



www.civil-mercantil.com

RESOLUCIÓN de 10 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles VI de Barcelona a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

(BOE de 13 de mayo de 2014)

SUMARIO:

Registro Mercantil. Sociedades limitadas. Nombramiento y cese de administrador. Escisión parcial y fusión por absorción. Acuerdos adoptados por unanimidad. Falta de balance de escisión, del aporte documental legalmente exigido y del informe de los administradores. 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 sólo cuando es debidamente cumplimentado surte los efectos previstos por el legislador. Pero, habida cuenta de la diversidad de los intereses potencialmente afectados, 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. 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. Entre la documentación que en la fase previa a la adopción del acuerdo de escisión o fusión debe ponerse a disposición de las personas referidas en el artículo 39.1 de la Ley 3/2009 debe incluirse el balance (sea el último anual aprobado o el formulado *ad hoc*) también en los casos en que los acuerdos se hayan adoptado en cada una de las sociedades en junta general universal y por unanimidad de quienes puedan ejercer el derecho de voto. En tales supuestos, al no publicarse ni depositarse previamente tales documentos, será suficiente que la correspondiente escritura contenga la declaración del otorgante sobre el cumplimiento de la obligación de información impuesta respecto de tal balance por el citado artículo 39.1.

PRECEPTOS:



www.civil-mercantil.com

Directiva 82/891/CEE (escisión de sociedades), arts. 9, 10 y 22.

Directiva 2011/35/UE (fusiones de las sociedades anónimas), arts. 11 y 16.

Ley 3/2009 (Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), arts. 31, 36, 37, 39, 40, 42, 43, 44, 73, 74 y 78 bis.

RD 1784/1996 (Rgto. Registro Mercantil), arts. 112, 227 y 228.

En el recurso interpuesto por don J. G. M., como Administrador único de la sociedad «Idiomund, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles VI de Barcelona, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha sociedad y de «Sil Gestión, S.L.».

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 19 de junio de 2013 por la notaria de Calella, doña Mónica de Blas y Esteban, con número 496 de protocolo, se elevaron a público determinados acuerdos sociales de «Idiomund, S.L.», Sociedad Unipersonal, y «Sil Gestión, S.L.» –integrada únicamente por el socio único de la primera y otro socio– adoptados el 6 de mayo de 2013 (entre otros, cese y nombramiento de administrador de la primera sociedad, escisión parcial de la misma y fusión por absorción de la segunda).

Interesa reseñar que en la escritura se expresa por el administrador de ambas sociedades que «conforme al artículo 42 de la Ley 3/2009 de 3 de abril y 1/2012 de 22 de Junio, al haberse tomado dichos acuerdos en Junta Universal de socios y por unanimidad de todos los socios con derecho a voto no se aporta ninguno de los documentos exigidos por la Ley y no se efectúa informe de los administradores». Además, manifiesta que no se formuló balance de escisión por considerarse como tal el último balance anual aprobado por la sociedad el día 31 de diciembre de 2012, balance que se aprueba por la junta general que acordó la escisión, si bien se añade en la escritura calificada que «Dicho balance está pendiente de verificación por el auditor correspondiente, que me entregarán y protocolizaré con la presente». Y las mismas manifestaciones se contienen en la escritura respecto del acuerdo de fusión.

Mediante diligencia de 7 de noviembre de 2013, extendida en la misma escritura y otorgada por el administrador de la sociedad escindida y absorbente se incorpora mediante testimonio el informe de auditoría de cuentas de la sociedad de 27 de septiembre de 2013 con el balance de situación; asimismo se incorpora testimonio de las publicaciones del acuerdo de escisión y



www.civil-mercantil.com

fusión en los periódicos «Diari de Girona» y «El Periódico» de 28 de junio de 2013; y el citado administrador manifiesta que ha transcurrido el plazo de un mes sin que ningún acreedor haya hecho uso de su derecho de oposición.

II

El día 18 de noviembre de 2013 se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona 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 y que no han sido objeto de reforma por el registrador después de la interposición del presente recurso: «El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio –con la conformidad de los cotitulares-, ha acordado suspender la práctica de la inscripción solicitada, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Hechos Diario/Asiento: 1176/294 F. Presentación: 18/11/2013 Entrada: 33165850 Sociedad: Idiomund, SL (escindida parcial y absorbente) y Sil Gestión, SL (absorbida) Documento calificado: Escritura otorgada ante el Notario de Calella M. de Blas Esteban, en fecha 19/06/2013, bajo el número 496/2013 de protocolo. Fecha de la Calificación: 10/12/2013 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.º ... 2.º ... 3.º El informe del Auditor de cuentas de la sociedad escindida parcial/absorbente –la cual está obligada a verificar las cuentas anuales– de fecha 27/9/2013 es posterior a la fecha (6/5/2013) de adopción de las decisiones del socio único que aprueban las operaciones de escisión y fusión; y a los anuncios de fusión de fecha 28/6/2013); por lo que no pudo estar a disposición de las personas establecidas en el artículo 39, por remisión del artículo 73, de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, con anterioridad a la celebración de las Juntas generales que aprueban la escisión; así como tampoco estuvo a disposición de los acreedores, junto con el balance de escisión, en la fecha de publicación de los anuncios de escisión. Por tanto, deberán publicarse nuevos anuncios, y, una vez transcurrido un mes, los otorgantes deberán realizar nuevas manifestaciones sobre el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 39 y 43, por remisión del artículo 73, de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, así como una nueva declaración sobre la inexistencia de oposición (arts. 37, 39, 42, 43, 44 y 73 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, 227.2.5.ª y 235 del Reglamento del Registro Mercantil). 4.º ... 5.º Respecto a la operación de escisión acordada: 5.1 Es necesario que el detalle de los elementos transmitidos se haga además, con la debida separación de los elementos que integran el activo y pasivo, y con indicación del nombre de las cuentas en concreto, del activo y pasivo a la que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados, confeccionado con arreglo



www.civil-mercantil.com

a los criterios contables ordinarios establecidos en el plan general contable, sin que sirva únicamente el listado de cuentas que se aporta con la diferenciación del debe y haber. De tal modo que las «amortizaciones acumuladas» se configura como una partida del activo con signo negativo y no del pasivo. En consecuencia, el total que se traspasa no es de 334.963,18 euros como se indica, sino de 293.302,66 euros y el total pasivo de 4.224,03 euros, y no de 45.884,55 euros como se expresa; ya que es necesario examinar si la relación de los bienes y derechos que constituyen el activo y las obligaciones que forman el pasivo, transmitidos a la sociedad beneficiaria se corresponden con los que figuran en el balance de escisión de la sociedad escindida. Obsérvese, además, que se traspasa la cuenta número 21100010 por concepto «Reformas (...) 269» por valor 25.529,56 euros que deducida su amortización acumulada da un total de 24.453,12 euros, sin que se corresponda con la partida del activo del balance de la sociedad escindida en la que «Terrenos y Construcciones» aparece con un valor «0». Circunstancia que deberá aclararse, atendida la circunstancia que la sociedad beneficiaria no puede recibir más de lo que dispone la propia sociedad escindida (Art. 36, 39.1.5.º y 45.1 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, 35 del Código de Comercio, Plan General de Contabilidad y 227.2.5.º del Reglamento del Registro Mercantil). 5.2 Es necesario que el acuerdo de la junta de la sociedad recoja las menciones mínimas configuradoras de la escisión aprobada. Por tanto debe contener las menciones establecidas en el artículo 31 por remisión del artículo 73 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles siguientes: la mención 1.ª en cuanto a la identificación de las sociedades intervinientes en la operación; la mención 2.ª Tipo y procedimiento de canje; la mención 3.ª, según la cual, deberá constar la incidencia que la escisión vaya a tener sobre las aportaciones de industria o las prestaciones accesorias y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante; la mención 4.ª relativa a los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a tenedores de títulos distintos de los representativos de capital; la mención 5.ª, respecto a las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de escisión, así como a los administradores de las sociedades; la mención 6.ª en cuanto a la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas participaciones tienen derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho; la mención 7.ª respecto a la fecha a partir de la cual la escisión tendrá efectos contables; la mención 10ª; y respecto a la mención 11ª las posibles consecuencias de la escisión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa; tal como se menciona en el exponen IV de la escritura. Obsérvese, que si bien del cuerpo de la escritura resultan las menciones 4.ª a 7.ª, antes referidas, éstas deben de reproducirse entre los acuerdos adoptados, a efectos del



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEF Legal.-**

www.civil-mercantil.com

cumplimentar debidamente el derecho de información de los socios y acreedores establecido en el artículo 43.1 de la Ley. (Artículos 31, 40, 42 y 73 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles y 228 del Reglamento del Registro Mercantil.) 5.3 ... 5.4 Del documento no resulta la manifestación del otorgante, bajo su responsabilidad y respecto a la sociedad escindida, de que efectivamente, 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 escisión pretendida, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo (arts. 42, párrafo segundo y 43 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles –por remisión del artículo 73 y art. 227 del Reglamento del Registro Mercantil). 6.º Respecto a la operación de fusión acordada– 6.1. Es necesario que los acuerdos de las juntas de las sociedades absorbente y absorbida recojan todas y cada una de las menciones mínimas configuradoras de la fusión aprobada. Falta indicar las menciones establecidas en el artículo 31 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, siguientes: la mención 3.ª, según la cual, deberá constar la incidencia que la fusión vaya a tener sobre las aportaciones de industria o las prestaciones accesorias y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante; la mención 4.ª relativa a los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a tenedores de títulos distintos de los representativos de capital; la mención 5.ª, respecto a las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de escisión, así como a los administradores de las sociedades; la mención 6.ª en cuanto a la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas participaciones tienen derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho; la mención 7.ª respecto a la fecha a partir de la cual la escisión tendrá efectos contables; la mención 10ª así como la mención 11ª relativa las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa; tal como se menciona en el exponen IV de la escritura (artículos 31, 40, 42 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles y 228 del Reglamento del Registro Mercantil.) 6.2 ... 6.3 ... 6.4 ... 6.5 ... 6.6 No se incorpora a la escritura el balance de fusión correspondiente a la sociedad absorbida «Sil-Gestión, SL», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Se advierte que es uno de los documentos del artículo 39 y 43 de la Ley, que ha de estar a disposición de las personas a las que se refieren los citados artículos, a la fecha de celebración de la juntas o/y a la fecha de la publicación de los anuncios de fusión. 6.7 Del documento no resulta la manifestación del otorgante, bajo su responsabilidad y respecto a la sociedad absorbente y absorbida, de que efectivamente, no han sido restringidos los derechos de información que



www.civil-mercantil.com

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 (arts. 42, párrafo segundo y 43 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y art. 227 del Reglamento del Registro Mercantil). 6.8 ... 7.º ... Los defectos consignados tienen carácter subsanable. * Las cuentas correspondientes al ejercicio de 2012 correspondientes a la sociedad «Idiomund, S.L.», han sido presentadas y calificadas con defectos. Se advierte que, de no inscribirse el documento calificado durante la vigencia del asiento de presentación de las referidas cuentas, se exigirá el previo o simultáneo depósito de dichas cuentas. La anterior nota de calificación podrá (...) El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador).

III

Dicha calificación negativa fue notificada al notario autorizante de la escritura y al presentante el día 13 de diciembre de 2013 (y reiterada al citado notario el día 18 del mismo mes). El día 13 de enero de 2014 se presentó en el Registro Mercantil VI de Barcelona un escrito suscrito por don J. G. M., como administrador único de la sociedad «Idiomund, S.L.», interponiendo recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito arguye lo siguiente: Primero.–En relación con el primer defecto que se recurre (tercero de la nota de calificación), el artículo 43 de la de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles dispone que el acuerdo de escisión, una vez adoptado, se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio, cosa que realmente se ha efectuado, puesto que el acuerdo de fusión se adoptó el día 6 de mayo de 2013 y los anuncios en dos diarios de mayor circulación en la provincia en la que estaban las sociedades fusionadas se publicaron el día 28 de junio de 2013, por lo que se cumple el requisito del artículo 43. Ciertamente, en el momento en que se adoptó dicho acuerdo de fusión y en el momento en que se publicó dicho acuerdo no se habla aún redactado el informe del auditor de cuentas de la sociedad, pero el informe del auditor de cuentas en nada varía el balance de la sociedad, y en cuanto a la información a dar a los socios y a los acreedores de la sociedad, ningún acreedor solicitó información alguna, por lo que es indiferente que existiera o no existiera el informe del auditor. Así, el otorgamiento de la mencionada escritura, y por diligencia complementaria, el administrador de la sociedad ya manifiesta que ningún acreedor ha hecho uso de su derecho de oposición, y no habiendo hecho uso ningún acreedor de su derecho de oposición, y habiendo podido examinar el balance, que al final ha sido ratificado por el informe de auditoría, no es necesario que se publiquen nuevos anuncios, que en todo caso sólo servirían para que los acreedores supieran que el informe del auditor, en cuanto a las partidas del balance, es conforme con el balance



www.civil-mercantil.com

presentado por la sociedad. Respecto de los socios de la sociedad, al haberse aprobado dicho acuerdo en junta universal y por unanimidad de todos los socios, es decir, en este caso del socio único en aquel momento, don X. A. C., es claro que ninguna incidencia tiene la publicación de nuevos anuncios; Segundo.–Respecto del defecto señalado en el punto quinto, apartado primero, de la nota (según el cual considera el registrador que es necesario que el detalle de los elementos transmitidos se haga, además, con la debida separación de los elementos que integran el activo y el pasivo, y con indicación del nombre de las cuentas, en concreto, del activo y pasivo, a las que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados, confeccionado con arreglo a los criterios contables ordinarios establecidos en el Plan General Contable), se entiende que ello se ha producido en el presente caso, ya que, en el punto tres del orden del día, se especifica el número de cuenta de acuerdo con el Plan General Contable, se especifica el título de la cuenta por la que se efectúa el detalle de los elementos transmitidos, es decir, reformas efectuadas en la calle (...) la maquinaria, instalaciones de la escuela, instalaciones situadas en la calle (...) mobiliario de la escuela, mobiliario de la calle (...) equipos informáticos de la escuela, relación de clientes, partidas pendientes, depósitos recibidos, la cuenta de caja y cuentas bancarias, especificando incluso las entidades y el número de cuenta donde se encuentran depositados dichos activos. El artículo 74.1 al que se refiere el registrador Mercantil en su nota de calificación, en cuanto se refiere al proyecto de escisión, proyecto de escisión que no se ha presentado en este caso al haberse adoptado los acuerdos por unanimidad, lo que dice es que se tiene que efectuar la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias, lo que entiende el recurrente que se ha realizado, indicando el número de cuenta y el título de la cuenta en la que aparecen los elementos del activo que se transmiten, sin que sea necesario entrar en el detalle concreto de cada uno, que no es un requisito exigido por la Ley, y que tampoco es un requisito exigido en el presente caso en el que el acuerdo se ha adoptado por unanimidad. Por otro lado, y de acuerdo con el Plan General Contable, las partidas de amortizaciones deberían haber figurado en el activo y con signo negativo, y no en el pasivo, y ello modificaría tanto el total del debe como el total del haber que figura en el acuerdo tercero de la certificación de los acuerdos adoptados en la junta general de socios de la sociedad «Inlingua Calella, S.A.». Pero lo cierto es que ello no afecta al resultado, puesto que el total que se aporta es de 289.078,63 euros, resultado de restarle al activo que indica el registrador de 293.302,66 euros la cantidad del pasivo que es de 4.224,03 euros, por lo que no afecta en absoluto al total que se traspasa y, por lo tanto, ninguna incidencia debe tener el hecho de que en el acuerdo de escisión las partidas de las amortizaciones se hayan hecho constar en el haber y no en el debe con resultado negativo. Respecto de la cuenta que se traspasa, 21100010, por concepto de «reformas (...) 269» por valor de 25.529,45 euros y que, deducida su amortización acumulada



www.civil-mercantil.com

da un total de 24.453,12 euros, y que se dice que no se corresponde con la partida del activo del balance de la sociedad escindida en la que terrenos y construcciones aparece con un valor de 0 euros, ello no quiere decir que dicha partida sea incorrecta. En realidad, la sociedad «Inlingua Calella, S.L.», según el depósito de cuentas efectuado en el Registro Mercantil, no tiene terrenos ni construcciones, ya que el edificio de la calle (...) no es de su propiedad sino que es de alquiler y, por lo tanto, dicha partida de reformas de la calle (...) se corresponde con reformas efectuadas en un inmueble de alquiler que pertenece a terceros, y lo único que figura contabilizado son las reformas y que, lógicamente, tienen su amortización de acuerdo con duración de dichas reformas y del contrato de alquiler, y con independencia de que, una vez quede extinguido dicho contrato de arrendamiento, dichas reformas que se han incorporado al inmueble sean propiedad del titular de la mencionada finca, el titular de la mencionada finca las debe indemnizar, o deba devolverse el local en el estado en el que se encontraba cuando fue arrendado; Tercero.—En relación con el defecto señalado en el punto quinto, apartado segundo, de la nota (según el cual es necesario que el acuerdo de la junta de la sociedad recoja las menciones mínimas configuradoras en la escisión aprobada, y que por lo tanto, debe contener las menciones establecidas en el artículo 31 por remisión del artículo 73 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), dicho artículo 31 de la mencionada Ley se refiere al contenido del proyecto común de fusión, y dispone que el proyecto común de fusión contendrá al menos las menciones que enumera (once menciones). El artículo 73, cuando trata del régimen jurídico de la escisión, dispone en el apartado primero que la escisión se registrará por las normas establecidas para la fusión en esta Ley, con las salvedades contenidas en el mismo capítulo, entendiéndose que las referencias a la sociedad resultante de la fusión equivalen a referencias a la sociedad beneficiaria de la escisión. Pues bien, dicha remisión debe llevar a lo establecido en el artículo 42 de la mencionada Ley sobre el acuerdo unánime de fusión, y el cual establece que «el acuerdo de fusión podrá adoptarse sin necesidad de publicar o depositar previamente los documentos exigidos por la Ley, y sin informe de los administradores sobre el proyecto de fusión cuando se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la fusión, en Junta Universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la Ley o los Estatutos, pudieran ejercer legítimamente este derecho». Por otra parte, en el capítulo II del título III, de la escisión, hay un artículo concreto sobre el proyecto de escisión, que es el artículo 74, el cual dispone que «el proyecto de escisión solamente debe contener dos menciones, 1) la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias, 2) el reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les correspondan en el capital de la sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda este reparto, y que no procede esta mención en los casos de segregación». Los acuerdos adoptados sobre la ampliación de



www.civil-mercantil.com

capital, tanto por «Inlingua Calella, S.L.» como por «Idiomund, S.L.», lo han sido en junta universal y unánimemente por todos los socios, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42, no es necesario ni publicar ni depositar previamente los documentos exigidos por la Ley, y no es necesario el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión, y no siendo necesario el informe de los administradores, no es necesario que los acuerdos adoptados para la fusión o la escisión y elevados a documento público contengan las menciones que prevé el artículo 31 o el artículo 74 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Y ello es así por cuanto el proyecto de fusión, o el proyecto de escisión, tienen por objeto poner en conocimiento de todos los socios qué es lo que se pretende, y que obligará tanto a los socios que voten a favor como a los que voten en contra de ese proyecto de escisión, en el presente caso, incluso obligará a los socios que no acudan a la junta que a tal efecto se convoque. En el presente caso, esas particularidades no se dan, ya que los socios se han reunido en junta universal, y han votado unánimemente por la escisión, en ambas sociedades, y, por lo tanto, si lo han acordado unánimemente, no es necesario que exista proyecto de escisión. A mayor abundamiento, constan los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a la sociedad beneficiaria, en el punto 3 del orden del día, y consta igualmente el reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les corresponden en el capital de las sociedades beneficiarias, en el punto 4 del orden del día, y el punto 6 del orden del día, acordado por unanimidad por la compañía mercantil «Idiomund, S.L.», en la junta universal de socios celebrada el día 6 de mayo de 2013, elevada a público ante la notaria de Calella, doña Mónica de Blas y Esteban, en fecha 19 de junio de 2013, bajo el número de protocolo 496; Cuarto.—En relación con el defecto señalado en el punto quinto, apartado cuarto, de la nota, indica el registrador que del documento no resulta la manifestación del otorgante, bajo su responsabilidad, de que efectivamente no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, los trabajadores, sobre la escisión pretendida, e incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo. El artículo 42, párrafo segundo, dispone que 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, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal, pero lo que no dice es que se deba efectuar manifestación alguna en la escritura en la que se eleven a público los acuerdos sociales adoptados. El artículo 43 lo que hace referencia es que, una vez adoptado el acuerdo de fusión, en este caso, escisión, se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación y, en dicho anuncio, se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y el balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores, sin que se efectúe mención

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

alguna a los trabajadores. El artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto a la escritura pública de fusión, siempre se refiere a la declaración de los otorgantes respecto sobre la existencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas pero, en ningún momento habla de los trabajadores. La remisión, pues, que hace el registrador Mercantil a dichos artículos 42 y 43 de la Ley sobre modificaciones estructurales por remisión de los artículos 73 y 227 del Reglamento del Registro Mercantil, es errónea ya que no se refiere en ningún caso a los trabajadores sino que se refiere a los acreedores. Y ello sin perjuicio de que los trabajadores, si conviniera a su derecho, puedan impugnar dicha escisión por los cauces establecidos; Quinto.–Respecto del defecto señalado en el punto sexto, apartado primero, de la calificación, sobre la necesidad de que los acuerdos de la juntas de las sociedades absorbente y absorbida recojan todas y cada una de las menciones mínimas configuradoras de la fusión aprobada, cabe remitirse a lo expresado en el punto tercero de este recurso; Sexto.– En relación con el defecto señalado en el punto sexto, apartado sexto, sobre la exigencia de incorporación a la escritura del balance de fusión correspondiente a la sociedad absorbida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 3/2009, los artículos mencionados por el registrador se refieren, en cuanto al 39, a la información sobre la fusión, que en este caso no se da por haberse adoptado por acuerdo unánime de fusión, según el artículo 42 de la Ley y, en cuanto al artículo 43, lo único que dispone es que el acuerdo de fusión se tiene que publicar en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio, pero no que deba publicarse dicho balance; Séptimo.–Según el defecto expresado en el punto sexto, apartado séptimo, de la nota, el registrador considera que falta la manifestación del otorgante bajo su responsabilidad y respecto de la sociedad absorbente y absorbida de que no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, los trabajadores, sobre la escisión pretendida, e incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo. El artículo 42, párrafo segundo, dispone que 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, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal, pero lo que no dice es que se deba efectuar manifestación alguna en la escritura en la que se eleven a público los acuerdos sociales adoptados. El artículo 43 lo que hace referencia es que, una vez adoptado el acuerdo de fusión, en este caso, escisión, se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación y, en dicho anuncio, se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y el balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores, sin que se efectúe mención alguna a los trabajadores. El artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto a la escritura pública de fusión, siempre se



www.civil-mercantil.com

refiere a la declaración de los otorgantes respecto sobre la existencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas pero, en ningún momento habla de los trabajadores. La remisión, pues, que hace el registrador Mercantil a dichos artículos 42 y 43 de la Ley sobre modificaciones estructurales por remisión de los artículos 73 y 227 del Reglamento del Registro Mercantil, es errónea ya que no se refiere en ningún caso a los trabajadores sino que se refiere a los acreedores. Y ello sin perjuicio de que los trabajadores, si conviniere a su derecho, puedan impugnar dicha escisión por los cauces establecidos; y, Octavo.—Finalmente, debe manifestarse que, de acuerdo con el Preámbulo de la Ley 3/2009, de 3 de abril, en lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de dicho Preámbulo, en el sentido de que esta Ley se han introducido instrumentos técnicos eficaces para reducir las cargas administrativas que son connaturales a este vigente sistema de tutela y que, al mismo tiempo, la directiva de la CEE que se traspone a nuestro ordenamiento es una directiva de transición entre los defensores de los principios que inspiraron la segunda directiva y quienes proponen una completa sustitución de ésta. Aparte, el Preámbulo cuarto expresa que la Ley introduce otras modificaciones en el régimen de las aportaciones no dinerarias, con la adición de importantes excepciones a la exigencia de informe de experto independiente, y en el régimen de la autocartera y de la asistencia financiera, donde es patente aquel postulado legislativo de mayor flexibilidad. La resolución del presente recurso se debe hacer aplicando dichos postulados de flexibilidad, de disminución de cargas administrativas, y sobre la base de que todos los acuerdos se han tomado por los socios en junta universal y por unanimidad, por lo que no hay que emplear ninguna otra cautela para defender los intereses de los mismos.

IV

Mediante escrito de fecha 3 de febrero de 2014, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe manifiesta que ha resuelto reformar la calificación respecto de los defectos señalados bajo los números 4.º, 6.º2 y 6.º3 y mantenerla en cuanto a los restantes defectos.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 31, 36, 37, 39, 40, 42, 43, 44, 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; los artículos 112, 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



www.civil-mercantil.com

información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones; los artículos 11 y 16 de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011; 9, 10 y 22 de la Directiva 82/891/CEE, del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, relativa a la escisión de sociedades anónimas; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de junio de 1993, 22 de marzo de 2002, 2 de febrero de 2011 y 3 de octubre de 2013.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público determinados acuerdos sociales de «Idiomund, S.L.», sociedad unipersonal, y «Sil Gestión, S.L.» –integrada únicamente por el socio único de la primera y otro socio– adoptados el 6 de mayo de 2013 (entre otros, cese y nombramiento de administrador de la primera sociedad, escisión parcial de la misma y fusión por absorción de la segunda).

En dicha escritura se expresa por el administrador de ambas sociedades que «conforme al artículo 42 de la Ley 3/2009 de 3 de abril y 1/2012 de 22 de junio, al haberse tomado dichos acuerdos en Junta Universal de socios y por unanimidad de todos los socios con derecho a voto no se aporta ninguno de los documentos exigidos por la Ley y no se efectúa informe de los administradores». Además, manifiesta que no se formuló balance de escisión por considerarse como tal el último balance anual formulado por la sociedad el 31 de diciembre de 2012, balance que se aprueba por la junta general que acordó la escisión, si bien se añade en la escritura calificada que «dicho balance está pendiente de verificación por el auditor correspondiente, que me entregarán y protocolizaré con la presente». Y las mismas manifestaciones se contienen en la escritura respecto del acuerdo de fusión.

Mediante diligencia de 7 de noviembre de 2013, extendida en la misma escritura y otorgada por el administrador de la sociedad escindida y absorbente se incorpora mediante testimonio el informe de auditoría de cuentas de la sociedad de 27 de septiembre de 2013 con el balance de situación; asimismo se incorpora testimonio de las publicaciones del acuerdo de escisión y fusión en dos periódicos de 28 de junio de 2013; y el citado administrador manifiesta que ha transcurrido el plazo de un mes sin que ningún acreedor haya hecho uso de su derecho de oposición.

2. Antes de entrar en el análisis de las distintas objeciones que expresa el registrador en la calificación impugnada 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 sólo cuando es debidamente cumplimentado surte los efectos previstos por el legislador. Pero, habida cuenta de la diversidad de los intereses potencialmente afectados



www.civil-mercantil.com

(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 defectos que es objeto de impugnación se refiere al informe del auditor de cuentas de la sociedad escindida y absorbente –obligada a la verificación de las cuentas anuales–, emitido el día 27 de septiembre de 2013. Considera el registrador que, al ser dicho informe posterior a la fecha de los acuerdos de escisión y fusión –6 de mayo de 2013– y a la de la publicación de tales acuerdos –28 de junio de 2013– no es suficiente la incorporación del mismo, con el balance, a la escritura el 7 de noviembre de 2013, pues no pudo estar a disposición de los interesados (las personas a que se refiere el artículo 39, por remisión del artículo 73, de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), con anterioridad a la celebración de las juntas generales que aprueban la escisión; ni a disposición de los acreedores, junto con el balance de escisión, en la fecha de publicación de los anuncios de escisión. Por ello exige que se publiquen nuevos anuncios, y que, una vez transcurrido un mes, los otorgantes realicen nuevas manifestaciones sobre el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 39 y 43, por remisión del artículo 73, de la Ley sobre modificaciones estructurales



www.civil-mercantil.com

de las sociedades mercantiles, así como una nueva declaración sobre la inexistencia de oposición.

La adecuada respuesta a la cuestión debatida exige que se distinga adecuadamente entre la protección que la Ley depara a los interesados intrasociales y aquella que se depara para los acreedores sociales.

4. Por lo que se refiere a los primeros, 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 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, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). Concretamente, por lo que interesa en este recurso, debe ponerse a disposición de tales interesados las cuentas anuales y el informe de gestión (con los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles), y el balance de fusión o escisión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado, si fuera exigible, del informe de auditoría (cfr. artículo 39.1, 4º y 5º).

Es cierto, como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 22 de marzo de 2002, que el balance de fusión tiene un alcance eminentemente informativo, en cuanto sirve para permitir que los socios y los demás interesados a los que se refiere la Ley conozcan la situación económica de las sociedades que participan en la fusión. Pero no es menos cierto que cumple una finalidad adicional en cuanto sirve de base a las condiciones en que se propone a las personas interesadas llevar a cabo la fusión (artículo 25.1 de la Ley 3/2009), les proporciona información sobre tales circunstancias a fin de que ejerciten sus derechos con el mayor grado de conocimiento posible y, en su caso, para que ejerciten las acciones resarcitorias que el ordenamiento les reconoce (artículo 47 de la Ley 3/2009).

La trascendencia del balance de fusión resulta igualmente de lo dispuesto en los apartados 1.c) y 2 del artículo 11 de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (cuyo antecedente es el mismo precepto legal de la Tercera Directiva, 78/855/CEE, actualmente derogada), según los cuales cualquier accionista que deba decidir en junta general sobre un proyecto de fusión tiene derecho a examinar un «estado contable» de las sociedades que participan en dicha fusión. Términos análogos se emplean en los apartados 1.c) y 2 del artículo 9 de la Directiva 82/891/CEE, del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, relativa a la escisión de sociedades anónimas.



www.civil-mercantil.com

Es cierto que, según el último párrafo del mismo apartado 1 del artículo 11 de la Directiva 2011/35/UE, las legislaciones nacionales pueden permitir que se prescindiera de ese «estado contable» -no así de las cuentas anuales a las que se refiere el artículo 11, apartado 1.b)- cuando el acuerdo de fusión se adopte en ambas sociedades por acuerdo de todos los socios y demás personas que puedan ejercer el derecho a voto (así se admitió mediante la modificación que de la Tercera Directiva, 78/855/CEE, se realizó por la Directiva 2009/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009. Y, en el mismo sentido, respecto de la escisión, artículo 10 de la Directiva 82/891/CEE, también modificada por esta última). Pero esta posibilidad no ha sido acogida por nuestro legislador al transponer la mencionada Directiva de simplificación de obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones, lo que contrasta con la exención contable respecto del balance que para la escisión por constitución de nuevas sociedades establece el artículo 78 bis de la Ley 3/2009 como consecuencia de la transposición del artículo 22.5 de la citada Sexta Directiva, 82/891/CEE.

Por tanto, entre la documentación que en la fase previa a la adopción del acuerdo de escisión o fusión debe ponerse a disposición de las personas referidas en el artículo 39.1 de la Ley 3/2009 debe incluirse el balance (sea el último anual aprobado o el formulado «ad hoc») también en los casos en que los acuerdos se hayan adoptado en cada una de las sociedades en junta general universal y por unanimidad de quienes puedan ejercer el derecho de voto (cfr. artículo 42.1 de dicha Ley). En tales supuestos, al no publicarse ni depositarse previamente tales documentos, será suficiente que la correspondiente escritura contenga la declaración del otorgante sobre el cumplimiento de la obligación de información impuesta respecto de tal balance por el citado artículo 39.1 tal y como resulta de la disposición del artículo 227.2.1º del Reglamento del Registro Mercantil.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente se dan dos circunstancias relevantes:

- a) Se aprueba el balance de fusión sin que se haya puesto a disposición de la junta el informe del auditor a pesar de que la sociedad está obligada a auditar.
- b) La escritura pública no hace referencia a que se ha cumplido el deber de información a que se refiere el artículo 39 mediante la puesta a disposición de los documentos a que el mismo se refiere.

Tratándose la primera de una cuestión que afecta a la validez del procedimiento (artículo 47 de la Ley 3/2009), el documento no puede acceder a los libros del Registro. El artículo 37 de la Ley 3/2009 es tajante y no deja espacio a la interpretación por lo que es evidente que el

acuerdo llevado a cabo infringe su contenido (vid. igualmente el artículo 39.1.5º de la propia Ley). Al igual que el supuesto de junta universal y unanimidad no exime de la obligación de aprobar el balance de fusión o escisión (con la excepción del artículo 78 bis), en cuanto sustrato económico del acuerdo, tampoco exime de la preceptiva aportación a la junta del informe de verificación sin el cual el acuerdo adoptado contrario a derecho.

5. En relación con los acreedores la protección de sus intereses tiene en cuenta que no son parte del proceso de fusión o escisión. En la medida que la sucesión universal que se produce como consecuencia del proceso altera, sin su consentimiento, la persona de su deudor, su protección se articula en base a dos derechos fundamentales: por un lado el derecho de información y por otro el derecho de oposición.

De los artículos 43 y 73 de la misma Ley resulta la obligación de que en las publicaciones del acuerdo de fusión o escisión o en la comunicación individual por escrito sustitutoria se haga constar el derecho que les asiste de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que les corresponde. Este derecho de oposición se puede ejercitar en el plazo de un mes desde dichas publicaciones o comunicaciones en los términos previstos en el artículo 44. Por ello, para la inscripción de la escisión es necesario que la escritura recoja la declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores o por el contrario el hecho de que sí que ha habido oposición (artículo 227.2.2ª del Reglamento del Registro Mercantil).

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

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



www.civil-mercantil.com

Resulta también por este motivo que el documento presentado a inscripción no puede acceder a los libros del Registro. Si al tiempo de publicar el acuerdo de fusión y escisión no estaba a disposición de los acreedores el informe de verificación, es patente que no se ha respetado su derecho a la información sobre las bases económicas de la operación realizada pues, estando la sociedad obligada a verificar sus cuentas, es el informe de verificación el que ofrece la opinión técnica precisa para determinar si aquellas bases responden a la realidad de las cosas (vid. artículo 1.3 de la Ley de Auditoría). En definitiva, la conculcación del derecho de información resulta en la imposibilidad de ejercicio del derecho de oposición al carecer sus destinatarios de los elementos de juicios previstos por el legislador para su normal desarrollo.

6. En el punto quinto, apartado primero, de la nota de calificación afirma el registrador que es necesario que el detalle de los elementos transmitidos se haga con la debida separación de los elementos que integran el activo y el pasivo, y con indicación del nombre de las cuentas, en concreto, del activo y pasivo, a las que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados, confeccionado con arreglo a los criterios contables ordinarios establecidos en el Plan General Contable.

El defecto debe ser confirmado.

A diferencia de lo que ocurre con la fusión, en la cual dos o más sociedades mercantiles se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios, en la escisión parcial se produce la segregación del patrimonio social mediante el traspaso de una o varias partes del mismo a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. Por ello es necesario detallar la «designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias», como dispone el artículo 74.1 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Si se tiene en cuenta la trascendencia que la escisión tiene respecto de los derechos de los distintos interesados, el hecho de que este precepto se refiera al proyecto de escisión y en el presente caso no sea necesario su depósito ni su publicación no permite concluir, como pretende el recurrente, que no es necesaria la especificación exigida por el registrador.

Ciertamente, esta exigencia legal de especificación de los elementos patrimoniales que son objeto de fragmentación puede revestir dificultades derivadas de la heterogénea composición del patrimonio afectado, en explotación, con elementos diversos que puede incluir meras relaciones de hecho. Por ello, dado que se produce una transmisión patrimonial en bloque, por la vía de sucesión universal, la exigencia de designación de tales elementos no debe llevarse al extremo. Pero no es suficiente una mera relación de cuentas con distinción entre «debe» y «haber», con unos valores relativos a conceptos patrimoniales genéricos.



www.civil-mercantil.com

Por lo demás, en el presente caso el propio recurrente reconoce la necesidad de realizar las correcciones numéricas a las que se refiere el registrador en su calificación. No obstante, respecto de la indicación relativa a la partida «terrenos y construcciones» podría acogerse el criterio del recurrente siempre que las alegaciones que incluye en su impugnación sobre la inexistencia de tales elementos se refiera a la sociedad escindida y no, como expresa en su escrito –tal vez por error material–, a la sociedad beneficiaria.

7. También debe confirmarse el criterio del registrador por el cual exige que el acuerdo de las juntas de ambas sociedades –la que se escinde y la beneficiaria, absorbente y absorbida– recoja las menciones mínimas configuradoras en la escisión y fusión aprobadas, establecidas en los artículos 31 y 73 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (defectos señalados en el punto quinto, apartado segundo, y punto sexto, apartado primero, de la nota de calificación).

Como resulta de los artículos 40 y 73 de dicha Ley, así como del artículo 228 del Reglamento del Registro Mercantil, el acuerdo de la junta general de ambas sociedades debe ajustarse estrictamente al proyecto común de fusión y escisión. La necesidad de que el acuerdo contenga todas las menciones previstas para el proyecto de fusión o escisión tiene especial trascendencia en casos como el presente en el que no se ha depositado ni publicado dicho proyecto. Y se ajusta a lo establecido en el artículo 43.1 de dicha Ley, que se refiere a la publicación o comunicación del acuerdo de fusión –o escisión– con constancia del derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado.

Según el artículo 45.1 de la Ley, las sociedades deben elevar el acuerdo a escritura pública. Al tratarse de acuerdos inscribibles relativos a la modificación «de la escritura o de los estatutos sociales», es preceptiva la transcripción literal del acuerdo; y debe consignarse en la certificación todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados (cfr. artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil).

Debe tenerse en cuenta respecto de las modificaciones estructurales que, según el artículo 16.1 de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (cuyo antecedente es el mismo precepto legal de la Tercera Directiva, 78/855/CEE), el notario «deberá verificar y certificar la existencia y la legalidad de las actas y formalidades que incumban a la sociedad... y del proyecto de fusión».

Entre estos extremos están incluidos, sin duda, las menciones ahora cuestionadas.



www.civil-mercantil.com

8. Otras objeciones expresadas por el registrador se refieren 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 escisión y fusión pretendidas, incluida la información sobre los efectos que pudieran tener sobre el empleo (defectos señalados en el punto quinto, apartado cuarto, y punto sexto, apartado séptimo, de la nota de calificación).

Anteriormente ha quedado expuesto que entre las medidas previstas en el régimen legal de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles para la protección de los distintos intereses afectados se encuentran determinados requisitos relativos a la información documental que sobre la fusión y escisión debe ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores, entre otras personas (artículos 39 y 73 de la Ley 3/2009).

Esta información debe estar a disposición de los mismos también en los casos en que los acuerdos se hayan adoptado en cada una de las sociedades en junta general universal y por unanimidad de quienes puedan ejercer el derecho de voto (cfr. artículo 42.1 de dicha Ley). En tales supuestos, por el hecho de que no se publique 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, «1ª. 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.



www.civil-mercantil.com

9. Por último, en la calificación impugnada (defecto señalado en el punto sexto, apartado sexto) se exige que se incorpore a la escritura el balance de fusión correspondiente a la sociedad absorbida.

Anteriormente (fundamento de Derecho tercero) se ha hecho referencia a la función del balance de fusión y la obligatoriedad de su existencia, por lo que no es necesario volver sobre dicha cuestión. Ahora sólo cabe añadir que no sólo es necesario que el balance de la sociedad absorbida se ponga a disposición de las personas referidas en los artículos 39.1 y 43.1 de la Ley 3/2009, ya analizados, sino que dicho balance forme parte del contenido de la escritura de elevación a público de los acuerdos de fusión, como establecen claramente los artículos 45.1 de la misma Ley y 227.2.5.ª del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada 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, 10 de abril de 2014. El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.