

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

2342 *Resolución de 16 de diciembre de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil III de Sevilla a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de dos sociedades de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Íñigo Fernández de Córdoba Claros, notario de Cádiz, contra la negativa del registrador Mercantil III de Sevilla, don Ignacio Madrid Alonso, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de dos sociedades de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 12 de julio de 2024 por el notario de Cádiz, don Íñigo Fernández de Córdoba Claros, con el número 1.443 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos sociales de fusión de la sociedad «Artes Modernas de Inversión, SL» (sociedad absorbente) y la sociedad «Residencia Torreblanca Sevilla, SL», unipersonal (absorbida), adoptados por unanimidad en junta general universal de cada una de dichas sociedades el día 30 de junio de 2024. La sociedad absorbida estaba íntegramente participada por la absorbente.

En dicha escritura, se manifestaba que la fusión se había acordado «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio (sin necesidad, por tanto, de informe de administradores ni intervención de expertos) y del artículo 53 del mismo y, por tanto, sin necesidad de aumento de capital social de la absorbente (...)». Y se añadía que «a efectos del artículo 9.2 y concordantes del Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, hace constar que la absorbida carece de trabajadores y que la fusión no produce efecto alguno sobre el empleo de la absorbente».

II

Presentada el día 6 de agosto de 2024 copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Sevilla, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Don Juan Ignacio Madrid Alonso, Registrador Mercantil de Registro Mercantil de Sevilla, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, certifica que ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos

Diario/Asiento: 2024/4541

F. presentación: 06/08/2024

Entrada: 1/2024/16265,0

Sociedad: Residencia Torreblanca Sevilla Sociedad Limitada

Hoja: SE-13705

Autorizante: Fernández de Córdoba Claros, Íñigo
Protocolo: 2024/1443 de 12/07/2024

Fundamentos de derecho (defectos)

– Si bien en el apartado III de la exposición de la escritura calificada, se ha hecho constar que “a los efectos del artículo 9.2 y concordantes del Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, la sociedad absorbida no tiene trabajadores y que la fusión no produce efecto alguno sobre el empleo de la absorbente”, sin embargo, con tal manifestación no se da cumplimiento a lo establecido en dicho artículo 9.2, ya que, debe haberse informado a los trabajadores de la sociedad absorbente, de la propia fusión, y, lo único manifestado ha sido que no tendrá consecuencias para el empleo, cumpliendo, así, con las menciones que se exigen en el proyecto de la modificación estructural –artículo 4.1.7.º del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio (...) de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (...), pero no con el derecho de información de los trabajadores –en este caso, de la sociedad absorbente, puesto que la absorbida no tiene–. En consecuencia, para poder practicar la inscripción solicitada, es necesario que el órgano de administración manifieste que se ha elaborado y puesto a disposición de dichos trabajadores, el informe a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio (...) de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (...). Véase también el artículo 9.2 del citado Real Decreto-Ley. Defecto subsanable.

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

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15 del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro.

Sevilla, a veintiocho de agosto de dos mil veinticuatro.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Íñigo Fernández de Córdoba Claros, notario de Cádiz, interpuso recurso el día 18 de septiembre de 2024 mediante escrito en el que manifestaba que «la escritura ha sido inscrita por subsanación del supuesto defecto en escritura otorgada, con gastos a cargo del recurrente, ante el notario de Sevilla don José María Florit de Carranza el día 9 de septiembre de 2024, con el número 2.340 de su protocolo y, por tanto, el recurso se interpone al amparo del inciso final del artículo 325 de la Ley Hipotecaria». Además, alegaba los siguientes fundamentos de Derecho:

«En la escritura calificada, los administradores de las sociedades fusionadas aseveran, “a efectos del artículo 9.2 y concordantes del Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio” que “la absorbida carece de trabajadores y que la fusión no produce efecto alguno sobre el de la absorbente”. Repárese que son dos distintas las afirmaciones: la no incidencia de la fusión sobre el empleo no es solo el resultado de la falta de sucesión de empresa, dada la inexistencia de trabajadores en la absorbida; es que la fusión no produce efecto alguno, ya directo, ya indirecto, reflejo o inducido, sobre el empleo de la absorbente.

El registrador deniega la inscripción porque considera que las aseveraciones en cuestión no satisfacen el derecho de información de los trabajadores de la absorbente en los términos reclamados por el artículo 9.2 del Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio (en adelante, R. D), siendo necesario, para subsanar el defecto, que el administrador de

la absorbente manifieste que se puso a disposición de sus trabajadores el informe explicativo y justificativo de la fusión previsto en el artículo 5 del R.D.

Con ello, el registrador viene a sostener dos distintas afirmaciones:

1. El derecho de información de los trabajadores en la fusión no queda atendido, aunque en la escritura se asevere que la fusión no tiene efecto alguno sobre el empleo.
2. El derecho de información de los trabajadores en la fusión procede, aunque no haya sucesión de empresa.

Ambas aseveraciones son incorrectas y, por ambas o por cualquiera de ellas, la nota debe ser revocada y el recurso estimado.

La primera aseveración se sitúa en directa oposición con el R. D, porque viene a reconocer a los trabajadores un derecho de información carente de objeto y porque contraría el diseño del procedimiento de fusión.

A diferencia del general derecho de información y consulta del artículo 64 del Real Decreto Ley 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, el específico para la fusión del R.D (arts. 4, 5, 7, 8 y 9.2) está reconocido a todos los trabajadores (y no solo a sus representantes) y como un derecho de información activo, con facultad de emitir opinión o de formular observaciones, pero sólo, claro, al igual que aquél, si la fusión tiene consecuencias para el empleo.

Los trabajadores, en efecto, tienen derecho a ser informados de “las consecuencias probables de la operación para el empleo” (art. 4.1.7 del RD) o “para las relaciones laborales, así como, en su caso, cualquier medida destinada a preservar dichas relaciones”, de “cualquier cambio sustancial en las condiciones de empleo aplicables o en la ubicación de los centros de actividad de la sociedad” y del “modo en que los factores anteriores afectan a las filiales de la sociedad” (art. 5.5 RD) y a emitir “opinión” (art. 5.7 RD) o formular “observaciones” sobre tales extremos (art. 7.1.2 RD).

A la vista de lo anterior, parece obligado entender que si una fusión como la nuestra no tiene para la absorbente –única con trabajadores– “consecuencias para el empleo” o para “las relaciones laborales” ni produce “cualquier cambio sustancial en las condiciones de empleo aplicables o en la ubicación de los centros de actividad de la sociedad absorbente” no procede dar satisfacción a derecho de información alguno.

Esta evidencia luce en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de junio de 2017 según la cual la aseveración de que la fusión carece de incidencia sobre el empleo en la absorbente y en la absorbida –si ambas, claro, tienen trabajadores– satisface la exigencia de que hablamos.

Además de querer dar satisfacción a un derecho de información que carecería de objeto, la calificación viene a complicar el procedimiento de fusión, considerando contrario a la ley –y de difícil, sino imposible, reconducción con la misma, pues aquel derecho, a diferencia del reconocido a los acreedores (art. 9.1 y 13 R. D), se articula como previo al acuerdo– el procedimiento seguido en el caso. Ciertamente, para salvar el defecto que el registrador califica de subsanable, no basta con que el administrador efectúe ahora una u otra manifestación; dado que ésta versa sobre algo que no se hizo en su momento por considerarse innecesario, habría ahora que iniciar y seguir, por todos sus trámites, el procedimiento previo al acuerdo de fusión no seguido en su día, para dar satisfacción al derecho de información que se dice vulnerado hasta culminar en un nuevo acuerdo de fusión, destinado, en rigor, a convalidar el nulo anterior.

En efecto, allí donde la falta de consecuencias para el empleo y la unanimidad del acuerdo de fusión han hecho posible, al amparo del artículo 9.1 R. D, simultanear el otorgamiento de la escritura con la formulación del proyecto y la adopción del acuerdo de fusión, sin necesidad de informe de experto ni de administradores, el registrador echa en falta este último, obligando así a: i) elaborar el informe en cuestión; ii) anunciar a los trabajadores –a través de la web o el Registro Mercantil– su derecho a formular observaciones al proyecto de fusión a la vista del mismo y iii) convocar nueva junta transcurrido, al menos, el plazo de un mes desde la puesta a disposición de los

trabajadores del proyecto y del informe requerido (art. 5.6 R. D), al objeto de que la misma pueda “tomar nota” de aquellas observaciones (art. 8.2 RD).

En suma, el procedimiento de fusión reclamado por el registrador es radicalmente disconforme con el autorizado por la ley, cuando la fusión acordada por unanimidad carece de efectos sobre el empleo, supuesto en el cual los trámites destinados a satisfacer los demás intereses concurrentes pueden cumplirse con posterioridad al otorgamiento de la escritura (arts. 9, 10 y 13 R. D).

Como ya se ha dicho, la nota de calificación no se contenta con reconocer a los trabajadores un derecho de información carente de objeto y con frustrar el procedimiento de fusión seguido, sino que viene también a sostener que, aunque no haya sucesión de empresa, los trabajadores de la absorbente tienen derecho a ser informados de la fusión.

Esta segunda aseveración también es incorrecta y también por ella, aunque en la escritura no se hubiese incluido la afirmación de que la fusión carece de efectos, directos o indirectos, sobre el empleo, la nota debe ser revocada.

En efecto, ser informados sobre una fusión sin sucesión de empresa es tanto como ser informados sobre los posibles efectos indirectos o inducidos de la fusión, esto es, sobre la decisión empresarial de fusión. Y es que una fusión sin sucesión de empresa también puede ir seguida de consecuencias para el empleo, de la misma forma que pudiera provocarlas la compra de un activo o la constitución de una filial. El registrador entiende que también aquí, en una fusión sin sucesión de empresa, todos los trabajadores deben ser informados y consultados sobre la que entonces sería una estricta decisión de gestión empresarial sin consecuencias directas sobre el empleo.

De este modo, la nota de calificación desborda y vulnera no sólo, como se ha explicado ya, el derecho de información reconocido en el R. D, sino que también desborda, y vulnera, el general derecho de información y consulta del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, lo que es más preocupante.

En efecto, si, para el Estatuto, el derecho de información referido a “la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades” (art. 64.2.b) está reconocido sólo al comité de empresa y sólo como un derecho de información pasivo o sin consulta, para el registrador, cuando aquella “situación” y “evolución” son achacables a una fusión, debe reconocerse a todos los trabajadores y como un derecho de información activo, con facultad de emitir informe, opiniones u observaciones, provocando así una doble retorsión del contenido actual del derecho de información y consulta de los trabajadores.

Con razón, el registrador se cuida de no citar en apoyo de su tesis resolución alguna de las varias dictadas por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre el tema (Ress. 10 y 11 de abril de 2014, de 20 de junio de 2017, de 5 de junio de 2023). Si lo hubiese hecho, habría reparado que, en ellas, la Dirección sitúa al derecho de información de que venimos hablando en relación de auxiliaridad con la legislación laboral donde se residencia “la verdadera tutela de los intereses de los trabajadores” y, en particular, con el principio de sucesión de empresa en ella sancionado (artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores) y, por ello, se cuida de advertir que la exigencia reclamada por el registrador no procede (Res. 21 de octubre de 2014) si consta “una manifestación del otorgante de la escritura calificada acerca de la inexistencia de trabajadores” en la sociedad escindida o, en el caso, de la absorbida.

Y es que, en fin, no parece que sean las notarías y los registros mercantiles las instancias desde las que se deba promover, o instigar, una extensión de los derechos de información y de consulta, decisión ésta –sobre participación de los trabajadores en la empresa–, de grueso calado (vid. art. 129.2 Constitución) reservada al legislador, quien, por cierto, está, de momento, muy lejos de querer compartir la opinión del registrador (ver, Resolución del Parlamento Europeo de 16 de diciembre de 2021, sobre la democracia en el trabajo).

Por lo expuesto, se solicita que se tenga por admitido el recurso, en unión de copia autorizada de la escritura calificada y copia de la nota de calificación y, en su virtud, se revoque ésta.»

IV

El 24 de septiembre de 2024, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe manifestaba que el día 9 de septiembre de 2024, y bajo el mismo asiento y Diario, tuvo entrada en el Registro, «escritura complementaria y de rectificación de otra de fusión», autorizada por el Notario de Sevilla», don José María Florit de Carranza, «el mismo día, número 2340 protocolar», y «el título principal, en unión de esta escritura complementaria y de rectificación», que ha quedado inscrita el día 13 de septiembre de 2024.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 1 a 10, 53, 54 y 71, así como la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea; los artículos 44 y 64 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades; la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 y 11 de abril y 21 de octubre de 2014 y 20 de junio de 2017, y la Resolución de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de junio de 2023.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público los acuerdos sociales de fusión de la sociedad «Artes Modernas de Inversión, SL» (sociedad absorbente) y la sociedad «Residencia Torreblanca Sevilla, SL», unipersonal (absorbida), adoptados por unanimidad en junta general universal de cada una de dichas sociedades el día 30 de junio de 2024. La sociedad absorbida está íntegramente participada por la absorbente.

En dicha escritura se manifiesta que la fusión se ha acordado «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio (sin necesidad, por tanto, de informe de administradores ni intervención de expertos) y del artículo 53 del mismo y, por tanto, sin necesidad de aumento de capital social de la absorbente (...)». Y se añade que «a efectos del artículo 9.2 y concordantes del Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, hace constar que la absorbida carece de trabajadores y que la fusión no produce efecto alguno sobre el empleo de la absorbente».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, con esa manifestación sobre la inexistencia de trabajadores de la sociedad absorbida y sobre el hecho de que la fusión no produce efecto alguno sobre el empleo de la absorbente, se cumple con la exigencia establecida para el proyecto de fusión en artículo 4.1.7.º del Real Decreto-ley 5/2023, pero no se da cumplimiento a lo establecido en dicho artículo 9.2. Por ello, considera necesario que el órgano de administración manifieste que se ha elaborado y puesto a disposición de dichos trabajadores el informe a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto-ley 5/2023.

El notario recurrente alega que si la fusión no tiene «consecuencias para el empleo» o para «las relaciones laborales» ni produce «cualquier cambio sustancial en las condiciones de empleo aplicables o en la ubicación de los centros de actividad de la sociedad absorbente» no procede dar satisfacción a derecho de información alguno; y,

además, la exigencia a que se refiere el registrador es contraria al diseño del procedimiento de fusión porque el referido derecho de información se articula como previo al acuerdo de fusión, a diferencia del derecho reconocido a los acreedores, y haría imposible simultanear –como permite el artículo 9.1 del Real Decreto-Ley 5/2023–, el otorgamiento de la escritura con la formulación del proyecto y la adopción del acuerdo de fusión, sin necesidad de informe de experto ni de administradores. Añade que la afirmación del registrador según la cual, aunque no haya sucesión de empresa, los trabajadores de la sociedad absorbente tienen derecho a ser informados de la fusión es incorrecta y vulnera, el general derecho de información y consulta establecido en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, que refiere ese derecho de información a «la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades» –artículo 64.2.b)– y lo reconoce sólo al comité de empresa –no a todos los trabajadores– y sólo como un derecho de información pasivo o sin consulta –no como un derecho de información activo, con facultad de emitir informes, opiniones u observaciones–.

2. Antes de entrar en el análisis de la objeción expresada en la calificación impugnada debe tenerse en cuenta que la protección de los distintos intereses que pueden resultar afectados en modificaciones estructurales de sociedades mercantiles como es la fusión se disciplina legalmente mediante la regulación de un procedimiento, de carácter obligatorio, que sólo cuando es debidamente cumplimentado surte los efectos previstos por el legislador. Pero, habida cuenta de la diversidad de los intereses potencialmente afectados (socios capitalistas con o sin prestaciones accesorias, socios con privilegios, socios industriales, titulares de derechos especiales o tenedores de títulos, administradores, trabajadores, acreedores,...) la mayor o menor complejidad de ese procedimiento legalmente previsto para su protección viene determinada por la presencia en cada situación concreta de unos u otros intereses.

La legislación comunitaria, de la que procede la regulación vigente en España, ha ido acotando los supuestos en los cuales se puede prescindir de trámites innecesarios del procedimiento de fusión o escisión por estar suficientemente protegidos los intereses concurrentes. El Preámbulo de la Directiva 2009/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, ya afirmó con rotundidad que es preciso reducir las cargas de las sociedades al mínimo necesario y que cualquier acuerdo societario de reducción de trámites debe salvaguardar los sistemas de protección de los intereses de los acreedores. La Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, que tuvo como objetivo, expresivamente presente en su denominación, llevar a cabo la transposición a nuestro ordenamiento del contenido de la Directiva, reiteró las anteriores afirmaciones. Y la misma línea de simplificación se siguió posteriormente en la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

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. De las medidas previstas en el régimen legal de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles para la protección de los distintos intereses afectados son relevantes a los efectos del presente recurso determinados requisitos relativos a la información documental que sobre la fusión debe ponerse a disposición de los trabajadores, así como a la información que a estos debe facilitarse sobre la posibilidad de presentar a la sociedad observaciones relativas al proyecto de fusión.

Entre las disposiciones comunes aplicables a todas las modificaciones estructurales, sin distinción de que sean operaciones internas o transfronterizas, establece el artículo 5, apartado 1, del Real Decreto-ley 5/2023 que «los administradores elaborarán un informe para los socios y los trabajadores explicando y justificando los aspectos jurídicos y económicos de la modificación estructural, sus consecuencias para los trabajadores, así como, en particular, para la actividad empresarial futura de la sociedad y para sus acreedores».

En el mismo artículo se dispone que dicho informe debe incluir una sección destinada a los socios y otra a los trabajadores, si bien la sociedad podrá decidir elaborar un informe para cada sección (apartado 2). Después de establecer el contenido de la sección del informe destinado a los socios (apartado 3) y de la sección destinada a los trabajadores (apartado 5), dispone que «al menos un mes antes de la fecha de celebración de la junta general que apruebe la operación, los administradores de la sociedad o sociedades participantes pondrán el informe o informes a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores de la sociedad o, cuando no existan tales representantes, de los propios trabajadores, junto con el proyecto de modificación estructural, de estar disponible. Dicha puesta a disposición se realizará mediante su inserción en la página web de la sociedad de existir esta y, en su defecto, mediante su remisión por vía electrónica. En las operaciones transfronterizas dicho plazo será de seis semanas» (apartado 6) y que «cuando el órgano de administración reciba, en tiempo oportuno, una opinión sobre la información a que se refieren los apartados 1 y 5 de los representantes de los trabajadores o, cuando no existan tales representantes, de los propios trabajadores, se informará a los socios de dicha opinión, que se adjuntará al informe» (apartado 7). Por último, el mismo artículo 5, apartado 8, establece que «no se requerirá la sección del informe destinada a los trabajadores cuando la sociedad y sus filiales, de haberlas, no tengan más trabajadores que los que formen parte del órgano de administración o de dirección o la modificación consista en una transformación interna».

El artículo 6 del mismo Real Decreto-ley 5/2023 se refiere al informe de experto independiente sobre el proyecto de modificación estructural; y el artículo 7 a la publicidad preparatoria del acuerdo, en los siguientes términos:

«1. Al menos un mes antes de la fecha de la junta general que vaya a acordar una modificación estructural, los administradores de la sociedad o sociedades participantes están obligados a insertar en la página web de dicha sociedad o sociedades además de los que se especifiquen para cada tipo de modificación estructural, los siguientes documentos:

- 1.º El proyecto de modificación estructural;
- 2.º Un anuncio por el que se informe a los socios, acreedores y representantes de los trabajadores de la sociedad, o, cuando no existan tales representantes, a los propios trabajadores, de que pueden presentar a la sociedad, a más tardar cinco días laborables antes de la fecha de la junta general, observaciones relativas al proyecto; y
- 3.º El informe de experto independiente, cuando proceda, excluyendo, en su caso, la información confidencial que contuviera (...).»

Según el artículo 8, apartado 2, la junta general que haya de acordar la modificación estructural «tomará nota de los informes de administradores y, en su caso, de las opiniones presentadas por los trabajadores o sus representantes en relación con dichos informes. Asimismo, tomará nota de los informes de los expertos independientes, así como de las observaciones presentadas, en su caso, por socios, acreedores o trabajadores. A la vista de todo ello, la junta general de la sociedad acordará la aprobación o no del proyecto de modificación estructural».

El artículo 9 establece en su apartado 1 que «el acuerdo de modificación estructural podrá adoptarse sin necesidad de publicar o depositar los documentos exigidos por la ley, aunque deberán incorporarse a la escritura de modificación estructural, y sin anuncio sobre la posibilidad de formular observaciones ni informe de los administradores sobre el

proyecto de modificación, cuando se adopte por la sociedad o por cada una de las sociedades participantes en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho». No obstante, en el apartado 2, dispone que «los derechos de información de los trabajadores sobre la modificación estructural, incluido el informe de los administradores sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el hecho de que la modificación estructural sea aprobada en junta universal».

A la hora de interpretar este último precepto legal debe tenerse en cuenta que, en relación con el derogado –y en parte coincidente– artículo 42 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, este Centro Directivo se manifestó en los siguientes términos:

«Sobre la importancia que la escritura pública refleje adecuadamente que los derechos de los trabajadores han sido debidamente respetados en el procedimiento de fusión, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 y 11 de abril de 2014, confirmadas por las Resoluciones de 21 de octubre de 2014 y 20 de junio de 2017, afirmaron que aquella información debe estar a disposición de los mismos también en los casos en que los acuerdos se hayan adoptado en cada una de las sociedades en junta general universal y por unanimidad de quienes puedan ejercer el derecho de voto (cfr. artículo 42.1 de dicha ley). En tales supuestos, por el hecho de que no se publique ni depositen previamente tales documentos, no podrán ser restringidos los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo (artículo 42.2 de la Ley 3/2009).

Es cierto que la verdadera tutela de los intereses de los trabajadores es la que resulta de la legislación laboral (por ejemplo, artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la sucesión de empresa). Pero tal circunstancia no implica que en la elevación a público de los acuerdos de fusión, así como para inscribirlos pueda omitirse cualquier referencia al cumplimiento de las obligaciones y respecto de los derechos a que se alude la Ley 3/2009. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 227.2 Reglamento del Registro Mercantil, que exige que la escritura recoja, entre otras circunstancias, “1.ª La manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, sobre el cumplimiento de lo establecido en el artículo 238 de la Ley de Sociedades Anónimas (...)”, precepto legal que se refería a la puesta a disposición de los representantes de los trabajadores de los documentos informativos obligatorios en la fase preparatoria de la fusión. Por ello, aun cuando el Reglamento del Registro Mercantil no se ha adaptado a la Ley 3/2009, debe concluirse que la escritura deberá contener la declaración del otorgante sobre el cumplimiento de la obligación de información impuesta por el citado artículo 39.1 también respecto de los trabajadores» (cfr. Resolución de 5 de junio de 2023).

Se ha planteado por algunos comentaristas de la nueva regulación legal contenida en el artículo 9 del Real Decreto-ley 5/2023 si, en determinados casos, y a pesar de la literalidad de este precepto, pudiera prescindirse del informe de los administradores destinado a los trabajadores sobre la fusión en supuestos en que, como ocurre en el presente caso, la sociedad absorbida carece de trabajadores, aquella es acordada por unanimidad en junta universal y se pone de manifiesto en el proyecto de fusión que ésta no produce efecto alguno sobre el empleo de la absorbente.

No obstante, para resolver el presente recurso es innecesario decidir sobre dicha cuestión, toda vez que concurre una circunstancia que debe considerarse determinante, como es el hecho de que, como se expresa en la escritura calificada, la sociedad absorbida está íntegramente participada por la absorbente. Por ello, la regla general del citado artículo 9 (aplicable, como ha quedado expuesto, a todas las modificaciones estructurales, sin distinguir entre las fusiones internas o las transfronterizas) debe ceder ante una norma especial prevista para las fusiones internas como es la del artículo 53

del Real Decreto-Ley 5/2023, relativa a la absorción de sociedad íntegramente participada, en los términos siguientes:

«1. 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, la operación podrá realizarse sin necesidad de que concurran los siguientes requisitos:

- 1.º La inclusión en el proyecto de fusión de las menciones relativas al tipo de canje de las acciones o participaciones (...)
- 2.º Los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión.
- 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.»

Al permitir esta norma prescindir del informe de los administradores debe entenderse que se refiere a las dos secciones que, como ha quedado expuesto, debe aquél comprender: tanto la destinada a los socios como la destinada a los trabajadores; y así resulta no sólo de la interpretación literal del precepto sino también de una interpretación sistemática de este, habida cuenta de que cuando se pretende dejar a salvo de dicha exclusión el informe en lo relativo a la información para los trabajadores así se previene expresamente, según el antes transcrito artículo 9, apartado 2, respecto de la fusión acordada por unanimidad en junta universal.

En los casos de fusión acordada por unanimidad en junta universal está justificado prescindir del informe de los administradores en la sección relativa a los socios, mientras que el hecho de que se apruebe la fusión por todos los socios no implica que la operación sea inocua para los trabajadores de las sociedades afectadas.

Pero debe tenerse en cuenta que la fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada no afecta sustancialmente a la estructura de poder ni a la composición societaria porque la sociedad absorbente ya disponía de la totalidad de las participaciones representativas de capital de la sociedad absorbida, de suerte que se trata de una mera reorganización societaria. Por ello, ha de entenderse que la exclusión del informe de los administradores afecta a ambas secciones y no solo a la relativa a los socios (vid., también, lo dispuesto en otros supuestos de fusión simplificada, como es la absorción de sociedad participada al noventa por ciento –artículo 54– así como para la simplificación de requisitos en caso de escisión a que se refiere el artículo 71).

Por lo demás, esta simplificación de las fusiones internas intragrupo (en las que, generalmente, existen menos riesgos para los trabajadores que en las fusiones transfronterizas a las que se refieren las Directivas que se transponen) no afecta a los derechos laborales de los trabajadores, como resulta de la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 5/2023, según la cual lo previsto en el libro primero de este (relativo a toda la regulación de las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles) se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral; añadiendo que en el supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en ese libro primero comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Por las consideraciones precedentes, y atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes en el presente caso, en que la sociedad absorbida carece de trabajadores y está íntegramente participada por la absorbente –de modo que respecto de los trabajadores de ésta ni siquiera hay modificación de la identidad del empleador– y se hace constar que la fusión no produce efecto alguno sobre el empleo de la absorbente, el defecto expresado por el registrador no puede ser confirmado.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar 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, 16 de diciembre de 2024.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.