

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**8573** *Resolución de 22 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de Jaén a inscribir una escritura de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Manuel Gerardo Tarrío Berjano, Notario de Madrid, contra la negativa de la Registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Jaén, doña María Belén López Espada, a inscribir una escritura de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada por don Manuel Gerardo Tarrío Berjano, Notario de Madrid, el día 4 de marzo de 2016, con número 375 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos sociales adoptados por la junta general de la sociedad «Oleoenergía El Puente, S.L.», celebrada con carácter universal el mismo día 4 de marzo de 2016, por los que con el voto unánime de todos los socios se aumenta el capital social de dicha entidad en 1.800.000 euros, mediante la creación de 1.800.000 participaciones sociales de un euro de valor nominal, que son asumidas por la sociedad «El Puente, Aceites y Subproductos, S.L.» la cual, como contraprestación, aporta la siguiente rama de actividad: «Unidad productiva de cogeneración eléctrica», compuesta de los bienes que se describen. Esta aportación es aprobada por la junta universal de la sociedad aportante, por unanimidad de los socios.

II

El día 30 de marzo de 2016 fue presentada en el Registro Mercantil de Jaén copia de la referida escritura, y fue objeto de la calificación negativa que, a continuación, se transcribe únicamente respecto de defecto que es objeto de impugnación: «El registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 48/786 F. presentación: 30/3/2016 Entrada: 1/2016/1.053,0 Sociedad: Oleoenergía El Puente Sociedad Limitada Autorizante: Tarrío Berjano, Manuel Gerardo Protocolo: 2016/375 de 4/3/2016 Fundamentos de derecho (defectos) 1.–Al aportarse, según consta en la Escritura, una «rama de actividad consistente en una unidad productora de cogeneración eléctrica», la modificación que se ha acordado es la de la segregación, contemplada en el artículo 71 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y definida como 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, recibiendo a cambio la sociedad segregada participaciones de la beneficiaria. Por tanto, no puede calificarse la operación como aumento de capital por aportación no dineraria, ya que la aportación de una unidad económica convierte la operación en segregación, pudiendo constituir un fraude de Ley la utilización de la fórmula del aumento de capital, conforme señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2006, al decir que «son sustanciales las diferencias entre segregación y la común aportación no dineraria, ya que, aunque ambas se dirigen a la suscripción de acciones o participaciones mediante la entrega de bienes de tales características, la primera incorpora las

particularidades que resultan de la naturaleza del objeto de la aportación: una unidad productiva o ramo de actividad» y que «la cobertura que la operación ejecutada obtuvo y el resultado contrario al ordenamiento obtenido conducen a someter aquélla al tratamiento que establece el artículo 6.4 del Código Civil». Y no hay duda del carácter de unidad económica de lo aportado, por la expresa manifestación de la escritura, y además, por coincidir con la definición dada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 10 de junio de 1994, que la considera como el «conjunto de elementos patrimoniales, activos y pasivos, que constituyen, desde el punto de vista organizativo y de estructura, una explotación autónoma capaz de operar en el tráfico jurídico con sus propios recursos». Ratifica esta concepción la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 3 de marzo de 2004, al entender que ese conjunto debe ser capaz de constituir un bien económico susceptible de aprovechamiento y con funcionamiento autónomo, pues, para ello no necesita de algún otro elemento patrimonial. Y finalmente, también en el ámbito fiscal, la Dirección General de Tributos, en respuesta a Consulta Vinculante, de 23 de julio de 2002 entiende que el concepto fiscal exige que la unidad transmitida constituya, por sí misma, una unidad determinante de una explotación económica, tanto en la sociedad que se escinde como en la beneficiaria. Además de ello, debe velarse por la protección de los acreedores de la sociedad segregada (aportan te, según el título), que tienen derecho de oposición a la segregación, por aplicación de los artículos 73 y 44 de la citada Ley. El defecto se califica como insubsanable. 2.—(...) En relación con la presente calificación: (...) Jaén, a 1 de abril de 2016 (firma ilegible)».

La calificación fue notificada al notario autorizante de la escritura y al presentante el día 4 de abril de 2016.

### III

El Notario autorizante de la escritura calificada, mediante escrito que causó entrada en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Jaén el día 3 de mayo de 2016, interpuso recurso contra la calificación, con los siguientes fundamentos jurídicos: «(...) Primero.—El Sr. Registrador carece manifiestamente de competencia para denegar la inscripción en razón a que «no puede calificarse la operación como aumento de capital por aportación no dineraria, ya que la aportación de una unidad económica convierte la operación en segregación, pudiendo constituir un fraude de Ley la utilización de la fórmula del aumento de capital». Tal aseveración excede el ámbito de la calificación del Registrador, pues supone la arrogación extrajurisdiccional de la función de dilucidar en el caso concreto (además, en forma conjetural) sobre la tutela de los derechos de terceros (acreedores) con la consideración de la existencia de un eventual (hipotético, posible, supuesto) fraude de ley (RDGRN 14 diciembre 2004, fundamento de Derecho 6). (...). En idéntico sentido: «Cualquier discusión acerca de la posible enajenación en fraude de acreedores no puede ser tomada en cuenta dentro del ámbito del recurso gubernativo, sino que habrá de ventilarse la misma en el correspondiente procedimiento judicial «(RDGRN 8 febrero 1996, fundamento de Derecho 4). Segundo.—La ampliación de capital con aportación no dineraria de rama de actividad («unidad productiva autónoma denominada instrumentalización de medida» o «rama de actividad» ha sido expresamente permitida por la Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 10 de junio y 4 de octubre de 1994, citada la primera en la nota de calificación y por el Tribunal Supremo (p. ej. STS 3 de marzo de 2011, Sala Tercera). Tercero.—La posición social y económica de los socios de El Puente permanece inalterada: mantienen su participación en la sociedad y el valor de ésta no se altera, pues el valor de la rama de actividad aportada se sule con el valor de las participaciones de Oleoenergía que se entregan en contraprestación. Asimismo, la posición social y económica de los socios de Oleoenergía también queda garantizada mediante el cumplimiento de los requisitos necesarios para realizar la ampliación de capital (medidas antidilución). Los acreedores de ambas sociedades también quedan protegidos por el juego del artículo 1.205 del Código Civil. El deudor (El Puente) no queda liberado de su condición de deudor mientras los acreedores no consientan, individualizadamente, el cambio de deudor. Cualquier acuerdo entre El Puente y Oleoenergía en orden a la

asunción cumulativa o interna por una de ellas de las obligaciones de la otra, es acuerdo interno, eficaz sólo entre ellas, pero intrascendente para el acreedor mientras éste no preste su consentimiento. Cuarto.—Los acuerdos han sido adoptados en las juntas generales universales de El Puente y de Oleoenergía mediante unanimidad de todos los socios interesados. Esta circunstancia, además, elimina toda consideración a la «importancia/peso relativa/o» de la rama aportada (en nuestro caso de un 1,6 —uno coma seis— % sobre el valor patrimonial/fondos propios de El Puente). El artículo 160. f) de la Ley de Sociedades de Capital, contempla la transmisión de «activos esenciales» exigiendo solo el acuerdo de la Junta General, pero no la remite a las modificaciones estructurales, ni al régimen de la escisión-segregación: basta con un acuerdo de la Junta por mayoría simple, sin establecer la ley ningún requisito específico de información, convocatoria, quórum, mayorías reforzadas, etc. Quinto.—El artículo 71 de la Ley de Modificaciones Estructurales, no prohíbe, ni impide la ampliación de capital con aportación no dineraria de rama de actividad. No obliga a que la aportación de rama de actividad se haga sólo y siempre mediante segregación. El valor de la libertad, nombrado el primero entre los superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1 CE), inspirador, entre otros, de los derechos de asociación (artículo 22 CE) y libertad de empresa (artículo 38 CE), así como del principio de libre autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC): por una parte, obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impidan o dificultan su plenitud (artículo 9.2 CE); y por otra, determina que la libertad civil de elegir la forma o modo de llevar a cabo una determinada operación societaria corresponda, exclusivamente, a los socios y sociedades interesadas y no al Sr. Registrador. Las modificaciones estructurales son las reguladas por la ley, y para ellas rige el principio de tipicidad y la analogía no es aplicable. La segregación implica una «sucesión a título universal» y la ampliación de capital con aportación de rama de actividad no. Ni la norma, ni el Sr. Registrador pueden obligar a que la aportación lo sea a título universal cuando los socios de ambas sociedades no lo quieren y los intereses de los terceros están plenamente garantizados. Sexto.—Para que la aportación de rama de actividad implique una «modificación estructural» que obligue a la segregación es necesario que sea precisamente eso, una modificación estructural. Este carácter de «estructural» exige que la rama de actividad tenga trascendencia estructural, bien por su volumen (peso relativo), bien por su composición (transmisión de elementos de activo, pasivo, relaciones laborales, relaciones con proveedores, etc.). Ninguno de ambos elementos concurre en nuestro caso. Séptimo.—La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2006 (Cepsa vs Ercros), citada en la calificación, no guarda relación alguna con el presente caso. Se trataba de una escisión parcial con exclusión de un pasivo que reclamaba la acreedora y que quedó en la segregada sujeta a un concurso de acreedores en el que la acreedora/demandante ni siquiera figuraba como acreedora en él. Se dilucidaba civilmente una posible estafa. Octavo.—El Sr. Registrador carece de toda competencia para determinar si concurren, o no, los requisitos exigidos por la legislación fiscal para aplicar a la operación calificada un determinado régimen especial de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. La aplicación, o no, del régimen especial de las fusiones, escisiones y aportaciones de activos en el Impuesto sobre la Renta de Personas Jurídicas, cuestión tratada en la Resolución de la Dirección General de Tributos en respuesta a Consulta Vinculante de 23 de julio de 2002 (recogida en la calificación), no es, ni puede ser objeto de la calificación, por lo que su invocación como fundamento de la calificación resulta incongruente. Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2011 (Sala Tercera) confirma expresamente la licitud de la operación de ampliación de capital con aportación no dineraria de rama de actividad y además (por concurrir en ella los requisitos legalmente exigidos) la declara exenta al amparo del artículo 45.1. B). 10 del TRITPAJD».

## IV

Mediante escrito, de fecha 5 de mayo de 2016, la registradora Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 6.4, 1158, 1205, 1255 y 1257 del Código Civil; 44, 68, 71 y 77 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital; 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; 15.1.b) de la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de Empresas; números 2 y 3 del artículo 2º de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas; los artículos 83.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades; 76 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades; 2.d) de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros; las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero y 3 de marzo de 2006 (Sala Primera) y 3 de marzo de 2011 (Sala Tercera), y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio y 4 de octubre de 1994.

1. Mediante la escritura cuya calificación ha motivado el presente recurso se elevan a públicos los acuerdos adoptados por unanimidad de los socios en junta general universal de una sociedad de responsabilidad limitada por los que se aumenta el capital social mediante la aportación de una «rama de actividad consistente en una unidad productora de cogeneración eléctrica».

La registradora deniega la inscripción solicitada porque, a su juicio, no puede calificarse la operación como aumento de capital por aportación no dineraria, pues la aportación de una unidad económica convierte la operación en segregación, conforme al artículo 71 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, pudiendo constituir un fraude de ley la utilización de la fórmula del aumento de capital. Además, añade que debe velarse por la protección de los acreedores de la sociedad segregada (aportante, según el título), que tienen derecho de oposición a la segregación, por aplicación de los artículos 73 y 44 de la citada Ley 3/2009.

2. El aumento del capital social mediante la aportación de una «rama de actividad» fue objeto de reconocimiento expreso en la legislación fiscal antes que en la societaria sustantiva –vid. artículo 15.1.b) de la Ley 76/1980, de 26 de diciembre; números 2 y 3 del artículo 2.º de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, y artículo 83.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades–. Según este último precepto legal (antecedente de la norma que, con el mismo texto, se contiene en el actualmente vigente artículo 76.3 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades), «tendrá la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente»; añadiéndose –en el apartado 4 de ambos artículos– que por rama de actividad se entiende «el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios».

Por lo demás, en la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, se contempla como operación diferente a la escisión parcial la «aportación de activos» que se define como aquella «por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación» –artículo 2.d)–.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, la aportación no dineraria de rama de actividad se diferencia de la fusión en tener por fin no una concentración, sino una disgregación de fuerzas económicas, útil para la creación de sociedades filiales; de la fusión y de la escisión total, en que la sociedad aportante no se extingue; y de las tres operaciones en que no son sus socios, sino ella misma, la que recibe en contraprestación las acciones o participaciones de la beneficiaria, con lo que produce en su patrimonio una subrogación real (vid. Sentencias de 12 de enero y 3 de marzo de 2006).

En Resoluciones de 10 de junio y 4 de octubre de 1994, esta Dirección General puso de relieve que el aumento de capital mediante la aportación de «rama de actividad» presenta una caracterización diversa de la que legalmente recibía la escisión: en ella, la sociedad destinataria de la aportación, aunque amplía el capital social, no incorpora a su esquema orgánico a los socios de la sociedad aportante, quienes siguen perteneciendo a la misma sociedad, sino que las nuevas acciones o participaciones son entregadas a la sociedad aportante que así pasa a ser, a su vez, socio de la sociedad que aumenta el capital. Estructuralmente, la operación realizada se sintetiza, para una sociedad, en una ampliación de capital con las consecuentes alteraciones en sus acciones o participaciones y en su patrimonio, y, para la otra sociedad, en una modificación de la composición cualitativa de su patrimonio, que pasa a quedar constituido parcialmente por acciones o participaciones de la primera sociedad, sin que su organigrama resulte, por lo demás, alterado. Y ante el hecho de que dicha operación carecía de regulación sustantiva expresa en nuestro ordenamiento, este Centro Directivo concluyó que no eran aplicables las reglas de la escisión, por no producirse el efecto de sucesión universal, con simultáneo reconocimiento de un derecho de oposición a los acreedores: el carácter excepcional que este sistema de transmisión de patrimonios tiene en la legislación entonces vigente, en la que tan sólo se reconoce en los casos de fusión y de escisión así como la falta de una normativa que expresamente estableciera esa solución para la transmisión inter vivos de los conjuntos empresariales integrados por un complejo de relaciones jurídicas activas y pasivas, obstaculizaba definitivamente una aplicación analógica de la normativa de la escisión, por lo demás, innecesaria, por falta de auténtica laguna legal.

Respecto del vigente Derecho sustantivo de sociedades mercantiles, debe tenerse en cuenta que una de las novedades de la Ley 3/2009 es, como expresa su Preámbulo, el ingreso en aquel Derecho, y como modalidad de escisión, de la figura de la segregación, junto con las ya reguladas operaciones de escisión total y parcial (vid. artículo 68). Según el artículo 71 de dicha Ley, «se entiende por segregación 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, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias».

A la vista de tal norma, es indudable que puede realizarse una aportación de rama de actividad a una sociedad con el efecto de traspaso en bloque por sucesión universal, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la Ley 3/2009 para la modalidad de modificación estructural de la sociedad aportante tipificada como «segregación». Y lo que se plantea en el presente recurso es si, al margen de esta posibilidad, es admisible la aportación de una rama de actividad mediante aumento del capital social cumpliendo los requisitos establecidos para esta modificación estatutaria y sin que se produzca el efecto de sucesión universal en la realización de tal aportación no dineraria.



La respuesta a la cuestión planteada debe ser afirmativa, pues existen sobradas razones para entender que la aportación de «rama de actividad» conserva sustantividad propia por las diferencias estructurales existentes entre la misma y la escisión (en su modalidad de segregación), de modo que, a falta de una norma que expresamente imponga la observancia del procedimiento establecido para dicha modalidad específica de la escisión también en los casos en que se aporte una unidad económica –o «rama de actividad»– con exclusión del efecto de sucesión universal, debiéndose presumir que no se produce dicha sucesión, salvo que se dijera lo contrario. Por ello, debe ser admitida esta aportación no dineraria como contravalor del aumento del capital social, toda vez que con el cumplimiento de los requisitos establecidos para la modificación estatutaria correspondiente quedan suficientemente protegidos los distintos intereses en juego.

La posición de los socios de la sociedad adquirente queda suficientemente garantizada con la aplicación de las normas propias de los aumentos de capital con aportaciones no dinerarias (régimen de responsabilidad del aportante, informe de los administradores, mayorías o quórum cualificados, informe de experto independiente si se trata de una sociedad anónima, etc.).

En la sociedad aportante la posición de los socios podría quedar comprometida, en caso de que la unidad económica aportada tenga el carácter de activo esencial en cuyo caso será necesario el acuerdo de la junta conforme al artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital. También si, en atención al volumen y características de la aportación en relación con el patrimonio de la sociedad aportante, pudiera ser considerada como un supuesto de modificación en la estructura patrimonial de la sociedad aportante de modo que debiera reputarse como una modalidad de las denominadas modificaciones estructurales de la sociedad, entendidas –según el Preámbulo de la Ley 3/2009– «como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad». Ciertamente, de tratarse de una aportación que supusiera una alteración en la estructura patrimonial de la sociedad, debería ser observado –desde la perspectiva de la posición de los socios– el procedimiento más riguroso establecido para la segregación en la referida Ley; pero al haberse adoptado por unanimidad de los socios dicha cuestión no es determinante en este caso.

Pero en el caso del presente recurso todo posible perjuicio se disipa desde el momento en que los acuerdos son adoptados en sendas juntas universales con el voto unánime de todos los socios.

Por otra parte, como puso de relieve esta Dirección General en las Resoluciones de 1994 antes citadas, la protección de los terceros queda a salvo por la propia índole de la operación, al no haber reducción efectiva de la garantía que para ellos representa la cifra de capital social de ninguna de las sociedades. Y, en relación con los acreedores de la sociedad aportante, por la exigencia general de que conste su consentimiento individualizado para que la modificación del sujeto pasivo de la relación jurídica con alcance liberatorio sea eficaz frente a ellos (cfr. artículo 1205 del Código Civil), sin perjuicio de la validez interna del convenio que puedan celebrar las sociedades interesadas en orden a la asunción cumulativa o interna por una de determinadas obligaciones de la otra, eficaz entre ellas pero intrascendente frente al acreedor en tanto no preste su consentimiento (artículos 1158, 1255 y 1257 del citado Código). En el supuesto, no constandingo consentimiento expreso de los acreedores en orden a la liberación del primitivo deudor, de conformidad con el citado artículo 1205 del Código Civil, debe entenderse que la voluntad de las partes se concreta en atribuir un alcance meramente interno al convenio.

La posición de los trabajadores queda, por su parte, suficientemente garantizada con la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores que impone, para todo supuesto de cambio de titularidad de la empresa, la subrogación del nuevo titular en los derechos y obligaciones del anterior, con la obligación de comunicar el cambio de titularidad empresarial a los representantes de los trabajadores.

Por último, la sustantividad y autonomía de la figura de la aportación de una unidad económica a otra sociedad mediante aumento del capital de social de ésta, sin observancia del procedimiento previsto para la «segregación», ha sido confirmada, después de la entrada en vigor de la Ley 3/2009, por Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en la que se contemplan, diferenciadas, las operaciones de escisión (artículo 76.2) y la de aportación no dineraria de ramas de actividad (artículo 76.3).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto 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, 22 de julio de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.