



<http://civil-mercantil.com/>

RESOLUCIÓN de 21 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Córdoba, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a públicos de acuerdos de fusión por absorción.

(BOE de 30 de mayo de 2014)

SUMARIO:

Registro Mercantil. Sociedad anónima. Absorción de una sociedad limitada íntegramente participada acordada por unanimidad en junta universal. Aprobación del balance debidamente verificado y protocolizado.

El consentimiento negocial que implica el acuerdo de fusión debe comprender las bases patrimoniales sobre las que se lleva a cabo y esta circunstancia debe constar en el orden del día. Nada obsta a lo anterior que la fusión tenga carácter de especial por concurrir las circunstancias previstas en la propia Ley 3/2009. El que el acuerdo se adopte en junta universal y por unanimidad, puede excusar la existencia de proyecto de fusión y de la puesta a disposición de los socios de la información, pero no excusa de que el consentimiento negocial que implica el acuerdo comprenda el balance social en cuanto expresión del sustrato patrimonial sobre el que se proyecta. Y esto es así aun cuando el balance utilizado como balance de fusión haya sido objeto de una previa aprobación por la junta y, en su caso, de verificación contable por tratarse del comprendido dentro de las cuentas anuales. Precisamente el consentimiento que implica el acuerdo social conlleva que el balance de cierre de ejercicio sea, además, balance de fusión. En la medida que los acreedores no participan de los acuerdos sociales su contenido es, frente a ellos, *res inter alios acta*. Ahora bien aun cuando no les vinculen, los acuerdos sociales les afectan, máxime en un supuesto como el de la fusión en el que se produce el efecto legal de la sucesión universal. De aquí que el ordenamiento les reconozca el derecho a examinar el texto íntegro del balance de fusión una vez adoptado el acuerdo de fusión, así como la posibilidad de ejercer su derecho de oposición. No es cierto en consecuencia que el balance de fusión pueda ser obviado en determinadas circunstancias pues, por simplificada que pueda resultar la operación, el procedimiento de fusión ha de salvaguardar en todo caso los derechos de los acreedores cuyo ejercicio sería imposible si se les priva de la posibilidad de examinar la base económica de la fusión y por tanto las repercusiones que puedan derivarse para su posición jurídica. No obstante, resulta excesivo exigir la protocolización de un balance que esté integrado en las cuentas anuales y previamente depositado en el Registro Mercantil. Esta duplicidad carece de justificación y no protege interés alguno. Ahora bien si el balance de fusión no es el último balance de ejercicio aprobado, o siéndolo ha sufrido alteraciones de valoración que, en su caso, han de ser debidamente auditadas, la situación es completamente distinta porque en este caso la base fáctica sobre la que se lleva a cabo el negocio jurídico difiere.

PRECEPTOS:

Directiva 2011/35/UE (fusiones de las sociedades anónimas), arts. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 19, 24 y 27.

Código de Comercio de 1885, arts. 34, 35 y 36.

Ley 3/2009 (Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), arts. 25, 31, 34, 36, 37, 39, 42, 43, 45, 49 y 51.

RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 272 y 395.

RD 1784/1996 (Rgto. Registro Mercantil), arts. 227 y 247.



<http://civil-mercantil.com/>

En el recurso interpuesto por don J. R. G., como administrador único de «Grupo P.R.A., S.A.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Ortega, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a públicos de acuerdos de fusión por absorción.

Hechos

I

Por el notario de Córdoba, don Fernando Garí Munsuri, se autoriza el día 31 de diciembre de 2013 escritura pública por la que se documentan los acuerdos de fusión entre las sociedades «Grupo P.R.A., S.A.» y «Prasa Ejecución de Obras, S.L.», mediante la absorción de ésta última por aquella. Del título resulta que la sociedad absorbida está íntegramente participada por la absorbente, que ésta última ha acordado por unanimidad de su junta universal la absorción así como los respectivos balances de fusión de fecha 8 de noviembre de 2013 que se protocolizan y que tras la oportuna publicación ningún acreedor se ha opuesto a la fusión y que de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 3/2009 se ha puesto a disposición de los socios y acreedores los documentos a que se refiere los artículos 43 de dicha Ley y 227.2.1 del Reglamento del Registro Mercantil. Constan protocolizados el proyecto de fusión, el certificado de la junta universal de la sociedad absorbente, los anuncios llevados a cabo en el Borme y en un diario y el balance y cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad absorbida. La sociedad absorbente cierra su ejercicio el día 31 de diciembre de cada año.

II

Presentada la referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Córdoba. Notificación de calificación don Francisco Manuel Galán Ortega, registrador Mercantil de Córdoba, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos. Diario/asiento: 104/1066 F. presentación: 31/12/2013. Entrada: 1/2013/6.374,0. Sociedad: Grupo PRA, S.A. Autorizante: Garí Munsuri, Fernando. Protocolo: 2013/1615 de 31/12/2013. Fundamentos de Derecho (defectos) 1.-Falta la oportuna provisión de fondos para la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Artículo 426.1 del Reglamento del Registro Mercantil y Resolución de la DGRN de fecha 20 de mayo de 2009. 2.- No se acredita que el documento haya sido presentado en la Oficina Liquidadora competente, para la liquidación de los tributos correspondientes a los actos que la escritura comprende. Artículo 32.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, artículo 86.1 del Reglamento del Registro Mercantil y artículo 122.1 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. 3.-Los balances de fusión, verificados por los auditores de cuentas de las sociedades intervinientes en la fusión, han de ser aprobados por la junta general e incorporarse a la escritura junto con los informes de auditoría. Artículos 37 y 45.1 de la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. 4.-La sociedad Grupo PRA, S.A. tiene cerrado el Registro para la práctica de la inscripción de los actos que el documento comprende, por falta del depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Artículos 282 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 378 del Reglamento del Registro Mercantil. 5.-Falta la previa inscripción de la escritura otorgada en Córdoba el día 31 de diciembre de 2013, ante el notario don Fernando Garí Munsuri, número 1614 de protocolo, por la que Grupo PRA, S.A., reduce el capital social. Artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil. 6.-Por los defectos aludidos se suspende la inscripción solicitada, al considerarlos subsanables. En relación con la presente calificación (...) Córdoba, a 8 de enero de 2014. El registrador».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. R. G., en el concepto en que interviene, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 7 de febrero de 2014, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que el



<http://civil-mercantil.com/>

recurso se interpone exclusivamente contra el fundamento tercero de la nota del registrador. Que la función del balance de fusión es esencialmente informativa a fin de que socios y demás interesados conozcan la situación económica de las sociedades participantes como afirmó la Resolución de 22 de marzo de 2002. Que como confirmó dicha Resolución en la antigua redacción de la Ley de Sociedades Anónimas no era preciso que constase el balance de la sociedad absorbente ni su fecha. Que en el supuesto de hecho el acuerdo ha sido publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un diario sin que ningún acreedor haya ejercido su derecho a consultar los documentos de fusión por lo que si el acuerdo se ha adoptado por unanimidad y los acreedores no han ejercitado su derecho cabe preguntarse por qué no se inscribe la fusión por esta circunstancia. Que el artículo 45 de la Ley 3/2009 exige la incorporación de los balances en contradicción la voluntad de simplificación que resulta de su Exposición de Motivos. El anterior artículo 244 de la Ley de Sociedades Anónimas sólo exigía la incorporación del balance de la sociedad o sociedades extinguidas lo que confirmaba el artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil. Que el artículo 11 de la Directiva 35/2011/UE prevé que los Estados miembros no exijan el estado contable si así lo han acordado los accionistas de las sociedades implicadas; también prevé la exención de dichos requisitos si los documentos se han publicado en su página web. Que en relación a dicha circunstancia el artículo 39.2 de la Ley 3/2009 prevé, en los supuestos en que la sociedad no tuviera página web, que los socios que lo insten tengan derecho a la información del número 1 de donde resulta que si no lo instan no es preciso ni elaborar el balance ni su aprobación por las juntas. Que la propia Directiva en sus preceptos dedicados a las fusiones especiales (artículos 24 a 29) no considera el balance como pieza clave de la operación como demuestra que en supuestos de participación superior al 90% pero inferior al 100% prohíbe que los Estados exijan los requisitos del artículo 11. Que este argumento del artículo 28 debe ser extensible a las fusiones impropias y no limitarse a las fusiones en que la absorbente tenga más del 90% pero no la totalidad de las acciones. Que la Ley 3/2009 en su artículo 51 ha suprimido el requisito del balance en las fusiones cuando la absorbente tenga más del 90% de las acciones de la absorbida pero no la totalidad. Que la no exigencia de aprobación por las juntas deriva tanto del Derecho Comunitario como del nuestro que en el artículo 49 de la Ley 3/2009 no lo exige para el caso de sociedades íntegramente participadas. Que en cuanto a sociedades con más del 90% pero no la totalidad resulta de los artículos 8, 27 y 28 de la Directiva. Por su parte el artículo 51 de la Ley 3/2009 exige a la sociedad absorbente de aprobar la fusión en junta cuando se hubiera publicado debidamente. Que de una interpretación sistemática de los artículos 39 y 43 de la Ley 3/2009 resulta que al igual que se les exime de la obligación de adoptar el acuerdo de fusión se les debe eximir del resto de requisitos salvo del proyecto de fusión y de las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios por expresa indicación del artículo 51. Que el artículo 78 bis de la propia Ley exime del requisito de aprobación del balance en el caso de escisión. Que en materia de cesión global la remisión que el artículo 87 hace al artículo 40 debe entenderse en el sentido de que no es precisa la aportación del balance. Que finalmente doctrina autorizada y la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 2 de marzo de 2011 entiende que no es preciso un informe de auditor que no presta utilidad a ninguna parte interesada, opinión que debe extenderse al supuesto de fusión en el caso de unanimidad de los socios; y, que en cualquier caso y por aplicación del artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil ha de bastar la afirmación de los administradores de que se ha puesto a disposición de los socios el balance aprobado en tiempo y forma.

IV

El registrador emitió informe el día 3 de marzo de 2014, ratificándose en su calificación y elevando el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que notificado el notario autorizante no realizó alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 19, 24 y 27 de la Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas; 34, 35 y 36 del Código de Comercio; 25, 31, 34, 36,



<http://civil-mercantil.com/>

37, 39, 42, 43, 45, 49 y 51 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 272 y 395 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 227 y 247 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 30 de junio de 1993; 22 de marzo de 2002; 2 de febrero de 2012, y 3 de octubre de 2013.

1. El objeto de este expediente viene limitado por el escrito de recurso que ciñe su pretensión revocatoria a la cuestión señalada en el acuerdo de calificación negativa con el número 3. La cuestión debatida se reduce así a determinar si en el supuesto de que una sociedad anónima acuerde por unanimidad en junta universal la absorción de una sociedad limitada íntegramente participada es preceptivo que la junta apruebe el balance debidamente verificado y que la escritura lo protocolice.

Para responder adecuadamente a la cuestión suscitada es preciso detenerse en el análisis del papel que el balance de las sociedades afectadas desempeña en el procedimiento de fusión así como la función que implica su incorporación a la escritura pública que lo documenta a efectos de su inscripción.

2. El balance de fusión, como cualquier otro balance de la sociedad, tiene como finalidad ofrecer la imagen patrimonial en un momento dado o, como afirma el Código de Comercio proporcionar «la imagen fiel de su patrimonio» (artículo 34), mediante la expresión de las partidas de activo, de pasivo y el patrimonio neto (artículo 35). El balance de fusión cumple además una finalidad adicional: 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), y les proporciona información sobre tales circunstancias a fin de que ejerciten sus derechos con el mayor grado de conocimiento posible.

Por lo que a los socios se refiere, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles establece en su artículo 31.10ª que el proyecto de fusión elaborado por los administradores debe hacer referencia a las «fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión», condiciones que incluyen el tipo de canje y la valoración del patrimonio a transmitir (artículo 31, 2.ª y 9.ª). En la medida en que esta información es solo indiciaria la Ley obliga a poner a disposición de socios y demás personas relacionadas estrechamente con la sociedad los documentos completos que puedan serles de utilidad a fin de ejercer sus derechos comprobando si lo estiman oportuno que las premisas establecidas para la realización de la fusión son conformes con la realidad de las cosas. Así lo establece el artículo 39.1 de la Ley al comprender entre dicha documentación tanto «las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles» como «el balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado, si fuera exigible, del informe de auditoría...».

En la medida que el cumplimiento de estos deberes de información en beneficio de socios y otros interesados tiene como finalidad el ejercicio responsable de sus derechos nada obsta, y así lo prevé expresamente la Ley (artículo 39 in fine y artículo 42), a prescindir de ellos cuando los destinatarios de dichas obligaciones así lo deciden.

Ciñéndonos al supuesto más frecuente y dejando de lado otros posibles interesados distintos de los socios, la junta universal que por unanimidad acuerde la fusión sin que se haya publicado o depositado el proyecto de fusión y sin cumplir la obligación de puesta a disposición de la documentación pertinente, está obligada empero a aprobar el balance de fusión previa su verificación contable, en su caso.

Así resulta indubitadamente del artículo 37 de la Ley 3/2009 que exige que el consentimiento negocial que implica el acuerdo de fusión comprenda las bases patrimoniales sobre las que se lleva a cabo y que esta circunstancia se haga constar en el orden del día. Nada obsta a lo anterior que la fusión tenga carácter de especial por concurrir las circunstancias previstas en la propia Ley. Si la sociedad absorbida



<http://civil-mercantil.com/>

está íntegramente participada por la absorbente, el acuerdo social de ésta tendrá el carácter de negocio unilateral y deberá comprender igualmente la aprobación del sustrato patrimonial (artículo 49). Tampoco es óbice el supuesto de que la fusión se lleve a cabo sin necesidad de acuerdo de junta de la sociedad absorbente pues en este supuesto el consentimiento negocial es emitido por el órgano de administración por así establecerlo la Ley (artículo 51). Y es que, en cualquier caso debe existir una expresión de consentimiento negocial que comprenda el balance de la sociedad. En consecuencia el hecho de que el acuerdo de junta se acuerde en junta universal y por unanimidad, puede excusar la existencia de proyecto de fusión y de la puesta a disposición de los socios de la información prevista en el artículo 39 de la Ley, pero no excusa de que el consentimiento negocial que implica el acuerdo comprenda el balance social en cuanto expresión del sustrato patrimonial sobre el que se proyecta.

Y esto es así aun cuando el balance utilizado como balance de fusión haya sido objeto de una previa aprobación por la junta y, en su caso, de verificación contable por tratarse del comprendido dentro de las cuentas anuales (artículo 36.1 de la Ley 3/2009). Precisamente el consentimiento que implica el acuerdo social conlleva que el balance de cierre de ejercicio sea, además, balance de fusión.

3. En la medida que los acreedores no participan de los acuerdos sociales su contenido es, frente a ellos, «res inter alios acta». Ahora bien aun cuando no les vinculen, los acuerdos sociales les afectan, máxime en un supuesto como el de la fusión en el que se produce el efecto legal de la sucesión universal. De aquí que el ordenamiento les reconozca el derecho a examinar el texto íntegro del balance de fusión una vez adoptado el acuerdo de fusión (artículo 43.1, lo que enfatiza la trascendencia de que el acuerdo de fusión comprenda la aprobación del balance utilizado), así como la posibilidad de ejercer su derecho de oposición. No es cierto en consecuencia que el balance de fusión pueda ser obviado en determinadas circunstancias pues, por simplificada que pueda resultar la operación, el procedimiento de fusión ha de salvaguardar en todo caso los derechos de los acreedores cuyo ejercicio sería imposible si se les priva de la posibilidad de examinar la base económica de la fusión y por tanto las repercusiones que puedan derivarse para su posición jurídica.

4. Procede que a continuación se analice la trascendencia que pueda tener la incorporación del balance de fusión de las sociedades implicadas en la escritura de fusión. Al respecto el artículo 45 de la Ley 3/2009, establece lo siguiente: «1. Las sociedades que se fusionan elevarán el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública, a la cual se incorporará el balance de fusión de aquéllas...». Este precepto difiere de su inmediato antecedente, el artículo 244 de la Ley de Sociedades Anónimas que establecía que «las sociedades que se fusionan harán constar el acuerdo de fusión aprobado por sus respectivas juntas en escritura pública, que habrá de contener el balance de fusión de las sociedades que se extinguen».

La divergencia entre el texto actual y el anterior obliga a ponderar la función que la incorporación del balance de las sociedades extinguidas tenía en el anterior texto legal y si la modificación introducida por la nueva Ley, viene a exigir la incorporación del balance de la sociedad absorbente, implicando una alteración del alcance de la medida siempre y en cualquier caso.

El balance de fusión, en cuanto reflejo de la situación patrimonial de la sociedad, sirve de sustento material al negocio jurídico realizado por lo que la elevación a público del acuerdo mediante el otorgamiento y autorización por notario de la escritura pública, atribuye al negocio los efectos previstos por el ordenamiento jurídico (artículo 17 bis de la Ley del Notariado). De ahí que resulte patente que con la incorporación del balance a la escritura pública se documenta no sólo la expresión de la voluntad social sino además la base económica sobre la que se asienta. De este modo el instrumento público recoge el negocio jurídico llevado a cabo incluyendo las concretas partidas que las respectivas sociedades, mediante la aprobación del balance, manifiestan sujetas al efecto legal de sucesión universal. La Ley de Sociedades Anónimas entendió que esta finalidad se cumplía adecuadamente con la incorporación del balance de las sociedades que se extinguían habida cuenta que eran sus patrimonios únicamente los sujetos al efecto legal de sucesión universal (al igual que ocurre con el balance final en

<http://civil-mercantil.com/>

caso de liquidación, aunque en este caso haya sucesión particular, situación que se mantiene en el texto vigente, artículo 395.2 de la Ley de Sociedades de Capital y artículo 247.4 del Reglamento del Registro Mercantil).

La cuestión se traslada al nuevo texto legal pues la modificación incorporada en el nuevo artículo 45 de la Ley 3/2009 haciendo referencia a la incorporación del balance de fusión de las sociedades sin más concreción plantea la duda ya apuntada.

Tiene sin embargo razón el recurrente cuando llama la atención sobre el hecho de que una reforma semejante casaría mal con la declarada intención de la Ley 1/2012, de 22 de junio (por la que se llevó a cabo la reforma de la Ley 3/2009 a fin de trasponer diversas Directivas Europeas), de implementar la política de simplificación del Derecho de las sociedades de capital, especialmente para la reducción de costes y la simplificación de cargas (y sobre cuya trascendencia ya se ha pronunciado este Centro Directivo, vid. Resoluciones de 3 de octubre de 2013, y 4 de febrero de 2014).

Sin embargo, la dicción literal del nuevo artículo 45 de la Ley 3/2009, así como el cambio que implica en relación con la redacción del artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil, desarrollo de la anterior legislación en materia de fusión, lleva a entender que el legislador ha optado por modificar el sistema anterior, y exigir no sólo el balance, auditado en su caso, de las sociedades que se extinguen, sino los de todas las sociedades participantes en la fusión.

A los efectos del derecho de información, y dado que la fusión implica un único patrimonio en la sociedad absorbente o resultante de la fusión, en el que se integran los activos y pasivos de todas las sociedades participantes, no es indiferente la situación patrimonial de la absorbente, ni por tanto, la información que sobre la misma se deba suministrar a quienes se van a ver afectados por la modificación estructural. Los acreedores de las sociedades absorbidas, que van a concurrir para el cobro de sus créditos con los de la sociedad absorbente, estarán interesados en conocer la situación patrimonial de ésta.

Cuanto antecede lleva a considerar, a la vista de la legislación vigente, la necesidad de incorporar a la escritura de fusión todos los balances de las sociedades participantes en la misma.

5. Como resulta de las consideraciones anteriores, lo trascendente a efectos del procedimiento de fusión es que el balance que apruebe la junta refleje adecuadamente el estado patrimonial de la sociedad. El artículo 36 de la Ley 3/2009 establece que «1. El último balance de ejercicio aprobado podrá considerarse balance de fusión, siempre que hubiere sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión». Dicho balance por tanto, junto con el resto de la documentación exigible, integra las últimas cuentas anuales de ejercicio que hayan sido aprobadas.

El balance, integrado en las cuentas anuales aprobadas, está sujeto a la obligación de depósito en el Registro Mercantil y no será infrecuente que así haya sido al tiempo de otorgarse la escritura pública. Téngase en cuenta que si el balance de fusión es el correspondiente a las últimas cuentas aprobadas por la junta ordinaria dentro del plazo de seis meses previsto en el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital, lo normal es que conste depositado en el plazo de un mes desde la aprobación conforme al artículo 365.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

Pero es que aunque no sea así su incorporación a la escritura pública no puede erigirse en requisito obstativo habida cuenta de que no existe interés protegible (sin perjuicio del valor intrínseco del instrumento público y de la extensión de sus efectos en el supuesto de que efectivamente se incorpore el balance). Téngase en cuenta que respecto de socios y demás interesados de la sociedad la incorporación de un balance que ya fue aprobado con carácter previo al acuerdo de fusión no añade garantía alguna habida cuenta que tanto al convocarse la junta para aprobar las cuentas como antes de convocar la junta para aprobar la fusión han dispuesto de un amplio derecho de información (el artículo 39.1.4.º de la Ley 3/2009 y artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Por lo que a los acreedores se refiere,



<http://civil-mercantil.com/>

la protección de su posición jurídica depende igualmente de hechos anteriores al otorgamiento de la escritura de fusión; en concreto de la publicación o comunicación del acuerdo de fusión, momento en el que surge su derecho de oposición así como el de «obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión» (artículo 43.1 de la Ley 3/2009).

De aquí que resulte excesivo exigir la protocolización de un balance que esté integrado en las cuentas anuales y previamente depositado en el Registro Mercantil. No resulta razonable que una interpretación literal del artículo 45 de la Ley 3/2009 lleve al resultado de que se refleje en la inscripción de fusión el balance de la sociedad absorbente cuando es objeto de depósito imperativamente en el mismo Registro Mercantil. Esta duplicidad carece de justificación y no protege interés alguno.

Ahora bien si el balance de fusión no es el último balance de ejercicio aprobado (artículo 36.1, segundo párrafo, de la Ley 3/2009), o siéndolo ha sufrido alteraciones de valoración que, en su caso, han de ser debidamente auditadas (artículo 36.2 y artículo 37 de la misma Ley), la situación es completamente distinta porque en este caso la base fáctica sobre la que se lleva a cabo el negocio jurídico difiere. Cobra así todo su sentido que se incorpore a la escritura pública a fin de que comprenda adecuadamente, sin duplicidad alguna, la totalidad de elementos que integran el negocio jurídico que documenta y del que se predicen los efectos de la autorización notarial. Como resulta de la propia Ley (vid. artículos 36.2, 37 y 39.1.5.º) cuando el balance de fusión no es el previamente aprobado por la junta de la sociedad como balance de ejercicio, se extrema la protección de los intereses de los llamados a pronunciarse al respecto, lo que justifica un tratamiento diferenciado.

Esta interpretación, debidamente motivada, respeta la literalidad del artículo 45 de la Ley 3/2009, así como su espíritu, evitando trámites que no obedecen a la defensa de interés protegible alguno pero exigiendo aquellos que están debidamente justificados.

6. En el supuesto de hecho la escritura pública afirma que el balance de fusión de la sociedad anónima absorbente está aprobado y protocolizado, aunque esto último no es así. El balance aprobado de fusión es un balance distinto al balance de ejercicio. No resulta su verificación contable.

7. A la luz de las consideraciones anteriores es evidente que el recurso no puede prosperar. Resultando que el balance de fusión, siendo distinto del de ejercicio, no ha sido objeto de verificación ni se incorpora a la escritura pública, procede la confirmación del acuerdo de calificación.

Los argumentos del escrito de recurso no pueden imponerse a las motivaciones más arriba expresadas.

Es cierto que la Ley de Sociedades Anónimas contenía una regulación distinta, como ha quedado visto, pero precisamente el hecho de que exista una regulación enteramente nueva de las denominadas reformas estructurales de sociedades mercantiles justifica que el legislador haya optado, en este caso concreto, por apartarse de su antecedente legislativo. Por la misma razón las previsiones que el artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil contienen, han de interpretarse en función de la nueva regulación y no de la derogada.

Tampoco pueden confundirse los distintos planos en que juega la exigencia de distintos requisitos dentro del procedimiento de fusión. El hecho de que el acuerdo de fusión haya sido adoptado por unanimidad de la junta universal de la sociedad absorbente y que los acreedores no hayan mostrado oposición tiene un valor indudable, y así lo refleja el texto legal (artículos 42 y 44 de la Ley 3/2009), pero de ahí no cabe concluir que dichas circunstancias eximan de dos requisitos insoslayables exigidos por la propia Ley: la aprobación por la junta de socios y la verificación contable cuando exista obligación de auditar.

Tampoco es cierto que la exigencia del artículo 45 de la Ley 3/2009 contradiga el espíritu de la reforma llevada a cabo y que por tanto pueda prescindirse, sin más, de su contenido. Es cierto que la trasposición tiene, entre otras, la finalidad de incorporar la política europea de simplificación de trámites

<http://civil-mercantil.com/>

y ahorro de costes, pero como la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2012 afirma, siempre que no se perjudiquen intereses dignos de protección.

Tampoco las llamadas a la Directiva transpuesta consiguen enervar las conclusiones anteriores pues, en contra de lo que afirma el escrito de recurso, su articulado no ampara su argumentación. Es cierto que la Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril (y los artículos correspondientes de la Ley española ya citados), exime en determinados momentos de requisitos concretos del procedimiento de fusión cuando considera que no hay interés protegible (artículo 6 respecto de la publicidad del proyecto de fusión; artículo 8 respecto de la aprobación por la junta; artículos 9 y 10 respecto de informes de administradores y expertos; artículo 11 respecto a la puesta a disposición de la documentación del proceso...), pero de ahí no se sigue que se pueda prescindir de aquellos otros trámites que la Ley sí considera esenciales y que responden a intereses dignos de protección. No puede confundirse la exención de requisitos de información que prevé la Ley con la exención de requisitos sustantivos que han de tener su debido reflejo documental y de publicidad.

En definitiva, no puede afirmarse que cuando el balance de fusión sea distinto del balance de ejercicio o siendo éste, se hayan modificado las valoraciones de sus partidas, sea irrelevante la verificación contable y la aprobación de la junta de socios. El artículo 37 de la Ley 3/2009 es tajante al respecto y no deja resquicio a la interpretación sin que nada cambie el hecho de que en determinadas circunstancias la propia Ley entienda que la fusión no requiere el acuerdo de junta de la sociedad absorbida o de la sociedad absorbente pues, como queda acreditado, el balance de fusión es un elemento configurador del consentimiento negocial quien quiera que emita la declaración de voluntad. En cuanto al artículo 87 bis de la Ley 3/2009, su propio carácter excepcional impide tenerlo en consideración para supuestos distintos.

Procede en consecuencia confirmar el acuerdo del registrador Mercantil por cuanto la escritura de elevación a público de acuerdos de fusión ni protocoliza el balance de fusión (distinto del último balance de ejercicio), de la sociedad anónima absorbente, ni protocoliza el informe de verificación. No resulta del expediente si la sociedad absorbida está o no obligada a verificación contable; de ser así, la aplicación del artículo 37 de la Ley 3/2009 confirmaría la exigencia de incorporación del informe de auditoría.

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

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

Madrid, 21 de abril de 2014. El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández