



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

RESOLUCIÓN de 9 de mayo 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 II de Palma de Mallorca, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

(BOE de 3 de julio de 2014)

SUMARIO:

Registro Mercantil. Acuerdos sociales. Ausencia en la reseña notarial del poder de la inscripción en el Registro Mercantil y de la extensión del apoderamiento. Fusión. Modo y fecha de notificación a los acreedores. El ordenamiento protege los intereses de los acreedores de las sociedades involucradas en un procedimiento de fusión, pues, aun no formando parte de este, su efecto esencial, la sucesión universal, les afecta profundamente al modificarse la persona de su deudor sin que hayan prestado su consentimiento. Tradicionalmente se ha estructurado la protección de los derechos de los acreedores en torno a dos derechos esenciales: el de información de las condiciones en que se produce el fenómeno de la sucesión universal y el derecho de oposición; la evolución legislativa ha oscilado ostensiblemente hacia la intensificación del derecho de información en detrimento del contenido y eficacia del derecho de oposición. La importante reforma acometida por la Ley 1/2012, de 22 de junio, altera profundamente el contenido tradicional del derecho de oposición que ya no puede impedir la eficacia plena del procedimiento de fusión al mismo tiempo que amplía las posibilidades de acción de los acreedores. De aquí que aunque la fusión no puede realizarse en caso de ejercicio del derecho de oposición y hasta que se adopten las medidas de garantía en él previstas, si tal fusión se ha llevado a cabo a pesar del ejercicio del derecho de oposición y sin prestación de las cautelas previstas, el acreedor puede solicitar del registrador mercantil que se haga constar por nota marginal el ejercicio de su derecho de oposición. Nótese que en este supuesto la fusión consta inscrita (y es, en consecuencia, plenamente eficaz), lo que confirma que el procedimiento de fusión y la inscripción en el Registro Mercantil no se detienen por el hecho de que los acreedores hayan ejercitado su derecho y sin perjuicio de las acciones que se les reconoce. De lo anterior no puede deducirse que la práctica de la publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual sea irrelevante a efectos de los acreedores; bien al contrario, en cuanto manifestación de su derecho de información, la falta de cumplimentación o su cumplimentación defectuosa puede dar lugar a la impugnación del proceso de fusión. Su trascendencia la confirma, frente a la regulación anterior, la incorporación como requisito de que el anuncio o la comunicación comprenda el derecho de oposición que corresponde a los acreedores. Resultando así que dicho requisito puede dar lugar a la impugnación de la fusión por contravención de las

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

previsiones legales, es evidente que el documento presentado debe recoger debidamente los particulares que permitan al registrador calificar este extremo.

PRECEPTOS:

Código de Comercio de 1885, arts. 18 y 20.

Ley de 17 de julio de 1951 (Régimen Jurídico de las SA), arts. 134 y 145.

RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 166, 242 y 243.

Ley 24/2001 (Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), art. 98.

Ley 3/2009 (Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), arts. 22, 23, 43,44,45,46 y 47.

Decreto de 2 de junio de 1944 (Rgto. Notarial), art. 165.

RD 1784/1996 (Rgto. Registro Mercantil), art. 227.

En el recurso interpuesto por don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Palma de Mallorca, don Eduardo López Ángel, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

Hechos

I

Por el notario recurrente se autorizó el día 24 de diciembre de 2013 escritura de elevación a público de acuerdos de fusión por absorción por los que la sociedad «Muleta Costa de Deia, S.L.» absorbe a la sociedad «Son Balaguer, S.L.».

Comparece una sola persona física en representación de ambas sociedades en uso de sendos poderes autorizados por el notario recurrente, quien realiza su reseña y juicio de suficiencia. La reseña comprende, además de la autoría, la fecha y el número de protocolo.

En los dos certificados relativos a los acuerdos de junta de ambas sociedades se hace constar en su apartado 4 la encomienda a la administración de la notificación de los acuerdos a los acreedores de la entidad mediante entrega en mano y con firma del correspondiente recibí. En la escritura se hace constar por parte del representante de ambas sociedades que los acuerdos

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

de fusión fueron comunicados a la totalidad de los acreedores y que ha transcurrido el plazo de un mes desde la última notificación sin que ningún acreedor se haya opuesto a la fusión.

Como documentación unida a la escritura pública, aparte de los certificados a que hace referencia el párrafo anterior, consta el proyecto común de fusión cuyo primer inciso hace referencia a que su contenido se acomoda a lo que disponen los artículos 31 y 49 de la Ley 3/2009, de 3 de abril. En su punto número 14 se hace referencia a que se facilitará la información prevista en el artículo 39 de la propia Ley a las personas que el mismo especifica con una antelación mínima de un mes a la fecha de la formalización de la fusión.

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Notificación de Suspensión de Inscripción por defectos don Eduardo López Ángel, Registrador Mercantil de Palma de Mallorca Merc., previo al 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 las siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/asiento: 226/12837 F. Presentación: 30/12/2013 Entrada: 1/2013/17.157.0 Sociedad: Muleta Costa de Deia, S.L, Hoja pm-21192 Autorizante: Morote Mendoza, Jesús María Protocolo: 2013/1874 de 24/12/2013 Fundamentos de Derecho 1.–El artículo 54,1 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y A. J. D. –texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, dispone que: «Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en oficina o registro público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquél, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria.». Por su parte el artículo 86,1 del R.R.M., dispone que «no podrá practicarse asiento alguno, a excepción del de presentación, si no se ha justificado previamente que ha sido solicitada o practicada la liquidación de los tributos correspondientes al acto o contrato que se pretendía inscribir o al documento en virtud del cual se pretenda la inscripción».–En su consecuencia, falta acreditar la previa autoliquidación del presente documento.–Este defecto tiene el carácter de subsanable. 2.–Falta efectuar la previa provisión de fondos para la publicación en el BORME de los actos que, en su caso, se inscriban en este Registro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 426, 1, del Reglamento del Registro Mercantil que dispone que: «La falta de la oportuna provisión tendrá la consideración de defecto subsanable». 3.–En cuanto al apoderado que comparece, Sr. M. F., en el supuesto de que el poder en virtud del cual comparece sea general y no especial únicamente para esta escritura, lo cual no resulta de la escritura presentada, deberá ser objeto de inscripción previa en el Registro Mercantil. 4.– Tanto en la escritura, exposición a), e) y f), como en las certificaciones de los acuerdos, se

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

afirma que no se ha publicado el acuerdo de fusión, sino que se ha comunicado personalmente a todos los acreedores de ambas sociedades, faltando hacer constar la fecha de la comunicación y la forma en que se ha efectuado. A los efectos de la calificación por este Registro de lo dispuesto en el art. 43,2 de la Ley 3/2009, así como del transcurso del plazo de oposición, desde la última de las comunicaciones. 5.–En la escritura, exposición c) disposiciones y estipulaciones: en el punto a), deben crearse la totalidad de las nuevas participaciones del nuevo valor nominal de 0,01 euros, a los efectos de su adjudicación a los socios titulares de las 3.111 participaciones existentes de 100 euros.–En el punto b) y d), relativo al aumento de capital –que no acuerda la junta de la sociedad absorbente como luego se dirá–, si el aumento es de 32,67 euros, la numeración de las participaciones nuevas debe ser del 311.101 al 314.367; el capital resultantes ha de ser de 3.143.67 euros; y ello debe reflejarse correctamente en la redacción del artículo estatutario del capital social.–y en el punto e), 2: debe constar tanto la identificación de los socios, de la sociedad absorbida, como la cantidad y numeración de las participaciones asignados a cada uno de ellos (art.314 LSC). 6.–Falta la manifestación que debe efectuar el órgano de administración de la sociedad absorbente, de que la titularidad de las nuevas participaciones se ha hecho constar en el libro registro de socios (art. 314 LSC y art. 198,4-1º del RRM) 7.–En cuanto al proyecto de fusión incorporado: no cabe la afirmación que se efectúa en su inicio de que es de aplicación el art. 49 de la Ley 3/2009; y tampoco cabe la manifestación efectuada en el punto 14.–Del mismo, por cuanto el plazo de un mes que se cita es de imposible cumplimiento, ya que tanto el proyecto como la junta que lo aprueba son de la misma fecha. 8.–En cuanto a la certificación de la sociedad absorbente; I.–Error al inicio del acta en cuanto a la fecha de celebración de la junta al decir que es de 8 de noviembre.–II.–Debe constar la adopción por la junta del acuerdo de la modificación del número y valor nominal de las participaciones, con carácter previo, y del acuerdo de aumento de capital con todos los requisitos legales y estatutarios; y que aparecen en el cuerpo de la escritura. 9.–En su consecuencia, el precedente documento queda parcialmente calificado, a expensas de la subsanación de los precedentes defectos. En relación con la presente calificación: (...) Palma de Mallorca, dieciseis de enero de dos mil catorce».

III

Instada calificación sustitutoria, y recayendo en el registrador de la Propiedad de Manacor número 1, don Francisco Delgado-Iribarren Pastor, confirmó la calificación en su integridad en fecha 5 de febrero de 2014.

IV

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

El notario recurrente interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 21 de febrero de 2014, en el que alegó, resumidamente, lo siguiente: Primero.—Que sólo son objeto de recurso los señalados con los números 3, 4 y 7; Segundo.—Que, en cuanto al señalado con el número 3, el notario autorizante ha cumplido con los requisitos del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de reseñar los datos identificativos del poder y su valoración, por lo que es evidente que ésta alcanza la ausencia de inscripción obligatoria. De aquí se deduce que los poderes utilizados de ambas sociedades son especiales para el acto que se realiza; Tercero.—En cuanto al defecto señalado con el número 4, ninguna norma legal respalda la exigencia del registrador. De la escritura resulta que el otorgante manifiesta haber hecho las notificaciones a los acreedores y la forma en que las juntas le instruían al efecto por lo que si resulta de sus manifestaciones que se han hecho las comunicaciones es preciso entender que se han hecho conforme a lo ordenado. Que no se entiende por qué deberían ser suficientes las manifestaciones de los representantes de las sociedades en cuanto a las fechas de las comunicaciones y no sobre el resto de datos; y, Cuarto.—En cuanto al defecto señalado con el número 7, se trata en realidad de dos cuestiones: La primera, hace referencia a que el proyecto de fusión incorporado se refiere al artículo 49 de la Ley 3/2009, circunstancia que no se da efectivamente en el supuesto de la escritura. Pero se trata de una cláusula de estilo, sin ninguna trascendencia. Las sociedades parecen haber utilizado un modelo en el que se hace referencia tanto al supuesto de fusión ordinaria como de fusión especial con el objeto de que sirva tanto para un caso como para el otro, sin que pueda ser un obstáculo a la inscripción. El segundo de los motivos comprendidos en el defecto 7 parte de un error del registrador. Como resulta de la escritura, no hay obligacionistas, ni titulares de derechos especiales, ni trabajadores, por lo que habiéndose adoptado los acuerdos en juntas universales y por unanimidad, nada se opone como resulta del artículo 42 de la propia Ley. En cuanto a los acreedores, siendo el proyecto y el acuerdo de la misma fecha, 23 de noviembre de 2013, y la escritura de fecha 24 de diciembre de 2014, el cumplimiento del plazo es perfectamente posible.

V

El registrador emitió informe el día 7 de marzo de 2014, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 22, 23, 43, 44, 45, 46 y 47 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 134 y 145 de la Ley de 17 de julio 1951, de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas; 166, 242 y 243 del

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

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (modificado por el artículo 34 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad); 227 del Reglamento del Registro Mercantil; 165 del Reglamento Notarial; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero, 11 de junio y 5 de octubre de 2012, 24 de junio y 8 de julio de 2013 y 28 de enero de 2014.

1. Limitado el contenido del expediente a los motivos de recurso especificados en el escrito del recurrente, tres son las cuestiones que deben ser objeto de resolución. La primera hace referencia a que no resulta de la reseña de los poderes que realiza el notario los datos de inscripción en el Registro Mercantil ni si los mismos son particulares o generales; la segunda se refiere a si debe especificarse a los efectos del artículo 43 de la Ley 3/2009, la fecha y modo de llevar a cabo las notificaciones a los acreedores sociales; y la tercera a la relevancia que haya de tener determinadas inconsistencias que aparecen en la documentación presentada.

2. Respecto del primer motivo de recurso, esta Dirección General se ha ocupado reiteradamente de la cuestión por lo que su doctrina debe ser ahora confirmada (Resoluciones de 22 de octubre de 2012, por todas).

Señala el apartado primero del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que «en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera». Por su parte, el apartado segundo del mismo artículo 98 establece que «la reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del Notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación».

De acuerdo con dicha doctrina cuando se trate de personas jurídicas y en particular, como sucede en este caso, de sociedades, su actuación debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y las normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas. Cuando dichos nombramientos sean de obligatoria inscripción en el Registro

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

Mercantil y los mismos se hayan inscrito, la constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación dada la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales (cfr. artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil). Como señala el Tribunal Supremo (vid. Sentencia de 20 de mayo de 2008) dentro de la expresión, a que se refiere el artículo 165 del Reglamento Notarial «datos del título del cual resulte la expresada representación», debe entenderse que «uno de los cuales y no el menos relevante es su inscripción en el Registro Mercantil cuando sea pertinente, por lo que la constancia de tal circunstancia está implícita en el precepto y no puede justificarse en el mismo su falta de reflejo en el documento».

Es cierto que la circunstancia de que sea obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos de cargos sociales o poderes generales (cfr. artículo 94.1.5.ª del Reglamento del Registro Mercantil), no significa que dicha inscripción en el Registro Mercantil tenga carácter constitutivo pero sí que en el ámbito de dicho Registro es presupuesto previo de la inscripción de los actos que aquellos hayan podido otorgar por aplicación de las exigencias del principio de tracto sucesivo (artículo 11.3 del Reglamento del Registro Mercantil).

En otro caso, es decir cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquella y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil (vid. Resoluciones de 17 de diciembre de 1997 y 3 de febrero y 23 de febrero de 2001).

Como ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 5 de octubre de 2012), en el ámbito del Registro de la Propiedad, la falta del dato de la inscripción en el Registro Mercantil como revelador de la válida existencia de la representación alegada (en el caso de un poder general no inscrito o en el de un poder especial), puede ser suplida por la reseña en el título inscribible de aquellos datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante social o apoderado por haber sido nombrado con los requisitos y formalidades legales y estatutarias por órgano social competente, debidamente convocado, y vigente en el momento del nombramiento (vid. en el mismo sentido la Resolución de 4 de junio de 1998), incluyendo la aceptación del nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la

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

situación registral con la extrarregistral (vid. artículos 12, 77 a 80, 108, 109 y 111 del Reglamento del Registro Mercantil, 222.8 de la Ley Hipotecaria y 110.1 de la Ley 24/2001).

En este sentido, la apariencia legitimadora del apoderado por la exhibición de la copia autorizada del poder representativo no es suficiente para acreditar la válida existencia de su representación, pues dicho poder puede estar otorgado por órgano no legitimado para ello o con cargo no vigente en el momento de su nombramiento.

3. En el supuesto que da lugar a la presente el notario autorizante del título calificado ha reseñado el documento del que nace la representación directamente invocada por el compareciente, la escritura pública de apoderamiento, mediante indicación del notario autorizante, fecha y número de protocolo, pero ha omitido toda referencia a su eventual inscripción en el Registro Mercantil, a la persona concedente del poder, al título representativo que vincule a este último con la sociedad, y a la inscripción registral de dicho título, así como respecto del carácter general o especial del citado poder, de lo que nada se dice en la reseña.

Resulta en definitiva que de la reseña realizada no puede saberse si estamos ante el ejercicio de un poder general no inscrito (lo que exigiría su previa inscripción por aplicación del artículo 11.3 del Reglamento del Registro Mercantil), o ante un poder especial que exigiría la reseña de las circunstancias anteriormente especificadas a fin de verificar debidamente la licitud de la actuación representativa. Hay que recordar que tratándose de poderes inscritos en el Registro Mercantil, al juicio de suficiencia notarial se superpone la presunción de exactitud y validez de los asientos del Registro (cfr. artículo 20 del Código de Comercio). Resulta por ello prescindible la expresión de quien concedió el poder. Pero tratándose de poderes no inscritos, no puede invocarse dicha presunción, por lo que, como se desprende «a fortiori» de lo razonado en los fundamentos anteriores, la reseña del documento en que funda su representación el apoderado debe comprender también el título representativo del concedente del poder, ya que la validez del poder otorgado (representación de segundo grado) dependerá, entre otras circunstancias, de la validez del nombramiento del órgano societario o del apoderado que lo haya otorgado (representación de primer grado). Procede en consecuencia la desestimación de este primer motivo de recurso.

4. La segunda cuestión planteada hace referencia a si es preciso a efectos de la inscripción en el Registro Mercantil que de la documentación presentada resulte el modo y la fecha en que se haya notificado personalmente a los acreedores de las sociedades afectadas por el procedimiento de fusión.

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

Resulta de la documentación presentada que el acuerdo de fusión ha sido notificado individualmente a los acreedores; no consta sin embargo ni la fecha de la notificación ni el medio empleado. De la escritura resulta la afirmación del compareciente de que se ha llevado a cabo la comunicación individual y que ha transcurrido el plazo de un mes sin que ningún acreedor haya hecho uso de su derecho de oposición.

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

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

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

El hecho de que el acuerdo se produzca entre sociedades no oculta el hecho de que existen otros intereses dignos de protección, intereses que sin formar parte de la base negocial deben ser respetados.

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

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

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

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

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

La Ley 3/2009 incorpora ambos derechos en términos igualmente similares. Sin embargo la importante reforma acometida por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, por la que se lleva a cabo la transposición de la Directiva 2009/109/CE altera profundamente el contenido tradicional del derecho de oposición que ya no puede impedir la eficacia plena del procedimiento de fusión al mismo tiempo que amplía las posibilidades de acción de los acreedores (vid. Exposición de Motivos). De aquí que aunque el artículo 44.3 de la Ley 3/2009 siga afirmando que la fusión no puede realizarse en caso de ejercicio del derecho de oposición y hasta que se adopten las medidas de garantía en él previstas, el número siguiente (artículo 44.4) determina que si la fusión se ha llevado a cabo a pesar del ejercicio del derecho de oposición y sin prestación de las cautelas previstas el acreedor pueda solicitar del registrador mercantil que se haga constar por nota marginal el ejercicio de su derecho de oposición. Nótese que en este supuesto la fusión consta inscrita (y es en consecuencia, plenamente eficaz, artículo 46.1 de la Ley 3/2009), lo que confirma que el procedimiento de fusión y la inscripción en el Registro Mercantil no se detienen por el hecho de que los acreedores hayan ejercitado su derecho y sin perjuicio de las acciones que les reconoce el propio artículo 44.4 de la Ley 3/2009.

5. De las consideraciones anteriores no puede deducirse que la práctica de la publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual sea irrelevante a efectos de los acreedores; bien al contrario, en cuanto manifestación de su derecho de información, la falta de cumplimentación o su cumplimentación defectuosa puede dar lugar a la impugnación del proceso de fusión. Su trascendencia la confirma el artículo 43.1 de la Ley 3/2009 que frente a la regulación anterior (artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas) incorpora como requisito que el anuncio o la comunicación comprenda «el derecho de oposición que corresponde a los acreedores».

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

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

6. Resultando de los hechos expuestos más arriba que el representante de las sociedades fusionadas manifiesta haber llevado a cabo comunicación individual a los acreedores y que ninguno de ellos ha ejercitado su derecho de oposición en el plazo legalmente previsto, el registrador entiende que debe concretarse tanto el modo específico en que se ha llevado a cabo la comunicación como la fecha de la última a fin de dar por cumplimentado el artículo 43 de la Ley 3/2009. El recurrente se opone por considerar que del documento resulta con claridad que la comunicación se ha hecho mediante entrega en mano con acuse de recibo por expreso mandato de las respectivas juntas y por el hecho de que la afirmación sobre el transcurso del mes la lleva a cabo el compareciente bajo su responsabilidad.

Aceptado por el registrador en su informe que basta la afirmación del compareciente sobre el modo en que se han llevado a cabo las comunicaciones, la cuestión se centra en la determinación de la fecha en que se ha llevado a cabo la comunicación individual.

La dicción del artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil, en su número 2.1º deja a la responsabilidad de quien comparece en representación de la sociedad o de las sociedades involucradas la manifestación sobre el cumplimiento de los requisitos que no exigen una acreditación especial; en su regla 2ª expresamente afirma que su manifestación comprenderá, en su caso, la declaración sobre la inexistencia de oposición de los acreedores (o lo contrario, en su caso).

Téngase en cuenta no obstante que la dicción del Reglamento se acomoda a los requerimientos del derogado artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas que exigía en cualquier caso la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» cuya fecha de publicación sí que exige expresamente el artículo 227 en su regla 4ª. Es decir, entre los requisitos que exige el artículo 227 se encuentra aquél que permite determinar que se ha llevado a cabo la forma de publicidad del acuerdo de fusión prevista en el ordenamiento así como que se ha respetado el plazo que para la oposición se reconoce a los acreedores.

De aquí que no quepa otra interpretación de dicho artículo que aquella que acomode su contenido a la dicción actual del artículo 43 de la Ley 3/2009 que viene a sustituir las previsiones del derogado artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas. De este modo el documento debe recoger la manifestación relativa tanto al modo concreto en que se ha

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

llevado a cabo la comunicación individual en términos que respete las exigencias previstas en el artículo 43.2 y el derecho de información consagrado en el artículo 43.1 de la Ley 3/2009, como la fecha en que se ha llevado a cabo la última comunicación, único modo de que el registrador pueda verificar que la preceptiva manifestación relativa a la inexistencia de oposición a que se refiere el propio artículo 227.2.2º se acomoda a las previsiones legales. Procede en consecuencia la confirmación del defecto señalado en los términos vistos.

7. Por el contrario debe acogerse el motivo de impugnación del defecto señalado con el número siete. El registrador Mercantil reconoce en su informe su escasa entidad con lo que difícilmente puede sostenerse que justifica el rechazo a la inscripción. Ciertamente aunque el proyecto de fusión incorporado a la escritura pública se refiera a una situación que el resto de documentación demuestra que es inexistente (pues la absorción no es de sociedad íntegramente participada) y aunque haga referencia a un plazo igualmente inexistente (por ser el proyecto de fusión y el acuerdo de la misma fecha ex artículo 42 de la Ley 3/2009), la escasa relevancia de dichas inexactitudes no justifica el rechazo de la inscripción habida cuenta de que ni afectan a la validez o eficacia de los acuerdos adoptados ni deben ser recogidos en la inscripción (vid. artículo 232 del Reglamento del Registro Mercantil).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar parcialmente la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 9 de mayo de 2014. El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.