

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

16481 *Resolución de 3 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil de Barcelona n.º XI a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de escisión parcial de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por la letrada doña M.M.G.R., en representación de la sociedad «Promocions Immobiliàries en Xarxa Catalunya, S.L.», contra la negativa del registrador mercantil de mercantil de Barcelona número XI, don Heliodoro Sánchez Rus, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de escisión parcial de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 9 de marzo de 2020 por el notario de Barcelona don Ildefonso Sánchez Prat, con número 608 de protocolo, se elevaron a público determinados acuerdos adoptados el 5 de marzo de 2020 por unanimidad en junta general universal de «Promocions Immobiliàries en Xarxa Catalunya, S.L.», por los cuales esta sociedad se escinde parcialmente (según el proyecto aprobado en junta general universal de 31 de diciembre de 2019) mediante la creación de dos nuevas sociedades de responsabilidad limitada.

II

El día 3 de julio de 2020 se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona copia autorizada de dicha escritura, que fue objeto de la siguiente calificación negativa:

«El Registrador que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación del documento, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, he resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:(...)

Fundamentos de Derecho (Defectos).

1. Los anuncios del acuerdo de escisión, publicados en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" en fecha 29/01/2020 (y no en fecha 03/01/2020, como por error se indica en el apartado VI de la parte dispositiva de la escritura) y en el diario El Punt/Avui en fecha 03/02/2020, no pueden ser anteriores a la fecha 05/03/2020 de celebración de la junta general que acuerda la escisión; ya que los acreedores tienen derecho de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado desde la publicación de los anuncios, dado que el derecho de oposición se fundamenta en el conocimiento que se proporciona a los acreedores, a efectos de ponderar si hacen uso o no del derecho de oposición que les reconoce el ordenamiento; por lo que deberán publicarse nuevos anuncios (arts. 43, 44 y 73 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de abril de 2014 y 16 de febrero de 2017).

Obsérvese que en los anuncios consta como fecha de celebración de la junta general el 31/12/2019. Sin embargo, la junta general celebrada el 31/12/2019 sólo aprobó el

proyecto de escisión, pero no la operación de escisión parcial, ni la reducción de capital de la sociedad escindida, ni la creación de las sociedades beneficiarias, con las menciones legalmente necesarias para su constitución (arts. 40.1 y 40.3 y 73 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles).

Por otra parte, si la fecha de celebración de la junta general que aprueba la escisión fuera el 31/12/2019, la fecha contable establecida a partir del 01/01/2020 no sería válida, debiendo ser el 01/01/2019, al tratarse de una escisión entre empresas del grupo (norma 21.ª de Registro y Valoración del Plan General de Contabilidad).

2. Una vez transcurrido el plazo de un mes desde la fecha de publicación del último de los nuevos anuncios, deberá constar en la escritura, respecto de la sociedad escindida, nuevamente la manifestación del otorgante de que han sido puestos a disposición de los acreedores los documentos a que se refiere el artículo 43 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y la declaración sobre la inexistencia de oposición a la escisión por parte de los acreedores o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad (arts. 43, 44 y 73 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, 227.2.1.ª y 2.ª y 235.1 del Reglamento del Registro Mercantil).

3. En todo caso, no consta incorporada en la escritura, como se indica en la intervención, la certificación de la junta general de la sociedad escindida celebrada el 31/12/2019, cuyas firmas, sin embargo, se legitiman. Únicamente se aporta una copia del acta de dicha junta, junto con el proyecto que se acompaña, sin que conste extendida firma alguna (arts. 6, 58 y 107 del Reglamento del Registro Mercantil).

Obsérvese que el nombramiento del compareciente, como administrador solidario de la sociedad escindida, resulta de los acuerdos adoptados por la junta general en fecha 05/03/2020 (art. 107 del Reglamento del Registro Mercantil).

4. No consta en la escritura la manifestación del otorgante de que el valor real del patrimonio transmitido por la sociedad escindida cubre el capital de las sociedades beneficiarias de nueva creación, al haberse establecido la valoración del patrimonio transmitido y de la relación de canje sobre la base del valor contable (arts. 59 y 78 de la Ley de Sociedades de Capital, 25 y 45 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y 198.4.1.º del Reglamento del Registro Mercantil).

5. El artículo 2 de los estatutos sociales de la sociedad escindida, que resulta del anexo II del proyecto de escisión, no es el inscrito y vigente (arts. 31, 74 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y 7 del Reglamento del Registro Mercantil).

6. El ejemplar del proyecto de escisión, junto con sus anexos, de los que resultan los elementos patrimoniales transmitidos a las sociedades beneficiarias, que se acompaña junto con la escritura, no está suscrito por los administradores de la sociedad escindida (arts. 30 y 73 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, 6, 58 y 226 del Reglamento del Registro Mercantil).

Los defectos consignados tienen carácter subsanable.

Contra la presente calificación (...)

Barcelona, a 26 de junio de 2020.–El Registrador, Heliodoro Sánchez Rus.
Registrador Mercantil n.º 11 de Barcelona.»

III

Solicitada calificación sustitutoria, ésta fue emitida por la registradora de la propiedad de San Cugat del Vallés número 2, doña Ana María Sabater Mataix, quien el 13 de agosto de 2020 confirmó la calificación del registrador sustituido, en los mismos términos literales expresados en ésta última.

IV

El 10 de septiembre de 2020 se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona un escrito suscrito por la letrada doña M.M.G.R., en representación de la sociedad «Promocions Immobiliàries en Xarxa Catalunya, S.L.», por el que interpone recurso contra la calificación del registrador sustituido. En dicho escrito, y además de determinadas consideraciones sobre la calificación sustitutoria, expresa las siguientes alegaciones:

«Primera. Defecto número 1: Anuncios.

Según el Registrador mercantil –y la Registradora de la propiedad– el primer defecto se desglosa en tres:

1) "Los anuncios del acuerdo de escisión, publicados en el Boletín Oficial del Registro Mercantil en fecha 29/01/2020 (i no en fecha 03/01/2020, como por error se indica en el apartado VI de la parte dispositiva de la escritura) 11 en el diario El Punt/Avui en fecha 03/02/2020, no pueden ser anteriores a la fecha 05/03/2020 de celebración de la junta general que acuerda la escisión; ya que los acreedores tienen derecho de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado desde la publicación de los anuncios, dado que el derecho de oposición se fundamenta en el conocimiento que se proporciona a los acreedores, a efectos de ponderar si hacen uso o no del derecho de oposición que les reconoce el ordenamiento; por lo que deberán publicarse nuevos anuncios (arts. 43, 44 y 73 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de abril de 2014 y 16 de febrero de 2017)".

Entiende esta parte, a la vista de la redacción de este apartado de la calificación registral, que el juicio del registrador está afectado por una confusión en cuanto a las juntas celebradas por la sociedad en relación con la operación de escisión documentada, confusión que a continuación esta parte tratará de aclarar a fin de facilitar la resolución de este recurso.

Se ha de partir de la existencia de dos juntas con contenido diferente: en la primera de 31 de diciembre, de donde derivan los anuncios publicados, los socios aprobaron el proyecto para la realización de todas las operaciones que debían concluir con la escisión parcial, creación de dos sociedades y reducción de capital.

En esta primera junta se trataba, obviamente, de aprobar el proyecto y, por tanto, para culminar la escisión era necesario realizar todas las operaciones previstas en dicho proyecto y en la legislación.

Dentro de las operaciones a realizar, por imperativo legal, estaba la de publicar los anuncios a fin de proteger los derechos de los acreedores.

El derecho de los acreedores fue recogido en el texto del anuncio, donde se les ofrece un ejemplar del proyecto y se les participaba la creación de dos sociedades, la reducción de capital, y todos los pormenores de la escisión parcial. Así se desprende del texto publicado:

"En cumplimiento de lo establecido en el artículo 43 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, se hace público que la Junta General Extraordinaria y Universal de Socios de Promocions Immobiliàries en Xarxa Catalunya, S.L. (Sociedad Escindida), en reunión celebrada en fecha 31 de diciembre de 2019, ha acordado por unanimidad la escisión parcial de parte de su patrimonio, a las entidades beneficiarias de nueva creación Pixcat Alma, SL y Pixcat Beta, S.L., de acuerdo con el proyecto de escisión parcial suscrito por el órgano de administración de fecha 31 de diciembre de 2019, sin que la sociedad escindida se extinga como consecuencia de la escisión.

La escisión implica el traspaso en bloque, por sucesión universal, de parte del patrimonio constituido por dos de las tres fincas de mayor envergadura de la sociedad y otros bienes en favor de las beneficiarias, que adquieren, por sucesión a título universal,

todos los derechos y obligaciones integrantes del patrimonio segregado, en los términos del proyecto de escisión parcial que ha sido aprobado en junta universal y por unanimidad, consistente en la distribución de cada una de las fincas que constituyen el mayor volumen de la sociedad.

El acuerdo de escisión parcial contiene el listado de los elementos de activo y pasivo que componen la unidad de negocio que se escinde en favor de cada una de las sociedades beneficiarias.

Dado que el acuerdo de escisión parcial ha sido adoptado, en Junta Universal y por unanimidad de todos los socios, según prevé el artículo 42 de la LME, no es necesario la publicación o el depósito previo del proyecto de escisión parcial.

Asimismo, en aplicación del régimen simplificado que recoge el artículo 78.bis de la LME, al atribuirse a los socios de la sociedad parcialmente escindida las participaciones sociales de las sociedades beneficiarias de nueva creación proporcionalmente a los derechos que tienen en el capital de ésta, no es necesario el informe de expertos independientes, ni el informe de los Administradores, ni el balance de escisión.

Como consecuencia de la escisión parcial, la sociedad escindida 'Promocions Immobiliàries en Xarxa Catalunya, S.L.', reducirá su capital social. Además, con el fin de homogeneizar los nombres de las tres sociedades resultantes, pasará a denominarse Pixcat Gamma, S.L. Se hace constar expresamente la puesta a disposición de los socios y trabajadores de las sociedades que intervienen en la escisión parcial de la documentación prevista en el artículo 39 de la LME, también que los acreedores de la sociedad escindida podrán obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y que les asiste el derecho de oposición a la escisión parcial, durante el transcurso de un mes contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la escisión parcial, en los términos previstos en el 44 de la Ley 312009."

En consecuencia, los acreedores tuvieron puntual conocimiento y tuvieron a su alcance todos los medios de defensa de sus intereses.

No es posible realizar la publicación con posterioridad a la junta en la que se realiza la escisión (la de 5 de marzo de 2020), dado que en ese momento se certifica que ningún acreedor se ha opuesto al proyecto.

2) "La junta general celebrada el 31/12/2019 sólo aprobó el proyecto de escisión, pero no la operación de escisión parcial, ni la reducción de capital de la sociedad escindida, ni la creación de las sociedades beneficiarias, con las menciones legalmente necesarias para su constitución (arts. 40.1 y 40.3 y 73 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles)".

En realidad, los socios aprueban la escisión parcial, la reducción de capital y la creación de dos sociedades, ya que el acta de 31/12/2019 que consta en el Proyecto, dice:

"Los socios aprueban por unanimidad la escisión parcial de parte de su patrimonio a las entidades beneficiarias de nueva creación Pixcat Alpha, SL, y Pixcat Beta, S.L. de acuerdo con el proyecto de escisión parcial realizado por el Administrador en fecha 31 de diciembre de 2019 presentado por el administrador como adjunto a la convocatoria".

Además de en el acta, consta detalladamente en el proyecto que aprueban, que se va a proceder a constituir dos nuevas sociedades con el capital proveniente de la sociedad escindida, la cual reducirá su capital.

No parece necesario que el texto del acta recoja todos los pormenores de la escisión, habida cuenta que su remisión al texto íntegro del proyecto y el conocimiento previo del mismo (al haber sido remitido junto con la convocatoria, según se desprende del acta), permiten entender que con la aprobación del mismo los socios han tenido conocimiento de todas las operaciones y las han aprobado.

3) "Por otra parte, si la fecha de celebración de la junta general que aprueba la escisión fuera el 31/12/2019, la fecha contable establecida a partir del 01/01/2020 no sería válida, debiendo ser el 01/01/2019, al tratarse de una escisión entre empresas del grupo. (Norma 21 de Registro y Valoración del Plan General de Contabilidad)".

La junta que aprueba la efectividad de la escisión es la de 5/3/2020, donde se confirma el cumplimiento de todos los requisitos y realmente se produce la escisión, es en ese momento, en el que se ha consumado la escisión, que la contabilidad debe remontarse al 1/1/2020.

Queda con ello aclarada la confusión que, a juicio de esta parte, se produce en la calificación recurrida entre las dos reuniones: la reunión de 31 de diciembre de 2019, que es la prevista en el art. 40 y siguientes de la Ley de modificaciones estructurales, y la junta de 5 de marzo de 2020, que es la prevista en el art. 45 del mismo texto legal.

Lamentablemente, de la redacción del defecto no puede deducirse cuál es la razón del error y confusión entre las dos juntas. Sin embargo, aún en el supuesto de que concurriera algún error mecanográfico que pudiera haber provocado algún tipo de confusión (error que esta parte ignora y no alcanza a deducir ya que no se desprende de su redacción), lo cierto es que de la interpretación del conjunto de la escritura y de los documentos acompañados, se colige claramente que la publicación se realiza después de aprobado el proyecto para la escisión, que es exactamente lo que requiere el art. 43.1 LME.

Este defecto se apoya, según su propia dicción, en los "arts. 43, 44 y 73 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de abril de 2014 16 de obrero de 2017".

Sin embargo, a entender de esta parte, los trámites referidos en la escritura y seguidos para la escisión se ajustan exactamente a las previsiones de los artículos referidos, siendo también completamente ajena a esta situación la planteada en cada una de las dos resoluciones mencionadas por la calificación, las cuales, lejos de apoyar la existencia de defectos en el proceso de escisión documentado, más bien apoyan la forma en que este se ha llevado a cabo.

Así la Resolución DGRN de 10 de abril de 2014 resuelve un supuesto en el que, en el momento de la publicación del acuerdo, no estaba a disposición de los acreedores el informe de verificación, informe que en el supuesto ahora recurrido no era preceptivo, es más, tal como hemos indicado, en el presente supuesto los acreedores tuvieron a su disposición durante un mes el proyecto íntegro de escisión.

La Resolución DGRN de 16 de febrero de 2017, resuelve un supuesto en el que no había existido acuerdo previo de transformación y el administrador de la sociedad pretendía que dicho acuerdo se había adoptado en el momento de la publicación de los anuncios. Es decir, se resuelve un supuesto en el que no había existido una junta que hiciera las veces de la que, para el presente supuesto, representó la de 31 de diciembre de 2019.

Por último, y como corolario de lo expuesto, de la documentación aportada resulta en todo caso plenamente cumplido el fin de información de terceros, especialmente los posibles acreedores, y protección de sus intereses perseguido por la Ley, cuestión ésta cuyo control, en definitiva y por encima de posibles defectos de redacción, es la que la Ley descansa en la actuación registral, por lo que, asegurada esa prevención, entiende esta parte que el registro debería proceder a la inscripción del acto documentado, pues de lo contrario se causarían estériles perjuicios a las otras partes interesadas en la plena eficacia de la repetida operación y, por ello, acreedoras de la prestación del servicio público registral, esto es, la sociedad y sus socios.

Segunda. Defecto número dos.

La calificación manifiesta:

"2. Una vez transcurrido el plazo de un mes desde la fecha de publicación del último de los nuevos anuncios, deberá constar en la escritura, respecto de la sociedad escindida, nuevamente la manifestación del otorgante de que lzan sido puestos a disposición de los acreedores los documentos a que se refiere el artículo 43 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y la declaración sobre la

inexistencia de oposición a la escisión por parte de los acreedores o, en caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad (arts. 43, 44 y 73 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, 227.2.1.^a y 235.1 del Reglamento del Registro Mercantil."

Obviamente, no se trata de un defecto, sino de una recomendación dando por supuesta la publicación de unos anuncios, que esta parte considera innecesarios.

Volver a repetir los anuncios y adoptar de nuevo el acuerdo, con nuevas escrituras y gestiones resulta, en este supuesto, completamente contrario a todas las modificaciones legislativas recientes, que tienen como objetivo incrementar la agilidad y eficacia del sistema, ahorrando a las sociedades trámites innecesarios, siempre que se hayan preservado los derechos de terceros.

Toda la legislación de las dos últimas décadas y, especialmente la que cumplimenta la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo, persigue "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".

Salvaguardados los derechos de los mismos que, ni siquiera solicitaron copia del proyecto, ni se personaron a usar de sus derechos, la exigencia de la calificación produce una duplicidad de trámites que, en modo alguno, pueden redundar en beneficio de los acreedores a los que, aparentemente, se pretende proteger.

Tercera. Defecto número tres.

"En todo caso, no consta incorporada en la escritura, como se indica en la intervención, la certificación de la junta general de la sociedad escindida celebrada el 31/12/2019, cuyas firmas, sin embargo, se legitiman, Únicamente se aporta una copia del acta de dicha junta, junto con el proyecto que se acompaña, sin que conste extendida firma alguna (arts. 6, 58 y 107 del Reglamento del Registro Mercantil).

Obsérvese que el nombramiento del compareciente, como administrador solidario de la sociedad escindida, resulta de los acuerdos adoptados por la junta general en fecha 05/03/2020 (art. 107 del Reglamento del Registro Mercantil)."

Consta el texto íntegro del acta de 31/12/2019 en el proyecto.

No se legitiman las firmas, puesto que no es necesaria la certificación del acta de 31 de julio, ya que dicha acta no se eleva a público, se trata del acta que acuerda el inicio de todos los trámites legales para culminar el proyecto.

Es cierto que en la escritura se observa un error mecanográfico, cuya naturaleza errónea se desprende del cuerpo de la escritura, pero que, en cualquier caso, se subsanará por diligencia que se acompañará en cuanto se obtenga.

Cuarta. Defecto número cuatro.

Según la calificación:

"No consta en la escritura la manifestación del otorgante de que el valor real del patrimonio transmitido por la sociedad escindida cubre el capital de las sociedades beneficiarias de nueva creación, al haberse establecido la valoración del patrimonio transmitido 1/ de la relación de canje sobre la base del valor contable (arts. 59 y 78 de la Ley de Sociedades de Capital, 25 y 45 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles y 198.4.1.^o del Reglamento del Registro Mercantil)."

En ningún artículo de los mencionados por el Registrador, aparece la necesidad de dicha mención. Tampoco que entre el valor real y el contable necesariamente deba existir ninguna contradicción.

Sin embargo, y a pesar de entender innecesaria dicha mención, se aclarará por diligencia que el valor del patrimonio transmitido cubre el de las sociedades beneficiarias de nueva creación.

Quinta. Defecto número cinco.

Dice la calificación:

"El artículo 2 de los estatutos sociales de la sociedad escindida, arce resulta del anexo II del proyecto de acción, no es el inscrito y vigente (arts. 31, 74 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y 7 del Reglamento del Registro Mercantil)."

Se ha transcrito, por error, el artículo dos de los Estatutos que se aprobaron en la constitución, olvidando que consta inscrita una ampliación posterior del objeto social que involuntariamente, no se consignó correctamente en los anexos del Proyecto, sin que ello resulte relevante habida cuenta de que no se ha modificado el redactado del objeto social en la operación de escisión parcial, por lo que la falta de transcripción de un apartado que reza:

"La participación en otras sociedades mediante la adquisición y tenencia de acciones y/o participaciones, la dirección y administración de estas sociedades, y la prestación de servicios de asesoramiento: jurídicos, contables, administrativos e informáticos y de apoyo en la gestión de las mismas quedando excluidas expresamente las actividades reservadas por la ley a las instituciones de Inversión Colectiva, así como el expresamente reservado para la ley de Mercado de Valores a las Agencias y/o Sociedades de Valores y Bolsa."

Es irrelevante a los efectos de la inscripción, ya que los Estatutos vigentes, en lo que no se modifica, solo se constatan a efectos informativos, y dado que el objeto social consignado sigue siendo el objeto social principal de la sociedad, se subsanará haciéndolo constar en Diligencia aclaratoria.

Sexta. Defecto número seis.

Según los Registradores:

"El ejemplar del proyecto de escisión, junto caes sus anexos, de los que resultan los elementos patrimoniales transmitidos a las sociedades beneficiarias, que se acompaña junto con la escritura, no está suscrito por los administradores de la sociedad escindida (arts. 30 y 73 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, 6, 58 y 226 del Reglamento del Registro Mercantil)."

El ejemplar acompañado al Registro Mercantil para su inscripción es un ejemplar del proyecto y sus anexos encuadernado del que, obviamente, se han suprimido todas las firmas, dada la difusión que debe tener el mencionado proyecto.

Sin embargo, el texto íntegro del proyecto consta incorporado al cuerpo de la escritura y en él constan las firmas de todos los socios.

Por otra parte, según el certificado del acta de 5 de marzo de 2020, que consta unido a la escritura, por unanimidad se aprueban todas las operaciones reflejadas en el proyecto por lo que no parece necesario que, además deba firmarse el proyecto.

Los socios aprueban por unanimidad la escisión social de la sociedad "Promocions Immobiliàries en Xarxa Catalunya, S.L." según lo establecido en el proyecto aprobado en la junta de 31 de diciembre de 2019 (...).»

V

Conforme al artículo 327 de la Ley Hipotecaria, se trasladó el recurso al notario autorizante de la escritura, quien mediante escrito de 23 de septiembre de 2020 alegó lo siguiente:

«En opinión de este notario, la cuestión controvertida en definitiva radica en el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos legalmente exigibles en interés de los

acreedores en las operaciones de escisión societaria parcial como la que fue objeto de la escritura calificada, concretamente (porque a ello se refieren expresamente las notas recurridas) a la fecha de publicación de los anuncios en el BORME y en un diario.

A la vista de la documentación unida a la escritura, dichos anuncios fueron publicados el 29 de enero y el tres de febrero de 2020, respectivamente y, por lo tanto, tras la Junta General en que se aprobó el Proyecto de escisión cuyo contenido debía ser objeto de conocimiento de los acreedores.

Las calificaciones registrales objetan que dicha publicación debió producirse después de la Junta de 5 de marzo de 2020, en la que, según explica la recurrente, se constató la concurrencia de los requisitos necesarios para la escisión ya en su día aprobada y se acordó su ejecución.

El proceso que narra la recurrente cumple, a mi juicio, perfectamente con la manera lógica de proceder por las sociedades; primero se decide proceder en su día a la escisión y se debaten y aprueban sus circunstancias, aprobándose el Proyecto y, una vez se ha dado cumplimiento a los deberes de comunicación a terceros sin que haya habido oposición o habiéndose resuelto las que pudieran presentarse, se acuerda llevarla a cabo materialmente.

Tal proceder parece, más allá de congruente, el único lógico. Por ello da la impresión de que las calificaciones recurridas incurrir en cierta confusión respecto del objeto de las dos citadas Juntas de socios, como si la segunda fuera una revisión o modificación de la primera, cosa que no es así porque en ningún sitio se certifica nada que lo haga suponer y porque lo demuestra también la identidad del Proyecto de Escisión –que al fin y al cabo es lo que interesa a efectos de los acreedores– dado que no sufre modificación alguna en la segunda Junta respecto del que se aprobó en la primera y se notificó mediante los anuncios publicados.

En suma, los requisitos que en garantía de terceros exige la legislación, aparecen cumplidos; sus intereses y sus derechos de información y oposición, perfectamente salvaguardados con los medios que la misma normativa impone para ello y es esto lo que, a juicio de este notario, debe controlar el Registro Mercantil a la hora de atender la prestación del servicio público que se le solicita y, si la salvaguarda de los intereses de los acreedores mediante los anuncios ha quedado constatada, no pueden ser óbice para la inscripción cuestiones de interpretación –comprensibles o no– de un texto u otro que, en definitiva, no contradicen lo anterior y por ello resultan absolutamente intrascendentes, sino atenerse a los hechos que resultan evidentes de la documentación calificada.

Y todo ello, en interés del servicio público encomendado al Registro Mercantil y en evitación de dilaciones y perjuicios para el solicitante de la inscripción que nada aportarían la función de protección de terceros que cumple el Registro y sí lesionarían la de atención de las necesidades legales de la sociedad inscrita y de sus socios, función encomendada también, como la anterior, al propio Registro.»

VI

Mediante escrito de 25 de septiembre de 2020 el registrador mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 326 de la Ley Hipotecaria; 22, 30, 31, 40, 43, 44, 47, 49, 52, 68, 69, 70 y 73 a 80 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 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; 6, 58 y 107, 226, 227, 230 y 235 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 3 de octubre

de 2013, 10 de abril, 15 de octubre y 5 de noviembre de 2014, 4 de noviembre de 2015, 16 de febrero y 20 de junio de 2017.

1. Mediante los acuerdos sociales que se formalizan en la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso determinada sociedad de responsabilidad limitada se escinde parcialmente con transmisión en bloque y por sucesión universal en favor de otras dos sociedades de nueva creación. En dicha escritura consta que en junta general universal de aquella sociedad celebrada el 5 de marzo de 2020 se aprobó por unanimidad la escisión, según el proyecto de escisión aprobado –también por unanimidad– en junta general universal de 31 de diciembre de 2019.

2. Según el primero de los defectos impugnados, considera el registrador que los anuncios del acuerdo de escisión, publicados en el Boletín Oficial del Registro Mercantil el 29 de enero de 2020 y en determinado diario el 3 de febrero de 2020, no pueden ser anteriores a la fecha de celebración de la junta general que acuerda la escisión (5 de marzo de 2020), ya que los acreedores tienen derecho de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado desde la publicación de los anuncios, pues el derecho de oposición se fundamenta en el conocimiento que se proporciona a los acreedores, a efectos de ponderar si hacen uso o no del derecho de oposición que les reconoce el ordenamiento. Por ello considera que deberán publicarse nuevos anuncios. Y añade que en los anuncios publicados consta como fecha de celebración de la junta general que aprobó la escisión el 31 de diciembre de 2019, cuando la junta celebrada ese día sólo aprobó el proyecto de escisión, pero no la operación de escisión parcial, ni la reducción de capital de la sociedad escindida, ni la creación de las sociedades beneficiarias, con las menciones legalmente necesarias para su constitución.

El segundo defecto está íntimamente relacionado con el anterior, pues añade el registrador que, una vez transcurrido el plazo de un mes desde la fecha de publicación del último de los nuevos anuncios, deberá constar en la escritura, respecto de la sociedad escindida, nuevamente la manifestación del otorgante de que han sido puestos a disposición de los acreedores los documentos a que se refiere el artículo 43 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, y la declaración sobre la inexistencia de oposición a la escisión por parte de los acreedores o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad (arts. 43, 44 y 73 de dicha Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y 227.2.1.^a y 2.^a y 235.1 del Reglamento del Registro Mercantil).

3. El artículo 43.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, establece lo siguiente: «El acuerdo de fusión, una vez adoptado, se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores». Según el apartado 2 del mismo artículo, no será necesaria esa publicación cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad.

Y el artículo 44.1 dispone que: «La fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos».

Ambos preceptos legales son aplicables a la escisión por remisión del artículo 73.1 de la misma Ley 3/2009.

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».

Como ha tenido ocasión de recordar este Centro Directivo (cfr. Resolución de 3 de octubre de 2013 y otras posteriores), el procedimiento de fusión –y lo mismo cabe afirmar de la escisión– tiene una marcada base negocial en cuanto acuerdo de voluntades de las sociedades implicadas. Pero, aunque el acuerdo se produzca entre sociedades, existen otros intereses dignos de protección, intereses que, sin formar parte de la base negocial, deben ser respetados.

Dejando ahora de lado los propios de socios y otras personas con intereses intrasociales, el ordenamiento se ha ocupado de proteger los intereses de los acreedores de las sociedades involucradas en el proceso de fusión o escisión, y para esa protección tiene en cuenta que no son parte del proceso. En tanto en cuanto la sucesión universal que se produce como consecuencia del proceso altera, sin su consentimiento, la persona del 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 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 (art. 227.2.2.^a 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 (art. 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 (art. 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.

Por lo demás, de la normativa vigente resulta que el derecho de oposición a la escisión se atribuye a los acreedores de la sociedad cuyos créditos hubieran 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 estuvieran vencidos en ese momento. Si el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil, 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 (art. 44.2 de la Ley 3/2009).

Por ello, los dos primeros defectos invocados en el presente caso por el registrador no son inocuos respecto de los derechos de los acreedores, que bien pueden haber creído que la aprobación del proyecto de escisión determina únicamente esa fecha a la que necesariamente deben ser anteriores los créditos que dan derecho a oponerse a escisión, de modo que el plazo para que esos acreedores anteriores pudieran oponerse

no empieza a contarse mientras no se publicara el acuerdo de escisión propiamente dicho.

Sin necesidad de analizar la naturaleza jurídica del proyecto de escisión (según que se considere como un negocio jurídico sujeto a la «*conditio iuris*» de su aprobación por la junta general respectiva o un acto más, de carácter interno, de la fase preparatoria del proceso de formación de la voluntad social), lo cierto es que, en el presente caso, a la vista de las circunstancias reflejadas en la escritura calificada, no por el hecho de que en la fase previa o preparatoria de proceso de escisión, el 31 de diciembre de 2019, ya se haya pronunciado la junta general respecto del proyecto de escisión –algo que, aunque no sea habitual, es posible– puede entenderse que haya devenido innecesaria la ulterior fase decisoria, como lo demuestran los acuerdos adoptados posteriormente en la junta general de 5 de marzo de 2020, a la que debe suceder la fase ejecutiva mediante la publicación de los anuncios.

4. Los defectos tercero, cuarto y quinto expresados en la calificación no deben ser analizados porque el recurrente expresa su conformidad y su intención de subsanarlos. Por ello debe abordarse por último el defecto sexto, según el cual el ejemplar del proyecto de escisión, junto con sus anexos, de los que resultan los elementos patrimoniales transmitidos a las sociedades beneficiarias, que se acompaña junto con la escritura, no está suscrito por los administradores de la sociedad escindida.

Respecto del proyecto de escisión debe tenerse en cuenta que, como afirma el recurrente, aunque el ejemplar del mismo que se ha acompañado a la escritura carece de las firmas de los administradores, lo cierto es que aparece incorporado a la escritura calificada el texto íntegro de dicho proyecto, con las firmas de los administradores, por lo que debe considerarse cumplidos los requisitos establecidos sobre tal extremo en los artículos 30 y 73 de la Ley 3/2009 y 230.1.1.º del Reglamento del Registro Mercantil. No obstante, debe confirmarse la objeción del registrador relativa a los anexos que contienen la relación de los elementos patrimoniales transmitidos a las sociedades beneficiarias, pues es necesario que contenga tales firmas como medio de identificar a las personas que asumen la responsabilidad de su contenido.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, salvo respecto de la falta de firma del proyecto de escisión (extremo en que se estima parcialmente el recurso), en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

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, 3 de diciembre de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.