

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12834 *Resolución de 9 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil de Madrid n.º XIII a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de dos sociedades.*

En el recurso interpuesto por don R.P.C., en representación, como administrador único, de la sociedad «Inmobiliaria Moita Leite, S.L.», contra la negativa del registrador mercantil de Madrid número XIII, don Juan Sarmiento Ramos, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de dicha sociedad y la sociedad «Punta Lapachán, S.L.».

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 27 de diciembre de 2019 por el notario de Madrid don José Juan de Ibarro y Guerrica Echevarría, con número 2.917 de su protocolo, se elevaron a público los acuerdos sociales de fusión de la sociedad «Inmobiliaria Moita Leite, S.L.», (sociedad absorbente) y la sociedad «Punta Lapachán, S.L.», unipersonal (absorbida), adoptados en junta general universal conjunta de ambas sociedades el 26 de octubre de 2019. La sociedad absorbida tiene un capital social de 1.825.020 euros; y la absorbente un capital social de 1.600.000 euros, dividido en 16.000 participaciones de 100 euros de valor nominal, de las cuales 6.550 participaciones pertenecen a la sociedad absorbida.

Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de calificación negativa el 31 de enero de 2020 por el registrador mercantil de Madrid número XIII, don Juan Sarmiento Ramos, en los siguientes términos: «No puede inscribirse el aumento de capital de la sociedad absorbente, que pasa de 1.600.000 euros a 2.770.020 euros (por tanto, un aumento de 1.170.020 euros) por no resultar ni del acuerdo respectivo ni de la documentación de la fusión, una contraprestación que cubra la realidad de dicho aumento. (cfr. arts. 23, 59 y 295 LSC).

Si el neto patrimonial de la sociedad absorbente, según balance de fusión es de 1.679.297, y el neto patrimonial de la absorbida (descontado el valor patrimonial de su participación en la absorbente, que según los balances es de 1.156.000 euros), es 660.204 euros (1.816804 euros, menos los referidos 1.156.000 euros), el valor total del patrimonio resultante será 2.339.502 euros; por tanto, inferior al nuevo capital de la absorbente».

II

El día 6 de mayo de 2020 se presentó de nuevo en el Registro Mercantil de Madrid copia autorizada de dicha escritura, y fue objeto de la siguiente calificación negativa:

«Juan Sarmiento Ramos, 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, he resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos ...

Fundamentos de Derecho

1. No puede accederse a la inscripción de la fusión acordada en tanto no se inscriba el incremento del capital de la absorbente, incremento cuya inscripción se

rechaza por no cumplir la exigencia inherente a la realidad del capital social incrementado (cfr. arts. 59, 73, 295 LSC). Obsérvese que la suma de los patrimonios reales ni siquiera cubre el capital final de la absorbente.

Basta revisar la operación realizada para observar que hay una incorrecta -por excesiva- valoración del patrimonio real de la sociedad absorbida, que explica el incumplimiento de esa exigencia de realidad en el incremento de capital realizado. En efecto, los otorgantes consideran que en el patrimonio de la sociedad absorbida (de socio único) hay 1.156.600 euros correspondientes al valor adquisición de las participaciones que tienen en la absorbente, que, junto con los demás bienes de esta sociedad, da un activo total de 1.757910,12 euros. Ahora bien, como el art 25 LME ordena estar en la valoración de las operaciones de fusión, al valor real de los respectivos patrimonios, el patrimonio de la absorbida no puede determinarse valorando las participaciones que tiene en la absorbente por el valor en que las tiene contabilizadas en su balance, sino por el valor que le corresponden al tiempo de la fusión según el balance de situación de la absorbente a 31 de octubre de 2019 (que funda el de fusión de esta sociedad, que también ha sido aprobado); esto es, por 687.750 euros aproximadamente, con lo cual el patrimonio real de la absorbida se reduce a 1.302.958 euros aproximadamente.

Y si a lo anterior añadimos que las participaciones de la absorbente que tiene la absorbida, al pasar a aquella por razón de la fusión, no pueden servir de contraprestación justificadora del aumento de capital de la propia absorbente (cfr. art 295 LC), resulta claro que el incremento de capital de la absorbente que puede realizarse no puede exceder del valor de la parte de patrimonio neto de la absorbida representada por esos otros bienes que figuran en su balance, con exclusión de las participaciones que tenía en la absorbente (parte, que según el balance de fusión de la absorbida, y sin entrar ahora en su correcta confección, ascendería a 570.000 euros aproximadamente). Esto es, en ningún caso permitiría ampliar el capital de la absorbente en 1.170.020 euros (diferencia entre el capital preexistente de ésta -1.600.000 euros- y el resultante tras la ampliación, de 2770.020 euros).

2. No consta la fecha de comunicación a los acreedores del acuerdo de fusión (cfr. art. 227.4 RRM), lo que en relación con el contenido de la manifestación de los otorgantes (exclusivamente que ningún acreedor se opuso), impide comprobar que se ha respetado el plazo legal que de un mes que tienen para oponerse cfr. art. 44 LME). Al no conocerse el día inicial de comunicación, no puede saberse si entre él y el otorgamiento de la escritura ha transcurrido dicho plazo, lo que en otro caso habría permitido salvar la insuficiencia de la declaración de los otorgantes al respecto.

En relación con la presente calificación:

Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones conforme a los arts. 19 bis y 275 bis de la Ley Hipotecaria y al Real Decreto 1039/2003 (...)

Puede impugnarse directamente ante el Juzgado de lo Mercantil de esta capital (...)

Cabe interponer (...) 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.

Madrid, veinte de mayo de dos mil veinte. El registrador. Juan Sarmiento Ramos (...).

III

El día 16 de junio de 2020 don R.P.C., en representación, como administrador único, de la sociedad «Inmobiliaria Moita Leite, S.L.», solicitó calificación conforme al cuadro de sustituciones, correspondiéndole a la registradora de la propiedad de Móstoles número 3, doña Ana María Araiz Rodríguez, quien el 26 de junio de 2020 confirmó la calificación del registrador sustituido, por las razones alegadas por el mismo en su nota de calificación.

IV

Mediante escrito que entró en el Registro Mercantil de Madrid el 10 de julio de 2020, don R.P.C., en la misma representación antes indicada, interpuso recurso contra la calificación del registrador sustituido. En dicho escrito expresa las alegaciones siguientes:

«Cuarta: La escritura calificada elevó a público acuerdos de 26 de noviembre de 2019 de las juntas generales, extraordinarias y universales de socios conjuntas de la compañía "Punta Lapachán, S.L." e "Inmobiliaria Moita Leite, S.L.", por la que esta segunda absorbía a la primera.

Como quiera que el primer punto de la calificación, contiene varios párrafos se estructuran las alegaciones en los siguientes 5 apartados.

- a) Necesidad de incremento de capital de la sociedad absorbente.

Se inicia la nota de calificación y suspensión de la inscripción manifestando:

"No puede accederse a la inscripción de la fusión acordada en tanto no se inscriba el incremento del capital de la absorbente, incremento cuya inscripción se rechaza por no cumplir la exigencia inherente a la realidad del capital social incrementado (cfr. arts. 59, 73, 295 LSC). Obsérvese que la suma de los patrimonios reales ni siquiera cubre el capital final de la absorbente.

... la suma de los patrimonios reales ni siquiera cubre el capital social de la absorbente no tiene, más bien, en muchos casos, sucederá (siempre que alguna de las sociedades tenga pérdidas, acumuladas que hayan reducido su patrimonio por debajo de la cifra del total social".

A estos efectos, tal vez es necesario, en primer término, distinguir los conceptos y diferencias entre capital social y patrimonio social (se citan como patrimonios reales – sic–, aun cuando posteriormente parecen confundirse ambos conceptos, dicho en términos de estricta defensa, con el activo).

El capital social es una cifra estable de la contabilidad social. Cualquier aumento o disminución de dicha cifra conlleva una modificación de los estatutos sociales. Como apunta la AP La Coruña en sentencia de 9 de diciembre de 2011, las sociedades de capital giran bajo el concepto de capital social, integrado por las aportaciones de los socios, dividido en acciones o participaciones sociales, que conforman el criterio decisivo para participar en los derechos sociales. Cuando nos hallemos ante un caso de aumento y reducción de capital social, dado que se trata de una decisión trascendente para los socios, pues a través de su modificación cambia la proporción con la que cada uno de ellos participa en la sociedad. La otra función más importante del capital social radica en la protección de los acreedores.

Por el contrario, aun cuando la doctrina científica considera que el patrimonio social es el conjunto efectivo de bienes, derechos y obligaciones de valor pecuniario que tiene la sociedad en un momento determinado, siendo por tanto un concepto dinámico que varía en cada momento en atención a la evolución del negocio; tal vez sea una explicación poco rigurosa, como luego veremos al referirnos al activo y pasivo del balance de una sociedad. Veremos que en definitiva el patrimonio de una sociedad es coincidentes que lo que Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, define como activo corriente, patrimonio neto,...

En el momento fundacional es frecuente que ambas cifras (capital y patrimonio) coincidan, pero esta identidad desaparece cuando la sociedad comienza su actividad económica, aumentando o disminuyendo el patrimonio mientras que el capital social permanece, en principio, inalterable.

Los conceptos de capital social y patrimonio de la sociedad están vinculados con los términos de valor nominal y valor real de las participaciones, correspondiéndose el primero con el capital social y el segundo con el patrimonio real. Por tanto, lo habitual es

que, tras años de actividad, resulte prácticamente imposible que los importes del capital social y del patrimonio social, coincidan.

Tan es así, que el artículo 23.2 de la Ley 3/2009 establece:

"Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda".

Se distingue de forma clara patrimonio y capital. Aun cuando la mención "aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda"; pudiese parecer algo ambiguo, no es así, por cuanto:

– El artículo 26 establece la prohibición de canje de participaciones recíprocas, para finalizar diciendo que no podrán canjearse por „ participaciones... de la sociedad resultante de la fusión y, en su caso, deberán ser amortizadas". Ello nos ha de llevar a la conclusión, que salvo con dicha excepción, el capital social de la sociedad absorbente ha de ser el resultado de la suma del propio, con las de la sociedad absorbida.

– El artículo 24.1 dice: Los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la sociedad resultante de la fusión, recibiendo un número de... participaciones, en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades".

– El punto 3.º del artículo 49.1 titulado "Absorción de sociedad íntegramente participada, establece como una excepción: Cuando la sociedad absorbente film titular de firma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas, la operación podrá realizarse sin necesidad de que concurren los siguientes requisitos: ... 3.º El aumento de capital de la sociedad absorbente".

Se citan en la nota de calificación los siguientes artículos de la Ley de Sociedades de Capital. En primer lugar, el artículo 59 que regula dos supuestos de hecho:

1. Será nula la creación de participaciones sociales y la emisión de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. Como luego veremos al tratarse de una fusión no estamos en un supuesto en el que se hace una nueva aportación patrimonial, sino adecuar el capital social al resultante, con las especialidades existentes al efecto en la Ley 3/2009, de la fusión de dos sociedades. Es decir, a la fusión de patrimonios y capital social, reiteramos conceptos diferentes.

2. No podrán curarse participaciones o emitirse acciones por una cifra inferior a la de su valor nominal. En la fusión de que tratamos, no existe la creación de nuevas participaciones, sino el canje de estas por otras nuevas, a fin de respetar la proporcionalidad de los derechos de los socios en la sociedad que absorbe el capital y patrimonio de otra sociedad.

En segundo lugar, se cita el artículo 73 de la Ley de Sociedades de Capital, regulador de las responsabilidades de los administradores de la sociedad cuando realizándose "aportaciones no dirimirías... el valor que.re les haya atribuido en la no corresponde con el valor real. En este supuesto no existe aportación no dineraria alguna. Respetuosamente no alcanzamos a ver la relación de esta norma con la escritura calificada.

Por último, se cita el artículo 295 de la misma ley, artículo incardinado en la modificación de estatutos de las sociedades de capital, cuando existe un aumento de capital. Su apartado 1 nada aporta al caso. Su apartado segundo dice:

"En ambos casos el aumento del capital podrá realizarse con cargo a nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la aportación de canutos contra la sociedad, o con grao a beneficios o reservas que ya figurasen en el último balance aprobado".

Ni siquiera en el caso que nos ocupa nos encontramos en ninguno de dichos supuestos. Como veremos más adelante la ampliación obedece a una normativa

especial de operaciones estructurales de las sociedades, en que no existe (de forma directa) aportación alguna. Como ya hemos dicho la ampliación solo obedece a la necesidad de dar reflejo, en los estados contables, de la unión de capitales de las sociedades que se fusionan. Por decirlo de alguna manera, las aportaciones, de uno u otro tipo, ya fueron realizadas por ambas sociedades con anterioridad, cumplieron los requisitos exigidos, entre otros, por el artículo 275 de la Ley de Sociedades de Capital, habiendo causado las correspondientes anotaciones en las respectivas hojas registrales de la sociedad absorbente y de la sociedad absorbida.

b) Excesiva valoración del patrimonio de la sociedad absorbida.

Continúa la nota de calificación manifestando que:

"Basta revisar la operación realizada para observar que hay una incorrecta –por excesiva– valoración del patrimonio real de la sociedad absorbida, que explica el incumplimiento de esa exigencia de realidad en el incremento de capital realizado".

En este caso, en términos de estricta defensa, al no existir motivación jurídico técnica, resulta difícil a esta parte, argumentar en contra.

El patrimonio real de ambas sociedades deriva de lo acordado en el punto IV de los acuerdos de fusión en los que se "aprueba como balance de situación de la sociedad... el que se ha de considerar balance específico de fusión" de la sociedad Inmobiliaria Moita Leite, SL. Igualmente se aprueba el balance de fusión de la sociedad... Punta Lapachán, SL. Ambos cerrados a fecha 31 de octubre de 2019.

Los importes de los balances citados, unidos a la escritura, contienen unos valores, que por aplicación del régimen especial aplicable al supuesto que nos ocupa, regulado en el artículo 42 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, no es exigible informe alguno sobre los importes que constan en los balances. No puede ser objeto, por tanto, de calificación los importes que consten en los balances aprobados, fuera de su adecuación en cifras de capital social, primas de emisión o similares, a lo anotado en las hojas registrales de las sociedades a fusionar.

Tal excepcionalidad legal obedece a un hecho que, además en el presente caso, se da casi en una perfecta conjunción. Los socios nada tienen que oponer, máxime cuando la práctica totalidad de las participaciones de las sociedades corresponden a un solo socio, salvo una mínima parte, que corresponde a su esposa. Es decir, ningún derecho de los socios se ve afectado por los valores que se hayan dado en los balances, por cierto, totalmente reales.

Quedando a salvo la cuestión de las participaciones recíprocas, que luego tendremos oportunidad de examinar.

Por tanto, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de esta parte, con infracción, con todos los respetos, del artículo 62.3 del Reglamento del Registro Mercantil que exige que la calificación recoja "así como la disposición en que se fundado la doctrina jurisprudencial en que se ampara". No podemos deducir de donde deriva la afirmación de existir "una incorrecta –por excesiva– valoración del patrimonio real de la sociedad absorbida".

c) Sobre el activo total.

En tercer lugar, la primera nota de calificación dice:

«En efecto, los otorgantes consideran que en el patrimonio de la sociedad absorbida (de socio único) hay 1.156.600 euros correspondientes al valor adquisición de las participaciones que tienen en la absorbente, que, junto con los demás bienes de esta sociedad, da un activo total de 1.757910,12 euros".

Yerra la nota, dicho en términos de defensa, en la afirmación de que "Junto con los demás bienes de esta sociedad". No vamos a reiterar aquí lo dicho sobre diferencia entre capital y patrimonio social, pero sí creemos hacer alguna reflexión sobre los principios característicos, recogidos en los artículos 24 a 26 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre

modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, de las operaciones de fusión o, dicho de otra forma, sobre el proceso de integración de las sociedades en dicho proceso estructural.

De forma sucinta habría que recordar algunos de dichos principios:

– Transmisión universal del patrimonio. La sociedad absorbida transmite en bloque y en único acto su patrimonio a la absorbente. La sociedad absorbente adquiere el total de los elementos del activo y pasivo de las entidades que se extinguen.

– Continuidad en la participación. Los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la sociedad resultante de la fusión, recibiendo un número de participaciones, o una cuota, en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades.

– Canje de participaciones. Sobre el tipo de canje señala el artículo 25 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, que en las operaciones de fusión el tipo de canje de las participaciones o cuotas de las sociedades que participan en la misma debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio. Recordemos las diferencias a las que antes nos hemos referido entre los aumentos ordinarios de capital y los derivados del canje de cuotas alcuotas en los procesos de fusión.

– Prohibición de canje de participaciones propias. Las participaciones de las sociedades que se fusionan que estuvieran en poder de cualquiera de ellas o en poder de otras personas que actuasen en su propio nombre, pero por cuenta de esas sociedades, no podrán canjearse por participaciones absorbente y, en su caso, deberán ser amortizadas o extinguidas.

En cuanto a este último punto, en relación con la calificación comentada, se ha de recordar que en el acuerdo VI de la fusión se dice:

"La sociedad absorbida, Punta Lapachán, SL, es dueña de seis mil quinientos cincuenta participaciones sociales (6.550,00), de cien euros (100,00) de valor nominal cada una de ellas, números 4.571 al 11.120, ambas inclusive; de la sociedad absorbida, Inmobiliaria Moita Leite, SL, es decir, por un nominal de seiscientos cincuenta y cinco mil euros (655.000,00), con una prima de emisión total de quinientos un mil seiscientos euros (501.600,00); lo que suma un total un millón ciento cincuenta y seis mil seiscientos euros (1.156.600,00), valor por el que constaban dichas participaciones en los balances de ambas sociedades.

Por ello, a los efectos del artículo 26 de la L. 3/ 2009, dicho importe ha de ser deducido del valor patrimonial de la sociedad absorbente, los valores nominales 3- prima de emisión de dicha participación, Inmobiliaria Moita Leite, SL, a efectos de determinar el canje de participaciones".

Dicho extremo es reconocido en el párrafo de la calificación, pero vuelve a insistir en mezclar conceptos cuando dice, refiriéndose a la sociedad absorbida, Punta Lapachán, SL, "que, junto con los demás bienes de esta sociedad, da un activo total de 1.757.910,12 euros".

d) Cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 3/2009.

Además, la nota de calificación continúa manifestando:

"Ahora bien, como el art 25 LME ordena estar en la valoración de las operaciones de fusión, al valor real de los respectivos patrimonios, el patrimonio de la absorbida no puede determinarse valorando las participaciones que tiene en la absorbente por el valor en que las tiene contabilizadas en su balance, sino por el valor que le corresponden al tiempo de la fusión según el balance de situación de la absorbente a 31 de octubre de 2019 (que funda el de fusión de esta sociedad, que también ha sido aprobado); esto es, por 687.750 euros aproximadamente, con lo cual el patrimonio real de la absorbida se reduce a 1.302.958 euros aproximadamente".

El citado artículo 25 de la Ley 3/2009, de 3 abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles establece:

"1. En las operaciones de fusión el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades que participan en la misma debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio.

2. Cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas".

Con todos los respetos, consideramos que la comete un error, mejor dicho, confunde la cita de la disposición legal, pues de su tenor literal, hemos de entender se refiere, tanto al artículo 25, como al artículo 26 que establece:

"Las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades que se fusionan, que estuvieran en poder de cualquiera de ellas o en poder de otras personas que actuasen en su propio nombre, pero por cuenta de esas sociedades, no podrán canjearse por acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante de la fusión y, en su caso, deberán ser amortizadas o extinguidas".

La nota de calificación vuelve a confundir canje con ampliación de capital, dicho en términos de estricta defensa, como capital con patrimonio social, dicho sea, en términos de estricta defensa.

Tal vez sea aquí donde se ha de hacer una pequeña referencia a conceptos contables básicos de la contabilidad por partida doble que rige en nuestro sistema jurídico. Por el principio axiomático de que los cargos y abonos contables han de ser, en cada operación, de igual importe, se deriva que el activo y pasivo de una sociedad, han de tener igualmente el mismo importe. En muchas ocasiones se confunde activo con patrimonio social, e incluso en alguna norma, se confunde el concepto de activo y pasivo.

El activo de una sociedad no es más que el reflejo de los elementos, créditos, valores, etc. donde la sociedad ha destinado los fondos de los que dispone (inmovilizado, deudas de clientes tesorería, etc.).

Por su parte, el pasivo refleja el origen de dichos fondos. Una sociedad para adquirir bienes y derechos puede obtener los correspondientes fondos de múltiples maneras. Así obtiene fondos del capital social, primas de emisión, reserva legales o voluntarias, por beneficios no repartidos; o pierde parte de dichos fondos como consecuencia de pérdidas en el giro mercantil. Lo anterior, sin ánimo exhaustivo, constituye lo que en definitiva es el patrimonio neto de una sociedad.

Los comerciantes, además, pueden obtener fondos de otros lugares, nuevamente sin ánimo de exhaustividad, de préstamos, de deuda habida con proveedores, etc. Ello constituye lo que se denomina pasivo no corriente, no siendo parte del valor patrimonial de la sociedad.

En términos del Plan General Contable se ha de entender como patrimonio neto, al "resultado de aminorar del activo de la empresa todos los pasivos exigibles tanto a corto como a largo plazo". Puede parecer contradictorio, pero no es más que la otra cara de la moneda, por el principio axiomático antes referido, de la contabilidad antes conocida como "por partida doble".

Todo ello, a grandes rasgos, sin entrar en las múltiples variaciones de la contabilidad de sociedades, pesadilla de los estudiantes de Economía y disciplinas adyacentes.

El patrimonio neto del balance de la sociedad absorbida (Punta Lapachan, SL), a 31 de octubre de 2019, era de 1.816.804,96 euros, que deriva de los siguientes conceptos e importes:

– Capital social por importe de 1.825.020,00 euros.

- Resultados negativos de ejercicios anteriores, por importe negativo de -8.697,64 euros.
- Y de los resultados del ejercicio en curso por importe de 482,60 euros.

Por su parte, el neto del balance de la sociedad absorbente (Inmobiliaria Moita Leite, SL), a 31 de octubre de 2019, era de 1.679.297,49 euros, que deriva de las siguientes partidas:

- Capital social por importe de 1.600.000,00 euros.
- Prima de emisión o asunción por importe de 1.085.824,99 euros.
- Resultados de ejercicios anteriores por importe negativo de -1.031.974,36 euros.
- Remanente por importe de 37.269,70 euros.
- Resultados negativos de ejercicios anteriores por importe negativo de -1.069.244,06 euros.
- Y resultado del ejercicio en curso por importe 25.446,86 euros.

Si sumamos ambos patrimonios netos, los patrimonios de ambas sociedades, en el tercer párrafo y siguientes del acuerdo VI de la junta de fusión se dice que:

"... el valor patrimonial total a tener en cuenta para el λn " de participaciones sociales, es de dos millones trescientos treinta y nueve mil quinientos dos curra con cuarenta y cinco céntimos de euro (2.339.302,43)".

Es decir, no se computa la cantidad de 1.156.600,00 euros para proceder al canje de participaciones. Ello por cuanto dicha cantidad corresponde a participaciones de las que la sociedad absorbente (Inmobiliaria Moita Leite, SL) era dueña en la sociedad absorbida (Punta Lapachan, SL). Dichas participaciones, fueron adquiridas por la sociedad absorbente, con anterioridad a la fusión, concretamente mediante acuerdo de ampliación de capital acordada en junta de 30 de mayo de 2018, cuyos acuerdos fueron elevados a público mediante escritura otorgada el 12 de junio de 2018, ante el notario de Madrid, don José Juan de Ibarrodo y Guerrica Echevarría, bajo el orden 1395 de su protocolo, que quedó inscrita en la hoja de la sociedad, con fecha 26 de septiembre de 2018, como inscripción 6º de la hoja de la sociedad Inmobiliaria Motta Leite, SL. Es decir, es un acto previo, inscrito y, por tanto, no es susceptible de valoración en la calificación de la escritura que nos ocupa. Dicha ampliación de capital, como consta en la hoja de la sociedad se realizó con un aumento de capital de 655.000,00 euros y una prima de emisión de 501.600,00 euros.

Por tanto, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 3/2009 se procedió a "ser amortizadas o extinguidas" (no se trata de una reducción de capital). Y así consta en el balance de la sociedad absorbente, en el que, a la hora de determinar su patrimonio a efectos del canje, se detraen los siguientes conceptos, que suman la cantidad de 1.156.600,00 euros:

- Se realiza corrección en el capital social de la sociedad absorbente por importe negativo de 655.000,00 euros.
- Y se realizará corrección en la prima de emisión o asunción, por importe negativo de 501.600,00 euros.

Lógicamente, dicha disminución del pasivo de la sociedad, ha de ser reflejado en el activo, de la sociedad, como se hace en el balance realizado al efecto.

Desde aquí enlazamos en nuestros argumentos, con el último párrafo del punto 1 de la calificación registral, que es la conclusión a la que llega el señor registrador.

e) Conclusión de la nota de calificación.

Concluye el punto 1 de la nota de calificación manifestando:

"Y si a lo anterior añadimos que las participaciones de la absorbente que tiene la absorbida, al pasar a aquella por razón de la fusión, no pueden servir de

contraprestación justificadora del aumento de capital de la propia absorbente (cfr. art 295 LC), resulta claro que el incremento de capital de la absorbente que puede realizarse no puede exceder del valor de la parte de patrimonio neto de la absorbida representada por esos otros bienes que figuran en su balance, con exclusión de las participaciones que tenía en la absorbente (parte, que según el balance de fusión de la absorbida, y sin entrar ahora en su correcta confección, ascendería a 570.000 euros aproximadamente). Esto es, en ningún caso permitiría ampliar el capital de la absorbente en 1.170.020 euros (diferencia entre el capital preexistente de esta -1.600.000 euros- y el resultante tras la ampliación, de 2770.020 euros)".

De lo analizado hasta ahora hemos de concluir con nuestra disconformidad con la manifestación calificadora que dice "el incremento de capital de la absorbente... no puede exceder del valor de la parte de patrimonio neto de la absorbida representada por esos otros bienes que figuran en su balance". Simple y llanamente, dicha afirmación no es ajustada a derecho, o, en todo caso, alegal, como a mayor abundamiento, su asunción pondría la operación de fusión (ésta u otras muchas más), permítaseme la expresión, en un callejón sin salida.

En los dos apartados del tercer párrafo del acuerdo VI de las juntas de fusión, partiendo de un patrimonio agregado de ambas sociedades de 2.339.502,45 euros, en el que, como hemos visto, ya está deducido el valor de las participaciones que la sociedad absorbente tenía en la sociedad absorbida, se procede mediante una simple regla de tres, a determinar los porcentajes aplicables al canje de participaciones (sic):

a) De la sociedad absorbida, Punta Lapachán, S.L., un valor de un millón ochocientos dieciséis mil ochocientos cuatro euros con noventa y seis céntimos de euro (1.816.804,96), es decir, un 77,657750 por ciento de la suma de ambos patrimonios sociales netos.

b) De la sociedad absorbente, Inmobiliaria Moita Leitev S.L., un valor de quinientos veintidós mil seiscientos noventa y nueve euros con cuarenta y nueve céntimos de euro (522.697,49), es decir, un 22,342250 por ciento de la suma de ambos patrimonios sociales netos.

En consonancia con lo anterior en el acuerdo VIII de la fusión el nuevo capital social de la sociedad absorbente se ha, se debe, ampliar (se ha de reconocer que tal vez la dicción del acuerdo no es muy rigurosa) del actual capital social de "... un nominal de (tras los ajustes del artículo 26 de la Ley 3/2009), de novecientos cuarenta y cinco mil euros (945.000,00)", en el importe del capital social de la sociedad absorbida de "... de un millón ochocientos veinticinco mil veinte euros (1.825.020,00)": Con ello el capital de la sociedad, tras la absorción tal solo puede ser la suma de las dos anteriores cantidades, "... ser de dos millones setecientos setenta mil veinte euros (2.770.020,00)".

No se trata como se dice en la nota de calificación de que "... no pueden servir de contraprestación justificadora del aumento de capital de la propia absorbente (Cfr. art. 295 LC), resulta claro que el incremento de capital de la absorbente que puede realizarse no puede exceder del valor de la parte de patrimonio neto de la absorbida": El capital social es igual, superior o inferior al patrimonio de una u otra sociedad, lo que nada tiene que ver con el patrimonio social. El capital social ha de ser por imperativo legal del artículo 24.1 de la Ley 3/2009, la suma referida en el anterior párrafo, que dicta:

"Los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la sociedad resultante de la fusión, recibiendo un número de ... participaciones, ... en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades".

Cualquier otra solución impediría cumplir el requisito de unir los patrimonios de ambas sociedades, exigencia legal y lógica, pero, además, imposibilitaría realizar desde la fecha de efectos de la fusión un balance y unas cuentas anuales, sería imposible matemáticamente.

Ello obliga, indefectiblemente, una vez establecido el coeficiente de canje (eso sí en función del valor patrimonial de cada sociedad), que el nuevo capital sea la suma de los capitales (hecha la corrección de las participaciones recíprocas), de las dos sociedades.

En este caso el valor del Capital social es superior a la suma de los patrimonios de ambas sociedades, simplemente por cuanto en el patrimonio neto de una de las sociedades existe, se han de computar y no se pueden obviar, pérdidas acumuladas (este caso los importes señalados en rojo anteriormente. Por tanto, el patrimonio neto de la sociedad Inmobiliaria Moita Leite, SL tras la absorción es de 2.339.484,45 euros (522.679,49 euros de la absorbente más 1.816.804,96 euros de la absorbida) y su capital social de 2.770.020,00 euros (945.000,00 euros de la absorbente más 1.825.020,00 euros de la absorbida). Lo extraño sería que ambas cifras coincidieran.

En cuanto a la última mención de la calificación que dice (sic) "... en ningún caso permitiría ampliar el capital de la absorbente en 1.170.020 euros (diferencia entre el capital preexistente de ésta -1.600.000 euros- y el resultante tras la ampliación, de 2770.020 euros)"; no llegamos, con toda humildad a comprender a qué se refiere esta mención.

El propio concepto de fusión incluye en el artículo 23 de la Ley 3/2009, como elemento definidor "... la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de... participaciones... de la sociedad resultante". Ello tan solo, puede ser observado de forma rigurosa (a salvo la corrección del artículo 26), con la atribución a la sociedad absorbente de un capital social igual a la suma del propio y el capital social de la/s absorbida/s.

Si no se obedeciesen las anteriores reglas que combinan normas financieras, contables y legales (strictu sensu), ¿cuál sería la forma de subsanar el supuesto defecto alegado en la calificación registral? Exigencia no recogida en norma legal alguna.

Tan solo existe un supuesto legal, contemplado en el apartado f) del artículo 363.1 de la LSC en que la reducción del patrimonio social, exige, entre otras posibilidades, la necesidad de reducir el capital social, a saber, el supuesto en que el patrimonio social quede por debajo de la mitad del capital social, supuesto que no sucede en el presente caso.

Quinta: En el segundo punto de la nota de calificación se manifiesta:

"No consta la fecha de comunicación a los acreedores del acuerdo de fusión (cfr. art. 227.4 RRM), lo que en relación con el contenido de la manifestación de los otorgantes (exclusivamente que ningún acreedor se opuso), impide comprobar que se ha respetado el plazo legal que de un mes que tienen para oponerse cfr. art. 44 LME). Al no conocerse el día inicial de comunicación, no puede saberse si entre él y el otorgamiento de la escritura ha transcurrido dicho plazo, lo que en otro caso habría permitido salvar la insuficiencia de la declaración de los otorgantes al respecto":

En primer lugar, la calificación infringe lo dispuesto en la ley, como en el principio general del derecho de prohibición de la «reformatio in peius». El artículo 59.2 in fine del Reglamento del Registro Mercantil, establece:

"La alegación de nuevos defectos antes de la inscripción determinará la corrección disciplinaria del Registrador, salvo que ésta no resultase procedente atendidas las circunstancias del caso".

Ad cautelam, entrando en el fondo de la cuestión, tampoco podemos compartir la calificación del señor registrador. El artículo 44 de la Ley 3/2009 establece:

"1. La fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos.

...

3. En los casos en los que los acreedores tengan derecho a oponerse a la fusión, ésta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para

prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento.

4. ...

El registrador practicará la nota marginal si el solicitante acreditase haber ejercitado, en tiempo y forma, el derecho de oposición mediante comunicación fehaciente a la sociedad de la que fuera acreedor. La nota marginal se cancelará de oficio a los seis meses de su fecha, salvo que con anterioridad se haya hecho constar, por anotación preventiva, la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad en la que se solicite la prestación de garantía del pago del crédito conforme a lo establecido en esta Ley.

Por su parte, el apartado 2) del artículo 227.2 del Reglamento del Registro Mercantil (entendemos que la cita en la nota del artículo 227.4 es un simple error mecanográfico) dice:

"La escritura recogerá separadamente respecto de cada una de las sociedades intervinientes, además de las circunstancias generales, las siguientes: ... 2.ª 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".

En la certificación expedida el 27 de diciembre de 2019 por el administrador único que suscribe el presente, se hace constar de forma expresa que:

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 44 de la Ley de sociedades de capital, el administrador único de ambas sociedades remitió comunicación individual por escrito a todos los acreedores, mediante procedimientos que aseguraron la recepción de aquellas en el domicilio que figura en la documentación de ambas sociedades, poniendo a su disposición copia de los acuerdos adoptados y de los balances de p. oñón.

Transcurrido un mes, desde la fecha de recepción de las anteriores comunicaciones, ningún acreedor ha manifestado o ejercitado derecho de oposición alguno, habiendo manifestado todos los socios, expresamente en la junta celebrada en el 26 de noviembre de 2019, nada que oponer a la fisión llevada a efecto.

Por última vez, en méritos a la mera defensa, yerra la calificación al manifestar que "... lo que en relación con el contenido de la manifestación de los otorgantes (exclusivamente que ningún acreedor se opuso), impide comprobar que se ha respetado el plazo legal que de un mes que tienen para oponerse pues no corresponde, por no exigirlo norma alguna, que sea función del Registro Mercantil ir más allá de "... comprobar que se ha respetado el plazo legal que de mi mes que tienen para oponerse.... El hecho temporal indiscutible es que, si se manifiesta que se "remitió comunicación individual por escrito a todos los acreedores" y que "Transcurrido un mes, desde la fecha de recepción de las anteriores comunicaciones, ningún acreedor ha manifestado o ejercitado derecho de oposición alguno"; la verificación de que plazo legal ha sido respetado, salvo mejor criterio.

Téngase en cuenta, a estos efectos, el régimen excepcional de la fusión que nos ocupa según, el ya citado, artículo 42 de la Ley 3/2009.

Por finalizar habría que recordar que el artículo 44.1 de la Ley 3/2009, dispone que la fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos. Dentro de ese plazo (artículo 44.2 de la Ley 3/2009) podrán oponerse a la fusión los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido en ese momento, podrán oponerse a la fusión hasta que se les garanticen tales créditos. Si el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil competente, la fecha de nacimiento del crédito

deberá haber sido anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor.

Completa la regulación el artículo 44.3 de la Ley 3/2009, que indica que en los casos en los que los acreedores tengan derecho a oponerse a la fusión, ésta no puede llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento. Cuando, a pesar de la oposición del acreedor, las sociedades llevan 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.

Por excepción, la Resolución de este Organismo de 9 mayo de 2014, considera que es preceptivo hacer constar que es preceptivo, cito textualmente, hacer constar "¡la fecha en que se ha llevado a cabo la última comunicación", pese a que en su fundamento de derecho cuarto dice (sic):

"La Ley 3/2009 incorpora ambos derechos en términos igualmente similares. Sin embargo la importante reforma acometida por 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, por la que se lleva a cabo la transposición de la Directiva 2009/109/CE altera profundamente el contenido tradicional del derecho de oposición que ya no puede impedir la eficacia plena del procedimiento de fusión al mismo tiempo que amplía las posibilidades de acción de los acreedores (vid. Exposición de Motivos). De aquí que aunque el artículo 44.3 de la Ley 3/2009 siga afirmando que la fusión no puede realizarse en caso de ejercicio del derecho de oposición y hasta que se adopten las medidas de garantía en él previstas, el número siguiente (artículo 44.4) determina que si la fusión se ha llevado a cabo a pesar del ejercicio del derecho de oposición y sin prestación de las cautelas previstas el acreedor pueda solicitar del registrador mercantil que se haga constar por nota marginal el ejercicio de su derecho de oposición. Nótese que en este supuesto la fusión consta inscrita (y es en consecuencia, plenamente eficaz, artículo 46.1 de la Ley 3/2009), lo que confirma que el procedimiento de fusión y la inscripción en el Registro Mercantil no se detienen por el hecho de que los acreedores hayan ejercitado su derecho y sin perjuicio de las acciones que les reconoce el propio artículo 44.4 de la Ley 3/2009".

Por tanto, ad cautelam se incluye la solicitud del otrosí digo del presente recurso.

Por lo expuesto,

Suplico al Registro que, teniendo por presentado este escrito junto con su copia y la escritura unida, se sirva admitirlo, para teniendo por hechas las anteriores manifestaciones, previa legitimación notarial de la firma del administrador único que suscribe, acuerde en el plazo legalmente establecido, la extensión o no del asiento solicitado, para en su caso elevar, sin más trámite, el presente.

Y, en definitiva,

Suplico a la DGRN que, teniendo por interpuesto, en tiempo y forma, recurso gubernativo contra la calificación negativa de suspensión referida en el cuerpo de este escrito, dicte resolución por la que se dicte resolución que ordene la inscripción de la escritura adjunta, todo ello, con suspensión del asiento de presentación hasta resolución definitiva.

Por ser de Justicia que pido en Madrid a 4 de julio de 2020.

Otrosí digo: Que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64.2 del Reglamento del Registro Mercantil, tenga por subsanada, mediante este escrito, que en esta petición ha de considerarse "instancia del interesado con la firma ... legitimada notarialmente"; a los efectos de manifestar que la "la fecha en que se ha llevado a cabo la última comunicación" a los acreedores de las sociedades (por cierto, muy escasos), fue el mismo 26 de noviembre de 2019».

V

Mediante escrito de 24 de julio de 2020 el registrador mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 258.5 y 326 de la Ley Hipotecaria; 59.2, 62, 63, 73 y 295 de la Ley de Sociedades de Capital; 22, 23, 34, 39, 40, 42, 43, 44, 46, 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; 59.2, 64.2, 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; artículo 13 del Texto Consolidado, Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril; la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2000; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de octubre de 2013, 5 de marzo, 10, 11 y 21 de abril, 8 y 9 de mayo, 13, 15 y 21 de octubre y 5 y 6 de noviembre de 2014 y 19 de enero, 9 de abril, 13 de octubre y 4 de noviembre de 2015, 21 de julio de 2017, 26 y 31 de octubre de 2018 y 30 de enero de 2019.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público los acuerdos sociales de fusión de la sociedad «Inmobiliaria Moita Leite, S.L.» (sociedad absorbente) y la sociedad «Punta Lapachán, S.L.», unipersonal (absorbida), adoptados en junta general universal de ambas sociedades el 26 de octubre de 2019. La sociedad absorbida tiene un capital social de 1.825.020 euros; y la absorbente un capital social de 1.600.000 euros, dividido en 16.000 participaciones de 100 euros de valor nominal, de las cuales 6.550 participaciones pertenecen a la sociedad absorbida. Como consecuencia de la fusión se aumenta el capital de la sociedad absorbente que pasa de 1.600.000 a 2.770.020 euros.

2. Como cuestión previa debe analizarse la alegación del recurrente por la que mantiene que el registrador ha incumplido la obligación de llevar a cabo una calificación global y unitaria, pues el mismo documento fue objeto de una calificación anterior, el 31 de enero de 2020, en la que se señalaba como único defecto impediendo de la inscripción el hecho de no resultar, ni del acuerdo respectivo ni de la documentación de la fusión, una contraprestación que cubra la realidad de dicho aumento.

Es cierto que conforme al artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria (vid. también artículo 59.2 Reglamento del Registro Mercantil), la calificación ha de ser unitaria y global, de modo que el registrador de la propiedad debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación, genere una inseguridad jurídica incompatible con la finalidad y eficacia del Registro (vid., entre otras, la Resolución de 26 de octubre de 2018). Pero es igualmente cierto que también tiene declarado este Centro Directivo (cfr., por todas, la Resolución de 5 de marzo de 2014) que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de

poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente, y sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir el registrador.

Por otra parte, respecto de la solicitud que expresa «ad cautelam» el recurrente en su escrito de impugnación para que, conforme al artículo 64.2 del Reglamento del Reglamento del Registro Mercantil, se tenga por subsanada, mediante dicho escrito (que, según afirma, debe considerarse "instancia del interesado con la firma... legitimada notarialmente» a los efectos de manifestar la fecha concreta en que se ha llevado a cabo la última comunicación a los acreedores), debe también recordarse que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe 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. Por ello, no pueden ahora valorarse documentos que no se presentaron en el momento de la calificación impugnada, pues es continua doctrina de esta Dirección General (por todas, Resolución de 13 de octubre de 2014, basada en el contenido de dicho precepto legal y en la doctrina del Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores es exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a derecho.

Y es igualmente doctrina reiterada que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador, sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar los títulos cuya inscripción no se admitió, en unión de los documentos aportados durante la tramitación del recurso, a fin de obtener una nueva calificación (cfr., por todas, las Resoluciones de 19 de enero y 13 de octubre de 2015, 21 de julio de 2017, 31 de octubre de 2018 y 30 de enero de 2019).

3. El primero de los dos defectos que mantiene el registrador consiste en que, a su juicio, no puede inscribirse el aumento del capital social de la sociedad absorbente porque, en la cifra resultante, éste no queda cubierto por el patrimonio de dicha sociedad tras la fusión.

Esta objeción debe ser confirmada, pues no es sino consecuencia del principio de realidad del capital social, según el cual es nula la creación de participaciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad y no cabe crear participaciones por una cifra inferior a la de su valor nominal (cfr. artículo 59.2 de la Ley de Sociedades de Capital). A tal efecto, el legislador añade determinadas cautelas, como es la exigencia de acreditación suficiente de la realidad de esas aportaciones (o la responsabilidad por la realidad y valoración de las mismas si son no dinerarias) como requisito previo a la inscripción de un aumento de su capital (cfr., entre otros, los artículos 62, 63 y 73 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por ello, en las fusiones y escisiones, para que sean viables se exige legalmente la necesaria cobertura de la cifra de capital para la sociedad resultante o beneficiaria ex artículo 34.3 de la Ley 3/2009 (del que resulta que el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen debe ser igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente) y sin perjuicio de que la necesidad del informe del experto quede dispensada cuando ninguna de las sociedades que participen en la fusión sea anónima o en atención en ciertos supuestos de fusiones y escisiones «simplificadas».

En el presente, caso la falta de cobertura de la nueva cifra de capital social de la sociedad absorbente es indudable, como resulta de las consideraciones expresadas en la calificación impugnada.

4. El segundo defecto invocado por el registrador se refiere a la falta de constancia de la fecha de comunicación del acuerdo de fusión a los acreedores.

De la escritura resulta la afirmación del compareciente de que tal acuerdo fue comunicado a los acreedores individualmente y que ha transcurrido el plazo de un mes sin que haya habido oposición por ninguno de ellos.

El artículo 43.2 de la Ley 3/2009 establece lo siguiente: «No será necesaria la publicación a que se refiere el apartado anterior cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad».

Y el artículo 44.1 dispone que: «La fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos».

Como ha tenido ocasión de recordar este Centro Directivo (Resolución de 3 de octubre de 2013 y otras posteriores), el procedimiento de fusión tiene una marcada base negocial en cuanto acuerdo de voluntades de las sociedades implicadas. En su virtud bien se integran sus respectivos patrimonios para formar una nueva sociedad con extinción de las antiguas, bien una o unas de ellas se extinguen aportando a la que subsiste todo su patrimonio, en ambos casos por sucesión universal (artículos 22 y 23 de la Ley 3/2009).

Aunque el acuerdo se produzca entre sociedades existen otros intereses dignos de protección, intereses que sin formar parte de la base negocial deben ser respetados.

Dejando ahora de lado los propios de socios y otras personas con intereses intrasociales, el ordenamiento se ha ocupado de proteger los intereses de los acreedores de las sociedades involucradas pues aun no formando parte del procedimiento de fusión, el efecto esencial de ésta, la sucesión universal, les afecta profundamente al modificarse la persona de su deudor sin que hayan prestado su consentimiento.

Tradicionalmente nuestro ordenamiento ha estructurado la protección de los derechos de los acreedores en torno a dos derechos esenciales: el de información de las condiciones en que se produce el fenómeno de la sucesión universal y el derecho de oposición; la evolución legislativa ha oscilado ostensiblemente hacia la intensificación del derecho de información en detrimento del contenido y eficacia del derecho de oposición.

La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 previó que el acuerdo de fusión se publicase por tres veces (artículo 134) determinando que la fusión no podría llevarse a cabo hasta transcurridos tres meses desde el último e impidiendo la fusión «sin que se aseguren previamente o se satisfagan por entero los derechos del acreedor o acreedores» que hubieren ejercitado su derecho de oposición (artículo 145).

La Ley de Sociedades Anónimas de 1989 potenció el derecho de información reconociendo a los acreedores la facultad de obtener copia íntegra del acuerdo y del balance de fusión (artículo 242), manteniendo el derecho de oposición en términos similares a la Ley de 1951 (artículo 243 en relación con el artículo 166), de modo que de no satisfacerse o garantizarse los créditos de acreedores disidentes la fusión no podía llevarse a cabo.

La Ley 3/2009 incorporó ambos derechos en términos igualmente similares. Sin embargo, la importante reforma acometida por 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, por la que se lleva a cabo la transposición de la Directiva 2009/109/CE, alteró profundamente el contenido tradicional del derecho de oposición que ya no puede impedir la eficacia plena del procedimiento de fusión al mismo tiempo que amplía las posibilidades de acción de los acreedores (vid. el Preámbulo). De ahí que, aun cuando el artículo 44.3 de la Ley 3/2009 siga afirmando que la fusión no puede realizarse en caso de ejercicio del derecho de oposición hasta que se adopten las medidas de garantía en él previstas, el apartado siguiente (artículo 44.4) determina que si la fusión se ha llevado a cabo a pesar del ejercicio del derecho de oposición y sin prestación de las cautelas previstas el acreedor pueda solicitar del registrador mercantil que se haga constar por nota marginal el ejercicio de su derecho de oposición. En este supuesto la fusión consta inscrita (y es, en consecuencia, plenamente eficaz -artículo 46.1 de la Ley 3/2009), lo que confirma que el procedimiento de fusión y la inscripción en el Registro Mercantil no se detienen por el hecho de que los acreedores hayan ejercitado su derecho y sin perjuicio de las acciones que les reconoce el propio artículo 44.4 de la Ley 3/2009.

De las consideraciones anteriores no puede deducirse que la práctica de la publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual sea irrelevante respecto 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».

Resultando así 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 evidente que el documento presentado debe recoger debidamente los particulares que permitan al registrador calificar este extremo.

En el presente caso el registrador entiende que debe concretarse la fecha de la última comunicación que se haya realizado a los acreedores a fin de dar por cumplimentado el artículo 44 de la Ley 3/2009.

El artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil, en su número 2. 1.^a, 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; y en su regla 2.^a 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 el texto de tal precepto 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 sí que exige expresamente el artículo 227.2 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.

Por ello no cabe otra interpretación de dicho artículo que aquella que acomode su contenido al contenido actual del artículo 43 de la Ley 3/2009, que viene a sustituir las previsiones del derogado artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas. De este modo, es indudable que la escritura debe recoger la manifestación relativa a la fecha en que se ha llevado a cabo la última comunicación a los acreedores, 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.^a del Reglamento del Registro Mercantil se acomoda a las previsiones legales. Procede en consecuencia la confirmación del defecto.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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 octubre de 2020.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.