

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2953 *Resolución de 7 de febrero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación emitida por el registrador mercantil y de bienes muebles I de Santa Cruz de Tenerife, en relación con una escritura de elevación a público de acuerdos sociales dirigidos a lograr la cancelación registral de inscripciones.*

En el recurso interpuesto por don F. J. y doña M. E. I. P., en su condición de administradores solidarios y en nombre y representación de las entidades mercantiles «Desiderio 2000, S.L.» y «Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L.», contra la nota de calificación emitida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Santa Cruz de Tenerife, don Andrés Baretino Coloma, en relación con una escritura de elevación a público de acuerdos sociales dirigidos a lograr la cancelación registral de las inscripciones practicadas en el mismo Registro sobre la escisión parcial de la primera de las compañías citadas en beneficio de la segunda.

Hechos

I

Para exponer con claridad la cuestión planteada en este expediente, resulta necesario remontarse al proceso de escisión parcial iniciado con anterioridad entre las sociedades «Desiderio 2000, S.L.» y «Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L.», cuyas vicisitudes dieron lugar al recurso solventado por la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 8 de junio de 2021.

Mediante escritura autorizada el día 20 de julio de 2017 por el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Antonio Navarro Pascual de Riquelme, con el número 875 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados por las juntas generales universales de las sociedades «Desiderio 2000, S.L.» y «Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L.» celebradas el día 8 de junio de 2017, por cuya virtud la primera escindía una porción de su patrimonio en beneficio de la segunda, que ampliaba su capital en 880.000 euros. Previa rectificación por otra escritura, autorizada el día 19 de enero de 2018 por el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Nicolás Quintana Plasencia, en sustitución de su compañero de residencia, por imposibilidad de accidental, don Antonio Navarro Pascual de Riquelme, con el número 125 del protocolo de este último, la escisión fue inscrita en el Registro Mercantil el día 22 de marzo de 2018.

Posteriormente, en escritura autorizada el día 20 de noviembre de 2020 por el notario de Adeje, don Roberto Jesús Cutillas Morales, con el número 3.207 de su protocolo, los administradores solidarios y únicos socios de las sociedades «Desiderio 2000, S.L.» y «Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L.», elevaron a público unas nuevas certificaciones de las actas de las juntas generales universales celebradas por ambas sociedades el día 8 de junio de 2017, bajo la alegación de que en las expedidas en su día se había omitido el punto quinto de ambas juntas, sobre «régimen fiscal de la operación de escisión», donde se acordaba «someter los presentes acuerdos de escisión a condición suspensiva consistente en la obtención de resolución favorable de consulta vinculante formulada expresamente al efecto o pericial emitida por profesional de reconocido prestigio en el mismo sentido». Presentada a inscripción en el Registro Mercantil, fue calificada negativamente el día 19 de enero de 2021 bajo el argumento de que «estando inscrito el acuerdo de escisión, y siendo el mismo plenamente válido y eficaz, no se puede someter con posterioridad a su inscripción a condición suspensiva, pues el principio de legitimación registral establece que el contenido del Registro se presume exacto y válido,

estando los asientos bajo la salvaguardia judicial y produciendo sus efectos en tanto no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad».

Interpuesto recurso contra la calificación negativa reseñada, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública dictó la Resolución de 8 de junio de 2021, donde, aparte de desestimarse la impugnación, se indicaba que «para poder rectificar el contenido del Registro, en este caso concreto, y no ser inscribible la escisión sujeta a condición suspensiva, las dos sociedades afectadas deberían consentir con la cancelación de los asientos practicados, y tomando al mismo tiempo las medidas oportunas para proteger los intereses de los acreedores, en cuanto se dejaría sin efecto el aumento de capital practicado en la beneficiaria», haciendo además expresa salvedad de que «al no ser objeto del recurso no se puede entrar a pronunciarse sobre si estamos ante una auténtica condición suspensiva y si tiene un plazo señalado de cumplimiento».

II

Mediante escritura autorizada el día 13 de agosto de 2021 por el notario de Adeje, don Roberto Jesús Cutillas Morales, con el número 3.048 de su protocolo, don F. J. y doña M. E. I. P., en su condición de únicos socios y administradores solidarios de las entidades mercantiles «Desiderio 2000, S.L.» y «Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L.», procedieron a la elevación a público de los acuerdos adoptados por las juntas extraordinarias y universales de ambas sociedades celebradas el día 30 de junio de 2021, con la finalidad de dejar sin efecto la escisión parcial y el aumento de capital referidos; en concreto, las decisiones tomadas consisten, por una parte, en «instar y consentir la cancelación de los asientos practicados en las entidades Desiderio 2000, S.L. y Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L., a resultas de los acuerdos de escisión otorgados con fecha 8 de junio de 2017», y por otra, en «requerir la emisión de pericial por profesional de reconocido prestigio a los efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos para la aplicación del régimen fiscal especial, en los términos de la condición suspensiva recogida en el acuerdo quinto de los acuerdos de escisión».

III

Presentada el día 13 de septiembre de 2021 dicha escritura en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Andrés Baretino Coloma, Registrador Mercantil de Registro Mercantil de Tenerife, 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: 74/5593
F. presentación: 13/09/2021
Entrada: 1/2021/7.363,0
Sociedad: Desiderio 2000 SL
Autorizante: Cutillas Morales, Roberto Jesús
Protocolo: 2021/3048 de 13/08/2021
Fundamentos de Derecho (defectos)

1. Ha de acompañarse la escritura de escisión parcial autorizada en esta capital el 20 de julio de 2017 por el notario don Antonio Navarro Pascual de Riquelme, rectificada por otra autorizada por el notario de esta capital don Nicolás Quintana Plasencia como sustituto y para el protocolo de don Antonio Navarro Pascual de Riquelme el 19 de enero de 2018, número 125 de protocolo; y que por la presente se deja sin efecto -art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil, 322 del Reglamento Hipotecario y 219 Ley Hipotecaria

2. Al haberse dejado sin efecto el acuerdo de escisión parcial de la sociedad Desiderio 2000 SL, y el aumento de capital en la sociedad beneficiaria Sol y Estilo Tenerife 2017 SL, el cual devino eficaz con su inscripción en las respectivas hojas de las sociedades -art. 46 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LMESM), por remisión del artículo 73.1 de la citada Ley-habrará de acordarse también por la junta la reducción del capital social de la beneficiaria y consiguiente modificación del artículo 6 o de sus estatutos sociales, con las garantías que frente a terceros establece el artículo 44 de la LMESM, por remisión del artículo 73.1, esto es, la publicación del acuerdo por el que se deja sin efecto la escisión, así como la reducción del capital social en la beneficiaria, que deberá bien publicarse en el Borme y en un periódico o bien comunicarse individualmente a los acreedores de la sociedad escindida a la vista de que se manifiesta que la sociedad beneficiaria carece de acreedores -arts. 43, 46, 73.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, art. 200 del RRM y resoluciones DGRN de 6 de mayo de 2005, 4 de abril de 2013 y 4 de noviembre de 2015.

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro.

En relación con la presente calificación: (...)

Santa Cruz de Tenerife, a 23 de septiembre de 2021 (firma ilegible) El registrador».

IV

Contra la anterior nota de calificación, don F. J. y doña M. E. I. P., en su condición de administradores solidarios y en nombre y representación de las entidades mercantiles «Desiderio 2000, S.L.» y «Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L.», interpusieron recurso el día 9 de noviembre de 2021 en los términos siguientes:

«Exponen

Que, con fecha 27 de septiembre de 2021, fue recibida del Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, notificación de calificación dictada por el Sr. Registrador D. Andrés Baretino Coloma, Registrador Mercantil del Registro Mercantil de Tenerife, en cuya virtud se acuerda no practicar la inscripción de la escritura de elevación a público de acuerdos sociales, de las sociedades mercantiles Desiderio 2000, S.L. y Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L., autorizada por el Notario de Adeje, D. Roberto J. Cutillas Morales, el día 13 de agosto de 2021, con el número 3.048 de su orden de protocolo (...)

Y por entender que dicha calificación es contraria a derecho, tal y como se acreditará en el cuerpo de este escrito, por medio del presente, dentro del plazo legalmente establecido, se interpone recurso contra la notificación de calificación identificada anteriormente, en base a los siguientes,

Hechos

Primero.–Que, con fecha 20 de julio de 2017, se otorgó escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales de escisión parcial por las compañías mercantiles Desiderio 2000, S.L. (sociedad escindida) y Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L. (sociedad beneficiaria de la escisión) ante el Notario de Santa Cruz de Tenerife, D. Antonio Navarro Pascual de Riquelme, bajo el número 875 de su protocolo (...)

Dichos acuerdos fueron adoptados por unanimidad en las reuniones de las Juntas Generales Extraordinarias y Universales de ambas sociedades, celebradas en el domicilio social de la primera, el día 8 de junio de 2017, en virtud de los cuales se aprobó la escisión parcial de la entidad Desiderio 2000, S.L., mediante el traspaso en bloque por sucesión universal a la sociedad beneficiaria Sol y Estilo Tenerife, S.L., en los términos y condiciones previstas en el proyecto de escisión parcial, de una parte del patrimonio construido por una unidad económica autónoma en la sociedad escindida, por importe de ochocientos ochenta mil euros (880.000,00€). El acta es suscrita por los socios únicos de

la entidad, cuya certificación, debidamente suscrita por D. F. J. I. P. y D.^a M. E. I. P. en fecha 20 de julio de 2017, consta incorporada a la escritura.

Posteriormente, se presentó en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife copia autorizada de dicha escritura, la cual fue objeto de calificación negativa por parte de D. Andrés Baretino Coloma, Registrador Mercantil de Tenerife, en fecha 6 de noviembre de 2017, que resolvió no practicar la inscripción de la misma a razón de la existencia de otros acreedores en el Pasivo Corriente del balance de escisión aportado a la escritura, a los que no se había comunicado individualmente dicho acuerdo de escisión y a los fines previstos en los artículos 44 y 73.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Segundo.—Por ello, y al entender que dicha calificación sólo pudo deberse a un error, los administradores solidarios, en nombre y representación de las compañías mercantiles Desiderio 2000, S.L. y Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L. otorgaron una nueva escritura rectificadora de otra de elevación a público de acuerdos sociales de escisión parcial, el día 19 de enero de 2018, ante el Notario de Santa Cruz de Tenerife, D. Nicolás Quintana Plasencia, como sustituto de su compañero de residencia, el Notario D. Antonio Navarro Pascual de Riquelme, bajo el número 125 de su protocolo, referente a la sociedad escindida parcialmente Desiderio 2000, S.L. (...)

En ella se manifestó que, por error, ni la fecha del balance de escisión ni su propio contenido eran correctos, toda vez que en el balance incorporado, de fecha 31 de marzo de 2017, y más concretamente en el Pasivo Corriente, se hizo constar que además de los créditos que la sociedad Desiderio 2000, S.L. mantenía con las entidades Banco Sabadell, S.A. y Banco Santander, S.A. (a quienes se les comunicó de forma individual y por escrito la escisión de Desiderio 2000, S.L.) había otros acreedores. Del mismo modo y por un evidente error de transcripción, se hizo constar en la cuenta “inversiones financieras a largo plazo” la suma de novecientos cuarenta y ocho mil ochocientos setenta y siete mil euros (948.877,00€), cuando la realidad es, que la suma correcta era de ochocientos ochenta mil euros (880.000,00€).

Con el objeto de proceder a su subsanación, D. F. J. I. P. y D.^a M. E. I. P., como administradores solidarios de ambas entidades mercantiles, aportaron balance de escisión cerrado con fecha 2 de abril de 2017, que es el que debió incorporarse inicialmente en la escritura, en el que no sólo se refleja el crédito de ochocientos ochenta mil euros (880.000,00€), sino que también figuran en el Pasivo Corriente los créditos que la sociedad mantiene con los socios por importe de ciento cincuenta y nueve mil setecientos tres euros con ochenta y nueve euros (159.703,89€), careciendo de otros acreedores.

En consecuencia, una vez rectificada la escritura autorizada por el Notario de Santa Cruz de Tenerife, D. Antonio Navarro Pascual de Riquelme, bajo el número 875 de su protocolo, con la escritura rectificadora posterior; en fecha 22 de marzo de 2018 se procedió a su debida inscripción en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, al Tomo 1.383, Folio 62, Hoja TF- 6598, Inscripción 9.^a

Tercero.—Posteriormente y al advertir los administradores solidarios de las compañías Desiderio 2000, S.L. y Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L., que la certificación del acta incorporada en la escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales de escisión parcial por las compañías mercantiles Desiderio 2000, S.L. (sociedad escindida) y Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L. (sociedad beneficiaria de la escisión), no recogía con exactitud el contenido íntegro de los acuerdos adoptados en dicha Junta, procedieron a expedir una nueva certificación que recogiera con la claridad suficiente la totalidad de lo acordado.

A razón de ello, con fecha 20 de noviembre de 2020, se otorgó escritura subsanatoria de otra de elevación a público de acuerdos sociales ante el Notario de Adeje, D. Roberto J. Cutillas Morales, bajo el número 3.207 de su protocolo, con el objeto de rectificar y aclarar el contenido completo de los acuerdos adoptados mediante la aportación de la certificación de las Juntas Generales, Extraordinarias y Universales de las compañías mercantiles (...). En la certificación incorporada en la escritura de 2017,

por error se había omitido la sujeción a condición suspensiva recogida en el acuerdo quinto.

Dicha escritura fue objeto de la calificación negativa al entender que estando el acuerdo de escisión inscrito y siendo, por tanto, plenamente válido y eficaz, no se puede someter su inscripción a condición suspensiva con posterioridad, en virtud del principio de legitimación registral, que establece que el contenido del Registro se presume exacto y válido.

En realidad, se malinterpreta la situación de hecho, por cuanto no se trataba de someter un acuerdo inscrito a una condición suspensiva con posterioridad, sino de enmendar el error de partida. Se inscribió un acuerdo erróneo, por cuanto que la certificación inicialmente incorporada, omitió el sometimiento a condición suspensiva que efectivamente estaba recogida en las actas originales de los acuerdos.

Dicha calificación negativa de defecto fue objeto de presentación de recurso frente a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, con fecha 22 de febrero de 2021, recurso que, si bien fue desestimado con fecha 8 de junio de 2021, propuso una vía para poder subsanar la situación y retrotraer los efectos de la escisión (...) dicha resolución (...) cuya conclusión fundamental, recogida en la página 16, párrafo sexto y siguientes, y que transcribimos a continuación:

“Por lo tanto, para poder rectificar el contenido del Registro, en este caso concreto, y no ser inscribible la escisión sujeta a condición suspensiva, las dos sociedades afectadas deberían consentir con la cancelación de los asientos practicados, y tomando al mismo tiempo las medidas oportunas para proteger los intereses de los acreedores, en cuanto se dejaría sin efecto el aumento de capital practicado en la beneficiaria.”

Cuarto.—Finalmente, y a la vista de la propuesta recogida en la resolución al recurso, se otorgó escritura de elevación a público de acuerdos sociales, de las sociedades mercantiles Desiderio 2000, S.L. y Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L., autorizada por el Notario de Adeje, D. Roberto J. Cutillas Morales, el día 13 de agosto de 2021, con el número 3.048 de su orden de protocolo, en la que ambas sociedades ratifican y consienten expresamente la cancelación de los asientos practicados, y haciendo las manifestaciones oportunas relativas a la inexistencia de acreedores en la sociedad que fuera beneficiaria, no existiendo, por tanto, necesidad de realizar comunicaciones a acreedores de ningún tipo.

Sin embargo, dicha escritura fue objeto de calificación negativa que origina el presente recurso, y que resuelve no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes fundamentos:

“1.—Ha de acompañarse la escritura de escisión parcial autorizada en esta capital el 20 de julio de 2019 por el notario don Antonio Navarro Pascual de Riquelme, rectificada por otra autorizada por el notario de esta capital don Nicolás Quintana Plasencia como sustituto y para el protocolo de don Antonio Navarro Pascual de Riquelme el 18 de enero de 2018, número 125 de protocolo; y que por la presente se deja sin efecto art- 80 del Reglamento del Registro Mercantil, 322 del Reglamento Hipotecario y 219 de la Ley Hipotecaria.

2. Al haberse dejado sin efecto el acuerdo de escisión parcial de la sociedad Desiderio 2000,S.L. y el aumento de capital en la sociedad beneficiaria Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L., el cual devino eficaz con su inscripción en las respectivas hojas de las sociedades -art.46 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LMESM), por remisión del artículo 73.1 de la citada Ley-habrará de acordarse también por la junta la reducción del capital social de la beneficiaria y consiguiente modificación del artículo 6.º de sus estatutos sociales, con las garantías que frente a terceros establece el artículo 44 de la LMESM, por remisión del artículo 73.1, esto es, la publicación del acuerdo por el que se deja sin efecto la escisión, así como la reducción del capital social en la beneficiaria, que deberá bien publicarse en el BORME o en un periódico o bien comunicarse individualmente a los acreedores de la sociedad escindida a la vista de que se manifiesta que la sociedad beneficiaria carece de

acreedores -arts. 43, 46, 73.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles art. 200 del RRM y resoluciones DGRN de 6 de mayo de 2005, 4 de abril de 2013 y 4 de noviembre de 2015.”

Según se refleja, el Registrador da por realizado y se admite que queden sin efecto el acuerdo de escisión parcial de la sociedad Desiderio 2000, S.L. y el aumento de capital de la sociedad beneficiaria Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L. Sin embargo, califica la citada escritura de forma negativa al entender que al haber dejado sin efecto la escritura de escisión parcial y el aumento de capital habrá de acordarse también por la junta la reducción del capital social de la beneficiaria y consiguiente modificación estatutaria.

Teniendo en consideración que el defecto advertido por el Sr. Registrador es subsanable esta parte interpone el presente Recurso contra la calificación negativa expedida por parte del Sr. Registrador.

Fundamentos de Derecho

Único.–Sobre la improcedencia de la nota de calificación negativa:

Nos encontramos ante unos acuerdos que desde su inicio no recogían de forma correcta los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de ambas sociedades de fecha 8 de junio de 2017, contenido que debía figurar en la certificación de la Junta, pues el contenido correcto era esencial para su no inscripción en el Registro Mercantil.

A razón de ello, las operaciones relativas al traspaso en bloque por sucesión universal de la sociedad escindida Desiderio 2000, S.L. y Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L. acordado por las entidades, de forma indudable, no ha llegado a desplegar efectos, pues estaban sujetas a condición suspensivas, y al haberse inscrito dichos acuerdos, el Registro Mercantil no refleja la realidad de las mentadas operaciones, desvirtuando así el principio de legitimación registral que presume la veracidad de los asientos registrales.

Tanto es así que ya en la resolución al recurso de la Dirección General de seguridad jurídica y fe pública, adjunta como documento cuatro, se indica “(...) la posibilidad de rectificar el contenido del Registro sin necesidad de acudir al procedimiento general de rectificación previsto en el artículo 217 de la Ley Hipotecaria, siempre que el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente, que aclare y acredite el error padecido, y conste el consentimiento de las partes interesadas.” Dicho esto, los acuerdos se ven rectificadas, incluyendo la certificación que contenía los extremos exactos de la junta todo ello junto con el consentimiento de las partes interesadas.

En lo que respecta a la condición suspensiva, entiende esta parte que el Registro Mercantil no refleja la realidad de las operaciones, ya que la escisión no ha podido desplegar sus efectos, tanto en cuanto, no se ha visto cumplida la condición suspensiva, así la Sentencia del Tribunal Supremos de 12 de marzo de 1993 determina “una vez cumplida la condición, los efectos de la obligación condicional se retrotraen al día de su constitución pues desde la perfección son queridos y el cumplimiento de la condición confirma el derecho que existía en estado latente o expectante desde la celebración del contrato”.

Así lo viene indicando, una vez más, la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, “por tanto, si el acuerdo de escisión se sujeta a condición suspensiva, dado que los peculiares efectos de esta modificación estructural no se despliegan sino desde que el evento condicional se cumpla, no podrá inscribirse sin que se acredite su cumplimiento. Lo mismo ocurre con el supuesto de ampliación de capital por cuanto el artículo 315 de la Ley de Sociedades de Capital establece que el acuerdo de aumento de capital social y la ejecución del mismo deberán inscribirse simultáneamente en el Registro Mercantil y el acuerdo de escisión inscrito conlleva un aumento de capital en la beneficiaria. Por lo tanto, para poder rectificar el contenido del Registro, en este caso concreto, y no ser inscribible la escisión sujeta a condición suspensiva las dos sociedades afectadas deberían consentir con la cancelación de los

asientos practicados, y tomando al mismo tiempo las medidas oportunas para proteger los intereses de los acreedores, en cuanto dejarían sin efecto el aumento de capital practicado en la beneficiaria.”

Recibida la mentada resolución, esta parte, en cumplimiento de la vía de subsanación otorgada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, otorga escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de las dos sociedades interesadas, precisamente consintiendo la cancelación de los asientos practicados a resultas de los acuerdos de escisión otorgados en fecha 8 de junio de 2017, dejando sin efecto tanto el acuerdo de escisión como el aumento de capital, y en todo caso tomando las medida oportunas para proteger los intereses de los acreedores, que como ya se ha venido indicando, la sociedad beneficiaria carece de acreedores, por lo que en ningún caso existe tercero que se pueda ver afectado por esta operación, todo ello por no cumplir con la condición suspensiva a la que estaban sometidos los acuerdos.

A la vista de lo indicado en el párrafo que antecede y toda vez se ha dejado sin efecto la escisión y el aumento de capital, tal y como el registrador ya pone de manifiesto en su calificación objeto de este recurso, entiende esta parte que, si dichos acuerdos no han producido sus efectos, es decir, concretamente, en este particular, si la ampliación de capital en la sociedad beneficiaria Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L. no se ha producido porque no se ha cumplido la condición suspensiva, carece de cualquier fundamento jurídico proceder ahora con un acuerdo de reducción de capital.

Como se ha venido indicando, se entiende que, como consecuencia inevitable de la existencia de la condición suspensiva, los acuerdos nunca deberían de haber llegado a ser inscritos, toda vez su inscripción no refleja la realidad de las operaciones por no haber desplegado efectos ni la escisión ni el aumento de capital al estar sujetos a condición suspensiva. Dicho esto, ¿si ni la escisión, ni el aumento de capital desplegaron eficacia como va a ser necesario acordar la reducción de capital?

Recordamos en este momento que, si bien los acuerdos sociales de la sociedad se reconocen desde el preciso instante en que dicho acuerdo está ejecutado, la inscripción en el Registro confiere la presunción de exactitud, derivándose los asientos registrales que quedan bajo la salvaguarda [sic] de los Tribunales siendo los actos inscritos oponibles a terceros. Es decir, si bien los acuerdos adquieren su eficacia desde el momento en el que se toman, no se adquiere la eficacia frente a terceros hasta el momento de su publicación.

Además de lo indicado en el párrafo anterior, el supuesto en el que nos encontramos presenta una característica distintiva, pues al incluir condición suspensiva los acuerdos no son ejecutados por lo que ni siquiera en el momento de la toma de estos han adquirido la eficacia, pues la eficacia se adquiriría en el momento del cumplimiento de la condición suspensiva, siendo este el momento de ejecución del acuerdo.

Fundamental recordar en este punto, que las entidades que participan en el acuerdo de escisión y de aumento de capital de la entidad beneficiaria, están compuestas por los mismos socios que, a su vez, son administradores solidarios de ambas sociedades, de modo que, con la rectificación por parte del Registro cancelando los asientos registrales, ni las sociedades objeto de escisión ni terceros, al no existir acreedor alguno, se verían afectados.

La condición suspensiva a la que nos referimos dicta lo que sigue “Se opta por la aplicación del régimen fiscal especial que se establece en el capítulo VII de título VII de la Ley del Impuesto de Sociedades vigente. No obstante, y habida cuenta de la dificultad técnica que conlleva el cumplimiento de los requisitos para la aplicación del referido régimen fiscal especial, se acuerda someter los presentes acuerdos de escisión a condición suspensiva consistente en la obtención de resolución favorable de consulta vinculante formulada expresamente al efecto o pericial emitida por profesional de reconocido prestigio en el mismo sentido.”

Así, en los acuerdos elevados a público que son objeto de la presentación de este recurso, recoge en su acuerdo segundo “se acuerda que en el cumplimiento de los términos del acuerdo quinto de escisión, se procederá a requerir la emisión de informe

pericial a profesional de reconocido prestigio, que designarán de común acuerdo los administradores de ambas sociedades, a los efectos de determinar en su caso, el cumplimiento de los requisitos para la aplicación del régimen fiscal especial, y en consecuencia, el cumplimiento de la condición suspensiva que determinará la válida inscripción de los acuerdos. (...) El dictamen favorable determinará el cumplimiento de la condición y el carácter desfavorable del mismo determinará su definitivo incumplimiento.”

A la vista de lo acordado, los administradores de ambas sociedades designan de común acuerdo a D. O. C. T. como profesional de reconocido prestigio para la emisión de informe pericial a los efectos de determinar el cumplimiento o no, de los requisitos para la aplicación del régimen fiscal especial.

Así en fecha 30 de septiembre de 2021 D. O. C. T., Abogado Colegiado n.º (...) del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife, siendo profesional de reconocido prestigio emitió el “Informe Pericial relativo a la concurrencia de motivo económico válido en la operación de escisión parcial acordada en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 8 de junio de 2017 de la sociedad Desiderio 200 [sic], S.L. y Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L.”

El objeto del informe es la emisión de una opinión de carácter técnico en lo relacionado con el acuerdo de escisión parcial y su sujeción a condición suspensiva. Dicho informe recoge los extremos relativos al régimen fiscal especial al que se pueden acoger determinadas operaciones de modificaciones estructurales. Concluye el informe indicando lo siguiente: “analizados los documentos, las circunstancias particulares del caso que nos ocupa y a la luz de los datos aportados, según mi leal saber y entender, este profesional considera que en primer lugar no puede considerarse en ningún caso el crédito de los socios con la sociedad como una rama de actividad y en segundo lugar que no existe motivo económico válido que justifique la operación, de forma tal que pudiera aplicarse el régimen fiscal especial previsto en la Ley 27/2014 de 27 de noviembre por la que se aprueba el texto refundido de la Ley de Impuesto de Sociedades, relativo al régimen especial de las fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores, a la escisión parcial acordada en la Junta General Extraordinaria de Socios del día 8 de junio de 2017 de las sociedades Desiderio 2000, S.L. y Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L.

Por lo tanto, el dictamen requerido es desfavorable y en consecuencia ha de entenderse incumplida de forma definitiva la condición suspensiva en los términos en que fue acordada, lo cual determina la no validación de los acuerdos de escisión y aumento de capital adoptados.”

Es decir, habría quedado acreditado el no cumplimiento de la condición suspensiva, y a la vista de lo expuesto en este recurso, debemos entender que los acuerdos nunca debieron llegar a ser inscritos, por lo que nunca llegaron a desplegar eficacia.

En este punto debemos de recordar una vez más el principio rector del orden jurídico registral relativo al tracto sucesivo, que constituye el mecanismo jurídico determinado para preservar la coherencia del contenido del Registro Mercantil, de modo que los asientos a practicar encuentren siempre su respaldo en otros realizados con anterioridad evitando saltos no justificados en la concatenación de los actos inscritos. A la vista de lo expuesto, no debemos obviar que partimos de unos acuerdos cuyos efectos no se podían haber producido por haberse supeditado a una condición suspensiva que constan inscritos en el Registro Mercantil, como si fueran eficaces aun cuando no lo son, de manera que, de forma inevitable, se ve vulnerado el principio de tracto sucesivo.

A la vista de lo aquí expuesto queda acreditado que:

(i) el acuerdo de escisión parcial y el acuerdo de aumento de capital recogido en la Junta General Extraordinaria de fecha 8 de junio de 2017, nunca debió llegar a ser inscrito, pues estaban sometidos, desde el momento de su adopción, a una condición suspensiva.

(ii) A la vista de que el acuerdo de escisión parcial y aumento de capital nunca debieron llegar a ser inscritos, ninguno ha adquirido la eficacia por cuanto se encuentra pendiente de cumplimiento de la condición suspensiva, por lo tanto, carece de sentido

jurídico tener que acordar la reducción de capital, en tanto en cuanto el capital no debería de haberse visto modificado hasta la efectiva ejecución de la escisión parcial y aumento de capital y su consecuente eficacia;

(iii) Con los acuerdos adoptados en fecha 30 de junio de 2021 se ha dado debido cumplimiento a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, subsanando la situación al acordar y consentir las sociedades interesadas la cancelación de los asientos registrales, tal y como el propio Registrador ha admitido, según se deduce de su calificación, objeto de esta impugnación, tomando a su vez las medidas oportunas para la protección de los intereses de terceros que se pudieran haber visto afectados; y

(iv) para mayor abundamiento, emitido el informe pericial relativo a la concurrencia de motivo económico válido queda acreditado que la operación no cumple con los requisitos para la aplicación del régimen fiscal especial por lo que no cumple con la condición suspensiva, decayendo en todo caso la validez de los acuerdos y por ende su inscripción.

Por todo ello entiende esta parte que debe procederse en la forma que ya se contempla en la calificación del registrador don Andrés Baretino Coloma, esto es, dejando sin efectos el acuerdo de escisión parcial de la sociedad Desiderio 2000, S.L. y el aumento de capital en la sociedad beneficiaria Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L. y, por tanto, cancelando las inscripciones correspondientes, sin que sea preciso, por carecer de fundamentación jurídica, ningún acuerdo adicional de reducción de capital de la sociedad Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L.

En virtud de lo expuesto

Solicita: Que se tenga por presentado este escrito junto con la documentación que lo acompaña y se tenga por formulado en tiempo y forma debidos el presente recurso contra la calificación descrita en el cuerpo de este escrito, se sirva admitirlo y, previos los trámites procedimentales oportunos, estimando las manifestaciones realizadas, se resuelva estimar este recurso y se proceda a practicar la inscripción de la escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales, de las sociedades mercantiles Desiderio 2000, S.L. y Sol y Estilo Tenerife 2017, S.L., autorizada por el Notario de Adeje, D. Roberto J. Cutillas Morales, el día 13 de agosto de 2021, con el número 3.048 de su orden de protocolo».

V

El día 30 de noviembre de 2021, el registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife emitió el informe previsto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, donde dejaba constancia de haber dado traslado del recurso interpuesto al notario autorizante del título calificado, sin recibir alegaciones de su parte, y declaraba mantener la calificación, y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 317 a 345 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 43, 44 y 73 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de abril de 2013, 23 de noviembre de 2015, 18 de abril de 2017 y 5 de junio de 2019, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 8 de junio de 2021.

1. La cuestión que en este expediente debe resolverse es sustancialmente coincidente con la examinada en la Resolución de este Centro Directivo de 8 de junio de 2021, de la que trae causa. En síntesis, lo que los recurrentes pretenden es lograr la cancelación de las inscripciones ocasionadas por el proceso de escisión parcial de una sociedad en beneficio de otra, cuyo capital resultó ampliado, alegando para ello haber

omitido en su momento, en las certificaciones de acuerdos sociales incorporadas a la escritura de escisión, la cláusula mediante la que la modificación estructural quedaba condicionada suspensivamente al logro de una consulta vinculante o a la obtención de un dictamen pericial favorable a la aplicación del régimen fiscal especial establecido en el Capítulo VII del Título II de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Como se refleja en el apartado I de los «Hechos», en la citada Resolución, desestimatoria del recurso, se indicaba que «para poder rectificar el contenido del Registro, en este caso concreto, y no ser inscribible la escisión sujeta a condición suspensiva, las dos sociedades afectadas deberían consentir con la cancelación de los asientos practicados, y tomando al mismo tiempo las medidas oportunas para proteger los intereses de los acreedores, en cuanto se dejaría sin efecto el aumento de capital practicado en la beneficiaria».

Como también se detalla en el apartado II de los «Hechos», en la escritura dirigida a formalizar «los acuerdos necesarios para instar la cancelación registral», únicamente elevan a público con tal utilidad el concerniente a «instar y consentir la cancelación de los asientos practicados en las entidades (...), a resultados de los acuerdos de escisión otorgados con fecha 8 de junio de 2017».

Presentada a inscripción esta escritura de propósito subsanatorio, el registrador Mercantil, aparte de solicitar la exhibición complementaria de las que motivaron los asientos correspondientes a la escisión, denegó su despacho por no encontrarse entre los acuerdos adoptados el correspondiente a la reducción de capital de la sociedad beneficiaria, y por inobservancia de las garantías que frente a terceros establece la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, es decir, por no haberse dado trámite al derecho de oposición de acreedores, previa publicación del acuerdo que deja sin efecto la escisión y la consiguiente reducción de capital de la beneficiaria, o de comunicación individual por escrito a todos los acreedores, en los términos previstos en los artículos 43 y 44, por remisión del artículo 73, todos ellos de la indicada ley. En definitiva, la calificación reproduce el pronunciamiento de la Resolución de esta Dirección General de 8 de junio de 2021.

Las alegaciones esgrimidas en el recurso giran en torno a la irrealidad de la situación publicada por el Registro Mercantil, dado que, al estar sometida la operación a condición suspensiva, y no haber tenido lugar su cumplimiento, la modificación estructural no ha desplegado sus efectos, de manera que no se ha producido la transmisión en bloque del conjunto patrimonial proyectado ni se ha desembolsado la ampliación de capital. Como argumento adicional, tratando de centrar el apremio de la protección de acreedores únicamente en la reducción del capital inscrito que ha de asentarse en la sociedad beneficiaria, aduce que esta compañía carece de acreedores (declaración que consta en la certificación de acuerdos sociales) y, por tanto, no existe tercero que pueda verse afectado.

2. El recurso ha de ser desestimado por razones análogas a las que se plasmaron en la Resolución de 8 de junio de 2021, conectadas con la misión de seguridad del tráfico que el Registro Mercantil está llamado a cumplir.

Como se señala en la citada Resolución, con transcripción de la de 5 de junio de 2019: «Con independencia de cuál sea la causa de la rectificación del negocio jurídico de constitución de sociedad o el de modificación de estatutos que afecten a la cifra del capital social, no pueden confundirse los mecanismos de protección a terceros que resultan de un Registro de titularidades como es el Registro de la Propiedad y que se traducen en la intangibilidad de las inscripciones de terceros sin consentimiento de su titular o por medio de sentencia firme (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), con aquellos contemplados por la legislación en un Registro de personas, como el Registro Mercantil, en el que la intangibilidad de los asientos del titular se refuerza con mecanismos de protección de los terceros no titulares en los supuestos en los que la alteración del contenido del Registro pueda producirles un perjuicio. Consecuencia de lo anterior es que el título por el que se pretende la rectificación no puede limitarse a

contemplar el interés del titular de ese negocio jurídico de constitución de sociedad o de aumento del capital social, sino que debe reunir los requisitos de protección de tales terceros previstos por el ordenamiento. Por ello, la rectificación del contenido del Registro exige que el título cuya inscripción se pretenda contemple cuál de los procedimientos de reducción de la cifra de capital es por el que se ha optado, atendidas las circunstancias concurrentes. Adicionalmente, el título deberá contener las medidas de garantía que en su caso exija la norma aplicable (artículos 323 y 329 de la Ley de Sociedades de Capital), así como los requisitos de protección para terceros que se deriven (artículos 141 y 331), a fin de que el registrador Mercantil pueda llevar a cabo su calificación y el asiento solicitado y éste despliegue los efectos de oponibilidad previstos en el ordenamiento». En el mismo sentido se han pronunciado las Resoluciones de 4 de abril de 2013, 23 de noviembre de 2015 y 18 de abril de 2017.

En el caso concreto a que este expediente se refiere, la rectificación del contenido del Registro mediante la cancelación de los asientos causados por la escisión no consiste simplemente en la reducción de capital de la sociedad beneficiaria, sino en la reposición de la situación anterior a la modificación estructural indebidamente inscrita, disipando su rastro. Y ese camino de vuelta ha de ser recorrido, desde el punto de vista formal, con los mismos requerimientos de garantía para los acreedores que el inicialmente transitado. En los procesos de escisión, la reducción de capital es un fenómeno accesorio de concurrencia no necesaria (frecuente en las sociedades escindidas), en el que la protección de acreedores no se establece en razón a su contemplación aislada, sino que se encuentra englobada dentro de las medidas tuitivas que para la modificación estructural en su conjunto prescribe el ordenamiento. El interés de los terceros no se aprecia exclusivamente en la eventual minoración de la cifra de garantía que el capital representa, sino en la transmisión patrimonial que en conjunto se lleva a cabo entre las sociedades implicadas. La protección de los acreedores en las reducciones de capital, contempladas autónomamente, se encuentra regulada, para las sociedades anónimas y limitadas, en la Ley de Sociedades de Capital (artículos 317 a 345, según sus distintas modalidades), mientras que la protección de los acreedores frente a los procesos de escisión globalmente considerados se halla disciplinada en la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, concretamente en los artículos 43 y 44, por remisión del artículo 73. Por tanto, para cancelar la escisión, ambas sociedades habrían de dar trámite al derecho de oposición de acreedores en la forma regulada en esta última ley, sin perjuicio de que, por carecer de ellos, la compañía beneficiaria no lo precise.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de 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, 7 de febrero de 2022.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.