

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 12497** *Resolución de 21 de octubre de 2015, 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 V de Madrid, por la que se deniega la inscripción de una escritura en la que se elevan a públicos acuerdos de fusión por absorción, por los que una sociedad absorbe a otra.*

En el recurso interpuesto por doña M. C. C. G., don A. P. F. y don E. M. P. L., todos ellos como liquidadores mancomunados y en nombre y representación de «Predios Rústicos y Urbanos, S.L.», en liquidación, y los mismos don A. P. F. y don E. M. L. P., junto con don J. M. b. M., todos ellos en su cualidad de liquidadores mancomunados y en nombre y representación de «Nueva Florida, S.L.», en liquidación, contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles V de Madrid, don Francisco Javier Navia-Osorio García-Braga, por la que se deniega la inscripción de una escritura en la que se elevan a públicos acuerdos de fusión por absorción, por los que la sociedad «Predios Rústicos y Urbanos, S.L.», en liquidación, absorbe a la sociedad «Nueva Florida, S.L.», en liquidación.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante la notaria de Madrid, doña Ana Fernández-Tresguerres García, el día 25 de mayo de 2015, número 991 de su protocolo, se elevaron a públicos acuerdos, de fecha 13 de abril de 2015, de fusión de las sociedades «Predios Rústicos y Urbanos, S.L.», en liquidación, y «Nueva Florida, S.L.», en liquidación, en virtud de los cuales la primera absorbe a la segunda. Los estatutos de la sociedad absorbente determinan que las juntas serán convocadas por carta certificada o burofax. La junta fue convocada mediante anuncios publicados en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en el diario «La Razón». Constan, en ambas sociedades, auditores designados por el Registro Mercantil, a solicitud de la minoría, de conformidad con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. La solicitud de los minoritarios se produjo con anterioridad al proyecto de fusión, a las convocatorias de las juntas y la celebración de las mismas, así como con anterioridad a la junta que aprobó las cuentas anuales relativas al ejercicio de 2014, cuyo balance se ha tomado como base para la fusión.

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Francisco Javier Navia-Osorio García-Braga, 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: Hechos Diario/Asiento: 2575/293 F. Presentación: 28/05/2015 Entrada: 1/2015/65.619 Sociedad: Predios Rústicos y Urbanos SL en Liquidación Autorizante: Fernández-Tresguerres García Ana Protocolo: 2015/991 de 25/05/2015 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–Defecto subsanable: 2.–Según datos obrantes en este registro, el artículo 7.º de los estatutos sociales de la sociedad absorbente, establece que la Junta será convocada mediante carta certificada o burofax; habiéndose convocado la Junta celebrada con fecha 13 de abril de 2015, mediante anuncios publicados

en el Borme y en el diario «La Razón», ésta no puede entenderse válidamente convocada. (Art. 173 LSC, y Resolución de la DGRN de 30 de enero de 2001). 3.—No se aportan los informes de los auditores, de las sociedades intervinientes, designados por este Registro en virtud de lo dispuesto en el artículo 265 LSC. Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación a la presente calificación: (...) Madrid, a 16 de junio de 2015 El registrador (firma ilegible)».

III

La calificación fue notificada a la notaria autorizante de la escritura el día 17 de junio de 2015, y el día 23 del mismo mes y año al presentante del documento. Contra la anterior nota de calificación, doña M. C. C. G., don A. P. F. y don E. M. P. L., todos ellos como liquidadores mancomunados y en nombre y representación de «Predios Rústicos y Urbanos, S.L.», en liquidación, y los mismos don A. P. F. y don E. M. L. P., junto con don J. M. b. M., todos ellos en su cualidad de liquidadores mancomunados y en nombre y representación de «Nueva Florida, S.L.», en liquidación, interpusieron recurso en virtud de escrito de fecha 21 de julio de 2015, en el que alegan, resumidamente, lo siguiente: Que si bien es cierto que el artículo 7 de los estatutos sociales de la sociedad «Predios Rústicos y Urbanos, S.L.», en liquidación, establecen que la convocatoria por medio de carta certificada o burofax, debe tenerse en cuenta que el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital prevé tal sistema de convocatoria como posibilidad de sustitución del sistema de anuncios, pero en modo alguno establece que por ello se excluya o no esté permitida la convocatoria por el sistema previsto con carácter general en la Ley; Que, además, en el presente caso, deben tenerse en cuenta las circunstancias existentes en los socios, puesto que, como ha quedado acreditado, existen socios que son desconocidos por la sociedad por existir diferentes herencias pendientes de la determinación de herederos y de su comunicación a la sociedad con sus correspondientes domicilios, así como participaciones en litigio, por lo que resultaba imposible para la sociedad realizar la comunicación a todos los socios mediante carta certificada con acuse de recibo o burofax, razón por la que hubo de optarse por la publicación de anuncios; Que la convocatoria llegó a conocimiento de todos los socios cuyos domicilios son conocidos, cumpliendo la convocatoria su finalidad, pues todos los socios conocidos acudieron presentes o representados a la junta; Que, en este sentido se pronuncia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 2013 que establece que los defectos formales de convocatoria «no impiden la inscripción si, atendidas las circunstancias concretas no han puesto en riesgo el ejercicio de los derechos individuales de los socios; por ejemplo si de la documentación se desprende la existencia indubitada de dos únicos socios, bastaría con acreditar que la convocatoria fue recibida por el no compareciente»; y En cuanto al segundo defecto de la falta de aportación de los informes de los auditores designados por el Registro Mercantil en virtud de lo establecido en el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, según numerosas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitada la auditoría por los socios minoritarios no es posible realizar el depósito de las cuentas del ejercicio sin que se aporte dicha auditoría, pero ningún precepto legal impide la inscripción de otros actos de la sociedad mientras, como ocurre en el presente caso, la hoja registral no haya sido cerrada precisamente por falta de depósito de cuentas. El artículo 39.4 de la Ley de Modificaciones Estructurales exige que en la información de la fusión se incluya el informe de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueren legalmente exigibles. En el caso, tales informes no eran exigibles porque en el momento en que se convocan las juntas y en el momento en que se celebran no eran exigibles los informes porque el Registro Mercantil aún no había designado auditores, y, por tanto, no podían existir las auditorías. El artículo 45 de la Ley de Modificaciones Estructurales exige que en la escritura pública de elevación a público de los acuerdos de fusión se incorpore el balance de fusión, pero no exige la incorporación del informe de auditoría.

IV

El registrador emitió informe el día 27 de julio de 2015, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta, que notificada la notaria autorizante de la escritura, ésta realizó sus alegaciones, mediante escrito de fecha 31 de julio de 2015.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 326 de la Ley Hipotecaria; 18, 20, 34 y 35 del Código de Comercio; 23, 93, 166, 169, 173, 225, 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital; 25, 31, 36, 37, 39, 43, y 45 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 6, 58, 227, 350 y siguientes y 378 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de febrero de 1999, 29 de abril de 2000, 26 de febrero de 2004, 16 de abril y 26 de julio de 2005, 24 de enero de 2006, 21 de marzo y 8 y 26 de julio de 2011, 9 de febrero y 25 de abril de 2012, 11 y 26 de febrero, 4 y 19 de junio, 28 de agosto y 1 y 23 de octubre de 2013, 28 de febrero, 10 y 21 de abril, 23 de mayo, 22 de julio y 5 de noviembre de 2014 y 9 y 21 de septiembre de 2015.

1. Dos son las cuestiones a examinar en el presente recurso. La primera, si constando en los estatutos de una sociedad un medio individual de convocatoria (carta certificada o burofax) puede ésta entenderse válidamente convocada mediante anuncios publicados en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un determinado diario, atendidas las circunstancias que los recurrentes alegan y tratan de acreditar mediante la aportación de una serie de documentos, teniendo en cuenta que ni tales circunstancias constan en modo alguno en el documento inicialmente calificado, ni los documentos aportados al expediente de recurso pudieron ser examinados por el registrador en el momento de realizar su calificación (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

La segunda consiste en si es preciso o no aportar el informe de los auditores de cuentas sobre el balance de fusión, cuando aquéllos han sido designados por el registrador mercantil en base a la solicitud de diversos accionistas minoritarios, de conformidad con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Respecto de la primera de las cuestiones, la presunción de exactitud y validez de los asientos registrales (artículo 20 del Código de Comercio), en cuanto se basa en la previa calificación que de la regularidad y validez que del acto a inscribir ha de realizar el registrador (artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil), determina que un dato esencial para apreciarla, en los acuerdos de las juntas, cual es que la convocatoria haya resultado efectuada en la forma y con la antelación debidas haya de ser objeto de aquella calificación.

En la escritura calificada consta, respecto de la sociedad absorbente «Predios Rústicos y Urbanos, S.L.», en liquidación, exclusivamente, que se publicaron anuncios de la convocatoria en un determinado diario y en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», siendo que sus estatutos prevenían debía realizarse mediante «carta certificada o burofax».

En cuanto a la forma de la convocatoria, es criterio reiterado y consolidado de este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos») que la previsión estatutaria sobre la misma ha de ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema: la norma que para la convocatoria hayan establecido los estatutos es la que, de manera insoslayable, ha de aplicarse, sin que puedan los administradores convocar a los socios en forma distinta, ni, en consecuencia, sea válida la convocatoria llevada a cabo por medios diferentes (vid. Resoluciones de 1 y 23 de octubre de 2013). Lo contrario implicaría una violación no sólo de la norma en sí, sino también del derecho de los socios a saber en qué forma concreta y específica pueden ser llamados a reunirse en junta general, por cuanto el derecho de asistencia a la junta por parte de los socios (artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital) ha de ser integrado

con el de ser convocados para ello (Resoluciones de 9 de febrero de 2012 y 11 de febrero de 2013).

Como resulta del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital los estatutos «que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital» contienen un conjunto de reglas que tienen un carácter normativo para la propia sociedad de modo que vincula a sus órganos, a los socios que la integran e incluso a terceros. En materia de convocatoria, en concreto, el criterio se reputa tan estricto, que la forma en la que la misma haya de realizarse, determinada en estatutos, ha de ser respetada incluso en los casos de convocatoria judicial, sin que la singularidad de la misma en cuanto a su origen alcance a la forma de trasladarla a los socios, que ha de ser la estatutaria o, en su defecto, la legalmente prevista, sin posibilidad de sustituirla por otra, goce de mayor o menor publicidad (Resoluciones de 29 de abril de 2000, 26 de febrero de 2004, 16 de abril y 26 de julio de 2005, 24 de enero de 2006, 26 de julio de 2011 y 28 de febrero de 2014). Los estatutos, pues, obligan a quien haya de convocar, ya sea órgano de administración de la sociedad, liquidadores, en su caso, u órgano judicial o registral (artículo 169 Ley Sociedades de Capital, en su redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria), a cumplir forzosamente con el sistema contenido en los estatutos, y, en su defecto, y sólo en su defecto, podrá acudir al sistema legal de publicidad de la convocatoria (artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital).

En consecuencia, no puede admitirse la interpretación de los recurrentes según la cual «el artículo 173 prevé el sistema de convocatoria de carta certificada o burofax como posibilidad de sustitución del sistema de anuncios, pero en modo alguno establece que por ello se excluya o no esté permitida la convocatoria por el sistema previsto con carácter general en la Ley». El artículo 173.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece una forma de convocatoria mediante anuncios (ya en página web, ya en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un determinado diario, según los casos) de necesaria aplicación sólo en tanto los estatutos sociales no hayan sustituido la forma legal por un sistema de comunicación individual y escrita. Pero habiendo optado los socios, mediante su voluntad expresada en junta y plasmada en la pertinente modificación estatutaria, por sustituir el primer sistema por el segundo, queda vinculado por su regulación, como queda dicho, todo aquel con legitimación para efectuar la convocatoria, y, por tanto, los administradores y liquidadores sociales. Es más: ni siquiera los propios estatutos podrían amparar sistemas alternativos de convocatoria, de modo que los administradores o liquidadores pudieran decidir, a su libre criterio y según estimasen oportuno, uno u otro sistema. Una muy consolidada doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 25 de febrero de 1999, 21 de marzo y 8 de julio de 2011 y 23 de octubre de 2013), tiene declarado que la forma de convocatoria ha de quedar debidamente determinada en los estatutos sin que quepa la previsión de dos o más sistemas alternativos cuya aplicación concreta a una convocatoria específica pueda ser decidido por el órgano encargado de convocar.

Si la forma estatutaria ha de respetarse en todo caso, incluso cuando la convocatoria tiene origen judicial, y si ni siquiera los estatutos pueden permitir la total discrecionalidad de los administradores para realizar la convocatoria, alternativamente, mediante uno de entre varios sistemas previstos, menos puede sostenerse que gocen los administradores o liquidadores de la facultad de decidir con total libertad entre el sistema legal o el sistema estatutario que, en sustitución del mismo, prevén los estatutos. Y ello es así porque los socios tienen derecho a saber en qué forma específica han de ser convocados, que esa es la única forma en que esperarán serlo y a la única que habrán de prestar atención. El defecto, por tanto, debe ser confirmado.

3. En cuanto a las restantes alegaciones de los recurrentes: que se optó por la publicidad mediante anuncios dado que existían socios desconocidos o cuyo domicilio no era conocido, al existir herencias pendientes de la determinación de herederos, y otras participaciones en litigio (lo que en cierta manera acredita aportando anotaciones del libro registro de socios), así como la afirmación de que, en realidad, asistieron a la junta, es decir, conocieron la convocatoria, todos los socios «conocidos», basta para desestimarlas el hecho de que ninguna de tales circunstancias resulta de la documentación calificada, ni

ninguno de los documentos que se aportan junto con el escrito de recurso fueron en su día aportados junto con el documento calificado, de modo que ni las unos ni las otros pudieron ser tenidas en cuenta por el registrador en el momento de llevar a cabo su función calificadora. Así lo impone el artículo 326 de la Ley Hipotecaria: «El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma». Y así lo recogen, en criterio plenamente asentado, las Resoluciones de este Centro Directivo de 25 de abril de 2012, 4 y 19 de junio y 28 de agosto de 2013 y 22 de julio y 5 de noviembre de 2014, en el ámbito propio de recursos frente a calificaciones del Registro Mercantil, y todas las anteriores citadas en las antedichas Resoluciones.

4. No obstante, parece conveniente añadir que ni el hecho de que existan herencias yacentes ni el de que existan participaciones «en litigio», es decir, cuya titularidad esté siendo discutida judicialmente, parecen obstáculos insalvables para realizar la convocatoria en la forma individual estatutariamente prevenida, de modo acorde a la diligencia exigible en la actuación de los administradores, dentro de las limitaciones impuestas por las situaciones fácticas.

En cuanto a las herencias cuya determinación de herederos está pendiente -según la expresión empleada por los recurrentes-, habrían obrado los administradores (liquidadores en este caso) de la sociedad con la suficiente diligencia remitiendo la carta certificada de la convocatoria de la junta al domicilio que del socio fallecido constase al efecto o en el que constase en la documentación de la sociedad (artículo 173 Ley de Sociedades de Capital). Incumbe a los herederos (o legatarios), en su día y en su caso, comunicar su condición de sucesores en la titularidad de las participaciones y los domicilios, que como socios, desean consten a los efectos de sus relaciones con la sociedad. En el ínterin, cumple el convocante con la remisión de la convocatoria al único domicilio que le consta: el del socio fallecido (Véase Resolución de 23 de mayo de 2014).

Respecto de las participaciones llamadas «litigiosas» (no dicen más los recurrentes), es de suponer se refiere a la existencia de un pleito sobre la titularidad de las mismas, cuyo resultado aún no consta a la sociedad. Sin embargo, consta en el documento calificado que las participaciones que en virtud de la fusión pretendida se han adjudicado a «litigiosas» (litigiosas en el procedimiento número 1569/2011 del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Madrid en relación con la herencia de doña M. D. A. A., dice el documento), figuran a nombre de don I. A. S. A. Constando, por tanto, a la sociedad y a sus efectos, un titular de las mismas, aún con titularidad controvertida, podrían haber dado los liquidadores debido cumplimiento a la previsión estatutaria que impone una convocatoria individual y por carta certificada o burofax.

Lo que no parece admisible es que las situaciones, bien de fallecimiento de uno de los socios sin que conste la aceptación de la herencia, bien de litigio entre los socios acerca de su cualidad de tales, amparen que los administradores o liquidadores, so pretexto de una mayor publicidad, prescindan absolutamente del modo de convocatoria establecido por los estatutos, que les vinculan y resultan de obligado cumplimiento, optando, a su libre criterio y juicio por los modos de publicidad mediante anuncios.

Cuestión distinta habría sido si los liquidadores, tras cumplimentar en debida forma todas las comunicaciones individuales que los estatutos exigen, hubieran decidido -con carácter adicional y conjunto y no sustitutivo-, la publicación de anuncios para reforzar la publicidad de la convocatoria habida cuenta de las situaciones de hecho concurrentes, como modo diligente de adoptar una medida conveniente para la buena dirección de la sociedad. Pero en modo alguno les autorizan sus atribuciones para obviar el cumplimiento de los estatutos decidiendo, según su subjetivo criterio, mermar las garantías de unos socios respecto del medio por el que esperan ser convocados a la junta, para presuntamente aumentar las garantías de otros en orden al conocimiento de la convocatoria.

Cierto es que no cabe descartar la posibilidad de que un defecto de convocatoria pueda llegar a no impedir la inscripción si «atendidas las circunstancias concretas, no se han puesto en riesgo el ejercicio de los derechos individuales de los socios» (Resolución

26 de febrero de 2013, citada por los recurrentes), o si consta indubitadamente la aceptación a que la junta se lleve a cabo en términos que excluyan el perjuicio a tales derechos individuales (Resoluciones de 15 de noviembre de 2002 y el opuesto de 27 de octubre de 2012). Pero esta es la circunstancia que justamente no concurre en el presente expediente. A diferencia de la Resolución de 26 de febrero de 2013, alegada, en la que se acreditó que la convocatoria había sido recibida por el único socio no compareciente, en este caso consta justamente lo contrario: que la convocatoria ni se efectuó en la forma individual recogida en los estatutos, ni se acredita indubitadamente que, de otro modo, fuese conocida y recibida por los socios no asistentes.

5. La segunda cuestión versa sobre si es preciso incorporar a la escritura por la que se elevan a público los acuerdos de fusión, el informe de los auditores, cuando existen solicitudes de designación de auditores por una minoría de socios -en relación tanto a la sociedad absorbente como a la absorbida-, anteriores a la formulación y depósito del proyecto de fusión, anteriores a las convocatorias de las juntas que sobre la fusión debían pronunciarse y anteriores a la celebración de las mismas, cuando, no obstante, el nombramiento efectivo de tales auditores resulta posterior a todos los momentos mencionados, siendo que las solicitudes se refieren a las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2014 cuyo balance de 31 de diciembre es el balance aprobado a los efectos de la fusión.

El balance de fusión, como cualquier otro balance de la sociedad, tiene como finalidad la de proporcionar «la imagen fiel de su patrimonio», mediante la expresión de las partidas de activo, pasivo y patrimonio neto (artículos 34 y 35 del Código de Comercio). El balance de fusión cumple, además, la finalidad adicional de servir de base a las condiciones en que se propone a las personas interesadas llevar a cabo la fusión, proporcionándoles información a fin de que ejerciten sus derechos con el mayor grado de conocimiento posible (artículo 25.1 de la Ley 3/2009).

Respecto de los socios de las sociedades intervinientes, el proyecto de fusión elaborado por los administradores debe hacer referencia a las «fechas de las cuentas de la sociedades que se fusionan para establecer las condiciones en que se realiza la fusión» (artículo 31.10.º de la Ley 3/2009), condiciones que incluyen el tipo de canje y la valoración del patrimonio a transmitir (artículo 31.2.º y 9.º). Por su parte, el artículo 37 de la citada Ley exige que el consentimiento negocial que implica el acuerdo de fusión comprenda las bases patrimoniales sobre las que se lleva a cabo y que esta circunstancia se haga constar en el orden del día: «el balance de fusión (...) deberá ser verificado por el auditor de cuentas de la sociedad, cuando exista obligación de auditar, y habrá de ser sometido a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la fusión a cuyos efectos deberá mencionarse expresamente en el orden del día».

Ello es así aun cuando el balance de fusión haya sido objeto de una previa aprobación por la junta por tratarse, no de un balance elaborado y cerrado específicamente para la operación de fusión, sino del comprendido dentro de las cuentas anuales (artículo 36.1 de la Ley 3/2009). Precisamente el consentimiento que implica el acuerdo social conlleva que el balance de cierre de ejercicio sea, además, el balance de fusión.

Por otro lado, la Ley obliga a poner a disposición de los socios, y de las personas relacionadas con la sociedad que la propia Ley determina, los documentos completos que puedan serles de utilidad para disponer de información sobre la realidad patrimonial, a fin de ejercer sus derechos. Así, el artículo 39.1 de la Ley comprende, dentro de dicha documentación tanto «las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles». Y, en los casos, como el presente, en que el balance de fusión es el correspondiente al último ejercicio -auditado, en su caso- dicha documentación es también la que comprende la información sobre la base patrimonial directa de la fusión.

Respecto de los acreedores: no participan de los acuerdos sociales, pero su contenido les afecta, dado que la fusión produce el efecto legal de la sucesión universal. Por ello el

ordenamiento les reconoce el derecho a examinar el texto íntegro del acuerdo adoptado y el balance de fusión, así como su derecho de oposición (artículo 43.1 de la Ley).

De todo ello resulta que el balance de fusión constituye la base económica de la operación, base económica que, «cuando exista obligación de auditar» (artículo 37 de la Ley 3/2009), ha de ser contrastada mediante la opinión técnica del auditor: es el informe de verificación el que ofrece el preciso contraste técnico para determinar si el balance expresa la imagen fiel del patrimonio y, en definitiva, si aquellas bases responden a la realidad de las cosas (artículo 1 de la Ley de Auditoría).

6. De las circunstancias obrantes en el expediente resulta:

a) que los balances que se han tomado como balances de fusión -tanto en la sociedad absorbida como en la absorbente- son los de fecha 31 de diciembre de 2014, correspondiente al último ejercicio cerrado (artículo 36 de la Ley sobre modificaciones estructurales).

b) que, aun manifestándose en la escritura que las sociedades participantes en la fusión no están obligadas a auditar, se realizaron, para ambas sociedades, solicitudes de designación de auditor a solicitud de una minoría de socios, de conformidad con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital.

c) que fueron aprobadas las cuentas anuales -y por ende dicho balance-, el día 19 de enero de 2014 (en ambas sociedades), no obstante no constar aún resuelto el expediente de designación de auditor, y por tanto, sin el informe de auditoría.

d) que los acuerdos de las juntas aprobando la fusión lo fueron en base a dichos balances, que asimismo se aprobaron como balances de fusión, e igualmente sin el informe de auditoría, que aún no estaba emitido.

Si se tiene en cuenta, de conformidad con lo anteriormente expuesto, que el balance de fusión constituye la base económica de la operación, y que «cuando exista obligación de auditar» (artículo 37), impone la ley que dicha base económica resulte respaldada y contrastada mediante el informe del auditor y su opinión técnica acerca de la fiabilidad del documento, manifestando de forma clara y precisa si ofrece la imagen real del patrimonio, es de concluir que, en el supuesto del presente expediente, no resulta cumplida la exigencia legal. Habiéndose tomado en consideración, como balance de fusión, el último balance de ejercicio aprobado, al amparo de la posibilidad prevista por el artículo 36.1 de la Ley sobre modificaciones estructurales, dicho balance debió de aprobarse a la vista de la verificación contable instada por parte de los socios, y no prescindiendo de la misma.

Existe obligación de auditar los balances que como balances para la fusión se han considerado, en el supuesto del presente expediente. El informe de auditoría viene impuesto por una disposición legal: la que contempla el derecho del socio minoritario a obtenerlo. Tan legalmente exigible es la auditoría sobre el balance de fusión en los casos en que la sociedad deba de nombrar auditor por concurrir los parámetros o circunstancias establecidos en la Ley (artículos 263 y 264 de la Ley de Sociedades de Capital) -o por venir impuesta en virtud de la clase o tipo de sociedad (véase la Ley de Auditoría)-, como en el caso de que el nombramiento del auditor haya tenido lugar como consecuencia de la solicitud de aquel a quien la propia Ley concede el derecho a instar la revisión y verificación de las cuentas anuales de un determinado ejercicio -cuando la sociedad no deba nombrar auditor-, habida cuenta de que el balance comprendido dentro de aquellas cuentas es el mismo balance considerado y aprobado como balance de fusión. Y dado que las juntas de las sociedades absorbente y absorbida aprobaron el balance de fusión, sustrato económico del acuerdo, resultando legalmente exigible su auditoría sin que se aportase el informe de verificación, los acuerdos deben reputarse contrarios a derecho.

No puede admitirse la alegación de los recurrentes en el sentido que, solicitada la auditoría por los socios minoritarios no es posible realizar el depósito de cuentas sin que se aporte la auditoría, pero que ningún precepto legal impide la inscripción de otros actos mientras la hoja registral no haya sido cerrada por falta de depósito de cuentas. Si bien es cierto que no puede realizarse el depósito de cuentas en tal caso sin la auditoría y también es cierto que nada impide la inscripción de otros actos mientras la hoja registral no esté

cerrada, la cuestión aquí no versa ni sobre el depósito de cuentas, ni sobre el cierre registral contemplado por el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil. La cuestión que aquí se debate lo es en el ámbito de la calificación de la regularidad y validez del acto cuya inscripción se pretende (artículos 18 del Código de Comercio y 6 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil). El registrador, en el ejercicio de su función calificadora debe de comprobar, según resulte del documento presentado y del contenido del registro, que el acto o acuerdo societario reúne todos los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para su válida adopción. Exigiendo la Ley sobre modificaciones estructurales, tal y como se ha expuesto, que el balance que sirva de base a los acuerdos de fusión esté auditado cuando la verificación sea legalmente exigible, y siéndolo porque respecto de las cuentas de las que forma parte el balance en cuestión ha sido solicitada auditoría al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no cabe acceder a la inscripción de unos acuerdos que han prescindido de un requisito insoslayable impuesto por la Ley (vid. Resolución de 21 de abril de 2014).

7. Por otra parte, y respecto del cumplimiento del deber de información sobre la fusión, que ha de llevarse a efecto antes de la publicación de la convocatoria de la junta, en favor de los mismos socios y las demás personas recogidas por el artículo 39 de la Ley 3/2009, la escritura calificada afirma haberse puesto a disposición de los socios toda la documentación necesaria. Pero lo cierto es que, constatado como resulta del expediente y reconocen los recurrentes, que los balances de 31 de diciembre de 2014 no habían sido objeto de verificación contable siendo ésta legalmente exigible, y publicándose los anuncios de convocatoria los días 9 y 12 de marzo, no ha podido tener lugar la completa información que dicho artículo preceptúa (39.1.4.º), respecto de las cuentas anuales (...) de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades que fueran legalmente exigibles.

Alegan frente a ello los recurrentes que los informes de auditoría, tanto al tiempo de la convocatoria de las juntas como al tiempo de su celebración, no eran legalmente exigibles porque el Registro Mercantil aún no había procedido a la designación de los auditores, y por tanto, no podían existir las auditorías. La alegación no puede prosperar: el cumplimiento de un requisito impuesto como presupuesto por la Ley para determinado tipo de acuerdo, o que deba de comprenderse como parte de un derecho de información, no puede obviarse so pretexto de que dicho requisito aún no existe. Más bien al contrario: será el acuerdo necesitado de aquel requisito -o la publicidad que deba dársele- los que deban de posponerse en tanto el requisito no exista.

El artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital trata de proporcionar a los socios minoritarios un procedimiento sencillo y ágil con que hacer efectiva su pretensión de obtener la verificación de las cuentas anuales, como modo de reforzar su posición dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa. Y si bien el informe está destinado, en principio, a servir de referencia a la hora de la aprobación de las cuentas anuales, cumple, además, con la función de informar a los socios sobre la veracidad de la contabilidad social.

El procedimiento se desarrolla por los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, se inicia mediante la solicitud, en el plazo correspondiente, del socio o socios que entienden resultan legitimados para ello. Tiene la sociedad derecho a oponerse y, si a pesar de su oposición, la resolución del registrador Mercantil resulta favorable a la pretensión del o de los socios solicitantes, dicha resolución puede ser recurrida ante este Centro Directivo. Transcurrido el plazo de oposición sin haberse planteado, o en su caso, firme la resolución del registrador, éste procederá al nombramiento solicitado. En el tiempo que media entre la solicitud del socio y la resolución firme que concluya, en su caso, accediendo a su pretensión y el nombramiento del auditor, no puede desconocerse la expectativa que surge para el socio solicitante de ver su pretensión satisfecha, expectativa que se proyecta sobre los acuerdos que deban tener en cuenta el informe de auditoría si la designación de auditor y la verificación de la contabilidad llega a entenderse procedente.

La Ley así lo contempla, específicamente, respecto de la aprobación y depósito de cuentas anuales, que no podrán realizarse sin que el informe haya sido emitido, cuando la resolución sea firme (artículos 272.2, 279 y 280 de la Ley de Sociedades de Capital; artículos 366 y 368 del Reglamento del Registro Mercantil), y también prevé esa situación de pendencia del expediente, no produciéndose el cierre del Registro en tanto no transcurran tres meses desde la fecha de la resolución definitiva (artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil). Es decir, establece un lapso temporal en el que cierre registral no opera, como modo de permitir que la aprobación de las cuentas se acuerde a la vista del informe del auditor, garantizando el derecho del socio instante a obtener una completa información sobre la veracidad de los documentos contables sujetos a aprobación.

De igual modo, constando en la documentación obrante en el presente expediente que la resolución del Registro determinando precedente el nombramiento de auditor (tanto en la sociedad absorbente como en la absorbida) había devenido firme al tiempo de la convocatoria de las juntas que sobre la fusión habían de pronunciarse, parece debe entenderse que los administradores, a la vista de las circunstancias, bien podían haber pospuesto la convocatoria y celebración de las juntas en tanto no estuviese emitido el informe de auditor sobre las cuentas anuales, dentro de las cuales se hallaban comprendidos los balances de fusión. Ello habría resultado lo adecuado para no vulnerar el derecho que a la verificación sobre dicho balance tenían derecho, de un lado los socios, como balance de fusión presentado a la junta que debía de acordarla, y por otro lado, los socios y todas las demás personas mencionadas por el artículo 39 de la Ley sobre modificaciones estructurales, en tanto las cuentas anuales del último ejercicio, que debían ser obligatoriamente verificadas, debían de ponerse a su disposición antes de la convocatoria de las juntas, junto con el informe del auditor.

8. Por último, queda por determinar si el informe de auditoría sobre el balance de fusión debe de aportarse o incorporarse a la escritura que documente los acuerdos, a los efectos de su inscripción en el Registro. Cierto es, como dicen los recurrentes, que el artículo 45.1 de la Ley sobre modificaciones estructurales señala que a la escritura pública se incorporará el balance de fusión, no mencionando expresamente el informe de auditoría. Esta cuestión fue ya resuelta por la Resolución de este Centro Directivo de 21 de abril de 2014, dada la dicción del artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil, al establecer que: «1. Para su inscripción, la fusión se hará constar en escritura pública otorgada por todas las sociedades participantes. 2. La escritura recogerá separadamente respecto de cada una de las sociedades intervinientes, además de las circunstancias generales, las siguientes: (...) 5.ª El balance de fusión de las sociedades que se extinguen y, en su caso, el informe de los auditores».

Dicho artículo ha de ser interpretado de conformidad con la regulación de la Ley sobre modificaciones estructurales, en el sentido de que la exigencia en él contenida respecto del «balance de las sociedades que se extinguen» (en cuanto respondía a la regulación de la derogada Ley de Sociedades Anónimas, artículo 244, que exigía, respecto de la escritura pública, que contuviese «el balance de fusión de las sociedades que se extinguen»), es ahora la exigencia del artículo 45 de la Ley 3/2009, ya que el legislador ha optado por modificar el sistema anterior y exigir no sólo el balance, auditado en su caso, de las sociedades que se extinguen sino de todas las participantes en la fusión. Pero, en todo caso, del artículo reglamentario resulta la necesidad de incorporar a la escritura pública tanto el balance de fusión como su verificación contable en todos los casos en que ésta sea legalmente exigible, salvo, como excepción ya señalada por la citada Resolución de 21 de abril de 2014, que el balance de fusión e informe de auditoría (en su caso) estén ya integrados en las cuentas anuales cuyo depósito se haya realizado con anterioridad en el Registro Mercantil, circunstancia que ahora no concurre.

En base a todo lo expuesto, procede la confirmación del segundo defecto señalado en la nota de calificación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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