

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

4916 *Resolución de 9 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles I de Barcelona a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de dos sociedades.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Torredembarra, don Ricardo Cabanas Trejo, contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles I de Barcelona, doña María Dolores Fernández Ibáñez, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de «Dexcaseliva, S.L.», unipersonal, y «Dexcen BF, S.L.», unipersonal.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 28 de noviembre de 2014 por el Notario de Torredembarra don Ricardo Cabanas Trejo, con número 1.877 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos sociales de fusión de las entidades «Dexcaseliva, S.L.», unipersonal (absorbente), y «Dexcen BF, S.L.», unipersonal (absorbida), ambas integradas por la misma persona como socio único que es también el administrador único de las mismas.

Interesa reseñar que en la escritura se expresa por el administrador de ambas sociedades que «los referidos acuerdos de fusión no han sido objeto de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, al haberse comunicado directamente a todos los acreedores dichos acuerdos, en fecha 16 de Septiembre de 2.014, mediante carta certificada con acuse de recibo, habiendo renunciado el socio único en las propias juntas universales a dicha comunicación», y que «Durante el plazo de un mes, contado desde la fecha de las comunicaciones, se hace constar separadamente respecto de cada una de las sociedades, que ningún acreedor de las mismas se opuso a la fusión».

II

El día 29 de diciembre de 2014 se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona copia autorizada de dicha escritura, que fue objeto de la siguiente calificación negativa por la Registradora doña María Dolores Fernández Ibáñez: «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: (...). Fecha de la calificación: 20/01/2015. Fundamentos de Derecho (defectos): 1.–En las certificaciones, incorporadas en la escritura, de los acuerdos adoptados por la junta general de cada una de las sociedades participantes en la fusión, celebradas el día 15 de septiembre de 2014, no consta el acuerdo de aprobación, como balance de fusión, el balance correspondiente al último ejercicio, cerrado el 31 de diciembre de 2013, que se mencionan en el expositivo II de la escritura y que constan incorporados a la misma, tal y como se indica en el expositivo VI de la referida escritura. Téngase en cuenta que, aun cuando el balance utilizado como balance de fusión haya sido objeto de una previa aprobación por la junta general, por tratarse del comprendido dentro de las cuentas anuales (artículo 36.1 de la Ley 3/2009), es necesaria la aprobación

del mismo por la junta de socios que resuelve sobre la fusión. Precisamente el consentimiento que implica el acuerdo social conlleva que el balance de cierre de ejercicio sea, además, balance de fusión. (Arts. 36, 37, 40 y 42 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de abril de 2014 y de 8 de mayo de 2014). 2.—No resulta de la escritura el contenido de la comunicación individual enviada a los acreedores, en la que es necesario que conste el derecho de los acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores; ni figura tampoco la identidad del administrador que suscribe la comunicación. No es suficiente que el documento recoja la manifestación relativa al modo concreto en que se ha llevado a cabo la comunicación individual, en términos que respete las exigencias previstas en el artículo 43.2 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; y a la fecha en que se ha llevado a cabo la última comunicación. Además, dicha comunicación ha de contener el derecho de información y el derecho de oposición consagrados en el artículo 43.1 de la Ley citada, único modo de que el registrador pueda verificar que la preceptiva declaración relativa a la inexistencia de oposición, a que se refiere el propio artículo 227.2.2.º del Reglamento del Registro Mercantil, se acomoda a las previsiones legales. (Arts. 43 y 44 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de abril de 2014 y 9 de mayo de 2014). 3.—Si bien en la escritura resulta la manifestación del otorgante, respecto de cada una de las sociedades intervinientes, sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, conforme establece el artículo 227.2.1.ª, inciso inicial, del Reglamento del Registro Mercantil (entendiéndose sustituida la mención del derogado artículo 238 de la Ley de Sociedades Anónimas, por el vigente artículo 39 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles); falta, sin embargo, la manifestación del otorgante de que han sido puestos a disposición de los acreedores los documentos a que se refiere el artículo 43.1 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, según dispone el artículo 227.1.1.ª, inciso final, del Reglamento del Registro Mercantil (entendiéndose sustituida también la remisión al derogado artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas, por el vigente artículo 43 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). (Arts. 43 de la citada Ley y 227.2.1.ª, inciso final, del Reglamento del Registro Mercantil y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2014). Los defectos consignados tienen carácter subsanable. La anterior nota de calificación (...) Barcelona, a 20 de enero de 2015.—El Registrador».

III

Dicha calificación negativa fue notificada al Notario autorizante de la escritura el 20 de enero de 2015 y el 21 de enero se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona por vía telemática un escrito suscrito por dicho notario interponiendo recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito arguye lo siguiente: «... I.—Completamente de acuerdo con la Registradora en que el consentimiento de los socios manifestado en la junta general se ha extender a que el balance de ejercicio sea, además, el balance de fusión, pero esa circunstancia ya resulta del acuerdo de la junta general. Esta no se pronuncia sobre las circunstancias concretas de la fusión que resultaren procedentes según el art. 31 Ley de Modificaciones Estructurales, sino que aprueba la fusión, en los términos del proyecto de fusión suscrito por el administrador de ambas sociedades. Pues bien, en el apartado 4 de dicho Proyecto, bajo la rúbrica "Balance de fusión", se indica que serán los balances incorporados como anexos 1 y 2 a dicho proyecto, para cada una de las sociedades participantes. Estos balances constan incorporados en la escritura, donde el administrador indica que son los balances de ejercicio de cada una de las sociedades. Por tanto, al aprobar la fusión en los términos de dicho proyecto, los socios ya prestan su consentimiento unánime a que los balances de ejercicio valgan como balances de la

fusión. No hay necesidad de un acuerdo diferenciado específico sobre tal extremo, como no lo habría para cualquiera otra de las circunstancias necesarias de la fusión, cuando todas ellas resultan del proyecto que se aprueba íntegramente por los socios, e incorpora a la escritura. En este sentido resulta muy revelador el proyecto de Real Decreto del nuevo Reglamento del Registro Mercantil, en la actualidad en fase de información pública, a propósito del contenido del acuerdo de fusión, de la escritura pública y del propio balance. En relación con la escritura de fusión, el artículo 220.3.º dispone que en la misma habrá de constar, "el contenido íntegro del acuerdo de fusión, de conformidad con lo establecido en el artículo 222 de este Reglamento". A su vez, el artículo 222.1 dispone en relación con el contenido del acuerdo de fusión lo siguiente: "el acuerdo de fusión habrá de expresar necesariamente las circunstancias exigidas en el artículo 31 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, que resultaren procedentes, aunque hubiera dispensa del deber de formular y depositar el proyecto de fusión. A estos efectos será suficiente con aprobar el proyecto de fusión si hubiere sido formulado". Por último, en relación específicamente con el balance de fusión, dispone en el artículo 220.5.º: "el balance de fusión de todas las sociedades que participan en la fusión y, en su caso, el informe de los auditores. En los supuestos contemplados en el artículo 42 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, y a efectos de dar cumplimiento a lo que se establece en el artículo 45.1 de la misma bastará acompañar el último de los balances aprobados aunque no estuviere auditado". Ciertamente no estamos ante una norma en vigor, y quizá no llegue a estarlo nunca, pero no debemos olvidar que el nuevo RRM pretende adaptar la norma reglamentaria a las distintas reformas habidas en el plano legal, entre otras a propósito de las modificaciones estructurales, así como a la doctrina reciente de la propia DGRN. Tiene así un evidente interés para deducir las exigencias vigentes de la actual normativa legal, en muchos puntos en desajuste con el RRM de 1996. Pues bien, parece claro que si la fusión se aprueba sobre la base del proyecto de fusión, no es necesario indicar mucho más en el acuerdo. En particular, cuando el proyecto dispone que un determinado balance servirá como balance de fusión, y se trata del balance de ejercicio, es obvio que los socios ya lo aprueban en esos términos al aceptar ese proyecto. Para colmo, en este caso el administrador de ambas sociedades que comparece en la escritura es, además, el socio único de las dos sociedades que se fusionan. Con más claridad no puede constar ese consentimiento. II.—En relación con el tercer defecto, lo que se impugna en este recurso es su configuración como un defecto autónomo e independiente del segundo. El cumplimiento del derecho de información de los acreedores, referido a la posibilidad de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión (art. 43.1 LME), sólo puede entenderse como una puesta a disposición de los mismos de esos documentos, pues sólo así sus destinatarios pueden conseguir el texto que en la misma comunicación se les dice tienen derecho a obtener. Esto supuesto, el cumplimiento de lo establecido en dicho precepto respecto al derecho de información de los acreedores habrá de resultar del contenido de la comunicación que se acredite -o manifieste- a la Registradora para subsanar el segundo defecto, pero no ha de exigir una manifestación independiente en la escritura por parte del otorgante, que sólo resultaría redundante de lo que ya se ha comunicado a los acreedores, y por tanto inútil, salvo que se quiera convertir la escritura en una suerte de compilación de fórmulas sacramentales. De nuevo resulta muy revelador el proyecto citado de RRM que en su artículo 220.4.º, a propósito de los requisitos generales de la fusión, exige que conste en la escritura: "la acreditación de la publicación del acuerdo de fusión en el 'Boletín Oficial del Registro Mercantil' y en uno de los diarios de gran circulación de las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio o la manifestación del administrador declarante de que el acuerdo se ha comunicado individualmente por escrito a todos los socios y acreedores, con indicación de la fecha del envío de la comunicación al último de ellos. En este caso se hará constar en la escritura el procedimiento empleado para asegurar la recepción y su fecha, así como el cumplimiento de lo establecido en el artículo 43.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, respecto al derecho de información". La exigencia específica se refiere al derecho de información, que puede no resultar de una simple comunicación del acuerdo y del derecho

de oposición, cuando aquel se omite, pero si la comunicación cumple con esta exigencia informativa, el requisito ya queda satisfecho, y en este caso la registradora así lo demanda en el segundo defecto respecto del contenido de la comunicación. Por eso, una vez se acredite respecto del mismo, no procede una reiteración independiente en la escritura. No tiene sentido disociar un derecho de información, que presupone y exige una puesta a disposición de los documentos, de esa misma puesta a disposición como requisito autónomo que exigiera una manifestación independiente en la escritura. Con buena lógica así lo entiende el proyecto de RRM, que sólo alude al derecho de información, pero la misma conclusión se extrae de la normativa legal en materia de fusión, con independencia de lo que pueda resultar del juego de remisiones del todavía vigente RRM, bastante desfasado en la materia y necesitado por eso de interpretación».

IV

Mediante escrito de 27 de enero de 2015 la registradora Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General, con registro de entrada el día 28 de enero. En dicho informe manifiesta que ha resuelto reformar la calificación respecto del primer defecto y mantenerla en cuanto al tercero. Además, pone de relieve que el notario recurrente nada dice sobre el segundo defecto.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 43 y 44, de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 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 112, 227 y 228 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de esta Dirección General de 30 de junio de 1993; 22 de marzo de 2002; 3 de octubre de 2013; 10 y 11 de abril, 9 de mayo, 15 de octubre y 5 y 6 de noviembre de 2014, y 19 de enero de 2015.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público determinados acuerdos de fusión adoptados por las sociedades «Dexcaseliva, S.L.», unipersonal (absorbente), y «Dexcen BF, S.L.», unipersonal (absorbida), ambas integradas por la misma persona como socio único que es también el administrador único de las mismas.

Interesa reseñar que en la escritura se expresa por el administrador de ambas sociedades que «los referidos acuerdos de fusión no han sido objeto de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, al haberse comunicado directamente a todos los acreedores dichos acuerdos, en fecha 16 de septiembre de 2014, mediante carta certificada con acuse de recibo, habiendo renunciado el socio único en las propias juntas universales a dicha comunicación», y que «Durante el plazo de un mes, contado desde la fecha de las comunicaciones, se hace constar separadamente respecto de cada una de las sociedades, que ningún acreedor de las mismas se opuso a la fusión».

El primero de los defectos expresados por la registradora en su calificación, por el que exige que en los acuerdos adoptados por la junta general de cada una de las sociedades participantes en la fusión conste el acuerdo de aprobación, como balance de fusión, del balance correspondiente al último ejercicio, ha sido objeto de reforma por haber acogido la argumentación del notario recurrente sobre el hecho de que, al aprobar la fusión en los términos del proyecto de fusión, los socios ya prestan su consentimiento unánime a que los balances de ejercicio valgan como balances de la fusión.

El segundo defecto no es objeto de impugnación, por lo que únicamente constituye el objeto del presente recurso el tercer defecto, y únicamente, como expresa el notario recurrente, para determinar si la manifestación del otorgante sobre el respeto del derecho de información de los acreedores que se exige al expresar la registradora este defecto es

necesaria o si debe entenderse superflua bajo el presupuesto de que se subsane el segundo defecto.

2. Limitado el recurso al objeto antes señalado, debe partirse del hecho de que el notario recurrente manifiesta su conformidad con el segundo de los defectos según el cual la registradora considera que no es suficiente que la escritura de fusión contenga la manifestación del otorgante relativa al modo concreto y la fecha en que se ha llevado a cabo la comunicación individual enviada a los acreedores sobre los acuerdos de fusión adoptados sino que debe resultar de dicha escritura el contenido de dicha comunicación «en la que es necesario que conste el derecho de los acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores», y entiende que debe figurar también la identidad del administrador que suscribe la comunicación.

Según el defecto tercero, considera la Registradora que debe manifestar el otorgante que ha sido puesto a disposición de los acreedores el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, conforme a los artículos 43.1 de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y 227.1.1.^a, inciso final, del Reglamento del Registro Mercantil.

El Notario recurrente alega que si se acredita que la comunicación individual enviada a los acreedores contiene la puesta a disposición de éstos de tales documentos no es necesario reiterar en la escritura que se ha cumplido efectivamente esa obligación de información.

3. Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente (vid. «Vistos»), sobre la importancia que en relación con los derechos de los acreedores tiene el riguroso cumplimiento de los requisitos de procedimiento previstos en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Como pusieran de relieve las Resoluciones de 3 de octubre de 2013 y 10 de abril de 2014, en las medidas tuitivas previstas en el ordenamiento se tiene en cuenta que los acreedores no son parte del proceso de fusión. En la medida que la sucesión universal que se produce como consecuencia de la fusión altera, sin su consentimiento, la persona de su deudor, su protección se articula con base en dos derechos fundamentales: por un lado el derecho de información y por otro el derecho de oposición.

Del artículo 43 de la Ley 3/2009 resulta la obligación de que en las publicaciones del acuerdo de fusión o en la comunicación individual por escrito sustitutoria enviada a los acreedores se haga constar el derecho que les asiste de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que les corresponde. Este derecho de oposición se puede ejercitar en el plazo de un mes desde dichas publicaciones o comunicaciones en los términos previstos en el artículo 44. Por ello, para la inscripción de la fusión es necesario que la escritura recoja la declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores o por el contrario el hecho de que sí que ha habido oposición (artículo 227.2.2.^a del Reglamento del Registro Mercantil).

El presupuesto del derecho de oposición es precisamente el ejercicio previo del derecho de información, pues sin su debida cumplimentación el ejercicio responsable e informado de aquél queda imposibilitado o cercenado en clara violación de la previsión legal como ha recordado esta Dirección General (Resolución de 3 de octubre de 2013). Esta trascendencia la confirma el artículo 43.1 de la Ley 3/2009 que, frente a la regulación anterior (artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas), incorpora como requisito que el anuncio o la comunicación individual comprenda «el derecho de oposición que corresponde a los acreedores», con lo que la correlación entre derecho de información y de oposición queda patentemente enlazada.

De la trascendencia de que el derecho de información sea debidamente respetado da idea el hecho de que la falta de cumplimentación o su cumplimentación defectuosa puede dar lugar a la impugnación del proceso de fusión sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que puedan corresponder (artículo 47 de la Ley 3/2009). Tratándose en

consecuencia de un requisito que afecta a la validez del proceso de fusión es evidente que debe resultar debidamente cumplimentado.

Por lo que se refiere al presente supuesto, de la normativa vigente resulta que no sólo es necesario que la comunicación individual a los acreedores exprese el derecho de los mismos a obtener los documentos necesarios para considerarse respetado su derecho de información sino que se impone, como garantía adicional, que en la elevación a público de los acuerdos de fusión el otorgante confirme que dicha obligación de puesta a disposición de los correspondientes documentos ha sido cumplida. Así el artículo 227.1 del Reglamento del Registro Mercantil exige que la escritura recoja, entre otras circunstancias, «1.ª La manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad (...) de que han sido puestos a disposición de los socios y acreedores los documentos a que se refiere el artículo 242» de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto legal éste que se refería a los documentos informativos a los que se refiere el vigente artículo 43 de la Ley 3/2009. Por ello, aun cuando el Reglamento del Registro Mercantil no se ha adaptado a esta Ley, debe concluirse que la escritura deberá contener la declaración del otorgante sobre el efectivo cumplimiento de la obligación de información impuesta por el citado precepto legal.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada respecto del tercero de los defectos expresados en la misma.

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, 9 de abril de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.