

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**18876** *Resolución de 13 de octubre de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por un notario de Palma de Mallorca contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Inca nº 2 por la que se deniega la inscripción de una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don Ciriaco Corral García, notario de Palma de Mallorca, contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Inca número 2, doña María Alicia Echevarría Pérez, por la que se deniega la inscripción de una escritura de compraventa.

#### Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante el notario de Palma de Mallorca, don Ciriaco Corral García, el 29 de marzo de 2011, con el número 512 de protocolo, la mercantil «Dracplus, S.L. unipersonal» vendió al «Banco Español de Crédito, S.A.» un local en la villa de Alaró. En dicha escritura se hacía constar que la mercantil «Bini Saeta, S.L. unipersonal» fue absorbida, por fusión, por la mercantil «Dracplus, S.L. unipersonal», mediante escritura autorizada por la notaria de Palma de Mallorca, doña Catalina Nadal Reus, el 30 de diciembre de 2010, con el número 2.021 de protocolo, pendiente de inscripción en el Registro Mercantil. Igualmente se manifestaba en la escritura, que la sociedad «Bini Saeta, S.L. unipersonal», había aprobado el convenio de concurso, por sentencia dictada el 6 de septiembre de 2010, declarándose firme, del que se unía a la matriz testimonio de dicho documento. Del mismo modo se declaraba que se había aprobado el convenio del concurso de la Sociedad «Dracplus, S.L. unipersonal», en sentencia dictada con fecha 6 de septiembre de 2010, firme, de cuyo testimonio se unía a la matriz. Mediante diligencia de fecha 26 de mayo de 2011, el notario autorizante, don Ciriaco Corral García, con la comparecencia de las mismas personas, rectifica la escritura otorgada el 29 de marzo de 2011, número 512 de protocolo. En dicha escritura, resumidamente se constata: 1. Se rectifica el otorgamiento primero en el sentido de manifestarse que quien vende es la mercantil «Bini Saeta, S.L. unipersonal»; y, 2. El notario manifiesta «Igualmente doy fe de que la fecha de la inscripción de la escritura de fusión mencionada en la comparecencia, en el Registro Mercantil es posterior al día 29 de marzo de 2011, según se deduce de la primera copia acompañada de la nota de inscripción que me ha vuelto a exhibir».

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Inca número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «El Registrador que suscribe, previo examen y reiterada calificación de la copia en soporte papel acreditativa del pago del Impuesto de la escritura autorizada en Palma de Mallorca el 29 de marzo de 2011 por el Notario Ciriaco Corral García, número 512 de protocolo, que motivó el asiento del Diario 66, en unión de una diligencia otorgada el día 26 de mayo de 2011 ante el mismo Notario de Palma de Mallorca y en vista de los libros del Registro, con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador ha decidido suspender nuevamente la inscripción solicitada por adolecer de los siguientes defectos, en base a los siguientes: Hechos 1. Por la precedente escritura, parece deducirse que la sociedad Dracplus, S.L., como sociedad absorbente de todos los bienes de, entre otras, las sociedad Bini Saeta, S.L., “vende” a Banesto una finca de la que ésta última es titular registral, por un precio que es «pagado»

en virtud de unos créditos que la titular registral adeudaba al Banesto. 2. Dejando aparte de que esta transmisión no es una compraventa, sino una dación en pago de deuda, y que en la escritura se hace constar al compareciente en un extinto papel de representante de la sociedad titular registral, que ya ha desaparecido, debe tenerse en cuenta que, como consecuencia precisamente de la fusión por absorción y del traspaso en bloque del patrimonio (activo y pasivo) de las sociedades absorbidas a la sociedad absorbente, la sociedad Bini Saeta, S.L. aparece como titular registral de la finca y que, por tanto, es imprescindible que se refleje en el Registro la actual titularidad jurídica de la finca a favor de Dracplus, S.L., mediante la escritura de fusión, debidamente inscrita en el Registro Mercantil. 3. Al mismo tiempo, y puesto que las dos sociedades implicadas estaban incursas en sendos procedimientos concursales, es imprescindible que desaparezca del Registro la inscripción del concurso, mediante el correspondiente testimonio judicial de la sentencia de aprobación del convenio, por cuanto que, sin ello, no es posible practicar la inscripción ni de la fusión ni de la presente transmisión, dadas las limitaciones legales de administración que conlleva el concurso de acreedores. Fundamentos de Derecho.—El art. 20 de la Ley Hipotecaria consagra el principio de tracto sucesivo según el cual para inscribir un título por el que se transmita un derecho es imprescindible que conste previamente inscrito el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sea otorgado el acto referido. El art. 38 de la Ley Hipotecaria consagra el principio de legitimación, en esta misma línea, señalando que a todos los efectos legales se presumirá los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el sientto respectivo. Art. 21, 24, 40 y 138 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, que consagran el principio de publicidad registral de las declaraciones de concurso y de las limitaciones a la capacidad de obrar de los concursados, como también de las sentencias aprobatorias de los concursos. Art. 83 de la Ley Hipotecaria, que expresamente señala que las inscripciones o anotaciones practicadas en virtud de mandamiento judicial sólo se podrán cancelar en virtud de resolución judicial firme. La presente calificación (...) Inca a ocho de junio de dos mil once. El Registrador (firma ilegible) Fdo. María Alicia Echevarría Pérez.» Tras esta nota, el notario presentó como complemento a la escritura anterior, copia protocolizada de la certificación expedida por el secretario del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca acreditativo de la aprobación del convenio por sentencia firme de 6 de septiembre de 2010, a los efectos de acreditar el cese de la administración concursal.

## III

Presentada nuevamente en el Registro de la Propiedad de Inca número 2, la registradora, con fecha 27 de junio de 2011, reprodujo la nota de calificación. El recurso contra la primera de las notas referidas fue estimado por este Centro Directivo por Resolución de 20 de septiembre de 2011.

## IV

Contra la nueva nota de calificación, don Ciriaco Corral García, notario autorizante, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 21 de julio de 2011, en base entre otros a los siguientes argumentos:

a) El día 29 marzo de 2011, se otorgó escritura de compraventa autorizada por el recurrente, con número 512 de protocolo, en la que se hizo constar que la sociedad titular registral del bien había otorgado previamente una escritura de fusión, pendiente de inscripción en el Registro Mercantil, en la que resultaba absorbida por otra. Se da la circunstancia de que la administradora única de la absorbida era la propia sociedad absorbente, y la persona física representante de la segunda en la primera, era el propio administrador único de la absorbente, con lo cual éste comparece en esta doble intervención. En las estipulaciones del contrato de compraventa se dice que quien transmite es la sociedad absorbente. Además, las dos sociedades, absorbente y

absorbida, habían sido previamente declaradas en concurso, habiéndose practicado la anotación preventiva prevista en el artículo 24.3 de la Ley Concursal; b) La reseñada escritura se presentó telemáticamente en el Registro de la Propiedad de Inca número 2, motivando el asiento número 1272.0 del Diario 66, habiéndose presentado la copia auténtica en soporte papel, que dio lugar a la calificación de fecha 12 de mayo de 2011; c) Posteriormente, las partes otorgan el día 26 de mayo de 2011 una diligencia complementaria en la que el notario hizo constar que había vuelto a tener a la vista una copia auténtica de la escritura de fusión una vez inscrita, que la fecha de la inscripción de la fusión era posterior a la del otorgamiento de la de transmisión calificada y que en la primera de ellas no se había cesado a los administradores de las sociedades absorbidas. Como consecuencia de lo cual, daban una nueva redacción a las estipulaciones de la compraventa, diciendo que la sociedad absorbida vendía el bien a la adquirente; d) La anterior diligencia fue presentada también telemáticamente, y luego en soporte papel, habiendo dado lugar a una nueva calificación, idéntica a la anterior, de fecha 8 de junio de 2011, pero que fue notificada al notario recurrente el día 13 de junio; y, e) El día 10 de junio el notario autorizante, ante él y por él, otorgó una escritura complementaria de las anteriores con número 1.121, protocolizando una certificación expedida por el secretario del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca, por la que certificaba que, de conformidad con el artículo 133.2 de la Ley Concursal, habiéndose aprobado el convenio por resolución judicial firme el día 3 de septiembre de 2010, habían cesado en esa fecha los administradores concursales tanto de las sociedades absorbente como absorbida, restituyéndose en sus funciones a los administradores sociales. Esta escritura fue presentada telemáticamente el mismo día de su autorización. De lo cual resulta que, si bien al efectuar la segunda calificación la registradora no tenía a la vista la certificación del secretario judicial protocolizada en la escritura complementaria, sí la había conocido antes de notificarla al notario recurrente.

El presente recurso se dirige exclusivamente contra el primero de los defectos, mencionados por la registradora en su segunda nota de calificación, dada la escasa importancia práctica del segundo, sin perjuicio de que la aprobación del convenio del concurso sin que se hayan impuesto al concursado ninguna de las limitaciones del artículo 137 de la Ley, pueda hacerse constar por otros medios. El recurrente hace notar a la registradora que cuando menciona el artículo 138 de la Ley Concursal, seguramente se está refiriendo al artículo 132. El primer defecto consiste en que, por exigencias del principio de tracto sucesivo, y como consecuencia del hecho de que previamente al otorgamiento de la escritura calificada se había otorgado también otra de fusión por absorción de la sociedad titular del bien transmitido, es necesaria la previa inscripción de esta última en el Registro Mercantil, –la cual todavía no había tenido lugar–, para así inscribir previamente la transmisión del bien de la sociedad absorbida a la absorbente. En contra del criterio sustentado por la registradora, el recurrente considera que lo exigido no supone aplicar el principio de tracto sucesivo, sino someter el artículo 20 de la Ley Hipotecaria a una violencia interpretativa. En lo que a este recurso interesa, el efecto principal de una fusión por absorción es la adquisición por sucesión universal del patrimonio de las sociedades absorbidas, –que se extinguen–, a la absorbente; –artículo 23.2 de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles–. Este efecto se produce con la inscripción de la escritura de fusión en el Registro Mercantil, –artículo 46.1 de la misma Ley–. De hecho las sociedades involucradas, pueden tomar un acuerdo en sentido inverso dejando sin efecto la fusión acordada y retirando el título del Registro Mercantil, o desistiendo de la inscripción, sin que la fusión haya tenido lugar. Hasta ese momento, y sin perjuicio de que la fusión acordada es un negocio jurídico plurilateral que produce efectos obligatorios, tanto para las sociedades que han adoptado los acuerdos como para sus administradores, la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas se mantiene, y por lo tanto sus patrimonios continúan estando separados. Y precisamente por ese mismo motivo no se puede inscribir la transmisión a favor de la absorbente en el Registro de la Propiedad si no se acredita la previa inscripción de la escritura de fusión en el Registro Mercantil. A su

vez, si en la escritura de fusión no se cesa a los administradores de las sociedades absorbidas, éstos continúan en el ejercicio de sus cargos hasta que las sociedades se extingan. Por lo tanto, no son admisibles los argumentos de la registradora, ni de que la sociedad absorbida ha desaparecido, ni de que al compareciente «se le hace constar» en «un extinto papel de representante». El problema es que, dado que los notarios no tenemos acceso telemático a los Registros Mercantiles, –ni a los de la Propiedad–, en el momento de otorgarse una escritura relativa a un bien inscrito a nombre de una sociedad absorbida, no podemos saber si la inscripción de la fusión en el primer Registro ha tenido lugar, y, por lo tanto, a lo que conduce el sentido común es a que cualquier negocio de disposición sobre un bien se otorgue con el consentimiento de los administradores de las dos sociedades participantes en la fusión. Probablemente la técnica notarial correcta sería explicar en la propia escritura que la determinación de la sociedad transmitente se hará por el notario autorizante por diligencia, de acuerdo con el artículo 164 del Reglamento Notarial, una vez que a la vista de la copia inscrita de la escritura de fusión pueda comprobar si en la fecha de otorgamiento de la escritura de compraventa, ésta ya había tenido lugar. Pero, al fin y al cabo esto es lo que se ha acabado haciendo mediante la diligencia que las partes firmaron el día 26 de mayo de 2011, que dio lugar a la segunda calificación. Debe destacarse que en ella se aclara expresamente que ni de la escritura de fusión, ni de la complementaria de fecha 25 de marzo de 2011, resulta el cese de los administradores de las sociedades absorbidas. Si se inscribiese en el Registro de la Propiedad, primero la transmisión a la sociedad absorbente, –que de hecho tuvo lugar el día 12 de abril de 2011, ya que fue en esa fecha cuando se inscribió la escritura de fusión–, y posteriormente la adquisición a favor del comprador, que tuvo lugar por tradición instrumental el día 29 de marzo de 2011, día del otorgamiento de la escritura de compraventa, resultaría el contrasentido de que la adquisición del subadquirente sería previa a la de la sociedad adquirente que se lo transmitió. Cabe, sin embargo, formular una objeción al anterior planteamiento que consistiría en que, dado que la inscripción en el Registro Mercantil produce efectos retroactivos a la fecha del asiento de presentación, –artículo 55 del Reglamento del Registro Mercantil–, habría que determinar si el día 29 de marzo de 2011 en que se otorgó la escritura de compraventa, ya se había presentado la escritura de fusión en el mismo. En relación a esta objeción cabe hacer dos observaciones. La primera sería que no es este el defecto alegado por la registradora, ya que entonces no diría en su nota que «...es imprescindible que se refleje en el Registro la actual titularidad jurídica de la finca a favor de Dracplus, S.L., mediante la escritura de fusión, debidamente inscrita en el Registro Mercantil». Por el contrario, si el defecto alegado fuera éste, hubiera dicho que sería necesario acreditar si el día del otorgamiento de la escritura por la que se transmitía la finca ya había sido presentada la de fusión en el Registro Mercantil, en cuyo caso sería necesaria acreditar la previa inscripción de ésta. La segunda sería que los efectos retroactivos de un negocio jurídico, –en este caso el de fusión–, no pueden producirse frente a quien no ha sido parte de él. En el supuesto que comentamos, cuando tiene lugar la retroacción de los efectos de la fusión, es decir, el momento de su inscripción, el bien ya había ingresado en el patrimonio del adquirente. Como se ha dicho al principio, en opinión del recurrente esto no supone aplicar el principio de tracto sucesivo, sino someter el artículo 20 de la Ley Hipotecaria a una violencia interpretativa.

V

La registradora emitió informe el día 5 de septiembre de 2011 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos el artículo 17 de la Tercera Directiva del Consejo, de 9 de octubre de 1978; los artículos 46 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 55 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se

aprueba el Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de octubre de 2001, 12 de enero de 2002, 26 de abril de 2005 y 20 de septiembre de 2011.

1. Se debate en este recurso la inscribibilidad de una escritura de compraventa otorgada por una sociedad en proceso de fusión. Para su adecuada resolución deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

– En virtud de escritura autorizada por la notaria de Palma de Mallorca, doña Catalina Nadal Reus, el 30 de diciembre de 2010, la entidad «Bini Saeta, S.L. unipersonal» es absorbida por fusión por la sociedad «Dracplus, S.L. unipersonal».

– Mediante escritura otorgada ante el notario de Palma de Mallorca, don Ciriaco Corral García, el 29 de marzo de 2011, la mercantil «Bini Saeta, S.L. unipersonal» vende a la entidad «Banco Español de Crédito, S.A.», determinado local. Todo ello según consta en diligencia de rectificación otorgada por los mismos comparecientes en fecha 26 de mayo de 2011, en la que tras una inicial calificación registral, se rectifica la escritura para aclarar que la sociedad vendedora no era la sociedad absorbente sino la absorbida. En la escritura de hace constar que la mercantil «Bini Saeta, S.L. unipersonal» ha sido absorbida por fusión por la mercantil «Dracplus, S.L. unipersonal», señalándose en la diligencia de rectificación, que le ha sido exhibida primera copia de la escritura de fusión, dando fe de que la fecha de la inscripción de fusión en el Registro Mercantil es posterior al día 29 de marzo de 2011, fecha de otorgamiento de la escritura de compraventa.

– En la citada escritura de compraventa comparece don V. J. G. G. como administrador único de la mercantil «Dracplus, S.L. unipersonal» que a su vez es administradora única de la entidad mercantil «Bini Saeta, S.L. unipersonal».

– Se testimonia en la matriz, y así aparece en la copia de la escritura presentada a inscripción, testimonio de la sentencia firme de 6 de septiembre de 2010 por la que se aprueba el convenio de acreedores de «Bini Saeta, S.L. unipersonal» y de «Dracplus, S.L. unipersonal». Se acompaña además diligencia de fecha 10 de junio de 2011 por la que se protocoliza la certificación expedida por el secretario del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca aprobatoria del convenio, en el cual no se establece limitación alguna dispositiva.

Son dos los defectos que se recurren.

El primer defecto que señala la nota de calificación es del siguiente tenor: «Dejando aparte de (*sic*) que esta transmisión no es una compraventa, sino una dación en pago de deuda, y que en la escritura se hace constar al compareciente en un extinto papel de representante de la sociedad titular registral, que ya ha desaparecido, debe tenerse en cuenta que, como consecuencia precisamente de la fusión por absorción y del traspaso en bloque del patrimonio (activo y pasivo) de las sociedades absorbidas a la sociedad absorbente, la sociedad Bini Saeta, S.L. aparece como titular registral de la finca y que, por tanto, es imprescindible que se refleje en el Registro la actual titularidad jurídica de la finca a favor de Dracplus, S.L., mediante la escritura de fusión, debidamente inscrita en el Registro Mercantil».

Este defecto en un caso semejante ya fue revocado en la Resolución de 20 de septiembre de 2011 y se reproducen los argumentos a continuación.

2. El artículo 46 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, determina que la eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente y que una vez inscrita la fusión se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas. Consecuentemente, ha de entenderse que en tanto no se produzca la inscripción de la fusión, las sociedades fusionadas o, en su caso, las sociedades absorbidas conservan su personalidad jurídica.

Aunque el artículo 55 del Reglamento del Registro Mercantil, Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, determina que se considera como fecha de la inscripción la fecha del asiento de presentación con carácter general, lo específico de la remisión legal a la fecha

de la inscripción de la fusión, lleva a entender que es la inscripción misma y no las del asiento de presentación el momento determinante de la extinción de la sociedad absorbida. Entretanto la sociedad absorbida es una sociedad activa, en la que sus representantes –orgánicos y voluntarios– pueden seguir actuando en su nombre.

3. En la escritura que motiva el presente recurso, se manifiesta que la escritura de fusión autorizada por el notario de Palma de Mallorca, doña Catalina Nadal Reus, el día 30 de diciembre de 2010, se encuentra en trámites de inscripción en el Registro Mercantil. En la diligencia de rectificación, se testimonian los datos de la escritura de fusión y el notario da fe de que ha sido inscrita en el Registro Mercantil, de la que resulta que la inscripción en el Registro Mercantil se produjo con posterioridad a la fecha de la escritura de venta.

4. Es por tanto innecesario que se aporte la escritura de fusión, ya que se cumple plenamente el tracto sucesivo, pues la finca está inscrita en el Registro a favor de la sociedad absorbida que es la transmitente. Cuestión distinta hubiera sido que la venta se hubiera efectuado por la sociedad absorbente, una vez ya practicada la inscripción de la fusión. En estos casos (véase Resolución de este Centro Directivo de 26 de abril de 2005) sí hubiera sido necesaria, en virtud del principio de tracto sucesivo, la previa inscripción de la transmisión causada por la fusión y transmisión en bloque del patrimonio de la entidad titular registral de la finca a la que otorga la escritura. Pero no es el caso, por lo que debe revocarse la nota de calificación.

5. En cuanto al segundo de los defectos planteados se dice en la nota de calificación, que es imprescindible que desaparezca del Registro la inscripción del concurso –en realidad anotación preventiva de concurso voluntario– mediante el correspondiente testimonio judicial de la sentencia aprobatoria del convenio, por cuanto sin ello no es posible practicar la inscripción de la fusión ni de la transmisión.

Este defecto también debe ser revocado. Acreditada fehacientemente la aprobación del convenio del concurso de la compañía transmitente mediante sentencia firme de fecha anterior a la enajenación, y no resultando del convenio medida alguna limitativa de las facultades dispositivas de la sociedad concursada (que por otra parte se sometería al régimen del artículo 137 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que no impide el acceso al Registro de los actos contrarios), no puede sostenerse que exista impedimento alguno para inscribir la transmisión efectuada por razón de la situación de concurso. No es necesario cancelar expresamente la anotación de concurso por mandamiento judicial, pues la situación de concurso seguirá hasta el cumplimiento del convenio y hasta que exista resolución judicial expresa al efecto (cfr. artículo 177 de la citada Ley 22/2003). Por el contrario, ahora basta con acreditar –como ocurre en el supuesto de hecho de este expediente– las facultades dispositivas de los administradores de la compañía.

Nada procede decir en cuanto a la incidencia que la situación de concurso tenga con relación a la fusión, en la medida que –como ya se ha razonado en los fundamentos de Derecho anteriores– la transmisión presentada a inscripción se ha efectuado con anterioridad a ella, siendo transmitente la sociedad absorbida antes de la fecha de inscripción de la fusión, cumpliéndose así el tracto sucesivo.

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

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 13 de octubre de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.<sup>a</sup> Ángeles Alcalá Díaz.