

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR008518

RESOLUCIÓN de 19 de junio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Vizcaya a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de dos sociedades.

(BOE de 21 de julio de 2017)

SUMARIO:

Registro Mercantil. Fusión. Sociedad absorbente socia única de la sociedad absorbida. Anuncios del acuerdo de fusión en el BORME y en el periódico. Protección de los acreedores. En las medidas tuitivas previstas en el ordenamiento se tiene en cuenta que los acreedores no son parte del proceso de fusión. En tanto en cuanto la sucesión universal que se produce como consecuencia de la fusión altera, sin su consentimiento, la persona de su deudor, su protección se articula con base en dos derechos fundamentales: por un lado el derecho de información y por otro el derecho de oposición. De la Ley 3/2009 resulta la obligación de que en las publicaciones del acuerdo de fusión o en la comunicación individual por escrito sustitutoria enviada a los acreedores 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. Para la inscripción de la fusión 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. 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. Esta trascendencia la confirma la Ley 3/2009 que, frente a la regulación anterior, 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. Tratándose en consecuencia de un requisito que afecta a la validez del proceso de fusión es evidente que debe resultar debidamente cumplimentado.

PRECEPTOS:

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 323 y 326.

Ley 24/2001 (Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), disp. adic. vigésima cuarta.

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

En el recurso interpuesto por don J. O. F., en nombre y representación de la sociedad «Comatol, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Vizcaya, don Íñigo Basurto Solagurenbeascoa, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de dicha sociedad y la sociedad «Invercoma, S.A.», sociedad unipersonal.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 3 de noviembre de 2016 por el notario de Bilbao, don Manuel Garcés Perez, con el número 2.963 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos sociales de fusión de la sociedad «Comatol, S.L.» (sociedad absorbente) y la sociedad «Invercoma, S.A.», sociedad unipersonal (absorbida), adoptados en junta universal de la sociedad absorbente el día 23 de julio de 2016. La sociedad absorbente es la socia única de la absorbida. En los anuncios publicados en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en el diario El Mundo se expresaba que la fusión se acordó en las juntas generales de la sociedad absorbente y de la absorbida

el día 8 de febrero de 2016. En la escritura se hizo constar que el proyecto de fusión se depositó en el Registro Mercantil el día 30 de mayo de 2016.

II

El día 4 de noviembre de 2016 se presentó en el Registro Mercantil de Vizcaya copia autorizada de dicha escritura, que fue objeto de calificación negativa con el siguiente texto: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los dispuesto en 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: 375/193 F. presentación: 04/11/2016 Entrada: 1/2016/14.757,0 Sociedad: Comatol Sociedad Limitada Hoja: BI-19508 Autorizante: Manuel Garcés Pérez Protocolo: 2016/2963 de 03/11/2016 Fundamentos de Derecho 1.–Los textos de los anuncios del acuerdo de fusión en el BORME y en el periódico no son correctos, pues se refieren a unas Juntas celebradas el 8 de Febrero de 2016, tanto en la sociedad absorbente como en la absorbida, cuando, en realidad, solo se celebró Junta en la absorbente del 23 de Julio de 2016. 2.–No se acredita que se han anticipado los fondos necesarios para cubrir los costes de la publicación de los acuerdos del presente documento en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, de conformidad al Artículo 426.1 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.–No se acredita que ha sido solicitada o practicada la liquidación de los tributos correspondientes (presentar este documento en Hacienda para pago o exención del impuesto), conforme al artículo 71 de la Norma Foral 1/2011 de 24 de marzo, y artículo 86 del RRM, y Resolución de la DGRN de 26/01/2012. En relación con la presente calificación: (...) Bilbao, veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis». El día 22 de febrero de 2017, estando vigente el asiento de presentación, la escritura fue reportada al Registro junto con los documentos que acreditaban la subsanación de dos de los tres defectos, por lo que el mismo día se emitió y notificó la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los dispuesto en 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: 375/193 F. presentación: 04/11/2016 Entrada: 1/2017/2.745,0 Sociedad: Comatol Sociedad Limitada Hoja: BI-19508 Autorizante: Manuel Garcés Pérez Protocolo: 2016/2963 de 03/11/2016 Fundamentos de Derecho 1.–No se ha subsanado el 1 defecto de la nota de calificación de fecha 28 de noviembre de 2016. En relación con la presente calificación: (...) Bilbao, veintidós de febrero de dos mil diecisiete».

III

Contra la nota de calificación negativa emitida el día 22 de febrero de 2017, don J. O. F., en nombre y representación de la sociedad «Comatol, S.L.», interpuso recurso el día 22 de marzo de 2017 arguyendo lo siguiente: «(...) Fundamentos de Derecho Primero.–(...) En nuestra opinión no puede afirmarse que el error material contenido en el anuncio sea de tal relevancia que limite o impida el ejercicio de derechos de terceros interesados, más cuando en nuestra opinión la fecha no es un requisito exigido por la LME o el RRM sino que lo verdaderamente importante son los efectos que dispara la publicación del anuncio del acuerdo de fusión como «dies a quo» del derecho de oposición, constituido en primer lugar sobre el derecho a la información (a recibir copia de todos los acuerdos para poder conocer qué es exactamente lo que se ha acordado) y en segundo lugar y principal, el de ejercitar, en su caso, el derecho de oposición en defensa de los intereses del tercero interesado. Para una mejor comprensión de las presentes alegaciones se procede a relatar de manera sucinta la relación de hechos que han concurrido en el presente procedimiento, de manera que nos permita entender qué vulneración del derecho de oposición por defecto del derecho de información se ha producido: 1) Con anterioridad a la convocatoria de la Junta general de socios de la Sociedad Absorbente y a la adopción de los correspondientes acuerdos, el Proyecto Común de Fusión y los restantes documentos contenidos en el artículo 39 de la LME se ponen a disposición de los socios así como de los representantes de los trabajadores en el domicilio social de las sociedades intervinientes. 2) El acuerdo aprobatorio de la fusión es objeto de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en el Diario «El Mundo». El contenido del anuncio es una expresión clara del acuerdo de fusión, indicando las entidades afectadas, el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo y del balance de fusión, y el derecho de oposición de los acreedores y obligacionistas. De forma más concreta, y en lo que aquí interesa, procedemos a reproducir el texto íntegro del anuncio: Se hace constar expresamente el derecho que asiste a los socios y acreedores de las sociedades intervinientes a obtener el texto íntegro de los acuerdos adoptados y de los Balances de fusión, en su caso, así como el derecho de los socios y representantes de los trabajadores a pedir la entrega o envío gratuito de copia de los documentos relacionados con la fusión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos

39 y 43 de la Ley de Modificaciones Estructurales. Asimismo, se hace constar el derecho de oposición de los acreedores durante el plazo de un mes contado desde la fecha de publicación del último anuncio de los acuerdos de fusión en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley 3/2009 de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales.

3) Adicionalmente, se ha dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 44 de la LME habiendo transcurrido el plazo de un mes desde la fecha de publicación del último anuncio, sin que se haya planteado oposición alguna por parte de los acreedores de ninguna de las sociedades fusionadas. En definitiva, en nuestra opinión, dicho sea con todos los respetos, no es acertada la decisión del registrador de rechazar la inscripción y subsiguiente exigencia implícita de una nueva publicación del acuerdo de fusión de manera que se haga constar de forma correcta la fecha de celebración de la junta, sin que se fundamente en precepto alguno del ordenamiento. Manifestados los requisitos esenciales en los términos expuestos, el propio anuncio contiene los pronunciamientos necesarios para que se produzcan los siguientes efectos: - De un lado informativo para las distintas personas interesadas en la operación. - De otro, legitimador para los socios, por cuanto que a partir de la fecha de su publicación en el BORME pueden ejercitar las oportunas acciones de impugnación del acuerdo social. Y es que consideramos que el error material no desvirtúa en modo alguno el proceso de forma que los terceros no puedan llegar a tener un conocimiento, lo más amplio posible, de las consecuencias que para ellos puedan tener los acuerdos adoptados. A mayor abundamiento, toda esta argumentación resulta coherente, como luego profundizaremos, con la simplificación procedimental que las leyes mercantiles siguiendo las Directivas comunitarias, han llevado a cabo en las últimas reformas legales.

Segundo.—Dada la negativa a la inscripción recibida del Registrador, conviene hacer un breve repaso del procedimiento legal de actuación que el ordenamiento jurídico articula en atención de la salvaguarda de la posición jurídica de los terceros afectados, y de algunas de las más recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto. Todo ello debe probar que no se han obviado los requisitos esenciales para la producción de efectos de los acuerdos adoptados ni que pueda suponer una desprotección de intereses dignos de ser tutelados. Y es que, aun y cuando la Ley de Modificaciones Estructurales configura la fusión como un acuerdo de voluntades de las entidades implicadas, resulta incuestionable la concurrencia de otros intereses que merecen ser protegidos, intereses que sin formar parte de la base negociada 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 pues «aun no formando parte del procedimiento de fusión, el efecto esencial de ésta, la sucesión universal, les afecta profundamente al modificarse la persona del deudor sin que hayan prestado su consentimiento». Tradicionalmente nuestro ordenamiento jurídico ha estructurado la protección de la situación jurídica de los acreedores en torno al derecho de oposición. Sin embargo, y para su correcto ejercicio es imprescindible que el acreedor sea conocedor de la situación de su sociedad deudora y de las demás sociedades involucradas. Este es el fundamento del derecho de información: actuar como un mecanismo de protección preventivo, brindando al acreedor los elementos de juicio necesarios para decantarse por el ejercicio o no del derecho de oposición. El derecho de información se regula en el artículo 43.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Artículo 43 Publicación del acuerdo 1. El acuerdo de fusión, 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. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores. Es por tanto la publicación del acuerdo de fusión la que da paso a la oposición y posterior finalización del proceso de fusión con la escritura y la inscripción. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido la ocasión de pronunciarse reiteradamente, entre otras, resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de Abril de 2014, de 19 de Enero de 2015, y de 9 de Abril de 2015, sobre la importancia que en relación con los derechos de los acreedores tiene el riguroso cumplimiento de los requisitos de procedimiento previstos en la Ley 3/2009, de 3 de abril. Por citar una, la Resolución de 10 de abril de 2014, establece que «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. Del artículo 43 de la Ley resulta la obligación de que en las publicaciones del acuerdo de fusión 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. 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». No podemos sino compartir plenamente el criterio enumerado en las resoluciones y nada vemos en la publicación del acuerdo de fusión que pueda contravenir los preceptos legales aplicables, así como la resoluciones citadas. Tercero.—Habiendo quedado debidamente acreditado el cumplimiento de los requisitos ineludibles de salvaguarda de los derechos de terceros, esta parte no logra entender que el error en la fecha de la celebración de la Junta pueda ser un obstáculo a la inscripción, más si tenemos en cuenta la línea de simplificación procedimental por la que apuesta la normativa europea y española, así como las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La legislación comunitaria, de la que procede la regulación vigente en España, ha ido limitando aquellos supuestos en los se puede prescindir de trámites innecesarios al estar los intereses presentes en el proceso suficientemente protegidos. Conviene en este punto recordar el preámbulo de la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, «Se ha señalado que el Derecho de sociedades es un ámbito en el que se imponen a las sociedades numerosas obligaciones de información, algunas de las cuales parecen obsoletas o excesivas. Por consiguiente es oportuno revisar estas obligaciones y, en su Caso, reducir las cargas administrativas que recaen en las sociedades en la Comunidad al mínimo necesario para proteger los intereses de terceros.» 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, y que nace con el objetivo de incorporar al Derecho español el contenido de la Directiva se manifiesta en el mismo sentido. El objetivo de estas normas es por lo tanto reducir costes y simplificar cargas administrativas. En lo concerniente a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, también siguen esta línea de simplificación. En este sentido constituye un claro ejemplo la Resolución de 3 de Octubre de 2013 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles IX de Madrid, por la que se suspende la inscripción de una escritura de fusión por absorción. La resolución pone de manifiesto, siguiendo las últimas Directivas Comunitarias, que lo que debe procurarse en el funcionamiento de las sociedades es la simplificación y el abaratar los costes ligados a dicho funcionamiento, aunque sin perjuicio del derecho de los terceros: «Como en cualquier otro procedimiento, la ausencia de interés protegible hace innecesarios aquellos trámites previstos para su defensa. No es por tanto el procedimiento de fusión un mecanismo ritual definido por la existencia de distintos pasos de inexorable concurrencia sino que su mayor o menor complejidad viene determinada por la presencia en cada situación concreta de unos u otros intereses». Finaliza la Resolución, con que, nada impide que en situaciones exentas de complejidad el procedimiento se simplifique. Pero por sencilla que sea la situación, la normativa comunitaria y española imponen en cualquier caso la salvaguarda de los derechos de los acreedores. Otro ejemplo en el que la Dirección General de los Registros y del Notariado se aleja del excesivo formalismo y resuelve de forma que cuando se aprecia claramente que ningún perjuicio existe para ninguna de las partes, ni para terceros, los mínimos errores en el orden del día e incluso en los acuerdos adoptados no deben ser causa para denegar o suspender la inscripción, es la Resolución de 26 de Febrero de 2014: «no todo incumplimiento de la previsión legal tiene la misma trascendencia habida cuenta de que los requisitos establecidos en la Ley tienen por objeto asegurar la salvaguarda de la posición jurídica de socios y terceros. En este orden de cosas la doctrina de esta Dirección General ha distinguido aquellos supuestos en los que la violación de la previsión legal conlleva indefectiblemente la nulidad de los acuerdos adoptados de aquellos otros en los que, al no existir perjuicio posible para socios o terceros no procede la sanción de nulidad. De este modo en ocasiones esta Dirección General ha afirmado que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del accionista (Resolución de 8 de febrero de 2012). Desde este punto de vista se ha impuesto en casos concretos la consideración de que es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos, la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas». A modo de conclusión, viene a señalar que en la calificación de acuerdos sociales un tanto complejos y en los que puede resultar infringido algún precepto del ordenamiento jurídico, debe prevalecer la inscripción en tanto no exista de forma clara perjuicio para los socios o terceros. Por último cabe mencionar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de Marzo de 2015. El caso analizado es el siguiente: Se trata de una escritura de modificación de estatutos otorgada por un socio único que la vez es el administrador de la

sociedad en «ejecución de sus propias decisiones». La modificación consta en la escritura y no en la certificación de las decisiones del socio único. Ante la suspensión de la inscripción por la Registradora, la Dirección General revoca la nota de calificación señalando que «Ciertamente, la reunión de todas las participaciones sociales en una sola mano no puede dispensar de la observancia de las reglas de funcionamiento de la sociedad y, en particular, de las que disciplinan su organización interna». Añade que «el Acta no constituye la forma 'ad substantiam' de las declaraciones de los socios ni de los acuerdos sociales sino que preserva una declaración ya formada, de modo que mediante la constatación de los hechos -consistentes o no en declaraciones- garantice fundamentalmente el interés de todos aquéllos a quienes pueda afectar tales acuerdos y en especial el de los socios disidentes y ausentes», y por tanto «no existe inconveniente para que el título inscribible sea una escritura en la cual quien tenga facultades suficientes para ello certifique sobre tales acuerdos en el cuerpo de la escritura sin que sea necesaria una certificación en documento unido a dicho título público». Sin embargo, reconoce que «aunque una buena técnica documental (cfr. artículo 148 del Reglamento Notarial) exigiría haber empleado un mayor rigor en la redacción de la escritura, evitando imprecisiones en la expresión del concepto en que interviene el compareciente, las mismas, dado que éste es a la vez administrador y único socio y puede formalizar directamente las decisiones en la escritura, no han de vedar su acceso al Registro, pues el criterio contrario conduciría a formalismo que en este caso no añadiría garantía sustancial alguna a tales decisiones y a su reflejo tabular (algo en suma beneficioso para la seguridad del tráfico mercantil, pues no lesionan ningún interés legítimo).» En definitiva, la resolución aboga por la flexibilidad en la interpretación de las normas, por cuanto no se causa ningún perjuicio a la sociedad, al socio único o a los terceros. A nuestro juicio, los argumentos expuestos resultan mucho más acertados, pudiendo el Registrador aplicar esta doctrina al presente caso, evitando requisitos superfluos más cuando la denegación de calificación se basa en criterios que no encuentran acomodo legal expreso. Cuarto.—Como conclusión a las presentes alegaciones, y con los argumentos expuestos, no podemos sino reiterarnos en manifestar la disconformidad al criterio mantenido por el Registrador. Debemos recordar, que lo que es trascendente de este expediente es que la salvaguarda de los derechos de los acreedores se instaura a partir de la publicación del acuerdo en los términos expuestos por la Ley 3/2009, de 3 de abril, y que tuvo lugar con fecha 8 de Agosto de 2016 en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y con fecha 9 de Agosto de 2016 en el Diario «El Mundo», pues solo a partir de ese momento y con el conocimiento del acuerdo alcanzado han podido ponderar si hacen uso del derecho de oposición que les reconoce el ordenamiento. Por este motivo, y aunque el Registrador tiene en su mano el contenido del anuncio, y del mismo resulta el claro cumplimiento del derecho de información, la exigencia de la subsanación del error cometido se aparta de forma notoria de la simplificación procedimental a la que abogan el derecho societario, siguiendo las directrices comunitarias, y que tiene un claro reflejo en las últimas reformas, así como en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que reproducimos en el fundamento de derecho tercero. Lo que se agrava, si tenemos en cuenta que la fecha del acuerdo no constituye en ningún caso requisito esencial del anuncio de fusión. Por ello, esta parte no logra entender cuál es la finalidad de que se considere un defecto relevante el que se reproduzca tal aserción en la escritura de fusión, es decir, qué le añade la manifestación al anuncio. Y es que, a pesar del error cometido en el anuncio, ese defecto carece de la relevancia suficiente como para denegar la inscripción de la fusión, toda vez que del propio anuncio ha quedado debidamente acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos, y sin que ello signifique una mayor garantía para los acreedores».

IV

Mediante escrito, de fecha 7 de abril de 2017, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En el expediente consta que se dio traslado del recurso al notario autorizante, sin que haya realizado alegaciones. Asimismo, en su informe, el registrador manifestó lo siguiente respecto de la nota de calificación impugnada: «Dicha nota no llevaba ni podía llevar pie de recurso porque el defecto ya constaba en la nota de calificación negativa notificada el 28 de Noviembre de 2016 y no se había aportado ningún documento ni formulado alegación alguna con el fin de lograr su subsanación o revocación; pero por un error de configuración del programa informático colegial del Registro Mercantil, la citada nota llegó al presentante con pie de recurso, tal como figura en las copias de las notificaciones reseñadas que se acompañan al escrito de recurso»; por ello, alega que «(...) el plazo de un mes para la interposición de recurso gubernativo ante la Dirección General de Registros y Notariado debe computarse, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, desde la fecha de la notificación de la calificación negativa propiamente dicha, esto es, el 28 de Noviembre de 2016, y no desde el 22 de Febrero de 2017, fecha de la nota que se envió en último término y que aparecía, indebidamente, con pie de recurso; consecuentemente, y habiendo transcurrido en exceso el plazo para interponer el presente recurso, este no debe admitirse a trámite; y ello sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados para presentar nuevamente la

escritura al objeto de que sea objeto de nueva calificación susceptible de recurso conforme a reiterada jurisprudencia registral».

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 323 y 326 de la Ley Hipotecaria; la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; los artículos 43, 44 y 47 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 3 de octubre de 2013, 26 de febrero y 10 de abril de 2014 y 12 de marzo, 9 de abril y 4 de noviembre de 2015.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público determinados acuerdos de fusión adoptados el día 23 de julio de 2016 por la junta general de la sociedad absorbente, que es la única socia de la sociedad absorbida.

El registrador resuelve no practicar la inscripción solicitada porque, según expresa en la calificación impugnada, «los textos de los anuncios del acuerdo de fusión en el BORME y en el periódico no son correctos, pues se refieren a unas Juntas celebradas el 8 de Febrero de 2016, tanto en la sociedad absorbente como en la absorbida, cuando, en realidad, solo se celebró Junta en la absorbente del 23 de Julio de 2016».

El recurrente alega, en esencia, que se trata de un mero error material que no limita, impide o perjudica los derechos de los socios o acreedores.

2. Con carácter previo debe analizarse la alegación formulada por el registrador en su informe por la que solicita que no se admitido a trámite el recurso por ser extemporáneo.

La escritura calificada fue presentada inicialmente el día 4 de noviembre de 2016 y objeto de una primera calificación negativa. Como es preceptivo, la nota de calificación advertía de los diversos recursos existentes frente a la misma, así como de los distintos plazos aplicables. Aportada de nuevo la escritura durante la vigencia del asiento de presentación inicial, el registrador emitió nueva calificación el día 22 de febrero de 2017, en la que se reiteraba la negativa a practicar la inscripción por no haberse subsanado el primer defecto, haciendo constar al pie de la misma los recursos y sus plazos.

Como resulta del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, «el plazo para la interposición será de un mes y se computará desde la fecha de la notificación de la calificación». En consecuencia, una vez notificada la calificación comienza a correr el plazo de un mes para interponer el recurso. Si durante este plazo el interesado pretende subsanar las deficiencias señaladas en la nota y para ello aporta nueva documentación o subsana la presentada no por ello deja de correr el plazo para impugnar el contenido de la calificación. De este modo si, aportada nueva documentación o subsanada la ya presentada lo es en términos insuficientes a juicio del registrador que calificó en su momento y el interesado decide recurrir, es necesario que lo haga tempestivamente, antes de que se agote el plazo de un mes contado desde que se le notificó la calificación negativa. En caso de que el mes haya transcurrido, su derecho de impugnación habrá caducado y la presentación de recurso será intempestiva, por lo que deberá ser objeto de rechazo. Así lo confirma el segundo párrafo de artículo 323 de la Ley Hipotecaria al disponer que «la duración de la prórroga y del plazo para interponer recurso gubernativo empezará a contar, en el caso de que se vuelva a presentar el título calificado durante la vigencia del asiento de presentación sin haberse subsanado los defectos en los términos resultantes de la nota de calificación, desde la notificación de ésta».

En el procedimiento al que se refiere este recurso el registrador, al analizar si la documentación presentada para subsanar los defectos observados en su nota es suficiente, ha emitido una nueva nota negativa en la que reproduce en su inciso final el conjunto de recursos que puede interponer el interesado así como el plazo para llevarlos a cabo por lo que ha dado pie, indebidamente, a un nuevo cómputo del plazo de un mes que no permite ahora apreciar la concurrencia de causa de inadmisión por extemporaneidad (cfr. disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

3. Por lo que se refiere al fondo del asunto, esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente (vid. las Resoluciones citados en el apartado «Vistos» de la presente), sobre la importancia que en relación con los derechos de los acreedores tiene el riguroso cumplimiento de los requisitos de procedimiento previstos en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Como pusieran de relieve las Resoluciones de 3 de octubre de 2013, 10 de abril de 2014 y 9 de abril y 4 de noviembre de 2015, en las medidas tuitivas previstas en el ordenamiento se tiene en cuenta que los acreedores no son parte del proceso de fusión. En tanto en cuanto la sucesión universal que se produce como consecuencia de la

fusión altera, sin su consentimiento, la persona de su deudor, su protección se articula con base en dos derechos fundamentales: por un lado el derecho de información y por otro el derecho de oposición.

Del artículo 43 de la Ley 3/2009 resulta la obligación de que en las publicaciones del acuerdo de fusión o en la comunicación individual por escrito sustitutoria enviada a los acreedores 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 fusión 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 227.2.2.ª 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.

4. Por lo que se refiere al concreto defecto expresado por el registrador en el presente supuesto, de la normativa vigente resulta que el derecho de oposición se atribuye a los acreedores -de cada una de las sociedades que se fusionan- cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido en ese momento.

Ciertamente, el artículo 43 de la Ley 3/2009, respecto del contenido del anuncio que debe ser objeto de publicación o comunicación individual, se limita a exigir que en el mismo se haga constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores. Por ello, si el anuncio no hubiera hecho mención alguna sobre la fecha de celebración de la junta general en la que se acordó la fusión ningún obstáculo existiría a la inscripción de la escritura calificada. Lo que ocurre es que, al expresarse en dicho anuncio una fecha de adopción de los acuerdos errónea (8 de febrero de 2016), después de la cual no puede haber sido depositado el proyecto de fusión, puede inducir a error a los acreedores respecto de la posibilidad de ejercicio del derecho de oposición. Así, en el presente caso el proyecto de fusión se depositó en el Registro Mercantil el día 30 de mayo de 2016, por lo que podrán oponerse a la fusión los acreedores cuyos créditos hayan nacido antes de esta fecha, aunque sean posteriores a la fecha que erróneamente consta en los anuncios (8 de febrero de 2016). Por tanto, no puede entenderse que el error expresado sea inocuo respecto de los derechos de los acreedores.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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

Madrid, 19 de junio de 2017. El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.