

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11530 *Resolución de 15 de octubre de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles V de Madrid, por la que se deniega la inscripción de una escritura pública de escisión por segregación.*

En el recurso interpuesto por don R. A. T. M., en representación de «Pratsa, S.L.» y de «Tomar Consulting, S.L.», y por doña E. T. M., en representación de «Corporación Altosa, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles V de Madrid, don Francisco Javier Navia-Osorio García-Braga, por la que se deniega la inscripción de una escritura pública de escisión por segregación.

Hechos

I

Por el notario de Madrid, don Francisco Javier Gardeazábal del Río, se autorizó, en fecha 25 de junio de 2014, escritura en la que se elevan a público los acuerdos adoptados por las juntas generales de las sociedades «Pratsa, S.L.» y «Tomar Consulting, S.L.» por los que segregan, respectivamente, determinada unidad económica en beneficio, por sucesión universal, de la sociedad «Corporación Altosa, S.L.», cuyos acuerdos son igualmente elevados a público incluido el correspondiente aumento de capital. Del título resulta que, tras la oportuna publicación de los acuerdos de segregación un acreedor, en concreto «Caixabank, S.A.», hizo constar su oposición en virtud de dos comunicados que se protocolizan junto al resto de la documentación aportada al notario autorizante. Los comparecientes, en representación de las sociedades participantes de la reforma estructural, hacen constar que los créditos a que se refiere la acreedora están suficientemente garantizados mediante sendas garantías hipotecarias que se detallan a continuación en la escritura o están afianzados o ya satisfechos.

Retirado el documento, se presenta nuevamente junto con acta notarial de requerimiento autorizada por el mismo notario de fecha 16 de julio de 2014. En dicho instrumento, por medio de diligencia de fecha 23 de julio del mismo año, la representación de «Caixabank, S.A.» contesta al requerimiento del siguiente modo: «Que no se han garantizado debida y suficientemente los créditos existentes. Que la entidad que representa se opone a la escisión formalizada y a su inscripción en el Registro Mercantil».

II

Presentada la referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Madrid Documento presentado: 2.014/07 94.742,0 Diario 2.499 Asiento 383 Entidad Pratsa SL. El registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defectos que impiden su práctica: Presentado de nuevo el título en el Registro, junto con un Acta Notarial, de fecha 16 de Julio de 2014, en que el acreedor hipotecario de la sociedad, Caixabanc S.A. (La Caixa), señala que los créditos a que se refiere dicha acta no están suficientemente garantizados, a juicio de la entidad acreedora, procede, por aplicación de lo señalado en el artículo 44.2 último párrafo de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades de Capital de

fecha 3 de Abril de 2009, modificada por la Ley 1/2012 de 22 de Junio, y en especial por el 44.3, denegar la inscripción de la fusión, hasta que se garantice o afiance suficientemente el crédito de la entidad acreedora. Entiende este registrador que la nota marginal a que se refiere el art. 44.4 solo ha de extenderse una vez que se haya inscrito la fusión, y se refiere al supuesto de fusión ya inscrita, en que los administradores hayan señalado la inexistencia de oposición, y sin embargo ésta se demuestra a posteriori ante el Registro Mercantil correspondiente. Se reitera, por tanto la nota anterior, junto con las advertencias y consideraciones que resultan de la presente. Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...) Madrid, 12 de Agosto de 2014 El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don R. A. T. M. y doña E. T. M., en la representación que ostentan, interpusieron recurso en virtud de escrito de fecha 11 de septiembre de 2014, en el que alegan, resumidamente, lo siguiente: Primero.—Que la Ley 3/2009 fue objeto de reforma por la Ley 2/2012 modificando en cuanto al derecho de oposición el planteamiento legal de modo que, en caso de oposición de un acreedor, puede procederse a la inscripción en el Registro Mercantil sin perjuicio del derecho del acreedor a hacer constar por nota marginal dicha circunstancia. El objetivo de dicha medida es evitar el derecho de los acreedores a impedir la fusión, citando diversa doctrina al respecto y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2014; Que no es aceptable la distinción que hace el registrador entre oposición anterior o posterior a la inscripción en caso de falsedad en la declaración del administrador, con cita nuevamente de abundante doctrina, y Que el artículo 44 de la Ley 3/2009 debe entenderse en el supuesto en que un acreedor legítimo (con crédito válido, existente y no vencido), haya rechazado la garantía ofrecida por la sociedad, es decir, en el supuesto en que la administración de la sociedad considere que no procede la oposición; Segundo.—Que en la escritura calificada los administradores han señalado ante la oposición del acreedor que las deudas están suficientemente garantizadas por hipoteca sobre las fincas transmitidas, garantía que existe desde que nacieron los créditos, y que el acreedor consideró suficiente; Que el artículo 44 de la Ley 3/2009 exige que el crédito sea anterior a la publicación del acuerdo de segregación, que el crédito no esté vencido y que no exista garantía, circunstancia esta última que no se produce al estar todos ellos garantizados, y Que tras la reforma de la Ley, la apreciación de la suficiencia de la garantía, en caso de disconformidad, corresponde al juez de lo Mercantil, con cita de doctrina al respecto. En definitiva, el ejercicio del derecho de oposición no es legítimo porque existe garantía hipotecaria y porque la determinación de la suficiencia no corresponde al acreedor, y Tercero.—Los administradores de las sociedades afectadas emiten un juicio de valor sobre la suficiencia de las garantías existentes basándose en la tasación de valor de los bienes hipotecados. El acreedor, por el contrario, no ha acreditado en modo alguno la insuficiencia de las garantías existentes. El registrador debe proceder a analizar el cumplimiento de las exigencias relativas a la operación de segregación pero sin entrar a valorar la suficiencia de las garantías existentes que corresponde, en su caso, al juez de lo Mercantil, sin que la sanción prevista sea en ningún caso la nulidad de la operación sino sólo la obligación de constituir o ampliar la garantía.

IV

El registrador emitió informe el día 16 de septiembre de 2014, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Notificado el notario autorizante, realizó alegaciones mediante escrito de fecha 17 de septiembre de 2014.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 13 de la Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas; 2.6 de la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones; 13 de la Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril; 331 a 335 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; 22, 32, 40, 43, 44, 45, 47, 68, 71, 73, 88 y 100 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de junio de 1993, 3 de octubre de 2013 y 10 y 21 de abril y 9 de mayo de 2014.

1. Se debate en este expediente cuál debe ser el sentido y alcance de la oposición de un acreedor en una operación de reforma estructural en la que dos sociedades de responsabilidad limitada segregan determinadas unidades económicas de sus respectivos patrimonios para transmitirlos a otra sociedad de responsabilidad limitada que, como beneficiaria, aumenta su capital. Los representantes de las sociedades implicadas afirman que los créditos están suficientemente garantizados; el acreedor afirma lo contrario a requerimiento de las deudoras. El registrador Mercantil entiende que no procede la inscripción hasta que se garantice o afiance suficientemente el crédito de la actora por impedirlo el número 3 del artículo 44 de la Ley 3/2009 y porque la nota marginal del número 4 del mismo precepto se refiere al supuesto de operación ya inscrita. Los recurrentes y el notario autorizante sostienen lo contrario.

2. Como ha tenido ocasión de recordar este Centro Directivo (por todas, Resolución de 3 de octubre de 2013), el procedimiento de fusión (y en lo que ahora interesa, el de escisión), tiene una marcada base negocial en cuanto acuerdo de voluntades de las sociedades implicadas; sin embargo, el hecho de que el acuerdo se produzca entre sociedades no oculta la circunstancia de que 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 pues aun no formando parte del procedimiento de fusión, el efecto esencial de ésta, la sucesión universal, les afecta profundamente al modificarse la persona de su deudor sin que hayan prestado su consentimiento.

Tradicionalmente nuestro ordenamiento ha estructurado la protección de la situación jurídica de los acreedores en torno a dos derechos esenciales: el de información de las condiciones en que se produce el fenómeno de la sucesión universal y el derecho de oposición; la evolución legislativa ha oscilado ostensiblemente hacia la intensificación del derecho de información en detrimento del contenido y eficacia del derecho de oposición (*vid.* Resolución de 9 de mayo de 2014).

3. En nuestra legislación, desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (artículos 145 y 146), el derecho de oposición de los acreedores se ha configurado como un elemento configurador de la eficacia de la fusión hasta el punto de que de no satisfacerse los créditos pendientes o no prestar garantía a satisfacción del acreedor opositor, el negocio no podía desplegar los efectos previstos en el ordenamiento. Así lo afirmaba el artículo 145 del texto legal: «Si durante este plazo algún acreedor social se opusiera por escrito a la fusión, ésta no podrá llevarse a cabo sin que se aseguren previamente o se satisfagan por entero los derechos del acreedor o acreedores disidentes». Y así lo recogió en términos muy similares el artículo 166 en relación al 243 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 de donde pasó al artículo 44.3 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. La regulación se completaba con la previsión del Reglamento del Registro Mercantil que en su artículo 227.2.2ª

establecía como requisito de la escritura pública sujeta a inscripción: «2ª La declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente, publicada la operación de escisión por segregación, un acreedor con garantía hipotecaria se opone en los términos del artículo 44 por entender que sus créditos contra las sociedades involucradas no están suficientemente garantizados siendo reiterada su postura una vez requerida notarialmente al efecto. Las sociedades afirman por el contrario que las hipotecas existentes y el resto de circunstancias que se citan en la escritura garantizan suficientemente los créditos existentes; es decir, afirman que la acreedora carece de derecho de oposición a la reforma estructural que se lleva a cabo (artículo 44.2 «in fine» de la Ley 3/2009).

A la luz de las consideraciones anteriores no puede sostenerse la calificación negativa. Tiene razón el registrador cuando afirma que la práctica de la nota marginal a que se refiere el artículo 44.4 de la Ley 3/2009 presume que la reforma estructural se ha inscrito en el Registro Mercantil, pero no cuando afirma que dicha situación implica una aseveración falsa o errónea de los órganos de administración de las sociedades

afectadas. No existe en el precepto invocado base legal para semejante afirmación con independencia de que, de producirse, se deriven las responsabilidades civiles o de otro orden previstas en el ordenamiento jurídico.

Como se ha afirmado anteriormente, a falta de un acuerdo entre los interesados sobre la concurrencia de las circunstancias que hacen nacer el derecho de oposición, la reforma estructural es plenamente eficaz de concurrir los requisitos previstos en la Ley y debe procederse a la inscripción, sin perjuicio del derecho del acreedor a hacer constar en el Registro Mercantil el ejercicio unilateral de su derecho de oposición y a hacer valer su posición jurídica ante el juez competente en los términos previstos en el inciso final del artículo 44 de la Ley 3/2009.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

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, 15 de octubre de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.