

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR009462

RESOLUCIÓN de 1 de marzo de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles II de Asturias, por la que se rechaza la inscripción de acuerdos sociales de fusión inversa.*(BOE de 28 de marzo de 2019)***SUMARIO:**

Registro Mercantil. Fusión. Sociedad absorbente íntegramente participada por la absorbida, en liquidación. Aumento del capital con cargo a reservas en la sociedad absorbente. Nada impide que ante situaciones de hecho exentas de complejidad el procedimiento se simplifique y agilice al máximo, pese a lo cual desenvuelve la misma intensidad de efectos (la sucesión universal) que los supuestos más complejos. Pero, por sencilla que sea la situación de hecho, la normativa comunitaria y la española imponen en cualquier caso la salvaguarda -en distinto grado- de los derechos de los socios, de los trabajadores y de aquellos eventuales acreedores a quienes pueda afectar el proceso. Uno de los supuestos de simplificación del procedimiento de fusión es el de absorción de una sociedad por otra que sea titular de forma directa de todas las acciones o participaciones en que se divida el capital de la sociedad absorbida. La simplificación no se limita a la supresión de meros requisitos formales y de información, sino que se proyecta en la innecesariedad de cumplir requisitos generales que de otro modo serían exigibles. Así, no es preciso el aumento de capital de la sociedad absorbente, porque siendo esta titular de la integridad del capital de la sociedad absorbida no existe aportación o contrapartida alguna que justifique la emisión de nuevas acciones o participaciones (lo que a su vez justifica la exención de requisitos del proyecto de fusión relativos al capital, su aumento, emisión y canje). A la situación anterior se asimila la denominada fusión inversa en la que es la sociedad absorbida la que participa íntegramente a la sociedad absorbente de suerte que al extinguirse aquella los socios de la absorbida pasan a ser los socios de la absorbente sin alteración de su porcentaje de participación en el capital social. La cuestión se centra en determinar si la asimilación de régimen implica sin más la aplicación literal del artículo 49 de la Ley 3/2009, de 3 de abril o por el contrario su aplicación debe acomodarse a la especial circunstancia que resulta de la situación de hecho. Y lo cierto es que así debe ser so pena de dejar de lado principios esenciales del derecho de sociedades que son de aplicación también en los supuestos de reformas estructurales. No hay cuestión en cuanto a la exención de requisitos formales o de aumento de capital en la sociedad absorbente por concurrir una identidad en la situación de hecho que así lo justifica. La exención de celebración de junta general se refiere exclusivamente a la sociedad o sociedades absorbidas e íntegramente participadas por ser el socio único la sociedad absorbente y no existir otros intereses de socio que el de aquellos de la sociedad absorbente, intereses que están llamados a pronunciarse en la junta general que al efecto se celebre. De igual modo, en el supuesto de fusión por absorción inversa, los socios de la sociedad a extinguir, la sociedad absorbida, deben ser llamados a pronunciarse en junta general porque son sus intereses de socio los que se discuten y los que, eventualmente, se transforman en la atribución de acciones o participaciones de la sociedad absorbente. No es aceptable afirmar que puesto que no existe alteración de su participación en el capital, no se precisa su pronunciamiento en junta general. Bien al contrario, es precisamente la atribución de acciones o participaciones de la sociedad absorbente (cuyo régimen estatutario o legal puede ser muy distinto al de la sociedad absorbida), el que justifica la necesidad de que la junta general permita a los socios pronunciarse en defensa de sus intereses habida cuenta de las limitaciones que para los socios existen tras la inscripción de la fusión. La inversión se traduce entonces en la innecesariedad de junta general de la sociedad absorbente y en la necesidad de junta general de la sociedad absorbida al ser los intereses de sus socios los únicos afectados por la reforma estructural.

PRECEPTOS:

Directiva 78/855/CEE (fusión de sociedades anónimas), art. 13.

Directiva 2009/109/CE (modificación de las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE y 2005/56/CE en lo referente a obligaciones de información y documentación en fusiones y escisiones), art. 2.

Directiva 2011/35/UE (fusiones de las sociedades anónimas), arts. 6, 7, 8, 13, 24 y 25.

Código de Comercio de 1885, art. 18.

Ley 3/2009 (Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), arts. 23, 24, 28, 40, 42, 47, 49, 50, 51 y 52.

RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 160 y 511 bis.1 c).

En el recurso interpuesto por doña M. E. G. B., en nombre y representación de la compañía «Inversiones Corporativas Melca, S.L.U.», contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles II de Asturias, doña Laura García-Pumarino Ramos, por la que se rechaza la inscripción de acuerdos sociales de fusión inversa.

Hechos

I

Por el notario de Oviedo, don Leonardo García Fernández de Sevilla, se autorizó, el día 7 de septiembre de 2018, escritura por la que se elevaron a público los acuerdos por los que la sociedad «Inversiones Corporativas Melca, S.L.U.» absorbía a la sociedad «Cartera de Inversiones Melca, S.L.», en liquidación. Comparecieron a los efectos de la elevación a público de los acuerdos, de una parte, la consejera delegada de la sociedad absorbente quien elevó a público los acuerdos adoptados por el socio único (quien actuaba por medio del liquidador a que se hace referencia de inmediato), y que resultaban del certificado emitido por el secretario del consejo de administración de la sociedad con el visto bueno de su presidente; por la sociedad absorbida compareció su liquidador único.

Del expositivo resultaba que la sociedad absorbida era socia única de la sociedad absorbente, por lo que resultaba de aplicación la previsión del artículo 49 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Resultaba que el proyecto común de fusión se redactó en fecha 30 de junio de 2018, sin que fuese objeto de publicación, y aprobándose el acuerdo de fusión por el socio único de la sociedad absorbente. Además, resultaba que la sociedad absorbente procedía a la creación de 2.781.373 de nuevas participaciones mediante la reducción y simultáneo aumento de capital con cargo a reservas a los exclusivos efectos de redondeo, para lo que, además, se aumentaba el capital social en la medida necesaria para reducir a dos el número de decimales del valor nominal de las participaciones sociales. El balance de la sociedad absorbida había sido objeto de auditoría de forma voluntaria. Resultaba que el acuerdo de fusión fue publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un diario en fecha 30 de julio de 2018. Resultaba, finalmente, en lo que interesa al presente expediente, que la sociedad absorbida se extinguía por liquidación y se procedía a la adjudicación a los socios (que aparecían debidamente identificados), del número de participaciones que les correspondía (igualmente identificadas), en la sociedad absorbente.

II

Presentada la referida escritura en el Registro Mercantil de Asturias, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«La registradora Mercantil que suscribe, 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 conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos

Diario/Asiento: 92/5250 F. presentación: 11/09/2018 Entrada: 1/2018/7.234,0

Sociedad: Inversiones Corporativas Melca SL

Autorizante: García Fernández de Sevilla Leonardo

Protocolo: 2018/930 de 07/09/2018

Fundamentos de Derecho (defectos)

1. Defecto Subsancionable: La aplicación en el presente caso del artículo 49.1 al supuesto contemplado en el artículo 52.1 LME, que como bien indica tendrá lugar en la medida que proceda, en este caso de fusión inversa la supresión del trámite de aprobación de la fusión por parte de la sociedad absorbida, puede resultar problemática, pues siendo la sociedad absorbida la dominante, de la que forman parte varios socios distintos, son llamados todos ellos a integrarse en una sociedad distinta, (en concreto las mayorías exigidas en sus estatutos son totalmente distintas).

Si en el caso de absorción de participadas, siempre queda en la mano de los socios de minoría que formen parte de la absorbente, la petición de avocar la competencia de decidir [sic] por la Junta General, artículo 51, facultad de la que no se dispone en ese supuesto claramente análogo, y que encierra un peligro mayor para los socios minoritarios, pues han de incorporarse a una sociedad distinta. De hecho, ni el Derecho Comunitario ni el Nacional, dispensan del acuerdo de la Junta cuando existe pluralidad de socios en la sociedad absorbida, acaso porque pueda ocurrir que la regla mayoritaria deba ceder ante la necesidad de que ante su ausencia se les quite la posibilidad de deliberar, ser informados y participar en una decisión que va a traer como efecto, al contrario que en el supuesto de la absorbente, la desaparición de la sociedad de la que forman parte. Por lo cual se considera necesaria la existencia de Junta en la absorbida. No olvidemos además que estamos ante una sociedad en liquidación que la ley apenas regula, pero ya en una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de Noviembre de 1995, admitió para un caso similar dicha fusión, pero reconociendo el derecho de separación de aquellos, para lo cual es necesario la existencia de Junta, si bien bajo su legislación no existía, como ahora, los procedimientos simplificados en materia de modificaciones estructurales, pues siempre existía Junta en ambas sociedades, entiendo que ahora se admite una simplificación procedimental por el hecho de tomarse el acuerdo con carácter unánime de todas las sociedades, cosa que aquí no ocurre.

2. Defecto Subsancionable: Por motivos del canje, se está superponiendo la regulación en materia de fusión a la normativa societaria, en concreto para los aumentos de capital con cargo a reservas voluntarias, cuestión no clara, donde no se ha aplicado lo exigido para estos casos en el artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que exige balance referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses anteriores al acuerdo del aumento de capital, siendo el balance cerrado a 31 de diciembre de 2017 y la fecha de acuerdo [sic] del aumento de 23 de julio de 2018, verificado por auditor de cuentas de la sociedad o por auditor nombrado por el Registrador Mercantil a solicitud de los administradores, si la sociedad no estuviera obligada a verificación contable. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro.

En relación con la presente calificación: (...)

Oviedo, a 1 de octubre de 2018 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora) La registradora.»

III

Instada calificación sustitutoria, recayó, el día 25 de octubre de 2018, resolución de la registradora de la Propiedad interina de Llanes, doña Ana Amer Aparicio, por la que se confirmaba íntegramente la previa.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, doña M. E. G. B., en nombre y representación de la compañía «Inversiones Corporativas Melca, S.L.U.», interpuso recurso el día 5 de diciembre de 2018 en virtud de escrito en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente:

Primero. Que se trata de un supuesto de fusión inversa de una sociedad matriz por su filial y socia única a la que, por remisión del artículo 52 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se le aplica el régimen del artículo 49 de la misma ley, del que resulta la innecesariedad de adopción de acuerdo por la sociedad absorbida; que la calificación se aparta claramente de la ley, cuyo contenido es claro y taxativo, y que es objeto de una interpretación que lo vacía de contenido al exigir la celebración de junta en la sociedad absorbida en todo caso y en contra del precepto legal; que la calificación así realizada desborda el contenido del artículo 49 de la Ley 3/2009 y la función del registrador en los términos del

artículo 18 del Código de Comercio; que la calificación tiene en cuenta consideraciones ajenas a la documentación presentada en contra de la previsión de este último precepto, como la posible problemática de la existencia de distintos socios de la sociedad absorbida, cuyas eventuales diferencias solo pueden resolverse en sede judicial; que se está acudiendo a la aplicación analógica de un precepto, el artículo 51 de la Ley 3/2009, que no guarda analogía alguna con el artículo 52 cuya previsión es clara y terminante, y que la situación de liquidación de la sociedad absorbida no cambia en absoluto la previsión legal, como resulta del artículo 28 de la propia ley, sin que sea de aplicación la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de noviembre de 1995, que está desbordada por la actual norma.

Segundo. Que, si bien, conforme a la previsión legal no es preciso el aumento de capital en una fusión inversa, sí lo ha sido en el caso concreto a fin de respetar escrupulosamente la participación de cada socio; que el artículo 49 no impone la ausencia de aumento que, de llevarse a cabo, debe hacerse con arreglo a las normas de la fusión de la que trae causa; que, como norma general, toda fusión implica un aumento de capital para el que sólo se exige la existencia de un balance cerrado en los seis meses anteriores al proyecto de fusión y su auditoría si la sociedad está a ello obligada (artículos 36 y 37 de la Ley 3/2009); que no cabe tratar el aumento con cargo a reservas al margen de la fusión, pues se realiza en función de la misma y al efecto de llevarla a cabo; que, en el caso concreto, además, el balance de la sociedad absorbida sí está auditado y del mismo resultan reservas más que suficientes para llevar a cabo el aumento acordado, y que, de todo ello, resulta que el contravalor de la cifra aumentada responde a partidas debidamente existentes y auditadas.

V

La registradora mercantil emitió informe el día 19 de diciembre de 2018, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que, notificado el recurso interpuesto al notario autorizante del título calificado, no realizó alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 160 y 511 bis.1.c) de la Ley de Sociedades de Capital; 23, 24, 28, 40, 42, 47, 49, 50, 51 y 52 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital; los artículos 2 de la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones; 13 de la Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas; 6, 7, 8, 13, 24 y 25 de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de junio de 1993, 22 de marzo de 2002, 3 de octubre de 2013, 10 y 21 de abril, 8 y 9 de mayo, 15 de octubre y 5 y 6 de noviembre de 2014, 19 de enero de 2015 y 23 de mayo de 2017.

1. Se presenta a inscripción escritura pública de fusión en la que la sociedad absorbente se encuentra íntegramente participada por la sociedad absorbida que se encuentra en liquidación. Los acuerdos de fusión son adoptados por el socio único de la sociedad absorbente, el liquidador de la absorbida como órgano de administración, que actúa igualmente en representación de esta última. La sociedad absorbente aumenta capital con cargo a reservas al solo efecto de canje atribuyéndose a los socios de la absorbida participaciones equivalentes a su participación en la sociedad extinguida. La registradora rechaza la inscripción porque a su juicio es precisa la celebración de junta de la sociedad absorbida y porque el aumento de capital de la absorbente no ha respetado las exigencias del artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital. La interesada recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. Es doctrina reiterada de esta Dirección General que la protección de los distintos intereses que pueden resultar afectados en modificaciones estructurales de sociedades como son la fusión y la escisión se disciplina legalmente mediante la regulación de un procedimiento, de carácter obligatorio, que sólo cuando es debidamente cumplimentado surte los efectos previstos por el legislador. El contenido concreto de la regulación legal del procedimiento, habida cuenta de la diversidad de los intereses potencialmente afectados (socios capitalistas con o sin prestaciones accesorias, socios con privilegios, socios industriales, titulares de derechos especiales o

tenedores de títulos, administradores, trabajadores, acreedores), viene determinado por la presencia en cada situación concreta de una mayor o menor presencia de tales intereses.

La legislación comunitaria, de la que procede la regulación vigente en España, ha ido acotando los supuestos en los cuales se puede prescindir de trámites innecesarios del procedimiento de fusión o escisión por estar suficientemente protegidos los intereses concurrentes. El Preámbulo de la Directiva 2009/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 afirma con rotundidad que es preciso reducir las cargas de las sociedades al mínimo necesario y que cualquier acuerdo societario de reducción de trámites debe salvaguardar los sistemas de protección de los intereses afectados. La Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, que ha tenido como objetivo, expresivamente presente en su denominación, llevar a cabo la transposición a nuestro ordenamiento del contenido de la Directiva, reitera las anteriores afirmaciones.

En definitiva, nada impide que ante situaciones de hecho exentas de complejidad el procedimiento se simplifique y agilice al máximo pese a lo cual desenvuelve la misma intensidad de efectos (la sucesión universal) que los supuestos más complejos. Pero por sencilla que sea la situación de hecho, la normativa comunitaria y la española imponen en cualquier caso la salvaguarda –en distinto grado– de los derechos de los socios, de los trabajadores y de aquellos eventuales acreedores a quienes pueda afectar el proceso.

3. Uno de los supuestos de simplificación del procedimiento de fusión es el de absorción de una sociedad por otra que sea titular de forma directa de todas las acciones o participaciones en que se divida el capital de la sociedad absorbida. En tal caso, por no producirse ninguna alteración en el patrimonio neto de la sociedad absorbente, la operación podrá realizarse sin necesidad de que concurran los requisitos a que se refiere el artículo 49.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Para ello será suficiente que el órgano de administración manifieste que concurre la circunstancia legalmente prevista – íntegra participación de la sociedad absorbida por la absorbente– (vid. Resolución de 23 de mayo de 2017).

El citado artículo tiene el siguiente contenido: «Cuando la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas, la operación podrá realizarse sin necesidad de que concurran los siguientes requisitos: 1.º La inclusión en el proyecto de fusión de las menciones 2.ª y 6.ª del artículo 31 y, salvo que se trate de fusión transfronteriza intracomunitaria, las menciones 9.ª y 10.ª de ese mismo artículo. 2.º Los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión. No obstante, el informe de los administradores será necesario cuando se trate de una fusión transfronteriza intracomunitaria. 3.º El aumento de capital de la sociedad absorbente. 4.º La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas».

Como resulta de la norma, la simplificación no se limita a la supresión de meros requisitos formales y de información sino que se proyecta en la innecesidad de cumplir requisitos generales que de otro modo serían exigibles. Así, no es preciso el aumento de capital de la sociedad absorbente (artículo 23.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril), porque siendo esta titular de la integridad del capital de la sociedad absorbida no existe aportación o contrapartida alguna que justifique la emisión de nuevas acciones o participaciones (lo que a su vez justifica la exención de requisitos del proyecto de fusión relativos al capital, su aumento, emisión y canje).

El precepto también recoge la innecesidad de acuerdo de las juntas generales de las sociedades absorbidas, que de otro modo sería indispensable (artículo 40 de la Ley 3/2009, de 3 de abril), por la evidente razón de que siendo la totalidad de las acciones o participaciones titularidad de la sociedad absorbente, la integridad de los derechos de voto que a las mismas corresponden son ejercidos por la propia sociedad. No existen otros intereses de socio distintos de aquellos que corresponden a los socios de la sociedad absorbente.

4. A la situación anterior se asimila la denominada fusión inversa en la que es la sociedad absorbida la que participa íntegramente a la sociedad absorbente de suerte que al extinguirse aquella los socios de la absorbida pasan a ser los socios de la absorbente sin alteración de su porcentaje de participación en el capital social (artículo 22 de la Ley 3/2009, de 3 de abril).

Dice así el artículo 52.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril: «Lo dispuesto para la absorción de sociedades íntegramente participadas será de aplicación, en la medida que proceda, a la fusión, en cualquiera de sus clases, de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio, así como a la fusión por absorción cuando la sociedad absorbida fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de la sociedad absorbente».

Dejando de lado el primero de los supuestos contemplados (la denominada fusión gemelar), el precepto asimila la denominada fusión inversa a la contemplada en el artículo 49, fusión de sociedad íntegramente participada, a pesar de que la situación no es idéntica pues deben atribuirse acciones o participaciones de la absorbente a los socios de la absorbida aun cuando no exista aumento de capital. No obstante el legislador ha

considerado procedente la igualdad de trato habida cuenta de que no existe aportación patrimonial y de que el conjunto del capital social de una sociedad pertenece íntegramente a otra.

La cuestión se centra en determinar si la asimilación de régimen implica sin más la aplicación literal del artículo 49 de la Ley 3/2009, de 3 de abril o por el contrario su aplicación debe acomodarse a la especial circunstancia que resulta de la situación de hecho.

Y lo cierto es que así debe ser so pena de dejar de lado principios esenciales del derecho de sociedades que son de aplicación también en los supuestos de reformas estructurales. No hay cuestión en cuanto a la exención de requisitos formales o de aumento de capital en la sociedad absorbente por concurrir una identidad en la situación de hecho que así lo justifica.

El problema consiste en determinar si la exención del número 4 del apartado primero del artículo 49: «La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas», ha de aplicarse de forma literal o, por el contrario, ha de interpretarse de forma «inversa», es decir, referido a la sociedad absorbente y no a la absorbida.

La aplicación inversa del precepto tiene plena justificación porque ni el supuesto de fusión por absorción de sociedad íntegramente participada ni el supuesto de fusión inversa suponen una derogación del régimen general de sociedades.

El artículo 49 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, no exime de celebración de la junta general de la sociedad absorbente debiendo ser llamados los socios a pronunciarse sobre la propuesta de acuerdo de conformidad con las reglas generales del derecho de sociedades (artículos 160.g y 511 bis.1.c) de la Ley de Sociedades de Capital, en relación a los artículos 39 y 40 de la Ley 3/2009, de 3 de abril), aun cuando la participación de los socios en el capital no se va a ver alterada. La exención de celebración de junta general se refiere exclusivamente a la sociedad o sociedades absorbidas e íntegramente participadas por ser el socio único la sociedad absorbente y no existir otros intereses de socio que el de aquellos de la sociedad absorbente, intereses que están llamados a pronunciarse en la junta general que al efecto se celebre.

De igual modo, en el supuesto de fusión por absorción inversa, los socios de la sociedad a extinguir, la sociedad absorbida, deben ser llamados a pronunciarse en junta general porque son sus intereses de socio los que se discuten y los que, eventualmente, se transforman en la atribución de acciones o participaciones de la sociedad absorbente. No es aceptable afirmar que puesto que no existe alteración de su participación en el capital (por otro lado, forzosa ex artículo 24.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril), no se precisa su pronunciamiento en junta general. Bien al contrario, es precisamente la atribución de acciones o participaciones de la sociedad absorbente (cuyo régimen estatutario o legal puede ser muy distinto al de la sociedad absorbida), el que justifica la necesidad de que la junta general permita a los socios pronunciarse en defensa de sus intereses habida cuenta de las limitaciones que para los socios existen tras la inscripción de la fusión (artículo 47.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril).

La inversión se traduce entonces en la innecesariedad de junta general de la sociedad absorbente y en la necesidad de junta general de la sociedad absorbida al ser los intereses de sus socios los únicos afectados por la reforma estructural.

5. Como resulta de las consideraciones anteriores el recurso no puede prosperar pues la reforma estructural que se lleva a cabo en la situación de hecho que da lugar a la presente no ha respetado los principios configuradores del derecho de sociedades ni las competencias que a la junta general de socios de la sociedad absorbida reconoce el ordenamiento jurídico.

Las afirmaciones de contrario de la recurrente no pueden desvirtuar las conclusiones expresadas pues, en primer lugar, no puede afirmarse que la calificación impugnada prescinda del contenido de la ley o que vacíe de contenido el artículo 49 de la Ley 3/2009, de 3 de abril. Como se ha razonado debidamente la aplicación del citado precepto no puede llevarse a cabo al margen de los principios configuradores del derecho de sociedades ni al margen del derecho positivo que atribuye competencias a la junta general de las sociedades (aún en los supuestos de reformas estructurales), que no han sido debidamente respetadas. El artículo 49 no queda vacío de contenido sino que por el contrario resulta de plena aplicación, si bien ha de hacerse con respeto a los derechos de los socios de la sociedad que se extingue como consecuencia del procedimiento de fusión.

Tampoco es aceptable la afirmación de que la calificación excede los límites del artículo 18 del Código de Comercio o que se fundamenta en suposiciones conjeturales. Claramente el artículo 18.2 del Código de Comercio atribuye competencia a los registradores mercantiles para llevar a cabo la calificación de la validez del contenido de los documentos presentados a inscripción como claramente la calificación se ha llevado en relación al contenido de la documentación presentada y no por razón de otros hechos conjeturales que no resultan de la misma.

Es cierto, en fin, que el supuesto de hecho a que se refiere el artículo 51 de la Ley 3/2009, de 3 de abril es distinto al contemplado en su artículo 49, pero no lo es menos que la nota de calificación no lo trae a colación para fundamentar su decisión. Como resulta de la resolución de la registradora su cita tiene como finalidad afirmar que incluso en los supuestos en que el ordenamiento prevé la fusión sin celebración de junta general de socios de la sociedad absorbente es imprescindible que se respete el derecho de aquellos a la celebración de la junta si se dan los requisitos previstos en el citado precepto. La cita de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de noviembre de 1995 por otro lado no tiene más finalidad que la de afirmar la necesidad de celebración de junta general de la sociedad absorbida sin que se discuta en ningún momento que una sociedad en liquidación puede participar en un procedimiento de reforma estructural (por otro lado, evidente hoy en día, artículo 28 de la Ley 3/2009, de 3 de abril).

6. La desestimación del motivo de recurso anterior haría innecesario entrar en el segundo defecto señalado por la registradora en su calificación. No obstante esta Dirección General considera de interés llevar a cabo un pronunciamiento al respecto al efecto de no dejar sin contestar las alegaciones que lleva a cabo la recurrente en su escrito. La cuestión se limita a determinar si aumentado el capital con cargo a reservas de la sociedad absorbente (tras una reducción del nominal de las participaciones), con la finalidad de facilitar el proceso de canje, es preciso que se cumpla la previsión del artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto a la fecha del balance en relación al acuerdo de aumento y en relación a su verificación por un auditor de cuentas.

En términos generales, el aumento de capital que se lleva a cabo en el seno de un procedimiento de reforma estructural de una sociedad por absorción de otra está sujeto al régimen especial previsto en la Ley 3/2009, 3 de abril, régimen que por su severidad excede con mucho las exigencias ordinarias de un aumento por aportación no dineraria.

Cuando, como consecuencia del tipo de canje, no exista una correspondencia que permita la atribución de un número entero de acciones o participaciones de la sociedad absorbente la propia Ley 3/2009, de 3 de abril permite una compensación en metálico en los términos de su artículo 25.2: «Cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas».

Si la sociedad absorbente cuenta con reservas libres suficientes no debe existir ningún inconveniente en que las diferencias derivadas del tipo de canje sean cubiertas con cargo a las mismas, de acuerdo con el régimen procedimental previsto en la propia Ley 3/2009, de 3 de abril, siempre que dicha previsión conste en el proyecto de fusión (como establece el artículo 50.3 para el caso que el mismo contempla), y que se respete la limitación cuantitativa derivada del artículo 25.2 expuesto. Esta posibilidad resulta de especial trascendencia en sociedades pequeñas y medianas en las que el porcentaje de capital resulta de enorme trascendencia para los socios. Dado que el aumento debe ser acordado por la junta general como un elemento más del proceso de fusión (con la excepción del artículo 50 de la Ley 3/2009, de 3 de abril que, a su vez, contempla las medidas de garantía a que se ha hecho referencia), no existe conflicto que no quede cubierto por la regulación especial de la reiterada ley.

Aun así es preciso resolver si, además, deben exigirse las garantías que a favor de socios y terceros se derivan del régimen general del aumento de capital con cargo a reservas disponibles a que se refiere el artículo 302.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por lo que se refiere al cómputo del plazo de seis meses, siendo el balance cerrado que sirve de base a la operación anterior en menos de seis meses a la fecha del proyecto de fusión (artículo 36 de la Ley 3/2009, de 3 de abril), resulta más que suficiente su aplicación dado que cumple con la previsión que la ley especial fija como fecha de referencia específica para los procedimientos en ella regulados.

En cuanto a la necesidad de verificar el balance, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sólo la prevé en relación a las sociedades obligadas por lo que resulta excesivo exigirla en un procedimiento en el que se parte de un balance que ya ha sido aprobado por la junta general de la sociedad que se fusiona y que, en cualquier caso, debe ser objeto de aprobación junto al acuerdo de fusión (artículo 37 de la Ley 3/2009, de 3 de abril). Si a lo anterior se añade las limitaciones derivadas del artículo 25 de la Ley 3/2009, de 3 de abril ya expuesto resulta razonable entender la innecesidad de la verificación por ajuste de tipo de canje.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar parcialmente el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora 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, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.



Madrid, 1 de marzo de 2019. El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.