

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11695 *Resolución de 21 de octubre de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XIII de Barcelona, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de escisión de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don D. G. F., como administrador de la sociedad «Invertia Praxis, S.A.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XIII de Barcelona, don José Ignacio Garmendia Rodríguez, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de escisión de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 15 de mayo de 2014 por el notario de Barcelona, don Ildefonso Sánchez Prat, se elevaron a público determinados acuerdos sociales de «Invertia Praxis, S.A.», adoptados el día 15 de mayo de 2014 en la junta general universal (constituida por dos socios, titulares cada uno de ellos de acciones que representan el cincuenta por ciento del capital social) por los cuales se escinde totalmente, con división y traspaso de la totalidad de su patrimonio, en la proporción indicada, a dos sociedades anónimas de nueva creación («Invertia Brick, S.A.» y «Edicta Capital, S.A.»).

En dicha escritura se expresa por el órgano de administración que, al haber sido aprobada la escisión por unanimidad en junta general universal, conforme al artículo 42 de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, por remisión del artículo 73 de la misma Ley, no se presentó el proyecto de escisión en el Registro Mercantil para su depósito ni requirió publicación. Igualmente, manifiesta que, conforme al artículo 78 bis de dicha Ley, no ha sido necesario elaborar el balance de escisión, informe de administradores ni de expertos independientes, porque las acciones de las sociedades de nueva creación se atribuyen a los socios de la sociedad que se escinde proporcionalmente a los derechos que tenían en el capital social de ésta.

Asimismo, por «Invertia Brick, S.A.» se acuerda crear una sucursal en Polonia, con designación de sus representantes.

II

El día 6 de junio de 2014 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 examen y calificación del documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio –con la conformidad de los cotitulares–, ha acordado suspender la práctica de la inscripción solicitada, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Hechos Diario/Asiento: 1190/2953 F. Presentación: 06/06/2014 Entrada: 34083921 Sociedad: Invertia Praxis SA (escindida total); Invertia Brick SA (beneficiaria) y Edicta Capital SA (beneficiaria). Documento calificado: Escritura de fecha 15/05/2014. Notario Don Ildefonso Sánchez Prat. Número 842 de protocolo. Fecha de la Calificación: 20/06/2014 Fundamentos de Derecho (defectos) 1º.–Expositivo III.–Pese a tratarse de una escisión comprendida en el supuesto previsto en el artículo 78 bis de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, resulta necesaria la intervención de experto independiente por cuanto las sociedades beneficiarias son Sociedades Anónimas. De conformidad con lo previsto en

los artículos 66 y 69 de la Ley de Sociedades de Capital, en la constitución de sociedades anónimas, las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional designados por el Registrador Mercantil del domicilio social. Constituyendo la aportación del patrimonio escindido a cada beneficiaria una aportación no dineraria resulta inexcusable la intervención del experto a los efectos de valoración del referido patrimonio. En este sentido, el informe del experto independiente regulado en el artículo 34 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, aplicable por remisión del artículo 73 del mismo texto legal, tiene un doble contenido; el relativo a la modificación estructural, atinente en esencia al tipo de canje, cuya finalidad se centra en interés de los socios y, por tanto, es renunciable por ellos (34.4, 78 bis LME y Directiva 78/855/CEE); y el relativo a la manifestación de que el patrimonio de las sociedades que se extinguen sea igual, por lo menos, a la cifra de los capitales de las sociedades beneficiarias, que no es sino consecuencia del principio de realidad del capital social, y que se exige no sólo en interés de los socios sino también de los acreedores. Por ello debe entenderse que la omisión del informe únicamente opera respecto de la valoración del tipo de canje, pero no en cuanto a la suficiencia del contravalor que constituye la aportación del patrimonio escindido (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 2011). Téngase en cuenta que dicho informe deberá ser ratificado por la Junta General y que, dado que constituye uno de los documentos que deben ser puestos a disposición de las personas previstas en el artículo 39 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, deberá efectuarse nuevamente la manifestación de que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el referido artículo. 2.º-Expositivo IV.-Sin perjuicio de lo establecido en el defecto anterior, la manifestación acerca del cumplimiento del deber de información recogido en el artículo 39 de la Ley de Modificaciones Estructurales, en los términos que se expresan en el documento, resulta incompleta por cuanto sólo se refiere a los socios. De conformidad con el artículo 42 de dicha Ley, no puede restringirse derecho de información de los representantes de los trabajadores, o, en su defecto, de los trabajadores, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo. Deberá efectuarse una nueva manifestación en este sentido. (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 y 11 de abril de 2014). 3.º-Otorgamientos tercero y octavo.-Conforme a lo dispuesto en artículo 69 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles la escisión total consiste en la extinción de la sociedad escindida, con división de su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite por sucesión universal a otra/s sociedad/es, recibiendo los socios un número de acciones proporcional a su respectiva participación en la sociedad escindida. Es por ello que, como se ha indicado en el primer defecto de la presente nota de calificación, la aportación a las sociedades que se crean constituye una aportación no dineraria integrada por la parte correspondiente del patrimonio escindido. En consecuencia, no cabe que el capital social de las sociedades beneficiarias se haya desembolsado mediante aportaciones dinerarias, sin perjuicio de que, adicionalmente, los socios puedan realizar aportaciones dinerarias a la sociedad a cambio de las correspondientes acciones. 4.º.-Creación de la sucursal de Invertia Brick, S.A., en Polonia: No resulta del documento la mayoría de edad de los representantes de la sucursal Don W. K., y Doña A. Z. O., ni de la apoderada doña M. K. (Artículos 38 y 295 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.). 5.º Fecha contable: Dado que las Sociedades Beneficiarias de la Escisión son dos sociedades creadas como consecuencia de la misma, siendo sus socios los mismos y en la misma proporción que los de la sociedad escindida, la operación constituye una escisión entre empresas del grupo. En consecuencia, resulta de aplicación la Norma 21 del Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, modificado por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, y de la Consulta n.º 13 del año 2011 del Instituto de Contabilidad y de Auditoría de Cuentas, que establece que la fecha contable será la del primer día del ejercicio en que se apruebe la escisión (independientemente de la fecha de inicio de operaciones de las sociedades

beneficiarias), es decir, en este supuesto concreto, el 01/01/2014 y no el 01/07/2014 como resulta del documento. 6.º—Del proyecto incorporado, al cual se remiten los acuerdos adoptados por la sociedad escindida, no resultan la mención 9.ª de la Ley de Modificaciones Estructurales, relativa a la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio que se transmite; ni la mención 10.ª, sobre la fecha de las cuentas de la sociedad escindida que se ha utilizado para establecer las condiciones en que se realiza la fusión. La mención 11.ª está incompleta por cuanto no se ha efectuado manifestación alguna con respecto al eventual impacto de género ni sobre la incidencia que pudiera tener, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa. (Artículo 40 de la Ley de Modificaciones Estructurales, por remisión del artículo 73 del mismo texto legal, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 y 11 de abril de 2014). 7.º—En cuanto a la designación y reparto del activo y pasivo que han sido detallados en el proyecto: a) Debe indicarse el valor de cada uno de los activos que son traspasados a las sociedades beneficiarias, indicando también la valoración en su conjunto de cada una de las unidades económicas traspasadas a cada sociedad. Téngase en cuenta que dichos valores deben estar expresados en euros. (Artículos 74.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 y 11 de abril de 2014). b) El último de los activos descritos, consistente en «el importe correspondiente al justiprecio que definitivamente se obtenga en relación a la expropiación de dos fincas registrales», se configura realmente como un derecho de crédito consistente en el derecho a obtener un importe que se determinará en un futuro. Como aportación no dineraria, formando parte de los activos de la sociedad, este derecho de crédito debe ser valorado económicamente a los efectos de su traspaso a las sociedades beneficiarias. (Artículos 65 y 67 y siguientes de la Ley de Sociedades de capital.). Los defectos consignados tienen carácter subsanable. Se advierte, a la vista de lo indicado en el proyecto respecto a los trabajadores de la sucursal de la sociedad escindida, que no consta inscrito en la hoja registral de Invertia Praxis SA el establecimiento de sucursal alguna. Igualmente se advierte que la reserva de la denominación social Edicta Capital, S.A., caducará el 11/10/2014 y la de Invertia Brick SA, prórroga incluida, caducará el 14/09/2014. La anterior nota de calificación (...) El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Dicha calificación negativa fue notificada al Notario autorizante de la escritura y al presentante de la misma el día 25 de junio de 2014. El día 23 de julio de 2014, se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona un escrito suscrito por don D. G. F., como administrador de la sociedad «Invertia Praxis, S.A.», por el que interpone recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito, alega los siguientes fundamentos jurídicos: «A.—En torno a la preceptiva intervención de experto independiente (Fundamento primero de la nota de calificación) El artículo 78 de la LME establece la regla general de que cuando las sociedades beneficiarias de una escisión sean anónimas, uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil deberán informar «sobre la valoración del patrimonio no dinerario procedente de la sociedad que se escinde.» Ahora bien, no es menos cierto que desde el año 2012 el nuevo artículo 78 bis LME, de forma textual, exceptúa la necesidad del informe «si las acciones, participaciones o cuotas de cada una de las nuevas sociedades se atribuyen a los socios de la sociedad que se escinde proporcionalmente a los derechos que tenían en el capital de ésta» Por tanto, la mención expresa que hace el 78 bis LME de la palabra «acciones» parece dejar claro que la excepción al informe se aplica también —y especialmente— a las sociedades anónimas siempre y cuando los socios de las sociedades beneficiarias sean los mismos en idénticas proporciones a su participación en la sociedad escindida. A pesar de la literalidad del artículo, el registrador justifica la exigencia del informe en base al «principio de realidad del capital social», el cual a su juicio debe atenderse «no sólo en interés de los socios sino también de los acreedores». Pues bien, respetuosamente entendemos que dicha argumentación palidece irremisiblemente por cinco motivos: a) Primero, porque

ni un solo euro del patrimonio no dinerario procedente de la sociedad que se escinde (Invertia Praxis, S.A.), se contabiliza en el capital de las sociedades beneficiarias (Invertia Brick, S.A. / Edicta Capital, S.A.), los cuales se dotan exclusivamente de aportaciones dinerarias de los propios socios (una práctica que, como veremos más adelante, es admitida por esta Dirección, entre otras, por Resolución de la DGRN de 11 de abril de 2014) b) Segundo, porque tampoco existen acreedores, tal y como se pone de manifiesto en el expositivo IV de la escritura cuya inscripción se pretende. Consecuentemente, pudiendo renunciar los socios al informe del experto independiente (según reconoce el Registrador en la nota de calificación), y no habiendo acreedores que proteger, la exigencia del antedicho informe parece del todo caprichosa. c) Tercero, porque la resolución de la DGRN esgrimida por el registrador en apoyo de sus tesis (Resolución de 2-2-2011, «BOE» 69/2011, de 22 de marzo de 2011) es muy anterior en el tiempo a la entrada en vigor del artículo 78 bis de la LME, introducido por el art 2.12 de la Ley 1/2012, desde el 24/06/2012. d) Cuarto, porque no parece razonable que sea un experto español nombrado por un registro público español la persona idónea para valorar bienes no dinerarios que en su mayoría se hallan ubicados en Polonia (véase al efecto el proyecto de escisión), lo que supondría un claro quebranto del principio «lex loci rei sitae» recogido en el artículo 10.1 del Código Civil, en cuya virtud: «La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles.». e) Y quinto, porque la lectura que hace el registrador de la norma es, a nuestro juicio, contraria a los tradicionales criterios interpretativos enunciados en su día por S., a saber, gramatical, lógico, teleológico, histórico y sistemático, y que actualmente se recogen en el artículo 3.1 de nuestro Código Civil. De esta manera, si a la literalidad del artículo 78 bis LME a la que antes hemos aludido le añadimos una interpretación lógica e histórica de la norma, entendemos que la argumentación del Registrador decae (...). El nuevo 78 bis LME fue introducido por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, por la cual se adaptaba al Derecho societario español las exigencias armonizadoras contenidas en la Directiva 2009/109/CE, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modificaba, entre otras, la Directiva 82/891/CEE, de 27 de diciembre de 1982, relativa a la escisión de sociedades anónimas. En concreto, la disposición que aquí interesa es la contenida en el art. 3 de la norma comunitaria primeramente citada, que sustituye la redacción del art 22.5 de la mencionada en segundo lugar por la siguiente: «Los Estados miembros no impondrán los requisitos establecidos en los artículos 7 (informe de administradores) y 8 (informe de expertos independientes) y en el artículo 9, apartado 1 (información a los socios), letras c) (estado contable), d) (informe de administradores de las sociedades implicadas) y e) (informe de expertos independientes), cuando las acciones de cada una de las nuevas sociedades queden atribuidas a los accionistas de la sociedad escindida proporcionalmente a sus derechos en el capital de esta sociedad». Pues bien, toda vez que el párrafo transcrito confirma, con respecto a las escisiones, que el fundamento de la medida se encuentra en la circunstancia de que las nuevas sociedades estén participadas en idéntica proporción y medida por los socios de las escindidas, los orígenes comunitarios de la disposición no sólo no contradicen la interpretación defendida en este recurso, sino que la confirman. Por cuanto antecede, debemos solicitar que por esta Dirección se desestime el primero de los fundamentos de la nota. B.–En torno al derecho de información de los representantes de los trabajadores, o, en su defecto, de los trabajadores (Fundamento segundo de la nota) El derecho de información al que alude la LME no es otro que el resultante de la legislación laboral, el cual fundamentalmente se configura en el artículo 44.6 del Estatuto de los Trabajadores (relativo a la sucesión de empresa), cuyo tenor es como sigue: «El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos: a) Fecha prevista de la transmisión; b) Motivos de la transmisión; c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.» Sin embargo, la

nota de calificación pasa por alto un detalle, y es que ni uno solo de los diez trabajadores de la sociedad escindida está contratado en España, si no en la sucursal polaca (así se desprende del proyecto de escisión en el punto «Consecuencias de la escisión sobre el empleo...»): «Consecuencias de la escisión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y al incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa. Actualmente la sucursal de Invertia Praxis, S.A., en Polonia emplea a diez trabajadores por cuenta ajena; Todos los puestos serán respetados, subrogándose en la posición de empleador la compañía Invertia Brick, S.A. Por su parte Edicta Capital, S.A., procederá a la creación de un nuevo puesto de trabajo». Pues bien, que los trabajadores estén contratados en Polonia directamente por la sucursal polaca implica dos cosas: a) Primero, que no sea de aplicación el Estatuto de los Trabajadores español; Así lo establece el artículo 1.4 de dicho texto legal (...); y b) Segundo, a sensu contrario, que sea de aplicación la legislación laboral polaca; Así se desprende del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma 1), artículos 8.2 («En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente»), artículo 8.3 («Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador») y artículo 8.4 («Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país») Por ello, el Sr. Registrador se extralimita en su función calificadoradora al exigir el cumplimiento de una tutela o derecho que, strictu sensu, sólo es de aplicación a trabajadores españoles que hayan sido contratados en España, faltando aquí –al menos de cuanto se deduce de la escritura– uno de esos requisitos: la celebración del contrato en España. Por cuanto antecede, debemos solicitar que por esta Dirección se desestime el segundo de los fundamentos de la nota. C.–En torno a la eventual imposibilidad de que el capital social de las sociedades beneficiarias se desembolse mediante aportaciones dinerarias (Fundamento tercero de la nota de calificación). Seremos breves en cuanto al fundamento tercero de la nota, habida cuenta que no se indica que ley o norma se infringe y en su caso cuál de ellas no permite que «que el capital social de las sociedades beneficiarias se desembolse mediante aportaciones dinerarias». Sea como fuere tan lacónica motivación parece chocar frontalmente con la doctrina de esta Dirección. Nos referimos concretamente a la Resolución de la DGRN de 11 de abril de 2014, «BOE» 116/2014, de 13 de mayo de 2014, por la que, en síntesis, se concluye que ningún obstáculo existe para que en una operación de escisión el patrimonio transmitido se aplique a reservas de la sociedad beneficiaria. Así se desprende de su fundamento de derecho cuarto: «Según el tercero de los defectos impugnados considera el registrador que es contradictorio que se aplique el total del patrimonio traspasado como consecuencia de la escisión a reservas legales y a reservas de libre disposición cuando a continuación se acuerda el aumento del capital social. Este defecto, tal como ha sido expresado en la calificación impugnada, no puede ser confirmado. Un supuesto como el presente, en el que la sociedad escindida y la beneficiaria tienen como único socio una misma persona, es asimilado legalmente a la escisión de sociedades íntegramente participadas y, por ende, no es obligatorio el aumento del capital de la sociedad beneficiaria. Así resulta de lo establecido en los artículos 73, 52.1 y 49 de la Ley 3/2009. Por ello ningún obstáculo existe para que el patrimonio transmitido se aplique a reservas de la sociedad beneficiaria» Por cuanto antecede, y habida cuenta el carácter vinculante de las resoluciones de esta Dirección consagrado en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, debemos solicitar que se desestime el tercero de los fundamentos de la nota. D.–En torno a la acreditación de la mayoría de edad de los representantes de la sucursal don W. K. y doña A. Z. O., y de la apoderada doña M. K. (Fundamento Cuarto de la nota) Vaya por delante que esta parte jamás pretendió la inscripción de la sucursal polaca en el Registro Mercantil de Barcelona, el

cual es a todas luces territorialmente incompetente: El motivo de consignar los datos relativos a la creación de la sucursal era (y es) proceder a su inscripción en el Registro Judicial Nacional Polaco o Krajowy Rejestr Sdowy - KRS que en puridad es donde debe inscribirse la sucursal. Efectivamente, de una lectura del artículo 298.2 del Reglamento del Registro Mercantil se desprende que el Registrador competente para inscribir una sucursal siempre es el correspondiente al domicilio de esta («El Registrador correspondiente al domicilio de la sucursal, una vez practicada la primera inscripción, remitirá al Registrador Mercantil Central los datos que hayan de publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y se refieran exclusivamente a la sucursal»), de ahí que se nos antoje absurdo –dicho sea con todo el respeto– que un registro español sito en Barcelona pretenda registrar una sucursal con domicilio en Katowice, Polonia. En cualquier caso, si nos circunscribimos al fundamento impugnado de la nota (falta de acreditación de la mayoría de edad de los Sres. W. K. A. Z. O. y M. K.) vemos que de la escritura calificada (páginas 12 a 14) se desprende que todos son de nacionalidad polaca y que el apoderamiento queda restringido a la representación de la sucursal en Polonia; Pues bien, habida cuenta que el Código Civil establece en su artículo 9.1 que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad y que dicha ley regirá la capacidad, el Sr. registrador no se halla capacitado para juzgar la legalidad extrínseca del apoderamiento conferido, siendo las autoridades polacas las únicas capaces para juzgar la validez o no de dicho poder. En consecuencia, por cuanto antecede, debemos solicitar que se desestime el cuarto de los fundamentos de la nota. E.–En relación a la fecha contable (Fundamento quinto de la nota) (...) Discrepamos radicalmente, haciendo aquí nuestros los fundamentos que se contienen en la Resolución DGRN de 8-5-2014, «BOE» 161/2014, de 3 de julio, y por los que, en síntesis, se resuelve que (vid. Fundamento Tercero) «el hecho de que una misma persona sea el socio único tanto de la sociedad escindida como de la beneficiaria que se crea no implica necesariamente que pueda calificarse a efectos contables como una operación 'intragrupo' al tratarse dicha circunstancia de una cuestión que en el presente caso no puede determinarse por la calificación registral» Efectivamente, el modelo general del sistema acogido por nuestro Ordenamiento para la contabilización de las modificaciones estructurales que implican la transmisión en bloque de conjuntos patrimoniales, inspirado en el régimen de las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), es el plasmado en la NRV 19, dedicada a las operaciones que denomina «combinaciones de negocios», término polivalente acuñado en el seno de la ciencia contable que engloba supuestos de hecho dispares (y eventualmente difusos) desde el punto de vista jurídico. Para las modificaciones estructurales que afecten a sociedades integradas en un mismo grupo, es cierto que se dictan reglas especiales en la RV 21; sobre ellas, debe puntualizarse que no recogen una disciplina contable global para los fenómenos de sucesión universal intragrupo, sino que simplemente establecen unas especialidades de régimen cuya aplicación habrá de encajarse en el sistema previsto para las combinaciones de negocios en el NR 19. Dada la diversidad de regímenes, resulta de trascendental importancia aclarar la noción de grupo en que se sustenta la relación intersocietaria determinante de la sujeción a la normativa especial, cuestión que aparece tratada en la norma 13 de elaboración de las cuentas anuales (NECA 13.^a), en la tercera parte del PGC. Para la identificación de las empresas «del grupo», la disposición reglamentaria recurre a dos criterios diferentes: 1) La circunstancia de que las empresas «estén vinculadas por una relación de control de control directa a indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del Código de Comercio». 2) El hecho de que «las empresas estén controladas por cualquier medio por uno o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias». Esta dualidad de pautas para la delimitación de los grupos se corresponde con las dos orientaciones básicas defendidas por la doctrina para definir el supuesto factico determinante de la existencia de un grupo: a) la calificada de «jurídica», que toma como base el control de los órganos sociales mediante el poder que confieren los mecanismos societarios, coincidente con el acogido actualmente por el art. 42.1 C. de c. para imponer el deber de formular cuentas anuales

consolidadas, y b) la denominada «económica», que pone el acento en el hecho de la unidad de dirección, resultado al que no sólo se llega mediante las posiciones societarias de dominio vertical, sino también por virtud de acuerdos o cláusulas estatutarias de actuación conjunta, o por la existencia de focos de poder localizados extramuros del conglomerado societario, como puede suceder en los casos de control jerárquico ejercido sobre un conjunto de compañías por una persona física o jurídica de índole no societaria, o varias de ellas que actúen sistemáticamente en concierto. Teniendo en cuenta que la compañía escindida tiene dos únicos socios, que pasan a serlo también de la beneficiaria, no parece descabellado entender que ambas sociedades formen un grupo en sentido económico. Sin embargo, como se reconoce por la DGRN, puede suceder que a pesar de ello las compañías no lleguen a integrarlo. Así por ejemplo la doctrina entiende que, en los grupos horizontales, la existencia de una unidad empresarial superpuesta a una pluralidad subjetiva requiere una vocación de estabilidad o permanencia, circunstancia que no llegará a darse si, por ejemplo, el designio de los socios es desprenderse a corto plazo de alguna de las compañías, voluntad que quedará plasmada a efectos contables precisamente en la forma de registrar la operación. Admitido así que, en función de las circunstancias concurrentes, la escisión podrá contabilizarse como «combinación de negocios» en sentido estricto, regida por la NRV 19, o como una «operación entre empresas del mismo grupo», sujeta a las especialidades recogidas en la NRV 21, resulta necesario analizar ambos regímenes para comprobar si la previsión relativa a la fecha de efectos contables incluida en la escritura resulta incompatible con ambos, pues si resultara compaginable con alguno de ellos, habría de interpretarse en tal sentido para que desplegara su eficacia (art 1284 C.c.). En la mecánica del PGC, la determinación de la empresa adquirente constituye un paso previo para poder fijar la fecha de adquisición. Esta cuestión se encuentra regulada en la NRV 19, sin que la NRV 21 contenga ninguna previsión especial sobre ella, por lo que sus pronunciamientos serán aplicables tanto a las escisiones extragrupo como intragrupo. Dispone al respecto el segundo párrafo del apartado 2-1 de la NRV 19 que «cuando, como consecuencia de una operación de fusión, escisión o aportación no dinerario, se constituya una nueva empresa, se identificara como empresa adquirente a una de las empresas que participen en la combinación y que exista con anterioridad a ésta». Para las que tengan carácter extragrupo, se establece específicamente en el segundo párrafo del apartado 2.2 de la NRV 19 que «en los supuestos de fusión a escisión, con carácter general, dicha fecha será la de celebración de la junta de accionistas u órgano equivalente de la empresa adquirida en que se apruebe la operación, siempre que el acuerdo sobre el proyecto de fusión o escisión no contenga un pronunciamiento expreso sobre la asunción de control del negocio por la adquirente en un momento posterior». Pues bien, la identificación en el proyecto del 1 de julio de dos mil catorce como fecha de efectos contables resulta plenamente congruente con el precepto reproducido. Es evidente que las sociedades beneficiarias no pueden aprobar la operación antes de tener existencia jurídica, y que ésta nace con su constitución por escritura pública (art. 20 LSC y 45.2 LME), cuyo reflejo simboliza la aprobación de la operación como entidad diferenciada y comporta la tradición instrumental de los elementos que para su transmisión la precisen (art. 1462 C.c.), con independencia de que la inscripción registral le atribuya la personalidad jurídica correspondiente al tipo social elegido (art. 33 LSC); Ello significa por tanto que si el nacimiento jurídico de las sociedades como entidades diferenciadas de la escindida tiene lugar por su constitución en escritura pública (arts. 20 LSC y 45.2 LME), no puede existir grupo habida cuenta la falta de pluralidad subjetiva. En definitiva, como establece el fundamento tercero de la resolución de la DGRN antes señalada: «El hecho de que las mismas personas sean los socios tanto de la sociedad escindida como de las beneficiarias que se crean no implica necesariamente que pueda calificarse a efectos contables como una operación “intragrupo”. Por ello, al tratarse dicha circunstancia de una cuestión que en el presente caso no puede determinarse por la calificación registral, en este expediente debe decidirse únicamente si, presuponiendo que pueda tratarse de una operación “no intragrupo” cabe o no fijar como fecha de efectos contables la del otorgamiento de la

escritura de escisión. Debe, por tanto, resolverse la cuestión planteada mediante la aplicación de la norma de registro y valoración 19.^a del Plan General de Contabilidad, que trata de “Combinaciones de negocios” entre las cuales incluye expresamente “la fusión o escisión de varias empresas” debiéndose aplicar, según se añade, “el método de adquisición descrito” en esta norma. Según el párrafo segundo del apartado 2.1 de la citada norma 19.^a, “cuando como consecuencia de una operación de fusión, escisión o aportación no dineraria, se constituya una nueva empresa, se identificará como empresa adquirente a una de las empresas que participen en la combinación y que existían con anterioridad a ésta”. Conforme al segundo párrafo del apartado 2.2 de la misma norma 19.^a, “en los supuestos de fusión o escisión, con carácter general, dicha fecha será la de celebración de la Junta de accionistas u órgano equivalente de la empresa adquirida en que se apruebe la operación, siempre que el acuerdo sobre el proyecto de fusión o escisión no contenga un pronunciamiento expreso sobre la asunción de control del negocio por la adquirente en un momento posterior”. De esta norma, y concretamente de su último inciso, resulta que, igual que en el momento de constitución de la sociedad no cabe fijar una fecha de inicio de las operaciones sociales anterior a la del otorgamiento de la escritura, pero sí posterior al mismo y anterior a la inscripción en el Registro (artículo 24 de la Ley de Sociedades de Capital), también en el presente caso se podrá fijar una fecha de efectos contables coincidente con la del otorgamiento de la escritura, sin perjuicio de la aplicación de las restantes previsiones que contiene la misma norma de registro y valoración 19.^a del Plan General de Contabilidad respecto de la inscripción registral, habida cuenta de la subordinación que en nuestra legislación mercantil tiene “la eficacia frente a terceros de los acuerdos alcanzados a la inscripción de la correspondiente escritura pública en el Registro Mercantil” como expresa el apartado IV de la Exposición de Motivos del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se modifica precisamente, entre otras, la citada norma 19.^a. F.—En relación a la falta de diversas menciones en el proyecto de escisión (Fundamento sexto de la nota) (...) En relación a este punto constituye una doctrina ampliamente extendida que las escisiones totales proporcionales son unas operaciones cuya naturaleza es cuasi idéntica a las fusiones impropias, siendo notorio que el legislador europeo, y por tanto el español, siempre se ha propuesto garantizar un nivel de protección similar en ambas operaciones. Tal y como se dice en el Fundamento cuarto de la Resolución de la DGRN de 11-4-2014, “BOE” 116/2014, de 13 de mayo, el cual hacemos nuestro: “...en supuesto como el presente, en el que la sociedad escindida y la beneficiaria tienen como único socio una misma persona, es asimilado legalmente a lo escisión (sic, por fusión) de sociedades íntegramente participadas...” Por tanto, habida cuenta que las escisiones se rigen por las normas establecidas para las fusiones (art. 73.1 LME) también son de plena aplicación aquí las especialidades previstas para las absorciones de sociedades íntegramente participadas recogido en el artículo 49 LME, del que se desprende que la operación podrá realizarse sin necesidad de que se incluyan en el proyecto de fusión/escisión, entre otras, las menciones 9.^a y 10.^a del artículo 31 LME regulatorio del proyecto común de fusión. Por lo que se refiere a la mención 11.^a en torno al eventual impacto de género en los órganos de administración, queda bastante claro que el administrador único (varón) de la sociedad escindida sigue siendo el administrador único (varón) de las sociedades beneficiarias, siendo una perogrullada tener que hacer ninguna mención al respecto; Sería algo tan absurdo como exigir que se refleje el quórum de un acuerdo adoptado en sede de una sociedad unipersonal. Finalmente por lo que se refiere a la responsabilidad social de la empresa, el artículo 31 punto 11.^a LME parece condicionar dicha mención con la frase “en su caso” (...) Entendemos que tal condicionante se debe a que el artículo 39.3 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece que “Las sociedades anónimas podrán hacer públicos con carácter anual sus políticas y resultadas en materia de Responsabilidad Social Empresarial a través de un informe específico basado en los objetivos, características, indicadores y estándares internacionales mencionadas en las apartados anteriores (...)” para continuar diciendo que “En el caso de sociedades anónimas de más de 1.000 asalariados, este informe anual de Responsabilidad Social

Empresarial será objeto de comunicación al Consejo Estatal de Responsabilidad Social Empresarial que permita efectuar un adecuado seguimiento sobre el grado de implantación de las políticas de Responsabilidad Social Empresarial en las grandes empresas españolas.” En su consecuencia, si es optativo para las sociedades anónimas de menos de 1.000 asalariados adoptar y en su caso informar en torno a las medidas de responsabilidad social que eventualmente se hayan adoptado, no razonable negar la inscripción de una escisión como la presente por el hecho de guardar silencio sobre tal extremo, de carácter fundamentalmente voluntario toda vez que según se desprende del proyecto de escisión únicamente hay 10 asalariados en su sucursal polaca. G.—En cuanto a la indicación del valor de cada uno de los activos que son traspasados a las sociedades beneficiarias (fundamento séptimo de la nota) Salvo error entendemos que este fundamento no deja de ser una reiteración del anterior en el que se achacaba no informar sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio que se transmite; Por ende, en aras a la brevedad se da aquí por reproducidos los fundamentos esgrimidos anteriormente en torno a la especial naturaleza de las escisiones totales proporcionales y a la directa aplicabilidad del artículo 49 LME, del se desprende que la operación podrá realizarse sin necesidad de que se incluyan en el proyecto de fusión/escisión, entre otras, la mención 9 del artículo 31 LME regulatorio del proyecto común de fusión/escisión (valoración del activo y el pasivo).»

IV

Mediante escrito de fecha 8 de agosto de 2014, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe manifiesta que el día 30 de julio de 2014 fue remitida copia del expediente del recurso al notario autorizante a los efectos previstos en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, sin que en el plazo de cinco días fijado en este precepto se hayan formulado alegaciones por el referido notario.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18, 31, 36, 37, 39, 40, 42, 43, 44, 49, 52, 73, 74 y 78 bis de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 24, 59, 62, 63, 67 y 69 de la Ley de Sociedades de Capital; la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital; los artículos 38, 94, 112, 227, 228, 235 y 295 a 297 del Reglamento del Registro Mercantil; la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones; los artículos 11 y 16 de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011; 9, 10 y 22 de la Directiva 82/891/CEE, del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, relativa a la escisión de sociedades anónimas; 10 y 27 de la Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976; las normas de registro y valoración 19.ª y 21.ª del Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de abril de 1991, 30 de junio de 1993, 22 de marzo de 2002, 2 de febrero de 2011, 3 de octubre de 2013 y 10 y 11 de abril y 8 de mayo de 2014.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público determinados acuerdos sociales de una sociedad anónima (cuyos dos socios son titulares cada uno de ellos de acciones que representan el cincuenta por ciento del capital social) por los cuales se escinde totalmente, con división y traspaso de la totalidad de su patrimonio, en la proporción indicada, a dos sociedades anónimas de nueva creación.

En dicha escritura se expresa por el órgano de administración que, al haber sido aprobada la escisión por unanimidad en junta general universal, conforme al artículo 42 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, por remisión

del artículo 73 de la misma Ley, no se presentó el proyecto de escisión en el Registro Mercantil para su depósito ni requirió publicación. Igualmente, manifiesta que, conforme al artículo 78 bis de dicha Ley, no ha sido necesario elaborar el balance de escisión, informe de administradores ni de expertos independientes, porque las acciones de las sociedades de nueva creación se atribuyen a los socios de la sociedad que se escinde proporcionalmente a los derechos que tenían en el capital social de ésta.

Asimismo, por una las sociedades beneficiarias se acuerda crear una sucursal en Polonia, con designación de sus representantes.

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

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

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

3. Según el primero de los defectos invocados por el registrador en la calificación impugnada, considera que es necesario acreditar que se haya realizado por experto independiente el correspondiente informe sobre la valoración del patrimonio no dinerario que ha sido transmitido a las sociedades anónimas beneficiarias (y a tal efecto cita, los artículos 66 y 69 de la Ley de Sociedades de Capital, y 34, 73 y 78 bis de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, así como la Resolución de esta Dirección General de 2 de febrero de 2011).

El recurrente alega que tal informe es innecesario porque, a su juicio, así resulta de la letra del artículo 78 bis de la Ley 3/2009, introducido en ésta mediante la modificación verificada por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, posterior a la citada Resolución de este Centro Directivo de 2 de febrero de 2011. Asimismo, considera que dicha conclusión se desprende del texto literal del artículo 22.5 de la Directiva 82/891/CEE, del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, relativa a la escisión de sociedades anónimas (modificada por la Directiva 2009/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009), que en este extremo ha sido objeto de

transposición en el citado artículo 78 bis de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

El criterio del registrador debe ser confirmado si se lleva a cabo una interpretación literal, lógica, sistemática y finalista de las normas objeto de debate.

Cuando las sociedades que participen en la escisión sean anónimas, el informe que sobre el proyecto debe emitir el experto independiente nombrado por el registrador Mercantil tiene un doble contenido: por una parte, el relativo a los aspectos propios de esa específica operación de modificación estructural de la sociedad –atinentes, en esencia, al tipo de canje de las acciones–, y, por otra parte, la manifestación sobre el hecho de que el patrimonio transmitido por la sociedad que se extingue a cada una de las sociedades beneficiarias sea igual, por lo menos, a la cifra del capital social respectivo de éstas (cfr. el artículo 34.3 en relación con los artículos 73 y 78 de la Ley 3/2009).

El primero de tales extremos responde a la exigencia impuesta por el artículo 10 de la Directiva 82/891/CEE, relativa a la escisión de sociedades anónimas. Por su finalidad, centrada en el interés de los socios, y relacionado con el derecho de información de los mismos, es una medida tuitiva renunciabile por ellos. Así, resulta de la modificación de dicha Directiva, mediante la adición del apartado 1 en tal artículo por la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007 («no se requerirán el examen del proyecto de escisión ni el informe pericial contemplados en el artículo 8, apartado 1, si así lo han acordado todos los accionistas y tenedores de títulos que confieran un derecho de voto de cada una de las sociedades que participan en la escisión»). Como justificación de esta modificación se expresa en el Preámbulo que «no hay motivo para exigir el examen del proyecto por un perito independiente destinado a los accionistas si todos ellos coinciden en que puede prescindirse de él. Cualquier modificación de las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE que permita tal acuerdo por parte de los accionistas debe entenderse sin perjuicio de los sistemas de protección de los intereses de los acreedores de las empresas implicadas que establezcan los Estados miembros de conformidad con dichas Directivas, ni de cualquier norma destinada a garantizar el suministro de información a los trabajadores de las empresas implicadas».

El segundo de los aspectos que debe abarcar el informe del experto al que se refiere el artículo 34 de la Ley 3/2009, relativo a la manifestación sobre la efectiva contraprestación patrimonial del capital social de las sociedades beneficiarias, no es sino consecuencia del principio de realidad del capital social, según el cual es nula la emisión de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad y no cabe emitir acciones por una cifra inferior a la de su valor nominal (cfr. artículo 59.2 de la Ley de Sociedades de Capital). A tal efecto, el legislador añade determinadas cautelas, como es la exigencia de acreditación suficiente y objetivamente contrastada de la realidad de esas aportaciones, como requisito previo a la inscripción de la sociedad o de un aumento de su capital (cfr., entre otros, los artículos 62, 63 y 67 de la Ley de Sociedades de Capital). En este sentido, el citado artículo 67 de esta última Ley –como el artículo 38 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas– es expresión de la acomodación de nuestro Derecho a las exigencias de la Segunda Directiva, la 77/91/CEE en materia de sociedades, de 13 de diciembre de 1976, cuya norma básica sobre la materia se contiene en el artículo 10.1 al exigir que las aportaciones que no sean en metálico serán objeto de un informe emitido con anterioridad a la constitución de la sociedad o a la obtención de la autorización para comenzar sus actividades por uno o varios peritos independientes de ésta, designados o aceptados por una autoridad administrativa o judicial. Idéntica norma se establece en el artículo 27.2 de esta Directiva respecto del aumento del capital.

Desde este punto de vista, el informe del experto independiente sobre la equivalencia entre el patrimonio aportado y el capital de la sociedad beneficiaria es exigido en interés no sólo de los accionistas sino también de los acreedores sociales, por lo que no puede dejarse al arbitrio de aquéllos exclusivamente. Por ello, la norma del artículo 78.3 de la Ley 3/2009, en cuanto permite prescindir del informe del experto independiente «... cuando así lo acuerden la totalidad de los socios con derecho de voto... de cada una de las sociedades que participan en la escisión», debe ser interpretada en el sentido de que

dicha renuncia puede tener como objeto únicamente el informe sobre el proyecto de escisión en lo relativo a la valoración de la relación de canje, pero no puede extenderse al informe sobre la integridad patrimonial de la contraprestación del capital de la sociedad beneficiaria. Así resulta no sólo de la finalidad de la exigencia de informe sobre este último aspecto, sino también de la interpretación sistemática de la norma, que necesariamente deberá entenderse en el sentido más adecuado para evitar la existencia de contradicción de valoración normativa entre el supuesto contemplado y el régimen general del mencionado artículo 67 de Ley de Sociedades de Capital, el establecido para la fusión en los apartados 3 y 4 del artículo 34 de la Ley 3/2009 –según la modificación verificada por la Ley 1/2012, de 22 de junio– así como respecto del régimen de la transformación (artículo 18.3 de la misma Ley 3/2009).

A la misma conclusión se llega si se interpreta la norma a la luz de las Directivas ya mencionadas. En efecto, la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, modifica las Directivas 77/91/CEE y 78/855/CEE, entre otras, en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones. En el considerando noveno expresa que «el informe de peritos independientes establecido en la Directiva 77/91/CEE a menudo no es necesario cuando ha de elaborarse asimismo un informe pericial independiente para proteger los intereses de los accionistas o acreedores en el contexto de la fusión o escisión. Por consiguiente, los Estados miembros deben tener la posibilidad en estos casos de eximir a las sociedades de la obligación de presentar un informe con arreglo a la Directiva 77/91/CEE o de permitir que ambos informes sean redactados por el mismo perito». Por ello, se añade el apartado 5 al artículo 10 de la Directiva 77/91/CEE para permitir que los Estados miembros decidan no aplicar la exigencia de informe de experto sobre las aportaciones no dinerarias a la constitución de una nueva sociedad por escisión si se elabora un informe pericial independiente sobre el proyecto de escisión -informe éste que cumplirá esa doble función-. Señala además la Directiva 2009/109 que, en caso de que los Estados decidan aplicar tal exigencia, podrán disponer que tal informe y el informe pericial independiente sobre el proyecto de escisión puedan ser elaborados por el mismo o los mismos peritos. En definitiva, de esta disciplina comunitaria resulta que, pudiendo prescindirse del informe sobre el proyecto de escisión por voluntad de los socios, será siempre necesario un informe de experto sobre la suficiencia económica de la aportación patrimonial que constituya el contravalor del capital de la sociedad beneficiaria.

A esta conclusión no puede oponerse, como pretende el recurrente, el texto literal del artículo 78 bis, pues de cuanto antecede se desprende que el informe de expertos independientes que puede omitirse en el concreto supuesto normativo (en el que se prescinde de la circunstancia de que el acuerdo se adopte por unanimidad o por mayoría de los socios) es únicamente el relativo a los aspectos propios de la escisión –valores patrimoniales y tipo de canje de las acciones–, habida cuenta de su falta de interés por tratarse de escisión con atribución de acciones de las sociedades beneficiarias de nueva creación a todos los socios de la sociedad escindida proporcionalmente a las que tenían de ésta.

4. El segundo de los defectos expresados en la calificación se refiere a la necesidad de que el otorgante manifieste, bajo su responsabilidad, que el deber de información recogido en el artículo 39 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles se ha cumplido, no sólo respecto de los socios, como se expresa en la escritura, sino también respecto de los representantes de los trabajadores, y específicamente sobre el hecho de que no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores, sobre la escisión pretendida, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo.

Entre las medidas tuitivas previstas en el régimen legal de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles se encuentran determinados requisitos relativos a la información documental que sobre la escisión debe ponerse a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de

los trabajadores (artículos 39 y 73 de la Ley 3/2009, con las salvedades que resultan del artículo 78 bis de la misma Ley).

Esta información debe estar a disposición de los mismos también en los casos en que los acuerdos se hayan adoptado en junta general universal y por unanimidad de quienes puedan ejercer el derecho de voto (cfr. artículos 42.1 y 73.1 de dicha Ley). En tales supuestos, por el hecho de que no se publique ni depositen previamente tales documentos, no podrán ser restringidos los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo (artículo 42.2).

Es cierto que la verdadera tutela de los intereses de los trabajadores es la que resulta de la legislación laboral (por ejemplo, artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la sucesión de empresa). Pero tal circunstancia no implica que en la elevación a público de los acuerdos de escisión así como para inscribirlos pueda omitirse cualquier referencia al cumplimiento de las obligaciones y respeto de los derechos a que alude la Ley 3/2009. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 227.2 Reglamento del Registro Mercantil, que exige que la escritura recoja, entre otras circunstancias, «1.ª La manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, sobre el cumplimiento de lo establecido en el artículo 238 de la Ley de Sociedades Anónimas...», precepto legal que se refería a la puesta a disposición de los representantes de los trabajadores de los documentos informativos obligatorios en la fase preparatoria de la fusión. Por ello, aun cuando el Reglamento del Registro Mercantil no se ha adaptado a la Ley 3/2009, debe concluirse que la escritura deberá contener la declaración del otorgante sobre el cumplimiento de la obligación de información impuesta por el citado artículo 39.1 también respecto de los trabajadores. Por lo demás, esta conclusión no queda empañada por el hecho de que el recurrente afirme que en su escrito de impugnación que «ni uno solo de los diez trabajadores de la sociedad escindida está contratado en España, sino en la sucursal polaca», pues, a falta de una manifestación del otorgante de la escritura calificada acerca de la inexistencia de trabajadores de la sociedad escindida, el registrador debe exigir la declaración debatida, sin que le corresponda analizar si es o no aplicable el Estatuto de los Trabajadores, ni las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento.

5. Según el tercer defecto, no cabe que el capital social de las sociedades beneficiarias se haya desembolsado mediante aportaciones dinerarias, sin perjuicio de que, adicionalmente, los socios puedan realizar aportaciones dinerarias a la sociedad a cambio de las correspondientes acciones.

Esta objeción debe ser confirmada. Como ha quedado antes expuesto, en aras del principio de realidad del capital social, no cabe crear acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad (artículo 59.1 de la Ley de Sociedades de Capital). A tal efecto, el legislador establece determinadas cautelas cual es la exigencia de acreditación suficiente y objetivamente contrastada de la realidad de esas aportaciones como requisito previo a la inscripción (cfr., entre otros, los artículos 62 y 63 de la misma Ley). Como puso de relieve este Centro Directivo en la Resolución de 3 de abril de 1991, la aportación se hace no sólo en interés de la sociedad para integrar su propio patrimonio, sino también en interés de los acreedores, que tienen su garantía en la cifra de capital social de la compañía, el cual, como fondo de responsabilidad que es, debe tener una correspondencia mínima con las aportaciones realmente hechas, integrantes del patrimonio social. Las cautelas legalmente previstas respecto de las aportaciones no dinerarias están especialmente encaminadas a conjurar el peligro que siempre encierran éstas de traducir en cifra de capital prestaciones ficticias o valoradas con exceso.

Además, por virtud de la escisión objeto de recurso se produce una sucesión universal en los bienes, derechos y obligaciones mediante «traspaso en bloque» por la vía de la «sucesión universal» (cfr. artículos 68 y siguientes de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). En las beneficiarias, se ha decidido un aumento de capital social instrumental a la incorporación de los socios de la escindida. La exigencia de la integridad del capital requiere que el patrimonio en que se sucede, calculado a valor real (o, mejor razonable), cubra en su integridad el importe del capital y

de la prima de fusión, de naturaleza análoga a la de emisión y de asunción. Es bien sabido que, por exigencias de Derecho comunitario, la verificación del experto no solo se refiere al íntegro desembolso del capital sino también de la prima de emisión que se fije como contrapartida de la aportación no dineraria (artículo 67.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Así las cosas, por mucho que se argumente por el recurrente que la cifra en que se aumenta el capital social queda cubierta por el importe dinerario que se aporta por los socios y se acredita mediante certificación bancaria, resta por saber si, valorado en su conjunto la aportación dineraria y el resto de lo aportado y verificado todo ello por el experto, queda cubierto el valor asignado al capital social, al objeto de evitar, que como consecuencia de un valor negativo de la aportación de cada parte del patrimonio de la sociedad escindida, el total patrimonio de cada una de las beneficiarias sea inferior a su capital social. Por este motivo, no cabe aceptar el argumento del recurrente.

6. Como defecto cuarto, el registrador considera que no resulta de la escritura calificada la mayoría de edad de los representantes de la sucursal que de una de las sociedades beneficiarias se crea. Aunque se trate de una sucursal en Polonia, no pueda compartirse el criterio del recurrente, pues el artículo 296.1 del Reglamento del Registro Mercantil es terminante al disponer que la apertura de sucursales deberá inscribirse primeramente en la hoja abierta a la sociedad (cfr., asimismo, el artículo 94.1.6.º de dicho Reglamento); y entre las circunstancias que deben constar en la inscripción figura la identidad de los representantes nombrados con carácter permanente para la sucursal, con expresión de sus facultades (artículo 297.1.4.º del mismo Reglamento). Es, por tanto, claramente aplicable el artículo 38.1.3.º del citado texto reglamentario que exige la constancia de la mayoría de edad de las personas físicas cuya identidad deba constar en la inscripción.

7. El quinto de los defectos expresados en la calificación impugnada se refiere a la fecha de efectos contables de la escisión. Según el acuerdo de escisión –de 15 de mayo de 2014– tales efectos contables se entenderán producidos desde el 1 de julio de 2014. El registrador considera que la fecha de retroacción contable sólo puede ser la fecha de inicio del ejercicio por tratarse de una escisión entre empresas del grupo.

No cabe la menor duda de que en el supuesto contemplado –escisión total de anónima en favor de dos anónimas beneficiarias de nueva creación y atribución de las acciones de las beneficiarias a los socios de la escindida y en la misma proporción preexistente– no estamos ante lo que el Plan General de Contabilidad, de acuerdo con las Normas Internacionales de Información Financiera, califica de «combinación de negocios» sino ante «operaciones entre empresas del grupo» a que se refiere la norma de registro y valoración (NRV) 21.^a del Plan General de Contabilidad, en la redacción introducida por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre. Efectivamente, en atención a la naturaleza económica de la operación, es obvio que las dos unidades de negocio en que se escinde totalmente la sociedad «Invertia Praxis, S.A.», se traspasan a sociedades beneficiarias participadas por los mismos socios que lo eran de «Invertia Praxis, S.A.», y exactamente en la misma proporción. No se produce una «adquisición» de negocio toda vez que los mismos socios siguen siendo titulares en la misma proporción del patrimonio que se transmite a cada una de las beneficiarias con la única particularidad –de exclusiva trascendencia jurídica– de que antes cada socio tenía antes en su patrimonio acciones de una sociedad y ahora tiene acciones de dos sociedades... en la misma proporción. Conjuntamente, los mismos socios siguen controlando ambos «negocios» como ejercían su poder de dirección conjunto antes sobre el patrimonio agregado de las unidades escindidas. El propio Instituto de Contabilidad de Cuentas tiene reiteradamente declarado en sus consultas acerca de los efectos contables de la fusión o escisión que para la aplicación de la norma de registro y valoración 21.^a no es necesario que se dé un presupuesto de existencia de grupo en sentido técnico-contable (según el artículo 42 del Código de Comercio y las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas).

Así las cosas, resulta de aplicación lo que se dice en la norma de registro y valoración 21.^a en su apartado 2.2.2. Fecha de efectos contables según la cual: «En las operaciones de fusión y escisión entre empresas del grupo, la fecha de efectos contables será la de inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión siempre que sea posterior al momento en que las sociedades se hubieran incorporado al grupo (...)». En consecuencia, y como tiene declarado el propio Instituto de Contabilidad en su Consulta publicada en el Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas número 85/2011, Consulta 13, «independientemente de que la sociedad beneficiaria de la escisión sea una sociedad preexistente u otra de nueva creación, la fecha de efectos contables será la de inicio del ejercicio salvo que el negocio adquirido se hubiere incorporado al grupo durante el mismo, en cuyo caso, la fecha de efectos contables será la fecha de adquisición». Ciertamente, desde una perspectiva jurídica –habida cuenta de que la inscripción de la escisión en el Registro Mercantil es constitutiva– la escisión sólo y exclusivamente produce efectos jurídicos frente a terceros una vez esté inscrita. Ahora bien, el hecho de que la beneficiaria sólo adquiera su personalidad jurídica con la inscripción registral no es óbice a que se lleven apuntes contables por cuenta de ella incluso en relación con las operaciones realizadas antes de la inscripción. De hecho, el registro contable de los efectos retroactivos de la operación se realiza de conformidad con lo previsto en el criterio regulado en el apartado 2.2 de la norma de registro y valoración 19.^a en cuanto sea aplicable. A saber: las obligaciones registrales (de practicar apuntes contables) previstas en el artículo 28.2 del Código de Comercio se mantienen en la escindida hasta la fecha de inscripción de la escisión en el Registro Mercantil y en la fecha de inscripción en el Registro Mercantil, cada una de las sociedades beneficiarias reconocerá los efectos retroactivos de la escisión a partir de la fecha de efectos contables que es el inicio de ejercicio.

Por todo lo anterior, procede confirmar la nota de calificación del registrador en los términos de la misma y en relación con la fecha de efectos contables de la escisión.

8. No puede ser confirmado el defecto sexto en cuanto a la exigencia de las menciones 9.^a y 10.^a que, según el artículo 31 de la Ley 3/2009, debe contener el proyecto de escisión, al que se remiten los acuerdos (información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio que se transmite y sobre la fecha de las cuentas de la sociedad escindida que se ha utilizado para establecer las condiciones en que se realiza la escisión). Al tener la sociedad escindida y las beneficiarias los mismos socios con idéntica proporción en el capital social de las tres sociedades, y además haberse adoptado el acuerdo por unanimidad, se trata de un supuesto asimilable a la escisión de sociedades íntegramente participadas (cfr. artículos 52.1 y 73 de la Ley 3/2009), por lo que, por aplicación del artículo 49 de la misma Ley, la operación puede realizarse sin necesidad de incluir en el proyecto de escisión esas dos menciones debatidas. La razón en que en tal supuesto, aparte la cobertura del capital social no existe problema relativo a reparto alguno dada la identidad de proporción de la participación de cada socio y la existencia de acuerdo unánime, de suerte que esa información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio que se transmite y sobre la fecha de las cuentas carece de interés.

Por lo que se refiere a la mención 11.^a del referido artículo 31, es cierto que exige que el proyecto de escisión incluya el eventual impacto de género de la operación de escisión en los órganos de administración. No obstante, habida cuenta de las circunstancias concretas del caso debatido, en que el administrador único de la sociedad escindida es el administrador único de las dos sociedades beneficiarias de nueva creación, resulta evidente que dicho impacto no existe, por lo que tal extremo no puede constituirse en obstáculo a la inscripción solicitada. Y, respecto de la incidencia en la responsabilidad social de la empresa debe tenerse en cuenta que según la letra de la norma sólo se trata de una mención necesaria en el caso en que dicha incidencia exista porque la sociedad de que se trata tenga una determinada política de responsabilidad social empresarial, que como resulta del artículo 39 de la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, es voluntaria en casos como el presente.

9. Respecto del último defecto, aun cuando en la escisión es necesario detallar la «designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias», como dispone el artículo 74.1 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, deben tenerse en cuenta la consideraciones expresadas en el anterior fundamento de Derecho sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio que se transmite, por lo que el defecto, tal como ha sido expresado en la calificación, debe ser revocado.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso únicamente respecto de los defectos sexto y séptimo expresados en la calificación y desestimarlos respecto de los restantes defectos, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

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