

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8587 *Resolución de 20 de junio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Sevilla a inscribir la escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de dos sociedades.*

En el recurso interpuesto por don J. B. S., en nombre y representación y como administrador único de la sociedad «Ruescampo Sevilla, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de dicha sociedad y la sociedad «Gespromobys Universitas, S.L.».

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 28 de noviembre de 2016 por la notaria de Vera, doña María Nieves Salas Pérez, con el número 482 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos sociales de fusión de la sociedad «Ruescampo Sevilla, S.L.» (sociedad absorbente) y la sociedad «Gespromobys Universitas, S.L.» (absorbida), adoptados en junta general universal de la sociedad absorbente el día 21 de octubre de 2016. Tanto la sociedad absorbente como la sociedad absorbida están participadas por los mismos socios y en la misma proporción, y el acuerdo se adoptó por unanimidad.

II

El día 2 de febrero de 2017 se presentó en el Registro Mercantil de Sevilla copia autorizada de dicha escritura, que fue objeto de la siguiente calificación negativa, que se transcribe únicamente respecto de los defectos que son objeto de impugnación por haber sido subsanado el primero de los expresados en una calificación anterior: «Don Juan Ignacio Madrid Alonso, Registrador Mercantil de Registro Mercantil de Sevilla, 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: 912/636 F. presentación: 20/12/2016 Entrada: 1/2017/2.207,0 Sociedad: Ruescampus Sevilla Sociedad Limitada Hoja: SE-94338 Autorizante: Salas Pérez, María Nieves Protocolo: 2016/482 de 2811/2016 Fundamentos de Derecho 1.–(...) 2.–Debe acreditarse el acuerdo de fusión adoptado por la sociedad absorbida e incorporarse a la escritura calificada mediante la oportuna certificación para su elevación a público: Artículo 45 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.–Defecto subsanable. 3.–De la escritura calificada no resulta la manifestación relativa a que no se han restringido los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores, sobre la fusión pretendida, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo: Ver artículos 39 y 40.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, así como las RR.D.G.R.N. de fechas 10 y 11 de abril de 2.014.–Defecto subsanable. 4.–En cuanto a la notificación del acuerdo de fusión a los acreedores de las entidades participantes en la fusión, deben expresar en la escritura calificada el medio o procedimiento por el que se ha llevado a cabo la notificación correspondiente: Artículo 43 de la mentada Ley 3/2009, de 3 de abril.–Defecto subsanable. En relación con la presente calificación: (...) Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el

Artículo 15 del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro. Sevilla, diecisiete de febrero de dos mil diecisiete».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. B. S., en nombre y representación y como administrador único de la sociedad «Ruescampo Sevilla, S.L.», interpuso recurso el día 27 de marzo de 2017 mediante escrito en el que arguye lo siguiente: «Hechos y fundamentos Primero.—(...) Tercero.—Necesidad de acreditación del acuerdo de fusión de la sociedad absorbida e incorporación a la escritura mediante la oportuna certificación para su elevación a público. El primer defecto alegado consiste en que no se ha acreditado el acuerdo de fusión de la sociedad absorbida ni se ha incorporado a la escritura mediante la oportuna certificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME) El dicente entiende que este requisito no es aplicable a la escritura calificada porque tanto la sociedad absorbente, Ruescampus Sevilla, S.L., como la sociedad absorbida, Gespromobys Universitas, S.L., están participadas por los mismos socios y en la misma proporción y, además, el acuerdo ha sido adoptado por unanimidad. En efecto, los socios de una y otra sociedad son las compañías Laomar 21, S.L. y Urbanización Torreverde, S.L., que son titulares respectivamente del 50,025 % y 49,975 % de ambas compañías. En este sentido, el artículo 45.1 de LME establece que «las sociedades que se fusionan elevarán a público el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública, a la cual se incorporará el balance de fusión de aquellas...». Sin embargo, el precepto debe ponerse en relación con lo dispuesto en los artículos 49 y 52 de la LME que dispensan de esta obligación en el supuesto de la escritura calificada, como pasamos a exponer. Así, el artículo 49 de la LME, relativo a la absorción de sociedad íntegramente participada, determina expresamente que «1.—Cuando la sociedad absorbente sea titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas, la sociedad podrá realizarse sin que concurren los siguientes requisitos: 4.º.—La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas». Por su parte, el artículo 52 de la LME, relativo a los supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas, aplica dispensa de la aportación del acuerdo de fusión de la sociedad absorbida en los casos de sociedades íntegramente participadas por el mismo socio: «1.—Lo dispuesto para la absorción de sociedades íntegramente participadas será de aplicación, en la medida que proceda, a la fusión, en cualquiera de sus clases, de sociedades íntegramente participadas por el mismo socio». En consecuencia, no es necesario aportar con la escritura el acuerdo de fusión de la sociedad absorbida, en este caso, la mercantil Gespromobys Universitas, S.L., porque el acuerdo de fusión afecta a dos socios íntegramente participadas por los mismos socios, por lo que debe revocarse el defecto alegado. Cuarto.—Manifestación relativa a la no restricción de los derechos de información. El Registrador Mercantil deniega la inscripción por entender que la escritura no se ha hecho las menciones contenidas en los artículos 39 y 40.2 de la LME. Sin embargo, el Registrador no ha tenido en cuenta que en el certificado del acuerdo de Junta, elevado a público en la escritura que se pretender inscribir, el administrador único de la sociedad certifica expresamente: Asimismo certifico: 2.—Que, de conformidad con lo previsto en el artículo 39 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, así como en lo dispuesto en el artículo 42.2 de la referida LME, ha sido puesto a disposición de los socios y representantes de los trabajadores -pues no existen ni obligacionistas, ni titulares de derechos especiales- en el domicilio social, los documentos referidos en el citado precepto (art. 39 LME), habiéndose podido examinar los mismos en el domicilio social o haber pedido su entrega gratuita en los términos establecidos. En consecuencia, debe entenderse cumplido el requisito y revocarse el defecto alegado en la calificación del registrador Mercantil. Quinto.—Expresión del medio o procedimiento por el que se ha llevado a cabo la notificación del acuerdo de fusión a los acreedores. En lo que hace referencia al último defecto alegado, la nota de calificación indica que «en cuanto a la

notificación del acuerdo de fusión a los acreedores de las entidades participantes en la fusión, deben expresar en la escritura calificada el medio o procedimiento por el que se ha llevado a cabo la notificación correspondiente». El recurrente entiende que este requisito se encuentra cumplido, puesto que en la certificación elevada a público en la escritura el administrador certificó expresamente el modo concreto en que se había efectuado la comunicación y la fecha del último envío: Asimismo certifico: 3.—Que, igualmente se certifica que se ha comunicado expresamente el derecho que asiste a los socios y acreedores de las sociedades participantes en la fusión de obtener el texto íntegro de los acuerdos adoptados y de los balances de fusión, en el domicilio social de las mismas, así como el derecho que asiste a los acreedores de las sociedades que se fusionarán por plazo de un mes, contado a partir del envío de la comunicación por escrito al último acreedor de la compañía que ostenta el dicho derecho de oposición, realizado en fecha 24 de octubre de 2016, todo ello según lo previsto en los artículos 43 y 44 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, sin que se hayan realizado, lógicamente oposiciones algunas por los acreedores existentes. Para comprobar el cumplimiento de los requisitos legales, debemos acudir, en primer lugar, a lo dispuesto en el artículo 43 de la LME. Este precepto obliga a que en la publicación del acuerdo de fusión en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en las provincias en las que las sociedades tenga su domicilio se haga constar el derecho que asiste a los socios y 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. Sin embargo, el párrafo 2º del precepto dispensa de este requisito cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquel en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad. Por su parte, el artículo 44 de la LME dictamina que la fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado en el caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores desde el envío de la comunicación al último de ellos. Los preceptos se desarrollan con lo dispuesto en el artículo 227.2 del RRM que, al determinar los requisitos de la escritura en la que se haga constar la fusión, especifica que se ha de recoger respecto de cada una de las sociedades intervinientes, además de las circunstancias generales, las siguientes: 1.ª La manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, sobre el cumplimiento de lo establecido en el artículo 238 de la Ley de Sociedades Anónimas (...) y de que han sido puestos a disposición de los socios y acreedores los documentos a que se refiere el artículo 242 de dicha Ley. 2ª. La declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad. La remisión al artículo 238 del TR LSA debe entenderse efectuada, a la nueva regulación establecida en la LME. En cualquier caso, de la interpretación conjunta de los preceptos legales y reglamentarios resulta: 1) Que la LME solo exige que la comunicación a los socios y acreedores debe efectuarse por escrito, sin que sea necesario ningún requisito adicional en cuanto a la forma concreta de la comunicación. Por lo que el registrador se extralimitaría en su calificación en el caso en que fuera más allá de lo dispuesto por la ley. 2) Que es responsabilidad de los administradores que elevan a público el acuerdo la manifestación de que este requisito se ha cumplido, sin que sea necesario acreditar en la escritura su cumplimiento. Dicho de otro modo, es responsabilidad exclusiva de los administradores hacer constar que se ha notificado a los acreedores el derecho a obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y el balance de fusión, así como el derecho que les asiste, sin que el registrador puede exigir algo más que esta manifestación. 3) Que, no obstante lo anterior, si parece necesario que se haga constar el modo en que se ha hecho la comunicación y la fecha del envío de la última comunicación, para que el registro pueda calificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 de la LME. En este sentido, podemos traer a colación lo dispuesto por la DGRN en la resolución de 9 de mayo de 2014 (BOE) en la que se deniega la inscripción de una escritura de fusión por el hecho de que no se hizo constar en ella la fecha de la última notificación. Presentada

a inscripción una escritura de fusión por absorción, el registrador denegó la inscripción, entre otros motivos, porque no se había hecho constar la fecha de la última comunicación y la forma en que se había practicado la última comunicación a los acreedores. El registro admitió que la se había hecho constar la forma en que se había hecho la comunicación, pero mantuvo que no constaba la fecha. La Dirección General mantuvo la calificación: 6. Resultando de los hechos expuestos más arriba que el representante de las sociedades fusionadas manifiesta haber llevado a cabo comunicación individual a los acreedores y que ninguno de ellos ha ejercitado su derecho de oposición en el plazo legalmente previsto, el registrador entiende que debe concretarse tanto el modo específico en que se ha llevado a cabo la comunicación como la fecha de la última a fin de dar por cumplimentado el artículo 43 de la Ley 3/2009. El recurrente se opone por considerar que del documento resulta con claridad que la comunicación se ha hecho mediante entrega en mano con acuse de recibo por expreso mandato de las respectivas juntas y por el hecho de que la afirmación sobre el transcurso del mes la lleva a cabo el compareciente bajo su responsabilidad. Aceptado por el registrador en su informe que basta la afirmación del compareciente sobre el modo en que se han llevado a cabo las comunicaciones, la cuestión se centra en la determinación de la fecha en que se ha llevado a cabo la comunicación individual. La dicción del artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil, en su número 2.1.º deja a la responsabilidad de quien comparece en representación de la sociedad o de las sociedades involucradas la manifestación sobre el cumplimiento de los requisitos que no exigen una acreditación especial; en su regla 2ª expresamente afirma que su manifestación comprenderá, en su caso, la declaración sobre la inexistencia de oposición de los acreedores (o lo contrario, en su caso). Téngase en cuenta no obstante que la dicción del Reglamento se acomoda a los requerimientos del derogado artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas que exigía en cualquier caso la publicación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" cuya fecha de publicación sí que exige expresamente el artículo 227 en su regla 4.ª. Es decir, entre los requisitos que exige el artículo 227 se encuentra aquél que permite determinar que se ha llevado a cabo la forma de publicidad del acuerdo de fusión prevista en el ordenamiento así como que se ha respetado el plazo que para la oposición se reconoce a los acreedores. De aquí que no quepa otra interpretación de dicho artículo que aquella que acomode su contenido a la dicción actual del artículo 43 de que viene a sustituir las previsiones artículo 242 de la Ley de Sociedades este modo el documento debe recoger la relativa tanto al modo concreto en que a cabo la comunicación individual en respeto las exigencias previstas en el la Ley 3/2009 del derogado Anónimas. De manifestación se ha llevado términos que artículo 43.2 y el derecho de información consagrado en el artículo 43.1 de la Ley 3/2009, como la fecha en que se ha llevado a cabo la última comunicación, único modo de que el registrador pueda verificar que la preceptiva manifestación relativa a la inexistencia de oposición a que se refiere el propio artículo 227.2.2.º se acomoda a las previsiones legales. Procede en consecuencia la confirmación del defecto señalado en los términos vistos. Trasladados los anteriores argumentos al supuesto de hecho, nos encontramos con que los administradores han hecho contar bajo su responsabilidad que se ha cumplido con el requisito de notificación exigido por la ley, que la notificación se hizo por comunicación por escrito y que la última comunicación se efectuó el 24 de octubre de 2016. En consecuencia, no hay ningún motivo para denegar la inscripción de la escritura y el acuerdo debe ser revocado».

IV

Mediante escrito, de fecha 19 de abril de 2017, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe manifestaba que ha resuelto reformar la calificación respecto del defecto señalado bajo el número 2 y mantenerla en cuanto a los defectos 3 y 4.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 39, 40, 42, 43, 44, 47, 73, 74 y 78 bis 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; 44 del Estatuto de los Trabajadores; 112 y 227 y 228 del Reglamento del Registro Mercantil; la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones; el artículo 13 del Texto Consolidado, Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril, y las Resoluciones de esta Dirección General de Resolución de 3 de octubre de 2013, 10, 11 y 21 de abril, 8 y 9 de mayo, 15 y 21 de octubre y 5 y 6 de noviembre de 2014 y 19 de enero, 9 de abril y 4 de noviembre de 2015.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público los acuerdos sociales de fusión de la sociedad «Ruescampo Sevilla, S.L.», (sociedad absorbente) y la sociedad «Gespromobys Universitas, S.L.» (absorbida), adoptados en junta general universal de la sociedad absorbente el día 21 de octubre de 2016. Tanto la sociedad absorbente como la sociedad absorbida están participadas por los mismos socios y en la misma proporción y, el acuerdo se adoptó por unanimidad.

2. Antes de entrar en el análisis de las objeciones expresada en la calificación impugnada que son mantenidas por el registrador debe tenerse en cuenta que la protección de los distintos intereses que pueden resultar afectados en modificaciones estructurales de sociedades como son la escisión y la fusión se disciplina legalmente mediante la regulación de un procedimiento, de carácter obligatorio, que solo cuando es debidamente cumplimentado surte los efectos previstos por el legislador. Pero, habida cuenta de la diversidad de los intereses potencialmente afectados (socios capitalistas con o sin prestaciones accesorias, socios con privilegios, socios industriales, titulares de derechos especiales o tenedores de títulos, administradores, trabajadores, acreedores,...) la mayor o menor complejidad de ese procedimiento legalmente previsto para su protección viene determinada por la presencia en cada situación concreta de unos u otros intereses.

La legislación comunitaria, de la que procede la regulación vigente en España, ha ido acotando los supuestos en los cuales se puede prescindir de trámites innecesarios del procedimiento de fusión o escisión por estar suficientemente protegidos los intereses concurrentes. El Preámbulo de la Directiva 2009/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 afirma con rotundidad que es preciso reducir las cargas de las sociedades al mínimo necesario y que cualquier acuerdo societario de reducción de trámites debe salvaguardar los sistemas de protección de los intereses de los acreedores. 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, que ha tenido como objetivo, expresivamente presente en su denominación, llevar a cabo la transposición a nuestro ordenamiento del contenido de la Directiva, reitera las anteriores afirmaciones.

En definitiva, nada impide que ante situaciones de hecho exentas de complejidad el procedimiento se simplifique y agilice al máximo pese a lo cual desenvuelve la misma intensidad de efectos (la sucesión universal) que los supuestos más complejos. Pero por sencilla que sea la situación de hecho, la normativa comunitaria y la española imponen en cualquier caso la salvaguarda -en distinto grado- de los derechos de los socios, de los trabajadores y de aquellos eventuales acreedores a quienes pueda afectar el proceso.

3. El primero de los dos defectos que mantiene el registrador (señalado con el número 3 en la nota de calificación) se refiere a la necesidad de que el otorgante manifieste, bajo su responsabilidad, que no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores, sobre la fusión pretendida, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo.

Entre las medidas tuitivas previstas en el régimen legal de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles se encuentran determinados requisitos relativos a la información documental que sobre la fusión y la escisión debe ponerse a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de los trabajadores (artículos 39 y 73 de la Ley 3/2009, con las salvedades que resultan del artículo 78 bis de la misma Ley).

Esta información debe estar a disposición de los mismos interesados también en los casos en que los acuerdos se hayan adoptado en junta general universal y por unanimidad de quienes puedan ejercer el derecho de voto (cfr. artículos 42.1 y 73.1 de dicha Ley). En tales supuestos, por el hecho de que no se publiquen ni depositen previamente tales documentos, no podrán ser restringidos los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo (artículo 42.2).

Es cierto que la verdadera tutela de los intereses de los trabajadores es la que resulta de la legislación laboral (por ejemplo, artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la sucesión de empresa). Pero tal circunstancia no implica que en la elevación a público de los acuerdos de fusión y escisión así como para inscribirlos pueda omitirse cualquier referencia al cumplimiento de las obligaciones y respecto de los derechos a que se alude la Ley 3/2009. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 227.2 Reglamento del Registro Mercantil, que exige que la escritura recoja, entre otras circunstancias, «1.ª La manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, sobre el cumplimiento de lo establecido en el artículo 238 de la Ley de Sociedades Anónimas...», precepto legal que se refería a la puesta a disposición de los representantes de los trabajadores de los documentos informativos obligatorios en la fase preparatoria de la fusión. Por ello, aun cuando el Reglamento del Registro Mercantil no se ha adaptado a la Ley 3/2009, debe concluirse que la escritura deberá contener la declaración del otorgante sobre el cumplimiento de la obligación de información impuesta por el citado artículo 39.1 también respecto de los trabajadores.

En el presente caso debe tenerse en cuenta que, como alega el recurrente, en la certificación del acuerdo de la junta general, incorporada a la escritura calificada, el administrador manifiesta expresamente que han sido puestos a disposición de los socios y representantes de los trabajadores -pues no existen ni obligacionistas, ni titulares de derechos especiales-, en el domicilio social, los documentos referidos en el artículo 39 de la Ley 3/2009, y añade en la misma certificación que han «podido examinar los mismos en el domicilio social o haber pedido su entrega gratuita en los términos establecidos». Además, en la misma certificación se expresa que dicha modificación estructural no tendrá incidencia alguna sobre el empleo. De referirse dichos extremos tanto a la sociedad absorbente como a la absorbida, el defecto invocado por el registrador no podría ser confirmado. Lo que ocurre es que el cumplimiento de la exigencia legal impuesta en el citado artículo 39 de la Ley 3/2009 relativa a la información documental que sobre la fusión debe ponerse a disposición de los trabajadores no es objeto de certificación o manifestación alguna por el otorgante de la escritura respecto de la sociedad absorbida. Por ello, en tal extremo debe confirmarse -parcialmente- el defecto expresado por el registrador.

4. El segundo de los defectos que debe ser analizado (señalado con el número 4 en la nota de calificación) se refiere al medio o procedimiento por el que se ha llevado a cabo la notificación del acuerdo de fusión a los acreedores de las sociedades afectadas. Según la calificación impugnada, considera el registrador que tal extremo no se ha expresado en la escritura calificada.

Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente (vid. las Resoluciones citados en el apartado «Vistos» de la presente), 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.

En relación con los acreedores la protección de sus intereses tiene en cuenta que no son parte del proceso de fusión o escisión. En tanto en cuanto la sucesión universal que

se produce como consecuencia del proceso 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.

Como ha puesto de relieve esta Dirección General (vid., por todas, las Resoluciones de 15 de octubre y 5 y 6 de noviembre de 2014 y 4 de noviembre de 2015), la regulación jurídica del derecho de oposición de los acreedores en los procesos de modificación estructural de sociedades ha quedado profundamente afectada por la modificación que de su regulación ha llevado a cabo la Ley 1/2012.

La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (artículos 145 y 146), configuró el derecho de oposición de los acreedores como un elemento determinante de la eficacia de la fusión hasta el punto de que, de no satisfacerse los créditos pendientes o no prestar garantía a satisfacción del acreedor opositor, el negocio no podía desplegar los efectos previstos en el ordenamiento. Así lo afirmaba el artículo 145 del texto legal: «Si durante este plazo algún acreedor social se opusiera por escrito a la fusión, ésta no podrá llevarse a cabo sin que se aseguren previamente o se satisfagan por entero los derechos del acreedor o acreedores disidentes». Y así lo recogió en términos muy similares el artículo 243 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, que se remitía al régimen establecido para los supuestos de reducción del capital social en el artículo 166, de donde pasó al artículo 44.3 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. La regulación se completaba con la previsión del Reglamento del Registro Mercantil que en su artículo 227.2.2.^a establecía como requisito de la escritura pública sujeta a inscripción: «La declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad».

Como consecuencia de la regulación legal y reglamentaria, los acreedores disponían de un auténtico derecho de veto que impedía la eficacia de la fusión o escisión así como su inscripción en el Registro Mercantil en tanto no se les proporcionase la satisfacción que considerasen necesaria. Es cierto que el derecho de oposición no se reconocía a «...los acreedores cuyos créditos se encontrasen ya suficientemente garantizados», pero la propia indeterminación de la previsión legal hacía inviable la eficacia de la fusión cuando el acreedor afirmaba la falta de suficiente garantía de su crédito, abocando en caso de desacuerdo a una solución judicial sin que mientras tanto la fusión pudiera desplegar sus efectos.

La regulación legal prevista en nuestro ordenamiento daba así cumplimiento a la previsión de la Tercera Directiva Europea en materia de sociedades (78/855/CEE, Preámbulo y artículo 13), en cuanto garantizaba que el procedimiento de fusión no perjudicase los derechos de los acreedores. La regulación empero excedía con mucho la previsión comunitaria de régimen mínimo de protección que en ningún caso consideró que la oposición de los acreedores podía condicionar la eficacia de la fusión; tan solo exigía que los Estados miembros previesen el derecho de los acreedores a obtener garantía adecuada de las sociedades implicadas o, en su defecto, de la autoridad competente (en este último caso a partir de la modificación introducida en el artículo 13 por la Directiva 2009/109/CE; vid. hoy, artículo 13 del Texto Consolidado, Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril).

Este estado de cosas fue profundamente alterado por la Ley 1/2012 que, en lo que ahora interesa, modifica el artículo 44 de la Ley 3/2009 precisamente para adecuarlo a las previsiones de la Directiva 2009/109/CE y a las modificaciones que ésta lleva a cabo en el régimen europeo de fusiones y escisiones. Como por extenso afirma su Exposición de Motivos: «...siguiendo a la Directiva, a la vez que evita que la infracción de los deberes a cargo de la sociedad en caso de legítima oposición pueda afectar a la eficacia de la fusión o de la escisión, la presente Ley amplía las posibilidades de acción de los acreedores en los casos en los que, no obstante la prohibición expresa de la ley, la fusión o la escisión se lleven a cabo sin la prestación de las garantías necesarias a favor del opositor».

Con esta base, y de acuerdo con el nuevo régimen legal establecido en el artículo 44 de la Ley 3/2009 (aplicable a la escisión conforme al artículo 73.1 de la misma Ley), los

acreedores que ostenten derecho de oposición (por ser titulares de créditos anteriores no vencidos y no suficientemente garantizados), pueden ejercerlo frente a las sociedades involucradas exigiendo la prestación de garantía a su satisfacción o de fianza solidaria por entidad de crédito en los términos establecidos en el número 3 del precepto. Este régimen, sustancialmente idéntico al anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2012, implica que las sociedades afectadas reconocen la legitimidad de la reclamación del acreedor opositor y de ahí que se afirme que la fusión no podrá llevarse a cabo hasta que se le proporcione la satisfacción requerida, lo que implica el acuerdo de las partes, o a que se acredite la existencia de fianza solidaria de entidad de crédito ya sin consentimiento del acreedor. Nótese que en este último supuesto (que procede del artículo 166 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989), la fusión puede llevarse a cabo y ser plenamente eficaz a pesar de la oposición del acreedor al considerar el legislador que su posición jurídica está suficientemente protegida.

La novedad consiste en que cuando, a pesar de la oposición del acreedor, las sociedades llevasen a cabo la fusión sin prestar garantía a su satisfacción o sin presentar fianza solidaria de entidad de crédito («se hubiera llevado a efecto» dice el precepto), se reconoce al acreedor el derecho a dirigirse al Juzgado de lo Mercantil en reclamación de la prestación de garantía de pago de su crédito e incluso a hacer constar con anterioridad en el folio correspondiente del Registro Mercantil el hecho del ejercicio de su derecho de oposición pero sin que en ningún caso se impida la eficacia del negocio de fusión.

5. De las consideraciones anteriores no puede deducirse que la práctica de la publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual sea irrelevante a efectos de los acreedores; bien al contrario, en cuanto manifestación de su derecho de información, la falta de cumplimentación o su cumplimentación defectuosa puede dar lugar a la impugnación del proceso de fusión. Su 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 comprenda «el derecho de oposición que corresponde a los acreedores».

Puesto que dicho requisito puede dar lugar a la impugnación de la fusión por contravención de las previsiones legales (artículo 47 de la Ley 3/2009), es indudable que el documento presentado debe recoger debidamente los particulares que permitan al registrador calificar este extremo.

6. Resulta de la escritura calificada que el acuerdo de fusión ha sido notificado individualmente a los acreedores. Concretamente, como alega el recurrente, en dicho título el otorgante certifica que se ha realizado la comunicación a los acreedores prevista en los artículos 43 y 44 de la Ley 3/2009, por escrito el 24 de octubre de 2016. Por ello, el defecto debe ser revocado.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso respecto del defecto expresado en la calificación con el número 4 y desestimarlo respecto del señalado con el número 3, respecto de la sociedad absorbida, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de junio de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.