

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12715 *Resolución de 4 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles IX de Madrid a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de escisión de una sociedad anónima.*

En el recurso interpuesto por doña María Amanay Rivas Ruiz, notaria de Fuenlabrada, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles IX de Madrid, don José Antonio Calvo González de Lara, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de escisión de una sociedad anónima.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por doña María Amanay Rivas Ruiz, notaria de Fuenlabrada, el día 11 de junio de 2014, con el número 556 de protocolo, los administradores solidarios de la sociedad «Extintores Eivar, S.A.», elevaron a público los acuerdos de la junta general universal de dicha sociedad adoptados el día 30 de enero de 2015, en virtud de los cuales se acordó, por unanimidad, la escisión parcial de la sociedad con traspaso de parte del patrimonio social (la parte del activo y del pasivo dedicada exclusivamente a arrendamiento de inmuebles, que constituyen una unidad económica, valorada en 3.411.000 euros) a una sociedad de responsabilidad limitada de nueva creación, «HVF Capital, S.L.», con reducción del capital de la sociedad escindida. En la escritura los administradores de la sociedad escindida manifiestan que «Caixabank, S.A.» se ha opuesto a la escisión por ostentar un crédito hipotecario frente a aquella sociedad y que, no obstante, dicho crédito se encuentra suficientemente garantizado.

II

El día 16 de junio de 2015 se presentó en el Registro Mercantil de Madrid copia autorizada de dicha escritura, causando el asiento número 638 del Diario 2579, número de presentación 1/2015/73.609, y fue objeto de la siguiente calificación negativa: «José Antonio Calvo González De Lara, Registrador Mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: (...) Fundamentos de Derecho 1.–No se ha realizado la provisión de fondos para la publicación de datos en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» que exige el artículo 426.1 del Reglamento del Registro Mercantil.–Es defecto subsanable; la citada provisión se puede hacer efectiva mediante transferencia a la cuenta corriente con código IBAN (...) y SWIFT (...), abierta a nombre de este Registro Mercantil en la entidad La Caixa, debiendo acreditarse dicha transferencia mediante testimonio de su orden en la telecopia. 2.–De conformidad con lo dispuesto en el artículo 319 de la Ley de Sociedades de Capital, el acuerdo de reducción de capital ha de ser publicado en el BORME y en un periódico de gran circulación en la provincia donde tenga la sociedad el domicilio (al no tener inscrita página web), debiendo constar en la escritura la declaración de que ningún acreedor ha ejercitado su derecho de oposición en el plazo legal (336 LSC) o, en otro caso, la identidad de quien se hubiera opuesto, el importe de sus créditos y la indicación de haber sido prestada garantía a

satisfacción del acreedor o, en su caso, de haberle sido notificada a éste la prestación de la fianza establecida en el artículo 337 de la Ley de Sociedades de Capital (art. 170.4 RRM). Es defecto subsanable. 3.—Es preciso que el acreedor que se ha opuesto a la fusión sea el que manifieste que existen garantía suficientes o, en otro caso, que se le notifique la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor (arts. 44.3 y 73.1 LME). Es defecto subsanable. 4.—Subsanados los defectos anteriores, se practicará la inscripción en cuanto al artículo 11 de los estatutos sociales de la sociedad beneficiaria de la escisión, de nueva creación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital y en el artículo 11.bis.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. En relación con la presente calificación: (...) Madrid, veinticuatro de junio de dos mil quince». El día 2 de julio de 2015, la escritura relacionada tuvo nueva presentación telemática, bajo el número de entrada 1/2015/81.693, siendo objeto de la calificación siguiente: «José Antonio Calvo González De Lara, Registrador Mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo. 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: (...) Fundamentos de Derecho Enviado oficio al RMC prorrogando la vigencia de la denominación hasta el 13.09.15. 1.—Presentado nuevamente el documento, junto con la provisión de fondos correspondiente para la publicación de los acuerdos en el BORME, ha quedado subsanado exclusivamente el primer defecto de la nota de calificación de fecha 24 de junio de 2015, siendo los otros dos defectos subsanables, los siguientes: «1) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 319 de la Ley de Sociedades de Capital, el acuerdo de reducción de capital ha de ser publicado en el BORME y en un periódico de gran circulación en la provincia donde tenga la sociedad el domicilio (al no tener inscrita página web), debiendo constar en la escritura la declaración de que ningún acreedor ha ejercitado su derecho de oposición en el plazo legal (336 LSC) o, en otro caso, la identidad de quien se hubiera opuesto, el importe de sus créditos y la indicación de haber sido prestada garantía a satisfacción del acreedor o, en su caso, de haberle sido notificada a éste la prestación de la fianza establecida en el artículo 337 de la Ley de Sociedades de Capital (art. 170.4 RRM). 2) Es preciso que el acreedor que se ha opuesto a la fusión sea el que manifieste que existen garantía suficientes o, en otro caso, que se le notifique la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor (arts. 44.3 y 73.1 LME).» Subsanados los defectos anteriores, se practicará la inscripción en cuanto al artículo 11 de los estatutos sociales de la sociedad beneficiaria de la escisión, de nueva creación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital y en el artículo 11.bis.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. En relación con la presente calificación: (...) Madrid, tres de julio de dos mil quince».

El día 8 de julio de 2015, se notificó la calificación a la notaria autorizante.

III

Mediante escrito presentado en oficina de Correos el día 6 de agosto de 2015, recibido en el Registro Mercantil de Madrid el día 10 de agosto de 2015, número de entrada 1/2015/103.154, doña María Amanay Rivas Ruiz, notaria autorizante de la escritura calificada, interpuso recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito alega los siguientes fundamentos jurídicos: «El objeto de este recurso es determinar en el supuesto de hecho que lo motiva: escritura, de elevación a público de los acuerdos adoptados en Junta General Universal y por unanimidad de los accionistas, de escisión parcial de una sociedad anónima en la que se traspasa parte del patrimonio a una sociedad limitada de nueva creación como sociedad beneficiaria de la escisión, con la correspondiente reducción de capital, sin que el preceptivo anuncio de escisión publicado en un periódico de gran circulación y en el BORME no haga mención expresa a que la sociedad escindida

lleva a cabo, como parte del proceso de escisión, precisamente esa reducción de capital social, es causa para denegar la inscripción de la escisión en el Registro Mercantil. Dado que el anuncio de escisión publicado no menciona expresamente la existencia ni los datos concretos de la reducción de capital social que se lleva a cabo en el seno de la escisión, exige el registrador calificador que se efectúe el anuncio relativo a la reducción de capital social de conformidad con el art. 319 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), y que se recoja en la escritura la mención de que ningún acreedor ha ejercitado su derecho de oposición en el plazo legal conforme exige el art. 336 LSC. Entiende la notario autorizante que suscribe este recurso que la exigencia de obligatoria publicación por separado del acuerdo de reducción de capital, que es parte integrante de la escisión acordada, y formalizada en la escritura que ha sido objeto de calificación, carece de sentido y resulta una exigencia formalista carente de utilidad individualizada por los siguientes argumentos: 1.–La propia Ley de Modificaciones Estructurales, Ley 3/2009 (en adelante, LME), en su artículo 70.1, cuya redacción no ha sido objeto de modificación desde que se aprobó la Ley, define la escisión parcial en los siguientes términos: «Se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.». Interesa ahora, desde un punto de vista dogmático, destacar el inciso final de dicho párrafo pues la propia definición legal de escisión parcial contempla que ésta se efectúe con la correspondiente reducción de capital en la sociedad escindida. Y si bien es cierto que la escisión puede llevarse a efecto también mediante reducción de capital y la parte proporcional de reservas, e incluso por vía de interpretación se ha admitido la escisión parcial contra la reducción de reservas disponibles en la sociedad escindida, esta posibilidad es como decimos, admitida por vía de interpretación, siendo la manera natural de llevar a cabo una escisión parcial, y la prevista legalmente, la de reducir el capital de la sociedad escindida en la proporción y cuantía necesaria para dar reflejo adecuado a la salida de patrimonio que se transfiere a la sociedad beneficiaria de la escisión. Esto implica que todos aquellos terceros que puedan tener un interés que pueda verse afectado por el proceso de escisión parcial, fundamentalmente acreedores, cuentan con que dicha escisión va a comportar una reducción de capital en la sociedad que se escinde, como elemento integrante y parte inherente a la modificación estructural que es la escisión, y solo de manera excepcional podría dicha escisión no comportar una reducción de capital, sino únicamente una reducción de las reservas disponibles. Así, en un supuesto de escisión parcial como el que nos ocupa, aquel acreedor que considere que la escisión puede afectar a su crédito tiene la posibilidad, configurada como derecho reconocido legalmente, de dirigirse a la sociedad para solicitar la información correspondiente sobre los términos en que se ha acordado la escisión, tal y como contempla el art. 43 LME. Podrá solicitar y obtener información sobre el acuerdo de escisión y sin duda dentro de este acuerdo figurará la existencia de la reducción de capital social en la cuantía necesaria para dar adecuado reflejo a la salida patrimonial que comporta toda escisión parcial. ¿Tiene entonces sentido en este contexto exigir que la existencia de la reducción de capital social en el seno de la escisión parcial sea objeto de publicidad, necesariamente y en todo caso? El registrador calificador entiende que sí. Por el contrario la notario que firma el recurso entiende que esa exigencia se basa en la literalidad interpretativa más absoluta de la norma reguladora de la materia no teniendo en cuenta lo esencial, la finalidad perseguida por la norma, que no es otra que dar una adecuada tutela a los intereses en juego, tanto los de los socios como los de terceros, fundamentalmente los acreedores, y esa tutela se brinda adecuadamente a los acreedores en este caso, como desarrollamos seguidamente. 2.–Desde un punto de vista sustantivo, debemos pararnos a valorar si en el caso que ahora se debate se cumple la finalidad que persigue la norma que regula esta materia, que exige la publicación de anuncios de los acuerdos de escisión adoptados por una sociedad

que puedan afectar a terceros no participantes en la adopción de los mismos, a fin de que puedan tener conocimiento de los mismos para en su caso adoptar las medidas que entiendan necesarias para la adecuada defensa de sus legítimos derechos. a) Cuando el legislador opta por regular mediante una ley específica los procesos de modificaciones estructurales societarios, fundamentalmente transformación, fusión y escisión, estableciendo especialidades tanto en cuanto a los requisitos internos a cumplir para llevar a cabo dichas modificaciones, fijando reglas especiales en cuanto a, por ejemplo, la antelación de convocatoria a las juntas que deben decidir al respecto, la información a elaborar por los órganos de administración de las sociedades implicadas que justifiquen y soporten dichos procesos, y de adopción de acuerdos, como en cuanto a los requisitos externos, como son fundamentalmente los relativos a los mecanismos de publicidad encaminados a dotar de una adecuada tutela a los socios no asistentes a la junta que decida sobre la escisión, y a los trabajadores de las sociedades participantes en la modificación estructural y a los acreedores de las mismas, es porque el legislador considera que estas modificaciones estructurales tienen una caracterización propia que va más allá de una mera suma de modificaciones estatutarias, y que son merecedoras de una regulación específica y al tiempo global del proceso de modificación estructural, por tanto con entidad independiente como para dotarles de una regulación especial recogida en la Ley de Modificaciones Estructurales, que, en lo previsto en esta norma particular debe prevalecer sobre la regulación general de cada uno de los aspectos parciales que se dan en esa modificación estructural y que recoja la Ley de Sociedades de Capital (así por ejemplo como hemos mencionado, reglas sobre convocatoria a junta, sobre informes de los administradores y de expertos independientes relativos a las modificaciones proyectadas, y sobre publicidad del proceso tanto por medio de la publicación de los proyectos de fusión o escisión, como de los acuerdos adoptados para la ejecución de los mismos). En este sentido, el acuerdo de reducción de capital no es un acuerdo separado e independiente del acuerdo de escisión, sino que es parte integrante del mismo, sin el cual no existe la escisión misma, pues como modificación estructural de la sociedad es una operación compleja de traspaso de patrimonio cuyo reflejo en los fondos propios de la sociedad (como elemento integrante inseparablemente de la salida de elementos del activo y del pasivo a favor de la sociedad cesionaria) es mediante una reducción de capital cuya publicidad separada e independiente ahora se pretende. En este contexto debemos reflexionar sobre la finalidad de la norma relativa a la publicidad de los acuerdos de fusión que se recoge en el art. 43 LME, y los de escisión por remisión del art. 73.1 LME, y la posición de los acreedores una vez efectuadas dichas publicaciones de acuerdo con el artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales, cuya redacción fue modificada por la Ley 1/2012 de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, con una finalidad encaminada a moderar la fuerza del ejercicio del derecho de oposición del acreedor en estos procesos. b) De conformidad con la redacción actual, una vez efectuados los anuncios relativos a la fusión o escisión, durante el plazo de un mes desde el último de los anuncios aquellos acreedores de las sociedades afectadas «cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido en ese momento, podrán oponerse a la fusión hasta que se les garanticen tales créditos. Si el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil competente, la fecha de nacimiento del crédito deberá haber sido anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor», y aquellos acreedores «cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados no tendrán derecho de oposición». Pues bien, ahora tras la reforma mencionada, aún cuando un acreedor formule oposición en plazo, dicha oposición no paraliza por sí sola la escisión (o fusión) de manera que si el órgano de administración de la sociedad afectada entiende que dicha oposición no tiene fundamento por no tratarse de un acreedor «legítimo», ya sea porque no reconozca la exigibilidad del crédito por entender que no está vencido por ejemplo, o considere que es un crédito el del acreedor opositor

que ya goza con carácter previo a la modificación estructural de una garantía suficiente, de manera que no considera justificada la reclamación, puede continuar con la reforma estructural y no se impediría la eficacia del negocio de escisión. En este sentido ha interpretado la Dirección General de los Registros y del Notariado los efectos de la oposición del acreedor en la fusión y en la escisión de acuerdo con el nuevo apartado 4 del artículo 44 de la LME, en sendas resoluciones de fecha 15 de octubre de 2014 y 2 de diciembre de 2015 (sic). En el caso objeto de recurso se da precisamente un supuesto de hecho como el ya resuelto por las dos Resoluciones citadas, un acreedor titular de crédito nacido con anterioridad a la fecha del acuerdo de escisión se opone a la misma, si bien la sociedad escindida entiende que tal oposición no tiene fundamento pues considera que el crédito en cuestión se encuentra suficientemente garantizado y así lo comunica al acreedor tal y como resulta de la escritura calificada, siendo por ello que se continúa con el proceso de escisión sin prestar la garantía adicional pretendida ni fianza solidaria de entidad de crédito, por aplicación del art. 44.4 LME. Y es que, tal y como ha declarado nuestro Centro Directivo en las referidas resoluciones, la novedad en esta materia consiste en que cuando a pesar de la oposición del acreedor, las sociedades participantes en un proceso de fusión o de escisión llevasen a cabo dicha fusión o escisión sin prestar garantía a satisfacción del acreedor o sin presentar fianza solidaria de entidad de crédito, la modificación estructural se habrá llevado a efecto y el acreedor reclamante tendrá derecho a dirigirse al Juzgado de lo Mercantil para la reclamación de la prestación de la garantía que entienda que tiene derecho a recibir, y también podrá hacer constar en el Registro Mercantil el hecho del ejercicio de su derecho de oposición, para dotarlo de suficiente publicidad frente a terceros, pero sin que, se reitera, dicha oposición impida la eficacia del negocio de fusión (o de escisión), que se alcanzará mediante su inscripción en el Registro Mercantil. Y es que como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2012, siguiendo la normativa comunitaria, con la reforma por ella operada se procura de una parte evitar que la infracción de los deberes a cargo de la sociedad en caso de legítima oposición pueda afectar a la eficacia de la fusión o la escisión, y de otra amplía las posibilidades de acción de los acreedores en los casos en los que, no obstante la prohibición expresa de la Ley, la fusión o escisión se lleve a efecto sin la prestación de las garantías necesarias a favor del opositor, pues queda así «complimentado el mandato de la Directiva 2009/109/CE de que los acuerdos de fusión (o escisión) se hagan sin perjuicio de los sistemas de protección de los intereses de los acreedores de las sociedades implicadas. c) Esta regulación sobre los efectos de la oposición de un acreedor a la escisión o fusión publicitada es actualmente distinta a la del acreedor que se opone a una individual reducción de capital social llevada a cabo por una sociedad anónima, pues la regulación de la tutela de los acreedores en la sociedad anónima recogida en los arts. 334 y siguientes de la LSC es similar a la que existía para los procesos de fusión y escisión antes de la reforma efectuada por la Ley 1/2012, y dota al acreedor opositor de mayor fuerza que la que actualmente goza en los procesos de fusión y escisión tras la mencionada reforma. Nótese que los arts. 334 y 337 LSC recogen una redacción muy similar a los apartados 2 y 3 del art. 44 LME. Sin embargo, el nuevo apartado 4 del art. 44 LME (añadido por la Ley 1/2012) supone una diferencia fundamental en cuanto a los efectos del ejercicio del derecho de oposición de los acreedores en las fusiones y escisiones de sociedades anónimas, pues en estos casos actualmente dicha oposición ya no paraliza por su solo ejercicio el proceso de la reforma estructural, tal y como ya se ha comentado previamente. Surgen así una serie de preguntas en cascada que nos conducen a afirmar la innecesaridad de la publicidad adicional ahora requerida por el registrador calificador. Empezamos por preguntarnos qué derecho de oposición tienen los acreedores de una sociedad anónima que es objeto de escisión parcial y que lleva a cabo en el marco de la misma una reducción de capital como correspondiente contrapartida en fondos propios a la salida del patrimonio que se traspasa a la sociedad beneficiaria. ¿Es el regulado en el art. 44 LME o es el regulado en el art. 334 LSC? Parece evidente que la respuesta es que es el recogido en la norma especial, es decir, en el art. 44 LME. Y en tal caso, ¿cuál es la finalidad de exigir un nuevo anuncio para dotar de una publicidad a la reducción de capital de la que la escisión que la engloba ya ha

sido objeto? Y además, de llevarse a efecto dicho anuncio ¿nacería en tal caso un derecho de oposición distinto a favor del acreedor de la sociedad participante en la escisión? O lo que es lo mismo, ¿tienen derechos de oposición distintos en una escisión de una sociedad anónima los acreedores según se lleve a efecto mediante reducción de capital o exclusivamente mediante reducción de reservas? Es evidente que la respuesta a esta última pregunta es negativa pues al acreedor de una sociedad anónima que se escinde parcialmente le asiste el derecho de oposición que regula el art. 44 LME y su ejercicio tendrá las consecuencias que ahora regula el apartado 4 del art. 44 LME. Por tanto, en el caso que nos ocupa, si se opusiera un acreedor ahora con este nuevo anuncio que exige el registrador ¿quedaría paralizada la escisión por aplicación del art. 337 LSC que se cita en la nota de calificación? Parece evidente que no sería así, habida cuenta de la redacción actual del art 44, que es el aplicable a las escisiones, y la interpretación del mismo efectuada por las resoluciones de la Dirección General de 2014 ya comentadas. Y por lo tanto, si no hay distintos derechos de oposición, que no los hay, no alcanzamos a determinar qué finalidad puede haber en exigir un anuncio separado, o específico de la reducción de capital cuando, como hemos señalado al inicio del presente, la propia definición de escisión parcial contempla que ésta lleve aparejada una reducción de capital de manera que los acreedores de una sociedad anónima que participa en un proceso de escisión cuentan con que, *prima facie*, dicha escisión comporta una reducción de capital.

3.—Y por último, no se debe olvidar que la tendencia de las últimas reformas legislativas de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, es precisamente la de superar el rigorismo formal y dotarlas de una mayor flexibilidad, simplificando los requisitos y debilitando la fuerza de los requisitos puramente formales, pues entiende el legislador que en muchas ocasiones pueden llegar a obstaculizar la vida y actividad de las sociedades sin que el incumplimiento de dichos requisitos formales tenga una verdadera relevancia sustantiva. Ejemplo de esta tendencia son, entre otras, fundamentalmente en lo que aquí interesa la Ley 1/2012 de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, cuyo objetivo marcado desde el ámbito comunitario ha sido el de promover una política de simplificación del Derecho de las sociedades de capital, especialmente para la reducción de costes y la simplificación de cargas a fin de lograr una mayor agilidad de los procesos de modificación estructural, y de ahí entre otras la reforma del art. 44; y más recientemente la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, tras la cual se ha llevado a cabo una profunda reforma del régimen de impugnación de acuerdos sociales conforme a la cual la infracción de requisitos formales que no resulten esenciales para la adecuada tutela de los verdaderos intereses de socios y terceros ya no determina la nulidad de los acuerdos. Dentro de esta tendencia flexibilizadora y de simplificación de trámites debe enmarcarse la cuestión que ahora se debate, pues la exigencia de un anuncio específico de la reducción de capital distinto del anuncio de escisión poco aporta, como ya hemos visto a la debida publicidad de que ha sido ya objeto la escisión, y a la tutela que se dispensa a los acreedores. En conclusión, no estamos debatiendo en este caso sobre una individual operación de reducción de capital llevada a cabo por una sociedad anónima y la tutela que los acreedores de la misma deben recibir, sino sobre una escisión parcial de una sociedad anónima en cuyo seno se lleva a cabo una reducción de capital como elemento integrante de la propia escisión, y lo que se discute es si los acreedores de la misma han recibido la tutela que les brindan los arts. 43 y 44 LME. Por los argumentos desarrollados entiendo que los acreedores de la sociedad objeto de escisión han recibido ya adecuada tutela, y la publicación adicional del acuerdo de reducción de capital no resulta exigible en un caso como el aquí debatido. Y respecto de la oposición formalizada por uno de los acreedores, ésta tendrá los efectos y consecuencias que determina el art. 44.4 LME pues la sociedad escindida entiende que dicho acreedor no tiene derecho de oposición al encontrarse su crédito ya debidamente garantizado desde su nacimiento y no reconocer legitimidad a su reclamación, y por tanto no queda paralizada la escisión (art. 44.4 LME) de conformidad con la doctrina sentada por la Dirección General en las Resoluciones mencionadas».

IV

Mediante escrito, de fecha 17 de agosto de 2015, el registrador elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18, 31, 36, 37, 39, 40, 42, 43, 44, 49, 52, 70, 73, 74, 78 bis y 80 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 319 y 331 a 337 de la Ley de Sociedades de Capital; la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital; el artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil; la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones; los artículos 10 y 27 de la Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976; 11 y 16 de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011; el Preámbulo y el artículo 13 de la Directiva 78/855/CEE; los artículos 9, 10 y 22 de la Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de abril de 1991, 30 de junio de 1993, 22 de marzo de 2002, 2 de febrero de 2011, 3 de octubre de 2013, 10, 11 y 21 de abril, 8 y 9 de mayo, 15 y 21 de octubre y 5 y 6 de noviembre de 2014 y 19 de enero de 2015.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público determinados acuerdos sociales de una sociedad anónima por los cuales se escinde parcialmente con traspaso de parte del patrimonio social, que constituye una unidad económica, a una sociedad de responsabilidad limitada de nueva creación, con reducción del capital de la sociedad escindida. En la misma escritura los administradores de la sociedad escindida manifiestan que determinada entidad de crédito se ha opuesto a la escisión por ostentar un crédito hipotecario frente a aquella sociedad y que, no obstante, dicho crédito se encuentra suficientemente garantizado.

Según el primero de los defectos expresados por el registrador en su calificación, el acuerdo de reducción del capital social debe cumplir los requisitos de publicación del mismo así como los relativos al derecho de oposición de acreedores (artículos 319, 336 y 337 de la Ley de Sociedades de Capital). Y según el segundo de los defectos, considera necesario que «el acreedor que se ha opuesto a la fusión sea el que manifieste que existen garantías suficientes o, en otro caso, que se le notifique la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor (arts. 44.3 y 73.1 LME)».

2. Antes de entrar en el análisis de las objeciones que expresa el registrador en la calificación impugnada debe tenerse en cuenta que la protección de los distintos intereses que pueden resultar afectados en modificaciones estructurales de sociedades como son la escisión y la fusión se disciplina legalmente mediante la regulación de un procedimiento, de carácter obligatorio, que solo cuando es debidamente cumplimentado surte los efectos previstos por el legislador. Pero, habida cuenta de la diversidad de los intereses potencialmente afectados (socios capitalistas con o sin prestaciones accesorias, socios con privilegios, socios industriales, titulares de derechos especiales o tenedores de títulos, administradores, trabajadores, acreedores,...) la mayor o menor complejidad de ese procedimiento legalmente previsto para su protección viene determinada por la presencia en cada situación concreta de unos u otros intereses.

La legislación comunitaria, de la que procede la regulación vigente en España, ha ido acotando los supuestos en los cuales se puede prescindir de trámites innecesarios del

procedimiento de fusión o escisión por estar suficientemente protegidos los intereses concurrentes. El Preámbulo de la Directiva 2009/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 afirma con rotundidad que es preciso reducir las cargas de las sociedades al mínimo necesario y que cualquier acuerdo societario de reducción de trámites debe salvaguardar los sistemas de protección de los intereses de los acreedores. La Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, que ha tenido como objetivo, expresivamente presente en su denominación, llevar a cabo la transposición a nuestro ordenamiento del contenido de la Directiva, reitera las anteriores afirmaciones.

En definitiva, nada impide que ante situaciones de hecho exentas de complejidad el procedimiento se simplifique y agilice al máximo pese a lo cual desenvuelve la misma intensidad de efectos (la sucesión universal) que los supuestos más complejos. Pero por sencilla que sea la situación de hecho, la normativa comunitaria y la española imponen en cualquier caso la salvaguarda -en distinto grado- de los derechos de los socios, de los trabajadores y de aquellos eventuales acreedores a quienes pueda afectar el proceso.

3. En relación con los acreedores la protección de sus intereses tiene en cuenta que no son parte del proceso de fusión o escisión. En tanto en cuanto la sucesión universal que se produce como consecuencia del proceso altera, sin su consentimiento, la persona de su deudor, su protección se articula con base en dos derechos fundamentales: por un lado el derecho de información y por otro el derecho de oposición.

De los artículos 43 y 73 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, resulta la obligación de que en las publicaciones del acuerdo de fusión o escisión o en la comunicación individual por escrito sustitutoria se haga constar el derecho que les asiste de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión o escisión, así como el derecho de oposición que les corresponde. Este derecho de oposición se puede ejercitar en el plazo de un mes desde dichas publicaciones o comunicaciones en los términos previstos en el artículo 44. Por ello, para la inscripción de la escisión es necesario que la escritura recoja la declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores o por el contrario el hecho de que sí que ha habido oposición (artículo 227.2.2ª del Reglamento del Registro Mercantil).

El presupuesto del derecho de oposición es precisamente el ejercicio previo del derecho de información pues sin su debida cumplimentación el ejercicio responsable e informado de aquél queda imposibilitado o cercenado en clara violación de la previsión legal como ha recordado esta Dirección General (Resolución de 3 de octubre de 2013). Esta trascendencia la confirma el artículo 43.1 de la Ley 3/2009 que frente a la regulación anterior (artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas) incorpora como requisito que el anuncio o la comunicación individual comprenda «el derecho de oposición que corresponde a los acreedores» con lo que la correlación entre derecho de información y de oposición queda patentemente enlazada.

De la trascendencia de que el derecho de información sea debidamente respetado da idea el hecho de que la falta de cumplimentación o su cumplimentación defectuosa puede dar lugar a la impugnación del proceso de fusión sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que puedan corresponder (artículo 47 de la Ley 3/2009). Tratándose en consecuencia de un requisito que afecta a la validez del proceso de fusión es evidente que debe resultar debidamente cumplimentado.

4. Como ha puesto de relieve esta Dirección General en las Resoluciones de 15 de octubre y 5 y 6 de noviembre de 2014, la regulación jurídica del derecho de oposición de los acreedores en los procesos de modificación estructural de sociedades ha quedado profundamente afectada por la modificación que de su regulación ha llevado a cabo la Ley 1/2012.

La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (artículos 145 y 146), configuró el derecho de oposición de los acreedores como un elemento determinante de la eficacia de la fusión hasta el punto de que, de no satisfacerse los créditos pendientes o no prestar garantía a

satisfacción del acreedor opositor, el negocio no podía desplegar los efectos previstos en el ordenamiento. Así lo afirmaba el artículo 145 del texto legal: «Si durante este plazo algún acreedor social se opusiera por escrito a la fusión, ésta no podrá llevarse a cabo sin que se aseguren previamente o se satisfagan por entero los derechos del acreedor o acreedores disidentes». Y así lo recogió en términos muy similares el artículo 243 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, que se remitía al régimen establecido para los supuestos de reducción del capital social en el artículo 166, de donde pasó al artículo 44.3 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. La regulación se completaba con la previsión del Reglamento del Registro Mercantil que en su artículo 227.2.2.^a establecía como requisito de la escritura pública sujeta a inscripción: «2.^a La declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad».

Como consecuencia de la regulación legal y reglamentaria, los acreedores disponían de un auténtico derecho de veto que impedía la eficacia de la fusión o escisión así como su inscripción en el Registro Mercantil en tanto no se les proporcionase la satisfacción que considerasen necesaria. Es cierto que el derecho de oposición no se reconocía a «...los acreedores cuyos créditos se encontrasen ya suficientemente garantizados», pero la propia indeterminación de la previsión legal hacía inviable la eficacia de la fusión cuando el acreedor afirmaba la falta de suficiente garantía de su crédito, abocando en caso de desacuerdo a una solución judicial sin que mientras tanto la fusión pudiera desplegar sus efectos.

La regulación legal prevista en nuestro ordenamiento daba así cumplimiento a la previsión de la Tercera Directiva Europea en materia de sociedades (78/855/CEE, Preámbulo y artículo 13), en cuanto garantizaba que el procedimiento de fusión no perjudicase los derechos de los acreedores. La regulación empero excedía con mucho la previsión comunitaria de régimen mínimo de protección que en ningún caso consideró que la oposición de los acreedores podía condicionar la eficacia de la fusión; tan solo exigía que los Estados miembros previesen el derecho de los acreedores a obtener garantía adecuada de las sociedades implicadas o, en su defecto, de la autoridad competente (en este último caso a partir de la modificación introducida en el artículo 13 por la Directiva 2009/109/CE; vid. hoy, artículo 13 del Texto Consolidado, Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril).

5. Este estado de cosas fue profundamente alterado por la Ley 1/2012 que, en lo que ahora interesa, modifica el artículo 44 de la Ley 3/2009 precisamente para adecuarlo a las previsiones de la Directiva 2009/109/CE y a la modificaciones que ésta lleva a cabo en el régimen europeo de fusiones y escisiones. Como por extenso afirma su Exposición de Motivos: «...siguiendo a la Directiva, a la vez que evita que la infracción de los deberes a cargo de la sociedad en caso de legítima oposición pueda afectar a la eficacia de la fusión o de la escisión, la presente Ley amplía las posibilidades de acción de los acreedores en los casos en los que, no obstante la prohibición expresa de la ley, la fusión o la escisión se lleven a cabo sin la prestación de las garantías necesarias a favor del opositor».

Con esta base, y de acuerdo con el nuevo régimen legal establecido en el artículo 44 de la Ley 3/2009 (aplicable a la escisión conforme al artículo 73.1 de la misma Ley), los acreedores que ostenten derecho de oposición (por ser titulares de créditos anteriores no vencidos y no suficientemente garantizados), pueden ejercerlo frente a las sociedades involucradas exigiendo la prestación de garantía a su satisfacción o de fianza solidaria por entidad de crédito en los términos establecidos en el número 3 del precepto. Este régimen, sustancialmente idéntico al anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2012, implica que las sociedades afectadas reconocen la legitimidad de la reclamación del acreedor opositor y de ahí que se afirme que la fusión no podrá llevarse a cabo hasta que se le proporcione la satisfacción requerida, lo que implica el acuerdo de las partes, o a que se acredite la existencia de fianza solidaria de entidad de crédito ya sin consentimiento del acreedor. Nótese que en este último supuesto (que procede del artículo 166 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989), la fusión puede llevarse a cabo y ser plenamente eficaz

a pesar de la oposición del acreedor al considerar el legislador que su posición jurídica está suficientemente protegida.

La novedad consiste en que cuando, a pesar de la oposición del acreedor, las sociedades llevasen a cabo la fusión sin prestar garantía a su satisfacción o sin presentar fianza solidaria de entidad de crédito («se hubiera llevado a efecto» dice el precepto), se reconoce al acreedor el derecho a dirigirse al Juzgado de lo Mercantil en reclamación de la prestación de garantía de pago de su crédito e incluso a hacer constar con anterioridad en el folio correspondiente del Registro Mercantil el hecho del ejercicio de su derecho de oposición pero sin que en ningún caso se impida la eficacia del negocio de fusión.

Es cierto que la dicción del precepto no es muy afortunada pues la mera adición por la Ley 1/2012 de un nuevo apartado cuarto a la redacción anterior priva al precepto de la claridad que hubiese sido deseable. La misma dicción del párrafo añadido no es especialmente feliz pues se refiere al supuesto de ejercicio del derecho de oposición por acreedor «legítimo», cuando es precisamente la legitimidad de la reclamación del acreedor la que estará en discusión bien porque la o las sociedades involucradas no reconozcan el carácter anterior del crédito, su carácter no vencido, la insuficiencia de la garantía existente o cualquier otra circunstancia que implique la existencia del derecho de oposición (el ejercicio tempestivo dentro del plazo legal de un mes por ejemplo). Aun así, la lectura ponderada de la norma permite confirmar la doctrina expuesta más arriba al resultar indubitado que el derecho de oposición del acreedor puede existir o no al depender su nacimiento de la concurrencia de circunstancias cuya apreciación no puede quedar al arbitrio de una de las partes.

La nueva regulación ofrece así una solución equilibrada pues de existir conflicto entre las partes es evidente que hasta que no exista el oportuno acuerdo no podrá consumarse la operación. Ciertamente el precepto habla de garantía a satisfacción del acreedor pero es igualmente claro que la satisfacción ha de recaer también en la persona del deudor que ha de prestarla. Aun a falta de acuerdo las sociedades involucradas pueden imponer la fusión si presentan fianza solidaria por entidad de crédito en los términos previstos en la norma.

A falta de acuerdo o de prestación de fianza por entidad de crédito, el conflicto generado entre los acreedores y las sociedades involucradas en la fusión o escisión tendrá su adecuada respuesta en el ámbito que le es propio, el judicial, sin perjuicio de la plena eficacia de la fusión alcanzada mediante su inscripción en el Registro Mercantil (artículo 46.1 de la Ley 3/2009). Queda así debidamente cumplimentado el mandato de la Directiva 2009/109/CE de que los acuerdos de fusión se hagan «sin perjuicio de los sistemas de protección de los intereses de los acreedores de las sociedades implicadas» (Considerando 7), sistemas que en el ámbito del moderno Derecho de Sociedades no pueden implicar siempre y en cualquier caso la exigencia de un previo y vinculante consentimiento expreso (contrástese artículos 331 y 332 con el artículo 333 de la Ley de Sociedades de Capital para sociedades limitadas y artículos 334 y 335 para sociedades anónimas).

No puede ser impedimento a las afirmaciones anteriores la dicción del artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil pues como ha afirmado recientemente esta Dirección General (Resolución de 9 de mayo de 2014), la interpretación de dicho artículo, por ser adjetivo, debe acomodarse a la dicción actual de la Ley 3/2009 por lo que resultando ahora que el derecho de oposición no satisfecho no es impedimento a la inscripción, esta debe llevarse a cabo sin perjuicio de que el registrador practique la nota marginal a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 44 si así lo solicita el acreedor. Como afirmara la Resolución citada: «...el procedimiento de fusión y la inscripción en el Registro Mercantil no se detienen por el hecho de que los acreedores hayan ejercitado su derecho y sin perjuicio de las acciones que les reconoce el propio artículo 44.4 de la Ley 3/2009».

6. En relación con primero de los defectos expresados por el registrador en su calificación, al exigir que el acuerdo de reducción del capital social cumpla los requisitos de publicación del mismo así como los relativos al derecho de oposición de acreedores establecidos en los artículos 319, 336 y 337 de la Ley de Sociedades de Capital, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 70.1 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la escisión parcial consiste en «el traspaso en bloque por

sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria».

Ciertamente, es comúnmente admitido que la reducción del capital social de la sociedad escindida no es imprescindible si el traspaso se realiza con cargo a reservas. Pero ello no implica que la reducción del capital, como elemento si no esencial sí al menos natural de la escisión parcial, tenga en el negocio de modificación estructural la suficiente sustantividad propia que haga necesario el adicional cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley de Sociedades de Capital Social para la reducción de la cifra del capital social como modificación estatutaria autónoma. Y es que debe entenderse que esa reducción del capital social que se inserta como medio o instrumento natural en el fenómeno más amplio de la modificación estructural, con unos requisitos específicos atendiendo a la finalidad de ésta y a los intereses afectados, debe regirse por estos requisitos si no se quiere desvirtuar el régimen propio de la escisión. Con la publicidad prevenida en este régimen en garantía de los derechos de socios y terceros deben entenderse satisfechos los intereses de los mismos respecto de esa natural reducción del capital social.

La misma conclusión debe predicarse respecto de los requisitos del derecho de oposición de acreedores. Como ha quedado antes expuesto en el artículo 243 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 se había unificado el régimen del derecho de oposición de los acreedores en el caso de fusión con el de los casos de reducción del capital social y el régimen específico establecido por la Ley 3/2009 respecto del derecho de oposición para las operaciones de modificación estructural fue posteriormente flexibilizado por la reforma operada mediante la Ley 1/2012. Con esta perspectiva, no tendría razón de ser que esta flexibilización quedara desvirtuada en la mayoría de los supuestos de escisión si se entiende que por la reducción del capital social que normalmente se producirá los acreedores seguirán disponiendo de un verdadero derecho de veto que impedirá la eficacia de la modificación estructural. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el derecho de oposición de los acreedores en supuestos de reducción de capital social con restitución de aportaciones no tiene el mismo sentido que en los casos de escisión parcial, toda vez que en éstos la sociedad escindida y las beneficiarias responderán solidariamente de las obligaciones que habiendo sido objeto del traspaso vía sucesión universal inherente a la escisión sean incumplidas (vid. artículo 80 de la Ley 3/2009). Por lo demás, el presente recurso se refiere a un supuesto de escisión parcial con traspaso patrimonial a una sociedad beneficiaria de nueva creación, caracterizada ésta por la inexistencia de patrimonio preexistente, por lo que no podrá tener deudas anteriores que puedan afectar a los acreedores de la sociedad escindida.

7. Finalmente, por lo que se refiere al segundo de los defectos impugnados, por el que considera el registrador que no es suficiente la declaración del órgano de administración sobre el carácter suficientemente garantizado del crédito hipotecario que ostenta el acreedor que ha manifestado su oposición a la escisión, se trata de una objeción estrechamente relacionada con el primero de los defectos y según la doctrina expuesta tampoco puede confirmarse tal objeción porque, a falta de un acuerdo entre los interesados sobre la concurrencia de las circunstancias que hacen nacer el derecho de oposición, la reforma estructural es plenamente eficaz de concurrir los requisitos previstos en la Ley y debe procederse a la inscripción, sin perjuicio del derecho del acreedor a hacer constar en el Registro Mercantil el ejercicio unilateral de su derecho de oposición y a hacer valer su posición jurídica ante el juez competente en los términos previstos en el inciso final del artículo 44 de la Ley 3/2009.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 4 de noviembre de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.