

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

**5020** *Resolución de 6 de abril de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles I de Palma de Mallorca, por la que se rechaza la práctica de la nota marginal prevista en el artículo 231 del Reglamento del Registro Mercantil.*

En el recurso interpuesto por don J. L. A. B., como administrador único de la compañía «Valora 2002, S.L.» contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Palma de Mallorca, don Mariano Álvarez Pérez, por la que se rechaza la práctica de la nota marginal prevista en el artículo 231 del Reglamento del Registro Mercantil.

**Hechos****I**

Por el notario de Madrid, don Rafael Vallejo Zapatero, se autoriza el día 27 de diciembre de 2012 escritura pública de fusión por absorción. En dicho instrumento se eleva a público el acuerdo de la compañía absorbente, «Valora 2002, S.L.» domiciliada en Madrid, de fecha 7 de noviembre de 2012 y las decisiones del socio único de las tres sociedades absorbidas, domiciliadas en Palma de Mallorca, íntegramente participadas por la absorbente de manera directa en cuanto a dos de ellas («Doña Santos, S.L.U.» y «Aeratlántica, S.L.») y de manera indirecta en cuanto a la sociedad «Eurocharter, S.A.U.». Dicha sociedad está íntegramente participada por la sociedad de nacionalidad finlandesa «Matkatoimisto Hispana Oy, S.A.», y ésta a su vez íntegramente participada por la sociedad «Doña Santos, S.L.U.» En definitiva la sociedad «Valora 2002, S.L.» absorbe a dos sociedades íntegramente participadas de forma directa y a una tercera, «Eurocharter, S.A.U.» íntegramente participada de forma indirecta. De la escritura resulta que el compareciente, don J. L. A. B. es el administrador único de todas las sociedades involucradas en la fusión, incluida la sociedad extranjera.

**II**

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Palma de Mallorca, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 226/764 Presentación: 22/01/2013 Entrada: 1/2013/1.036,0 Sociedad: Doña Santos SL Autorizante: Vallejo Zapatero, Rafael Protocolo: 2012/2391 de 27/12/2012. Fundamentos De Derecho (Defectos) 1.–De conformidad con lo establecido en el artículo 231 del Reglamento del Registro Mercantil se hace constar que no existen obstáculos registrales para la fusión formalizada en cuanto a las sociedades absorbidas e inscritas en este Registro Doña Santos S.L.U. y Aeratlantica S.L. Por el contrario, y en cuanto a la sociedad Eurocharter S.A.U. se observa que, indirectamente, se plantea el siguiente: La peculiaridad de la fusión acordada, en que todas las sociedades implicadas forman parte del mismo grupo –la absorbente es titular directa de todo el capital social de las dos primeras absorbidas, e indirectamente, de la tercera– no plantea problemas en el ámbito interno, por lo que respecta a la integración de cuerpos sociales, dado que no conlleva la incorporación de nuevos socios,

dejando así al margen del proceso toda cuestión relacionada con el canje de acciones o participaciones sociales. Ahora bien, desde el punto de vista externo, en relación con terceros, el traslado patrimonial que la fusión produce, sí repercute por lo que a la última de las absorbidas se refiere –Eurocharter S.A.U., filial de tercer grado de la absorbente– en su matriz, la sociedad finlandesa Matkatoimisto Hispana Oy, S.A., filial de segundo grado de la misma absorbente, y que no interviene en el proceso, aunque lo haga su socio único, Doña Santos S.L.U, filial de primer grado y primera de las que son objeto de absorción. Y es que una parte del patrimonio de tal sociedad intermedia, que como se ha dicho queda fuera del proceso –en concreto el activo representado por las acciones de la absorbida de las que era titular– se desplaza a la absorbente sin su intervención, y si bien tal desplazamiento no afecta a los socios al estar la misma totalmente participada por otra objeto de absorción, sí puede afectar a sus acreedores que verán disminuido el patrimonio de su deudora. Ante tal eventualidad el Derecho interno ha adoptado la cautela contenida en el artículo 49.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles en orden a que la sociedad absorbente ha de compensar a la sociedad intermedia no participante en la fusión de la disminución que su patrimonio neto experimente por su participación en la absorbida, cuantificación que, pese a la confusa, redacción de tal precepto, compete al informe del experto independiente que en tal caso exige de forma necesaria la misma norma, pese a que el artículo 34 de la misma Ley no contemple tal contenido como propio del informe de tal experto. 2.–Dada la peculiaridad del supuesto que se califica, en que la sociedad afectada es de nacionalidad extranjera, cabría plantear la competencia del registrador español para apreciar la necesidad de garantizar los intereses de terceros a que se ha hecho referencia en el punto anterior. Ahora bien, pese a que el ámbito de aplicación de la ley española –art. 2 de la Ley de Modificaciones Estructurales– parece que ha de entenderse limitado a las sociedades mercantiles «españolas», no necesariamente hay que entender que una sociedad extranjera haya de quedar excluida de la cautela del referido artículo 49 cuando respecto de la misma se dé el supuesto en él contemplado, pues dicha norma no distingue. Por otra parte, en el ámbito de las fusiones internacionales intracomunitarias, de cuyos efectos participa parcialmente el supuesto planteado, el artículo 55 de la Ley de Modificaciones Estructurales remite supletoriamente a las disposiciones generales sobre la fusión, por lo que de darse el supuesto inverso, ser una sociedad española la afectada por el vaciamiento patrimonial resultante de una fusión entre sociedades extranjeras, parece que sería aplicable lo dispuesto en el citado artículo 49.2 de la misma Ley como norma de orden público –art. 12.3 del Código Civil–. Y si por aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.11 del mismo Código respecto de las fusiones de sociedades de distinta nacionalidad se entendiera que la protección de los acreedores de la sociedad afectada ha de regirse por su ley nacional ha de tenerse en cuenta que en tal materia rige el principio de que el control de la legalidad de la operación compete a la autoridad designada por el Estado sede de la sociedad participante y es la ley de dicho Estado la que ha de establecer las garantías oportunas en favor de sus acreedores –arts. 4.1ºb) y 2º, y artículos 10 y 11 de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 y artículos 55,64 y 65 de la ley española sobre modificaciones estructurales, por lo que habrá de acreditarse que la operación que se califica, por lo que afecta a dicha sociedad extranjera, se ajusta a la ley a que la misma está sujeta. 3.–En contra de lo que se afirma en el Expone «V» de la escritura, no resulta de la certificación de acuerdos de junta de la sociedad absorbente, «Valora 2002, SL», que ésta apruebe los balances de todas las sociedades participantes en la fusión, sino sólo el suyo propio –ver acuerdo «Segundo» de la certificación–, no constando tampoco que los socios únicos del resto de las sociedades, es decir, las absorbidas, de las que no consta adopción de acuerdo alguno ni certificación alguna incorporada, adoptaran el acuerdo de aprobación de sus respectivos balances. 4.–Nota. No consta en la escritura la fecha de publicación en BORME del hecho del depósito del Proyecto de fusión en este Registro Mercantil de Mallorca, si bien, dicho dato ha sido obtenido de oficio por el registrador, –habiéndose sido efectuada dicha publicación en el BORME n.º 242, de fecha 19 de

diciembre de 2012. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15° del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación: Puede instarse (...). Palma de Mallorca, a 29 de enero de 2013 El registrador (firma ilegible y sello del registro con nombre y apellidos del registrador)».

### III

Contra la anterior nota de calificación, don J. L. A. B., interpone recurso en virtud de escrito de fecha 7 de febrero de 2013, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que la escritura presentada incorpora el proyecto de fusión que fue depositado en los Registros Mercantiles de Palma de Mallorca y de Madrid conteniendo las circunstancias del caso, incluido el hecho de la existencia de la sociedad finlandesa intermedia; Que la calificación prescinde de esta circunstancia y exige un requisito no previsto por el ordenamiento pues por un lado se da por existente una disminución patrimonial no acreditada y por otro el artículo 34 de la Ley de Reformas Estructurales no contempla entre las funciones del experto independiente la valoración de la posible compensación; Que el artículo 49.2 limita su aplicación al supuesto en que existe aumento de capital en la absorbente, que no existe en el supuesto de hecho incorporación de nuevos socios, que no existe disminución patrimonial alguna como resulta del balance presentado al arrojar pérdidas y que los acreedores están suficientemente protegidos al no variar el carácter de unipersonal de la sociedad intermedia; y, Que de la escritura resulta con claridad que el administrador único de todas las sociedades en ejercicio de los derechos del socio único, la sociedad absorbente, da por aprobados los balances de las absorbidas.

### IV

El registrador emitió informe el día 27 de febrero de 2013, resultando que el notario autorizante no ha realizado alegaciones y elevando el expediente a este Centro Directivo ratificándose en su calificación.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 16, 18 y 22 del Código de Comercio; 12, 53, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común; 23, 32, 46 y 65 de la Ley 3/2009, de 3 de abril de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles; y 2, 3, 16, 17, 226, 231, 232 y 233 del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Se plantean en este expediente dos cuestiones relativas a una fusión por absorción de sociedades íntegramente participadas. Por la primera se cuestiona si estando una de las sociedades absorbidas íntegramente participada de forma indirecta procede la aplicación de las previsiones del segundo párrafo del artículo 49 de la Ley 3/2009, de 3 de abril de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles. La segunda cuestión hace referencia a si está debidamente expresada la aprobación del balance de las sociedades absorbidas. Se da la circunstancia de que la nota de defectos que es objeto de recurso ha sido emitida por el registrador Mercantil del lugar donde están domiciliadas las sociedades objeto de absorción y no por el registrador Mercantil competente por el domicilio de la sociedad absorbente.

2. No procede que esta Dirección General se pronuncie al respecto al haber sido dictada la Resolución impugnada por órgano manifiestamente incompetente. La operación cuyo procedimiento de inscripción se ha solicitado constituye una fusión por absorción por la que una sociedad existente adquiere por sucesión universal el patrimonio de otra u otras que se extinguen aumentando aquélla, en su caso, su capital social (artículo 23.2 de la Ley de Reformas Estructurales de Sociedades Mercantiles).

Cuando se produce la circunstancia, como en el caso que provoca este expediente, que todas o alguna de la sociedades absorbidas se encuentra en distinta demarcación registral, las normas de atribución de competencia recogidas en nuestro ordenamiento (vide artículos 16, 18.2 y 22 del Código de Comercio y artículos 17 y 232.2 del Reglamento del Registro Mercantil) determinan que corresponde al registrador Mercantil competente por razón del domicilio de la sociedad absorbente emitir la calificación sobre el fondo del negocio para cuya inscripción ha sido rogado.

3. Llevándose a cabo la inscripción exclusivamente en el Registro Mercantil de destino, el ordenamiento jurídico determina con toda precisión cuál ha de ser la actuación de los registradores Mercantiles competentes por el lugar del domicilio de las sociedades absorbidas destinadas a extinguirse distinguiendo al efecto tres momentos distintos.

Dejando de lado el tercero y último relativo a las operaciones de cancelación de asientos y las remisiones y comunicaciones previstas en los artículos 233.2 y 234 del Reglamento del Registro Mercantil que, llevada a cabo la inscripción de la fusión por absorción en el Registro Mercantil de destino, el registrador competente por razón del domicilio de la sociedad absorbida efectúe, es preciso detenerse en las dos primeras por ser relevantes para este expediente.

Cuando se produce el depósito del proyecto de fusión por absorción en cada uno de los Registros Mercantiles competentes (al no llevarse a cabo la publicidad de su existencia por el procedimiento previsto en el apartado primero del artículo 32 de la Ley de Reformas Estructurales, publicación en la página web de la sociedad) nuestro ordenamiento contempla la actuación de todos los posibles Registros Mercantiles involucrados. Para este caso, que es el que se ha producido en el supuesto de hecho que nos ocupa, el artículo 226.2 del Reglamento del Registro Mercantil limita la actuación del registrador Mercantil a la verificación de que el documento presentado es el previsto por la Ley así como que está debidamente suscrito. Aunque el Reglamento del Registro Mercantil acota el ámbito de calificación del registrador debido a la circunstancia de que estamos ante un acto preparatorio del negocio jurídico que las sociedades pretenden llevar a cabo, es evidente que el registrador puede en este momento rechazar el depósito si a su juicio el documento presentado no reúne los requisitos establecidos en el ordenamiento (artículo 31 de la Ley de Reformas Estructurales de Sociedades Mercantiles). Téngase en cuenta que el negocio jurídico de fusión sólo puede llevarse a cabo con escrupuloso respeto al proyecto suscrito y cualquier modificación es tratada legalmente como rechazo a la realización del negocio (artículo 40 de la Ley de Reformas Estructurales).

Alega el recurrente que el depósito se llevó a cabo en su día sin que se pusiera tacha alguna al mismo ni se advirtiera de la falta de alguno de los requisitos establecidos en el ordenamiento. Pero no es esta la circunstancia que resulta relevante ahora pues entre los requisitos que ha de contener el proyecto común de fusión (artículo 31 de la Ley de Reformas Estructurales) no se encuentran ni pueden encontrarse, al tratarse de un acto preparatorio, aquellos relativos a los informes que deban acompañar al posterior negocio jurídico ya que depende de circunstancias que pueden concurrir o no en el ulterior momento de su celebración. Lo que resulta relevante es que la apreciación de si concurren o no dichas circunstancias y, en consecuencia, de si son exigibles determinados informes u otros requisitos que han de acompañar a la escritura pública corresponde, como queda dicho, al registrador competente por razón del domicilio de la sociedad absorbente.

El segundo momento en que se contempla la actuación del registrador competente por razón del domicilio de la sociedad absorbida es el que ha dado lugar al presente expediente y que viene regulado en el artículo 231 del Reglamento del Registro Mercantil. Para garantizar la coherencia de la inscripción a realizar en el Registro Mercantil de destino con los antecedentes registrales, dicho precepto exige que el registrador competente por razón del domicilio de la sociedad absorbida haga constar en el título y al margen del último asiento la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión pretendida. Estos obstáculos registrales se refieren por tanto al contenido del Registro (falta de tracto sucesivo, falta de depósito de cuentas, prohibición judicial de practicar

asientos...) y no al negocio jurídico cuya inscripción se pretende. Esta limitada actuación por tanto no puede amparar, como ocurre en este supuesto, una extralimitación competencial que implique la revisión de la legalidad del negocio de fondo, la fusión por absorción, que corresponde como queda repetidamente dicho, al registrador de destino.

4. El esquema de actuación descrito obedece a la evidente razón de que el juicio de legalidad a los efectos de la inscripción, la calificación, sólo puede llevarse a cabo por un registrador como exigencia derivada de los principios de competencia y seguridad jurídica que presiden el procedimiento registral (vide artículos 18.5 del Código de Comercio y 65.3 de la Ley 3/2009). La afirmación que contiene la nota de defectos de que los obstáculos registrales resultan, en cuanto a la sociedad «Eurocharter, S.L.», de forma indirecta es insostenible: ni el hecho de que dicha sociedad esté íntegramente participada de modo indirecto por la absorbente ni la posible circunstancia de que no se acredite debidamente la aprobación de los balances de las sociedades absorbidas, pueden calificarse de obstáculos registrales ya que ni derivan de asientos que cierren o condicionen la práctica de inscripciones posteriores ni implican una situación registral que impida la alteración del contenido del Registro. En ambos supuestos se trata de circunstancias que pueden afectar a la legalidad del negocio llevado a cabo cuyo conocimiento le está vedado al registrador que ha emitido la calificación impugnada.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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 vigésimo cuarta de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 6 de abril de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.