

**III. OTRAS DISPOSICIONES****MINISTERIO DE JUSTICIA**

**5238** *Resolución de 2 de febrero de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Cibernos Outsourcing, SA, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles VII de Madrid, a inscribir una escritura de fusión.*

En el recurso interpuesto por don J. J. F. V. D., en nombre y representación de la sociedad «Cibernos Outsourcing, S.A.», contra la negativa del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles VII de Madrid, don Manuel Villarroya Gil, a inscribir una escritura de fusión.

**Hechos****I**

Mediante escritura autorizada el día 4 de octubre de 2010 por el Notario de Madrid, don Alberto Mateos Arroyo, se elevaron a público determinados acuerdos de fusión por absorción de la sociedad «Cibernos Outsourcing, S.A.» como absorbente y las sociedades «Cibernos Network, S.A.», «Escuela Superior de Enseñanzas a Distancia, S.A.», «Cibernos Televisión, S.A.», «Cibernos Directivos, S.L.» y «Cibernos Cartoycar, S.L.» como absorbidas. Interesa reseñar que en las Juntas Generales respectivas se acordó, por unanimidad, que no era necesaria la emisión por experto independiente del correspondiente informe sobre la valoración del patrimonio no dinerario que transmitido a la sociedad anónima beneficiaria.

**II**

El día 19 de octubre 2010 se presentó en el Registro Mercantil de Madrid copia autorizada de dicha escritura, que fue objeto de la siguiente calificación negativa:

«Manuel Villarroya Gil, Registrador Mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, 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 conforme a los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho:

Sociedad: Cibernos Outsourcing S.A.

No se acredita que se haya realizado por experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil el correspondiente informe sobre la valoración del patrimonio no dinerario que ha sido transmitido a la sociedad anónima beneficiaria (artículos 34, 73 y 78 Ley 3/2009). En cuanto a los respectivos acuerdos de las Juntas de ambas sociedades excluyendo la necesidad de dicho informe de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78.3 de la Ley 3/2009, se considera aplicable en cuanto al informe sobre proyecto de segregación y sobre todo lo relacionado con el canje de acciones pero no a la necesidad de que se realice el informe sobre si el patrimonio aportado a la sociedad beneficiaria es igual, por lo menos, al aumento de capital de la misma. Y ello teniendo en cuenta lo establecido en la Segunda Directiva sobre Sociedades de Capital (Directiva 77/91 CEE, del Consejo de 13 de diciembre de 1976) y por la normativa general de la Ley de Sociedades Anónimas [sic] sobre aportaciones no dinerarias que no queda exceptuada por la Ley 3/2009 y que se contiene entre otras normas en los artículos 38 LSA [sic] relativo a la constitución y el aumento de capital y los artículos 18.3, 49 y 52 de dicha Ley 3/2009 relativos a la transformación y a las sociedades íntegramente participadas. Al tener un doble objeto el informe del experto independiente, puede exceptuarse el mismo por

acuerdo unánime de los socios en lo relativo al proyecto de segregación y al tipo de canje ya que sólo a dichos socios afecta pero en ningún caso a la necesidad del informe sobre la valoración del patrimonio aportado dado el principio general que rige nuestra legislación sobre sociedades anónimas relativo a la realidad del capital social que afecta a los terceros que actúan confiando en los pronunciamientos registrales y que se ratifica a lo largo del articulado de dicha Ley 3/2009.

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación:

- A) Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones...
- B) Impugnarse directamente ante el Juzgado de lo Mercantil...
- C) Alternativamente, interponer recurso...

Madrid, a 4 de noviembre de 2010.–El Registrador.»

### III

Dicha calificación negativa fue notificada al Notario autorizante de la escritura el día siguiente a la calificación y al presentante el 11 de noviembre de 2010. Con fecha de 10 de diciembre de 2010, tuvo entrada en el Registro Mercantil VII de Madrid un escrito suscrito por don J. J. F. V. D., en nombre y representación de la sociedad «Cibernos Outsourcing, S.A.», interponiendo recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito arguye lo siguiente:

1.º El párrafo 5 del artículo 34 de la Ley 3/09, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, es meridianamente claro al establecer «No será necesario el informe de expertos independientes sobre el proyecto común de fusión cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios con derecho a voto», y así se ha hecho en este caso.

2.º La innecesariedad de tal informe y la voluntad de prescindir del mismo se hizo ya constar en el proyecto de fusión (párrafo 2 de la introducción y apartado 15) y tal proyecto fue presentado oportunamente, admitido y se supone que calificado por el Registro Mercantil en cumplimiento del artículo 32 de la citada Ley, sin que se formulara por parte del Registro ninguna reserva o advertencia, en cuanto a la necesidad de informe de experto independiente por el aumento de capital social de la sociedad absorbente.

3.º La Ley de Sociedades Anónimas no es que esté excepcionada en este u otros temas, es que ha sido expresamente derogada por la Ley de Sociedades de Capital; luego su cita parece extemporánea.

4.º Los artículos 73 y 78 de la Ley 3/09 (correspondientes al capítulo II Régimen Legal de la Escisión) vienen a establecer que «la escisión se regirá por las normas de la fusión» y no al revés. En todo caso, la redacción del epígrafe 3, del artículo 78 se corresponde, casi letra por letra con la del epígrafe 5 del artículo 34 de la Ley 3/2009, 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, antes transcrito, luego tampoco se entiende que pueda esgrimirlo el Registrador para apoyar su calificación negativa. El apartado 5 del artículo 34 es claro al respecto, eximiendo del informe de expertos independientes, cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios con derecho a voto. Este apartado tiene un fundamento claro para eliminar el citado informe y que no puede olvidarse, puesto que, tanto en fusiones como escisiones, los intereses de los acreedores están protegidos ya que, se da publicidad al acuerdo de fusión y los acreedores gozan del derecho de oposición (artículo 44 de la Ley 3/2009), cosa que no ocurre en el caso de las aportaciones no dinerarias, reguladas en los artículos 61 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010 por el que se aprueba el Texto Refundido de las Sociedades de Capital; y que tampoco existía en los artículos 38 y 39 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989 vigente hasta el 31 de agosto de 2010. Si el legislador hubiera deseado mantener la exigencia de informe de experto independiente en el caso de aumento de capital, hubiera incorporado en el apartado 5 del artículo 34 de la Ley 3/2009, un segundo

párrafo igual al que figura en el apartado 3 del citado artículo 34 que dice «Los expertos deberán manifestar, asimismo, si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, por lo menos, al capital de la nueva sociedad o al aumento del capital de la absorbente, según los casos». Por último, no debe olvidarse que, la Ley 3/2009, es una ley especial, al regular las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, separando este tipo de operaciones de la regulación de las sociedades de capital; como se recoge en el Preámbulo de la Ley 3/2009 al decir en el primer párrafo... «la presente Ley tiene singular importancia».

5.º En cuanto a la Directiva 77/91 CEE del Consejo, su fecha es de 13 de diciembre de 1976, y por tanto su contenido hay que considerarlo ya recogido tanto en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (de 22 de diciembre de 1989) como en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (de 23 de marzo de 1995), ambas ya derogadas por la reciente Ley de Sociedades de Capital y, fundamentalmente, por la Ley 3/09, de 3 de abril, que reguló de modo expreso esta materia.

6.º En resumen, parece que toda la calificación tiene su fundamento en el párrafo que dice, respecto de la innecesiedad de informe que establece el artículo 78.3 de la Ley, que «se considera aplicable en cuanto al informe sobre proyecto de segregación, etc. pero no a la necesidad de que se realice el informe». Habrá que preguntarse qué base jurídica tiene tal «consideración», pues ninguno de los preceptos legales que cita resulta de aplicación y no se entiende la distinción que establece entre si el informe versa sobre el «proyecto de segregación y sobre todo lo relacionado con el canje de acciones» o versa sobre «si el patrimonio aportado a la sociedad beneficiaria es igual, por lo menos, al aumento de capital de la misma».

7.º Merece especial mención, por último, el trabajo de determinado Registrador Mercantil [cuyo nombre y apellidos se citan] que en su trabajo publicado en la web que también se reseña afirma que se puede prescindir del informe del experto sobre si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, por lo menos, al capital de la nueva sociedad o al aumento del capital de la absorbente, si todos los socios de todas las sociedades así lo acuerdan, norma loable que facilitará las fusiones de las sociedades anónimas familiares o de escaso número de socios, evitando también transformaciones en sociedades limitadas, como operación previa a la fusión, cuando se quiera evitar el informe. En definitiva se suprimen costes innecesarios para las sociedades que por motivos económicos u organizativos quieran fusionarse.

#### IV

El 15 de diciembre de 2010, el Registrador dio traslado del recurso al Notario autorizante, don Alberto Mateos Arroyo, quien informó que, a su juicio, procede acceder a la inscripción solicitada con base en los argumentos que se contienen en el recurso y, además, por los siguientes:

1.º En todas las modificaciones que en la legislación mercantil vienen produciéndose desde hace ya varios años, de la que es la más importante la Ley 3/09, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, el legislador viene suprimiendo trámites y requisitos tradicionales, pero que constituían un coste innecesario para las empresas y un obstáculo para la necesaria agilidad del tráfico jurídico.

2.º Ya en el Proyecto de Ley presentado para su aprobación en el Congreso de los Diputados, se recogía en el artículo 32, apartado 5, de modo incontestable que «No será necesario el informe de expertos independientes sobre el proyecto común de fusión, cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión» y se justificaba su incorporación al texto legislativo por la innecesiedad del mismo al no existir terceros afectados. Este precepto normativo es el que, con una extensión de su contenido, se recogió definitivamente en el artículo 34.5 de la Ley, sin que en ningún caso ofrezca dudas su interpretación.

3.º Y, por último, el proyecto de fusión presentado, que no obtuvo reparo alguno a su calificación positiva y fue publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil conforme a

los preceptos legales, contenía ya de modo explícito, en sus primeros párrafos la voluntad de aplicar el citado precepto legal y prescindir del informe de expertos independientes, no entendiéndose por tanto la posterior calificación negativa de la escritura por la falta de un informe cuya ausencia había sido ya anunciada.

4.º El artículo 32.1 de la Ley 3/2009, sobre Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles dice «Efectuados el depósito y la calificación del Registrador, este comunicará al Registro Mercantil Central, para su inmediata publicación en el BORME, el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar».

V

Mediante escritos de 23 de diciembre de 2010 el Registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General, con registro de entrada el día 27 de diciembre de 2010.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 33, 34, 42, 73 y 78 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles; 18, 59, 62, 63 y 67 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 10 de la Directiva 78/855/CEE, (modificado por Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007), relativa a las fusiones de las sociedades anónimas; artículos 10 y 27 de la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital; 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.

1. Mediante la escritura calificada se elevan a público los acuerdos sociales de fusión por los que tres sociedades anónimas y dos de responsabilidad limitada son absorbidas por otra sociedad anónima.

El Registrador suspende la inscripción de dicha escritura por entender 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 la sociedad anónima beneficiaria (y a tal efecto cita, entre otros, los artículos 34, 73 y 78 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles).

El recurrente alega que tal informe es innecesario por ser aplicable el artículo 34.5 de dicha Ley según el cual «No será necesario el informe de expertos independientes sobre el proyecto común de fusión cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios con derecho de voto...», y en el presente caso se ha adoptado dicho acuerdo.

2. Para los casos de fusión en que la sociedad absorbente sea anónima, 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 o participaciones–; y, por otra parte, la manifestación sobre el hecho de que el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen sea igual, por lo menos, a la cifra en que se aumenta el capital social de la absorbente (cfr. el artículo 34.3 de la Ley 3/2009).

El primero de tales extremos responde a la exigencia impuesta por el artículo 10 de la Directiva 78/855/CEE, relativa a las fusiones de las 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 4 en tal artículo, por la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007 («No se requerirá

un examen del proyecto de fusión ni un informe pericial si así lo acuerdan todos los accionistas y tenedores de títulos que confieran derecho a voto de cada una de las sociedades que participan en la fusión»). 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 aumento del capital social de la sociedad absorbente, 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 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 aumento del capital de la sociedad absorbente 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 34.5 de la Ley 3/2009, en cuanto permite prescindir del informe del experto independiente «cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios con derecho de voto... de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión», debe ser interpretada en el sentido de que dicha renuncia puede tener como objeto únicamente el informe «sobre el proyecto común de fusión» –como el propio precepto expresa–, es decir, respecto de la valoración de la relación de canje, pero no puede extenderse al informe sobre la integridad patrimonial de la contraprestación del aumento del capital de la sociedad absorbente. 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, así como respecto del régimen de la transformación (artículo 18.3 de esta misma Ley).

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 modifica el artículo 27.3 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 cuando el aumento del capital suscrito se efectúe para realizar una fusión si se elabora un informe pericial independiente sobre el proyecto de fusión -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 fusión 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 fusión 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 aumento del capital de la sociedad absorbente.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, 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, 2 de febrero de 2011.-La Directora General de los Registros y del Notariado, M.<sup>a</sup> Ángeles Alcalá Díaz.