciones. Y, bajo este aspecto, no es sorprendente que la Ley requiera el consentimiento unánime para elevar el valor nominal de las acciones, pues esa elevación implica que todos los socios han de realizar nuevas aportaciones, lo que sólo es posible si media el consentimiento de todos los interesados. La regla de la unanimidad acertadamente establecida en el artículo 152.2 viene a ser, de este modo, el correlato instrumental de la exigencia sustantiva contenida en el artículo 145.1 de la propia Ley.

Siendo ello así, nada parece impedir que queden sustraídas a la regla de la unanimidad aquellas hipótesis en que la elevación del valor nominal se limite a un grupo de acciones y, concretamente, a las que sean de titularidad de los accionistas que voluntariamente concurran al aumento cuando éste haya sido acordado para su desembolso mediante compensación de créditos. El cauce adecuado para alcanzar este resultado reside, en efecto, en la disposición contenida en el artículo 49.2 de la Ley que permite crear diversas series con distintos valores nominales (vid., en este sentido, De la Cuesta Rute, «El aumento y la reducción...», cit., págs. 174-175 y 205; Galán López, «El aumento del capital...», cit., págs. 449-450, aunque advirtiendo sobre los inconvenientes que pueden afectar a su viabilidad en la práctica; Martínez Fernández, «El aumento de capital...», cit., págs. 719-720; más restrictivo parece Alonso Espinosa, «Modificación de Estatutos...», cit., págs. 73-74). Puesto que en este caso se contará ya con el consentimiento de todos los accionistas concurrentes al aumento, la elevación del valor nominal de sus acciones requerirá únicamente el acuerdo mayoritario de la Junta dirigido a la creación de la serie.

Algún autor estima -tal vez con razón- que por aplicación del artículo 148.3 será preciso, además, el acuerdo mayoritario del grupo de socios cuyas acciones no experimentan alteración alguna del valor nominal (Galán López, ob. y loc. cit.). Ciertamente, la elevación del valor nominal es una cuestión meramente formal que, a mi modo de ver, no beneficia -más allá de lo que haría una entrega de nuevas acciones- a los interesados en perjuicio de los restantes accionistas, toda vez que el status del socio se mide por el valor conjunto de su participación en el capital social y a estos efectos puede considerarse indiferente su documentación accionarial. Y bajo este aspecto podría estimarse que en la hipótesis no concurre el presupuesto legal de que la decisión adoptada comporte un «tratamiento discriminatorio» para los accionistas. Pero si se advierte que la elección del cauce de la elevación del valor nominal de las acciones comporta la inexistencia del derecho de suscripción preferente -arg. ex art. 158-, bien pudiera estimarse que la combinación «aumento del valor nominal-limitación del aumento a los accionistas titulares de los créditos a compensar» implica para los restantes socios un «trato discriminatorio» que ni siquiera puede ser compensado mediante el recurso a la disciplina de la supresión del derecho de suscripción preferente. Y siendo ello así, probablemente no sea improcedente la aplicación de las previsiones del artículo 148.3 de la Ley.

(30) Hipótesis distinta, por supuesto, del acuerdo de aumento ordinario con atribución a todos los socios de la facultad de elegir entre la aportación en metálico o la compensación de créditos contra la sociedad. Sobre esta posibilidad, vid. infra, nota 59.

(31) Calificada entre nuestros autores como *vexata quaestio*: vid. Sánchez Andrés, «Aumento y reducción...», cit., pág. 383.

(32) Para una primera aproximación, vid. las indicaciones que ofrece Galán López, «El aumento del capital...», cit., págs. 461 y ss.

(33) Vid., entre otros, Girón Tena, Derecho de sociedades anónimas, cit., pág. 191; Sánchez Andrés, El derecho de suscripción, cit., págs. 322 y ss. La admisión de la compensación era particularmente explícita en relación con el pago de los dividendos pasivos: vid. Uría (Menéndez), Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, de Garrigues-Uría, I, 3.ª ed., Madrid, 1976, págs. 510-511; Olivencia, La compensación..., cit., págs. 820-821; De la Cámara, Estudios de Derecho Mercantil, I, 2.ª ed., Madrid, 1977, pág. 446; Velasco Alonso, La Ley de Sociedades Anónimas, 5.ª ed., Madrid, 1982, pág. 250.

(34) Vid., por todos, Díez-Picazo, Fundamentos de Derecho civil patrimonial, II, 4.ª ed., Madrid, 1993, pág. 538.

(35) Vid. Ss. 19 II de la GmbH-Gesetz y 66 I de la Aktiengesetz y, sobre ellos, K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2.ª ed., Köln-Berlín-Bonn-München, 1991, páginas 738-740 y 928-929.

(36) Contemplando precisamente esta modalidad Vuillermet afirma que está expresamente permitida por el artículo 178-11 de la Ley y que las acciones así liberadas son consideradas

«acciones de numerario» (Droit des sociétés commerciales. Nouvelle législation, 3.a ed., por Hureau, París, 1969, págs. 543-544.

(37) El artículo 166 del Décret 67-236 du 23 mars 1967, sur les sociétés commerciales (modificado por D. núm. 83-363, de 2 de mayo de 1983) es muy claro al respecto: «En cas de libération d'actions par compensation de créances sur la société ees créances font l'objet d'un arrêté de compte établi par le conseil d'administration ou le directoire et certifié par les commissaires aux comptes.»

(38) El artículo 178 II de la Loi 66-537 du 24 juillet 1966, sur les sociétés commerciales establece: «Les actions nouvelles sont libérées, soit en numéraire, soit par compensation avec des créances liquides et exigibles sur la société, soit par incorporation de reserves, bénéfices ou primes d'émission, soit par apport en nature, soit par conversion d'obligations.»

(39) Vid., no obstante, Burst, ob. cit., pág. 736.

(40) Este es, sin embargo, el supuesto más frecuente en la práctica, como recuerda entre nuestros autores Sánchez Andrés, El derecho de suscripción, cit., pág. 324. Tal vez por ello, nuestro legislador, en lugar de regular genéricamente la liberación de la deuda de aportación por compensación de créditos contra la sociedad, ha contemplado en el artículo 156 únicamente la hipótesis en que la sociedad proyecta el aumento con el propósito de aliviar su pasivo.

(41) La simple observación de la previsión relativa a la puesta a disposición de los accionistas, al tiempo de la convocatoria de la Junta general y en la forma establecida en el artículo 144.1.cj, de una certificación de los auditores de cuentas relativa a los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos [art. 156.1.b)] es suficiente para concluir que nuestra Ley ha modelado la disciplina de la compensación de créditos a partir de la hipótesis que hemos denominado «compensación planificada» (sobre el cumplimiento de esta exigencia legal vid., recientemente, la Res. de la D.G.R.N. de 16 de septiembre de 1993). Pero no parece que lo sea, también, para concluir que implica una prohibición de la compensación cuando esa puesta a disposición sea materialmente imposible, bien porque falte la convocatoria de la Junta (reunión con carácter de universal), bien porque en ella no se hubiera previsto que el aumento se realizaría mediante compensación de créditos («compensación circunstancial»). El artículo 156 únicamente contempla, a mi juicio, la disciplina propia de la «compensación planificada», que «sólo podrá realizarse» en los términos y circunstancias previstos en dicho precepto; pero no excluye -porque no la contempla- la facultad de compensación reconocida por el Derecho común. Y este es el sentido en el que, a mi juicio, debe ser interpretada la exigencia informativa que el precepto contiene respecto de la convocatoria de la Junta. Cuestión distinta es que los restantes requisitos establecidos en el artículo 156 (características de los créditos, certificación del auditor, etc.) no deban ser exigidos también en los supuestos de «compensación circunstancial» (sobre esta cuestión, vid. infra, IV, 1).

(42) Vid. Merle, Sociétés commerciales (Droit commercial), 2.a ed., París, 1990, pág. 464.

(43) «La valoración se especializa aquí convirtiéndose en verificación», señalan García Luengo-Soto Vázquez, El nuevo régimen..., cit., pág. 702; vid. también Galán López, «El aumento del capital...», cit., pág. 453. Esta misma orientación es la que, a mi juicio, debe entenderse que ha trascendido a la «Resolución de 10 de abril de 1992, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de elaboración del Informe Especial sobre aumento de capital por compensación de créditos, supuesto previsto en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas» (B.O.I.C.A.C. núm. 9, págs. 3 y ss.) que, en síntesis, concreta la función del auditor en «verificar la existencia de los créditos y la razonabilidad de los hechos que los originan» [regla II.c)], sin requerir pronunciamiento alguno sobre la solvencia de la sociedad deudora. Adviértase, en efecto, que la Resolución señala que el informe ha de «incluir un párrafo de opinión en el que se expresen si el documento preparado por los administradores ofrece información adecuada respecto a los créditos a compensar para aumentar el capital, los cuales cumplen los requisitos previstos en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas» [regla 12.d)]. En todo

caso, no faltan autores que valoran negativamente el hecho de que el ámbito de control legalmente atribuido a los auditores haga «impracticable que los mismos descendan hasta concretar la veritas y bonitas nomini como condiciones materiales del crédito» (Alonso Espinosa, «Modificación de Estatutos...», cit., pág. 88) o que, considerando insuficiente la previsión legal, estimen oportuna la aplicación de reglas más propias de la cesión de créditos para exigir «no sólo la veritas, sino también la bonitas nomini» (Sánchez Andrés, «Aumento y reducción...», cit., pág. 382).

(44) El sistema es, en efecto, fácilmente comprensible desde la perspectiva en que se sitúa el Derecho francés (que parte de la idea de que nos hallamos ante aumentos ordinarios con aportaciones dinerarias que se liberan o pagan mediante compensación) y lo es, también, desde la óptica que, según nuestra reconstrucción, ha de servir para la interpretación de nuestro propio Ordenamiento. Porque en estos casos, por razón de la naturaleza misma de la aportación, no se precisa el cálculo y determinación del valor del crédito, ya que nos movemos en el ámbito del principio nominalista.

(45) En todo caso las diferencias entre ambos sistemas de verificación no parecen significativas si se advierte que la Norma Técnica de auditoría aplicable en nuestro caso (vid. Res. I.C.A.C. 10-4-92, cit., supra) impone al auditor un examen «más extenso y profundo que cuando se comprueban los créditos en cuestión como parte de una auditoría de las cuentas anuales» (regla 9) y, entre otras cosas, «asegurarse de que los créditos a compensar representan pasivos originados por operaciones económicas efectivamente realizadas» [regla U.b)]

(46) Esta es, como es sabido, la expresión que utiliza nuestra Ley (el artículo 178-11 de la Ley francesa se refiere sólo a «créditos líquidos y exigibles»), tal vez por reflejo de las utilizadas en el artículo 1196, 3.º y 4.º, del Código civil, incurriendo en una cierta redundancia puesto que el requisito del vencimiento -como se ha observado certeramente- se subsume dentro del relativo a la exigibilidad (vid. Alonso Espinosa, «Modificación de Estatutos...», cit., pág. 89, nota 66; Valpuesta Fernández, en Comentario del Código civil, de Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz y Coderch (eds.), Madrid, 1991, II, pág. 282).

(47) Vid., infra, nota 49.

(48) Vid., entre otros, Alonso Espinosa, «Modificación de Estatutos...», cit., pág. 89; Galán López, «El aumento del capital...», cit., págs. 455-456; Bercovitz, «Modificación de Estatutos...», cit., págs. 182-183; García Luengo-Soto Vázquez, El nuevo régimen..., cit., pág. 701.

(49) De esta manera indirecta, el legislador español está sancionando, en realidad, una prohibición de la compensación impropia o convencional que, cabalmente, parece ser el fundamento de la norma francesa. Interpretada de este modo, la norma española viene a establecer que, a efectos de liberación de las acciones que se reciben en contrapartida, el crédito o créditos que se oponen en compensación han de ser líquidos y exigibles en su totalidad. O, lo que es lo mismo, que en la parte en que no sean líquidos y exigibles los créditos no se produce la liberación de las acciones. Por esta razón, como la exigencia de que esa liberación se produzca al menos en una cuarta parte constituye una premisa general (arts. 12 y 152.3 de la Ley), es también preciso que los créditos sean líquidos y exigibles al menos en un 25 por 100.

(50) Por ello no se comprende bien la postura de aquellos autores que la admiten en nuestro Ordenamiento: vid. Galán López, «El aumento del capital...», cit., pág. 440.

(51) Vid. De la Cuesta Rute, «El aumento y la reducción...», cit., págs. 203-204; por su parte, Curto-Isla estiman que el desembolso sucesivo de la acción «es contrario al concepto de compensación del crédito» (Comentarios a la nueva regulación de la sociedad anónima, Madrid, 1990, pág. 232), preocupación esta que tal vez ha inducido a Galán López a concluir que cuando el crédito no es líquido y exigible en su totalidad la operación ha de reconducirse a un supuesto de compensación convencional (ob. y loc. cit.).

(52) Sobre la exclusión del derecho de suscripción preferente en esta modalidad de aumento de capital vid., por todos, Galán López, «El aumento del capital...», cit., págs. 458 y ss.

(53) Vid. Ripert-Roblot, *Traite élémentaire de Droit commercial*, I, 12.a ed., París, 1986, págs. 1060-1061; Vuillemet, *Droit des sociétés*, cit., pág. 544.

(54) El artículo 191 de la Ley francesa establece, en efecto, que: «Les actions souscrites en numéraire sont obligatoirement libérées, lors de la souscription, d'un quart au moins de leur valeur nominale et, le cas échéant, de la totalité de la prime d'émission. La libération du surplus doit intervenir en une ou plusieurs fois, dans le délai de cinq ans à compter du jour où l'augmentation du capital est devenue définitive.»

(55) Vid., por ejemplo, Ripert-Roblot, *Traite élémentaire...*, II, cit, pág. 1060; Chartier, *Droit des affaires*, II, *Sociétés commerciales*, París, 1992, pág. 362.

(56) Artículo 193-V de la Ley 66-537.

(57) Así, por ejemplo, entre nuestros autores, García Luengo-Soto Vázquez, *El nuevo régimen...*, cit., págs. 700-701.

(58) Vid. Ripert-Roblot, *Traite élémentaire...*, II, cit., págs. 1060-1061; Dalsace, *Manuel des sociétés anonymes*, 4.a ed., París, 1967, págs. 246 y 250.

(59) No parece dudoso, desde luego, que la Junta general puede acordar un aumento ordinario con cargo a aportaciones dinerarias, estableciendo a favor de los socios una facultad de compensar (sin pronunciarse sobre su viabilidad, reconoce la frecuencia de esta práctica Sánchez Andrés, «Aumento y reducción...», cit., pág. 383). A mi juicio, sin embargo, esta previsión ni siquiera es necesaria. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que la compensación como medio de extinguir la deuda de aportación -la «compensación circunstancial»- puede ser activada unilateralmente por el suscriptor. Nuestro Ordenamiento, a diferencia del alemán (art. 66-1 de la AktG), no prohíbe la compensación unilateralmente opuesta por el acreedor (sobre este punto, vid. la argumentación de Fré, *Società per azioni*, Roma, 1982, pág. 142, que parece trasladable a nuestro sistema) y, siendo ello así, no se advierten las razones por las que el ejercicio por el suscriptor-acreedor de su facultad de compensar había de requerir el previo consentimiento de la sociedad. La procedencia de la compensación dependerá, no obstante -y con independencia de que esté prevista en el acuerdo o de que sea consentida o no por la sociedad-, de que se observen los requisitos establecidos en el artículo 156 de la Ley.

(60) No será preciso, en efecto, que la Junta apruebe la compensación, pues en estos casos de aumento ordinario con cargo a aportaciones dinerarias la deuda de aportación es, por su propia naturaleza, susceptible de compensación que puede ser opuesta por el acreedor de la sociedad por tratarse de un supuesto de compensación legal.

(61) Así también, Galán López, «El aumento del capital...», cit., pág. 462.

(62) Vid., supra, nota 38.

(63) Vid., en cambio, Martínez Fernández, quien pone de relieve la dificultad que entraña la exigencia legal [art. 156.1.2?) de puesta a disposición de los accionistas de la certificación del auditor («El aumento de capital...», cit., págs. 719-720).

(64) Con el consiguiente riesgo de incurrir en responsabilidad si su conducta daña el interés del acreedor social en hacer uso de su facultad de oponer la compensación.

(65) Vid. Alonso Espinosa, «Modificación de Estatutos...», cit., pág. 89, cuando recuerda que el requisito de liquidez y exigibilidad de los créditos constituye «una adaptación del principio de

desembolso mínimo a la especial naturaleza de esta fuente de contra valor de aumento de capital».

(66) Así, también, García Luengo-Soto Vázquez, *El nuevo régimen...*, cit., pág. 701, aunque no puedan compartirse las conclusiones que posteriormente extrae de la consideración de que «la exigencia de liquidez va referida a una parte de la totalidad de los créditos y no al montante particular de cada uno de ellos». Por su parte, la Resolución I.C.A.C. 104-92, anteriormente citada, establece, erróneamente a mi juicio, que «para el cálculo de los anteriores límites [se refiere a los establecidos en el art. 156.1.b)] se tomarán en consideración los créditos individualmente considerados» [norma 11, b)], cuando lo relevante desde la perspectiva de la debida liberación de las acciones no es que cada crédito cumpla las exigencias legales, sino que éstas concurren en el conjunto de los créditos que cada suscriptor oponga en compensación, de modo que ese conjunto sea apto para liberar su propia deuda de aportación.

(67) Como, en cambio, parecen estimarlo García Luengo-Soto Vázquez, ob. y loc. cit.

(68) Como así lo afirmaba, en relación con la Ley de 1951, Garrigues (Olivencia) en *Comentario...*, cit., I, pág. 215.

(69) Tal vez, al redactar la norma, el legislador se hizo la siguiente composición de lugar: dado que sólo puede compensarse la parte exigible de los créditos (la compensación de las partes no exigibles o compensación impropia está vedada) y que es preciso desembolsar al menos la cuarta parte del valor nominal de las acciones que se obtienen en contrapartida, ha de condicionarse la posibilidad del aumento por compensación de créditos al requisito de que, cuando menos, sea exigible el 25 por 100 del importe del crédito o créditos que se «aportan», pues sólo así puede liberarse el 25 por 100 de las acciones que se reciben a cambio. Desde esta perspectiva, se redactó la norma imponiendo la exigibilidad del 25 por 100 de los créditos, en lugar de formularla -como ya lo había hecho el legislador francés [vid., supra, III.4.B)]- en términos generales, estableciendo que para la liberación de las acciones se precisará que el crédito sea exigible. No se tuvo en cuenta, sin embargo, que en determinadas circunstancias las nuevas acciones habrán de emitirse con prima y que ésta, por disposición expresa del artículo 47.3 de la Ley, ha de desembolsarse íntegramente. En este sentido, y salvo que el importe de la prima se satisfaga en dinero, es obvio que el texto de la letra a) del artículo 156.1 ha de ser interpretado en el sentido de que los créditos han de ser líquidos y exigibles en la parte necesaria para cubrir el importe íntegro de la prima de emisión y el 25 por 100 del valor nominal de las acciones (en nuestra doctrina, llega a la misma conclusión Galán López, «El aumento de capital...», cit., pág. 458).

(70) No parece entenderlo así Cabanas, *Praxis Mercantil*, cit., ep. 71, pág. 170.

(71) La norma quiere que la parte líquida y exigible del crédito o créditos sea equivalente al valor que ha de ser desembolsado (25 por 100 más, en su caso, el importe de la prima de emisión). El hecho de que esa parte líquida y exigible pertenezca a la deuda principal o a la deuda de intereses es indiferente (se formula esta cuestión De la Cuesta Rute, «El aumento y la reducción...», cit., pág. 204). Lo relevante es que, sumadas o en conjunto, alcancen el porcentaje legal (en el mismo sentido, vid. Galán López, «El aumento del capital...», cit., pág. 458). Un razonamiento semejante puede hacerse en relación con el valor del crédito que se toma como referencia para fijar el importe del aumento del capital o, mejor dicho, el precio de emisión (nominal más prima). El precio de emisión, tomado en su conjunto, equivaldrá al valor nominal de los créditos más el de los intereses que hayan de devengarse hasta el momento del vencimiento final, que coincidirá -vid. infra, número siguiente- con el último desembolso (aun partiendo de la premisa opuesta -el vencimiento anticipado de los créditos- se orienta en la misma dirección Galán López, «El aumento del capital...», cit., pág. 453).

(72) No es ésta, sin embargo, la opinión de quienes, entre nuestros autores, han abordado la cuestión relativa al modo en que se producen los desembolsos cuando una parte de los créditos carece de liquidez y exigibilidad: vid. Galán López, ob. y loc. cit.; Cabanas, ob. y loc. cit.; Martínez Fernández, «El aumento de capital...», cit., pág. 719, con cita de Piñel López; De la Cuesta Rute, ob. y loc. cit.; con menor claridad, Curto-Isla, *Comentarios...*,

cit., págs. 231-232. En contra del atemperamiento de los sucesivos desembolsos con las fechas de los sucesivos vencimientos de los créditos es frecuente la afirmación de que, producida la «aportación» del crédito, no conviven las posiciones jurídicas de socio y acreedor, lo que conduce a estimar, también frecuentemente, que la «aportación» produce la extinción del crédito. No se advierten, sin embargo, las razones por las que en este caso no es posible esa convivencia cuando el desembolso del 25 por 100 mediante compensación consolida la posición jurídica de socio del «aportante», quien, al propio tiempo, no deja de ser acreedor de la parte no vencida del crédito parcialmente compensado. De otro modo se llegaría a impedir, sin fundamento suficiente, la posibilidad de oponer en compensación créditos de importe superior al necesario para la liberación de las acciones suscritas, lo que ciertamente carece de funcionalidad en los supuestos de «compensación planificada», en los que la cuantía del aumento se define previamente en atención al importe de los créditos que la sociedad pretende capitalizar, pero puede resultar de interés en los casos de «compensación circunstancial», ya que normalmente el acreedor social no dispondrá de un crédito cuyo importe coincida exactamente con la deuda de aportación contraída. Por lo demás, la idea de la extinción total del crédito difícilmente podría explicar algunas otras situaciones susceptibles de producirse en la vida de la sociedad, como la que se produciría si, hallándose pendiente algún desembolso parcial por no haberse producido el vencimiento de la parte del crédito que debía cubrirlo, la sociedad decide reducir su capital mediante condonación del dividendo pasivo correspondiente a dicho desembolso.

(73) Este límite temporal recuerda, sin duda, el establecimiento por los artículos 40.2, para los dividendos pasivos que hayan de desembolsarse mediante aportaciones no dinerarias, y 155.2, para la liberación de los aumentos in natura (así lo advierten, entre otros, Galán López, «El aumento del capital...», cit., pág. 442, y García Luengo-Soto Vázquez, El nuevo régimen..., cit., pág. 701). Pero aunque se admita que la singularidad de la «aportación» en el caso que nos ocupa tal vez haya podido inducir al legislador a establecer la referida limitación tomando como modelo la disciplina de las aportaciones no dinerarias, esta circunstancia no constituye, a nuestro modo de ver, un argumento suficiente para la inclusión del aumento por compensación de créditos en la categoría de los aumentos por aportaciones in natura [sobre la cuestión, vid. supra, III, 4, D)].

(74) Así, Galán López, «El aumento de capital...», cit., pág. 456.

(75) Entre las que se encuentra la incorporación a la escritura pública de la certificación del auditor que en este caso viene a constituir -como hemos indicado- un elemento integrante del sistema de acreditación de la realidad de las aportaciones.

(76) Vid. artículo 166 del «Décret» 67-236.

(77) Vid. Galán López, «El aumento del capital...», cit., pág. 457, cuando propone que dicha certificación sea verificada por el auditor, verificación esta que no figura incluida en el contenido propio de la certificación que ha de ser emitida conforme al artículo 156 (vid. Res. I.C.A.C. 10-4-92, anteriormente citada), porque aquí ni siquiera parece exigible respecto del documento acreditativo de la baja en contabilidad de la parte del crédito aplicada al desembolso mínimo inicial,