

## I.2. Mercantil

POR MARÍA JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ

**NOMBRAMIENTO DE AUDITOR POR EL REGISTRADOR MERCANTIL A INSTANCIA DE SOCIO DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. LEGITIMACIÓN.—ADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE NOMBRAMIENTO DE AUDITOR POR SOCIO QUE ALEGA SER TITULAR DEL 45 POR 100 DEL CAPITAL SOCIAL, A PESAR DE QUE COMO CONSECUENCIA DE UN AUMENTO DEL CAPITAL ACORDADO CON ANTERIORIDAD A LA SOLICITUD, PERO NO INSCRITO TODAVÍA EN EL REGISTRO MERCANTIL, LA PARTICIPACIÓN DEL SOLICITANTE HA QUEDADO REDUCIDA AL 2,25 POR 100. CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DEL AUMENTO DEL CAPITAL EN SOCIEDADES ANÓNIMAS Y EN SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.** (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 27 DE AGOSTO DE 2002.)

*RESOLUCIÓN de 27 de agosto de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso de alzada interpuesto por don Jaime Roca Busquets, administrador único de «Óptima Informática de Gestión, S. L.», contra la Resolución dictada el 12 de abril de 2001 por el Registrador Mercantil, número VI de Barcelona, en la que se admitía a trámite la petición de nombramiento de un auditor por parte de uno de los socios.*

*Antecedentes.*—I. El 23 de marzo de 2001, don Ismael Fernández Álvarez presentó un escrito ante el Registro Mercantil de Barcelona solicitando, en virtud de los artículos 84 y 86 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y de los artículos 350 y siguientes de Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor para realizar la auditoría del ejercicio 2000, alegando en su favor la titularidad de 45 por 100 del capital social.

II. La sociedad, a través de su administrador único (don Jaime Roca Busquets) se opuso a dicha pretensión, alegando la falta de legitimación del solicitante, ya que en la fecha de la solicitud la participación de este último había quedado reducida al 2,25 por 100, como consecuencia de un aumento del capital acordado por la Junta General el 19 de mayo de 2000, y ya ejecutado, al que, sin embargo, no había acudido el solicitante. Esta circunstancia tiene como efecto, según la sociedad, que el socio solicitante no llegue a representar el mínimo del 5 por 100 del capital exigido por la Ley para el ejercicio del derecho al nombramiento de auditor.

III. No obstante la oposición de la sociedad, el Registrador Mercantil, número VI de Barcelona, estima la solicitud presentada, ya que de la documentación que obra en su poder se desprende la titularidad de un número de participaciones superior al 5 por 100 del capital social, sin que conste que el aumento del capital alegado por la sociedad haya sido inscrito en el Registro y ni tan siquiera que haya sido presentada a inscripción la documentación relativa al mismo. De este modo, el Registrador Mercantil estima que no puede negarse legitimación al socio que ostenta formalmente el 5 por 100 del capital social en el momento del ejercicio del derecho, dado el carácter cons-

titutivo (de acuerdo con la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado) que tiene la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos de aumento del capital.

IV. Contra dicha Resolución, la sociedad interpuso recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado insistiendo en el argumento de la falta de legitimación del solicitante, y adjuntando copia de la escritura de aumento del capital, cuyo original obraba en el Registro Mercantil de Barcelona desde el 4 de mayo de 2001 para su inscripción.

*Doctrina.*—Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 144, 152 y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 1993, 28 de marzo de 1995 y, como más recientes, las de 3 de diciembre de 1999, 26 de octubre de 2000 y 25 de enero de 2001.

1. El único problema que se plantea en el presente expediente es el de determinar si un aumento del capital acordado con anterioridad a la solicitud de nombramiento de auditor pero no presentado ni inscrito en el Registro Mercantil sino con posterioridad a dicha solicitud, puede ser tenido en cuenta a los efectos de computar el porcentaje de capital social que el socio solicitante representa en la sociedad. A estos efectos, la Dirección General de los Registros y del Notariado estima que de acuerdo con la doctrina reiterada de este Centro Directivo, la solución ha de ser negativa, ya que debido al carácter necesario de la inscripción de los aumentos del capital y teniendo en cuenta que ésta no se había producido aún en el momento en que se realizó la petición de nombramiento del auditor, para el Registro el solicitante seguía siendo titular de más del 5 por 100 del capital social y, en consecuencia, procedía dicho nombramiento.

2. Por todo lo anterior, la Dirección General resuelve desestimar el recurso de alzada interpuesto por el administrador único de la sociedad contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil, número VI de Barcelona.

## COMENTARIO

Como es sabido, tanto en relación con las Sociedades Anónimas como con las Sociedades de Responsabilidad Limitada, la Ley exige que el aumento de la cifra del capital social consignada en los Estatutos Sociales sea objeto de inscripción en el Registro Mercantil. Frente al régimen legal vigente —que exigía dicha inscripción sólo respecto del acuerdo de aumento— la disciplina actualmente en vigor requiere la constancia registral de la ejecución de aquel acuerdo, bien mediante el sistema general de la inscripción simultánea del acuerdo y de la ejecución (art. 162.1 LSA y art. 78.2 LSRL), o bien mediante el sistema excepcional de la doble inscripción al que pueden optar bajo determinadas circunstancias las Sociedades Anónimas cotizadas (art. 162.2 LSA) (1).

---

(1) De este modo, con arreglo al sistema de la inscripción simultánea, la sociedad no podrá presentar a inscripción el simple acuerdo social de aumento (ya haya sido adoptado por la Junta General, o ya por los administradores en el marco del aumento

Partiendo de que la inscripción de las operaciones de ampliación del capital social en el Registro Mercantil se configura como un deber legal para las sociedades de capital, uno de los temas objeto de discusión todavía hoy se refiere al carácter atribuible a dicha inscripción, esto es, si la misma tiene carácter constitutivo o meramente declarativo (2). La controversia se encuentra motivada por el silencio que la Ley guarda sobre esta cuestión, a diferencia de lo que ocurre en relación con alguna otra operación jurídico-societaria (cfr. art. 245 LSA, que establece con total claridad la naturaleza constitutiva de la inscripción de la fusión) y de lo que acontece en otros Ordenamientos Jurídicos que se han encargado de aclarar de manera expresa el carácter que tiene la inscripción del aumento del capital (3).

---

autorizado —art. 153.1 b) LSA— hasta que no haya finalizado el proceso de ejecución del mismo, pudiéndose presentar a inscripción una sola escritura pública en la que se documente el acuerdo y los actos que componen la ejecución, o bien dos escrituras separadas para las menciones relativas al acuerdo y para aquellas otras relativas a su ejecución (art. 165, art. 166.5 y art. 198.5 RRM). Por el contrario, según el sistema de la doble inscripción, el acuerdo de aumento es inscribible desde el momento mismo de su adopción, siendo necesaria la posterior inscripción de la escritura de ejecución en el plazo máximo de un año desde la conclusión del período de suscripción so pena de la cancelación de la anterior inscripción del acuerdo de aumento por el Registrador (art. 162.5 LSA).

(2) Según la concepción tradicional, se habla de inscripciones constitutivas para hacer referencia a aquellas de las que depende la propia validez o eficacia (o la perfección o existencia misma) del acto o del hecho inscribible. Por el contrario, son inscripciones declarativas aquellas de las que no depende la existencia o perfección del acto o hecho inscribible (que será existente y válido y producirá los efectos jurídicos que le son propios si reúne los requisitos generales de validez y aquellos otros específicos según la naturaleza del acto), sino que constituyen meros instrumentos para la *oponibilidad* del acto frente a terceros, perjudicando, sólo desde entonces, al tercero de buena fe (aquel que desconocía efectivamente el acto inscrito).

Esta concepción tradicional de las inscripciones constitutivas como requisitos o elementos de perfección del acto inscribible ha sido sometida a una profunda revisión por A. PAU PEDRÓN, «La publicidad registral de la Sociedad Anónima», en *AAMN*, T. XXX, vol. 2.º, 1991, pág. 73 y sigs.; id., voz «Registro Mercantil», *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1994, pág. 5729. El autor sostiene con fundamento que en ningún caso (ni tan siquiera en las denominadas inscripciones *constitutivas*) la inscripción en el Registro Mercantil es un «elemento del negocio», de manera tal que el negocio o acto inscribible existe jurídicamente ya antes y al margen de la inscripción. La inscripción en el Registro se mueve siempre y en todo caso en el terreno que le es propio: la publicidad y la *oponibilidad* de lo inscrito (y publicado) frente a los terceros. Desde este punto de vista, la única diferencia entre las denominadas inscripciones constitutivas y declarativas se sitúa en la mayor o menor amplitud de la *oponibilidad* registral. Así, la inscripción *declarativa* perjudica al tercero (que no podrá alegar desconocimiento para no quedar afectado por el acto inscrito), pero también permite que la publicidad extraregistral le perjudique también (es decir, que el tercero que efectivamente conoce el acto inscribible y no inscrito quedará igualmente afectado por él). En cambio, la inscripción *constitutiva* es aquella que «excluye la *oponibilidad* en términos absolutos», puesto que la inscripción es la única vía para que el acto inscribible perjudique a terceros, los cuales no quedarán afectados por él incluso aunque lo conocieran efectivamente por cauces ajenos al registro (vid. PAU PEDRÓN, *La publicidad registral de la Sociedad Anónima*, cit., pág. 73).

(3) Cfr., como paradigma de la inscripción de carácter estrictamente constitutivo, el § 189 de la Ley de Sociedades Anónimas alemana. Por el contrario, se decantan por otorgar a la inscripción mero carácter declarativo, el artículo 88 del Código de Socieda-

Partiendo del referido silencio legal, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión a los efectos de apreciar la legitimidad del solicitante para el nombramiento de un auditor al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Y a la hora de resolver los recursos presentados contra tales expedientes, el Centro Directivo ha venido estimando reiteradamente, como ocurre en el presente caso, que la inscripción del aumento del capital tiene en ambos tipos sociales un carácter constitutivo (vid., en el mismo sentido también la RDGRN de 11 de junio de 2002, RDGRN de 6 septiembre de 2001, RDGRN de 8 de octubre de 1999, RDGRN de 27 de octubre de 1999, RDGRN de 17 de noviembre de 1999, RDGRN de 4 de abril de 1997; RDGRN de 29 de noviembre de 1996). En este sentido, la Dirección General sostiene que *para el Registrador* (que ha de decidir necesariamente sobre la base de los datos que se hallan inscritos en el propio Registro) estará legitimado para pedir el nombramiento del auditor el socio que siga representando más del 5 por 100 del capital social en el momento de la solicitud porque no se haya inscrito todavía el aumento del capital que ha producido la dilución de la posición del solicitante. Y viceversa, que no puede darse curso a la solicitud de aquél que haya alcanzado tal porcentaje a raíz de un aumento del capital social que todavía no se encuentre inscrito en el Registro Mercantil (ya que *de los datos que obran en el Registro* no se puede inferir que el sujeto solicitante tenga el porcentaje legalmente exigido para legitimar su pretensión).

Sobre la base de la doctrina sentada por la Dirección General, es forzoso subrayar que ciertamente las Leyes societarias vigentes contienen algunos preceptos conforme a los cuales poder entender que la inscripción del aumento del capital tiene carácter constitutivo (cfr. arts. 62 y 162 LSA, y arts. 28 y 78 LSRL); preceptos que han sido utilizados por algunos autores para argumentar la defensa de la tesis favorable a la naturaleza constitutiva de la referida inscripción (4). Por un lado, el artículo 62 de la Ley de Sociedades

---

des Comerciales portugués (que establece que para todos los efectos internos, el capital se considerará aumentado y las participaciones constituidas a partir de la fecha del otorgamiento de la escritura pública), y en Francia, el artículo L. 225-146 del *Code de Commerce* en relación con el artículo 168 del *Décret n. 67-236*, de 23 de marzo de 1967, que establece que el aumento *está realizado* desde la declaración notarial de suscripción y desembolso del capital (o desde la emisión del certificado del depositario de las aportaciones), no estando subordinado a la inscripción en el Registro. En Italia el artículo 2444 del *Codice Civile* establece que en los treinta días siguientes al cierre de la suscripción del aumento, los administradores deben depositar para su inscripción en el *registro delle imprese* una declaración de que el aumento del capital ha sido ejecutado, de modo que hasta que no se practique la inscripción, *«l'aumento del capitale non può essere menzionato negli atti della società»*. La doctrina más reciente se inclina a pensar decididamente que la referida inscripción no tiene carácter constitutivo, sino declarativo y que, en este sentido, es un mero requisito de *oponibilidad* frente a terceros —vid. E. GINEVRA, *Sottoscrizione e aumento del capitale nelle s.p.a.*, Milano, 2001, pág. 316 y sigs., y sobre todo pág. 343 y sigs.; G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998, pág. 136; C. GANDINI, «Modificazioni dell'atto costitutivo nelle società di capitali» (I), *Giur. Comm.*, 1989, I, pág. 864 y sigs.

(4) Así, entienden que la inscripción del aumento del capital tiene carácter constitutivo, tanto frente a terceros como a los efectos de la adquisición de la condición de socio y del nacimiento de las acciones o participaciones, F. VICENT CHULIÁ, *Introducción*

Anónimas (y, en un ejercicio de mimetismo, también el art. 28 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) establece que hasta la inscripción de la sociedad (de la que no parece dudarse su carácter constitutivo de la forma social), o hasta la inscripción del acuerdo de aumento en el Registro Mercantil, no podrán *entregarse ni transmitirse* las acciones o participaciones. Por otro lado, el artículo 162.3 del citado cuerpo legal (y el art. 78.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), después de obligar a la inscripción del acuerdo de aumento y de su ejecución, otorga a los suscriptores/aportantes el derecho a exigir la restitución de las aportaciones (y a resolver la obligación de aportar) cuando no se hubiere solicitado la inscripción de la ejecución del aumento después de transcurrido el plazo legal de seis meses.

Los citados preceptos no son obstáculo, sin embargo, para que la más reciente y autorizada doctrina afirme mayoritariamente que la inscripción del aumento del capital carece de eficacia constitutiva (5). De una parte, se re-

---

*al Derecho Mercantil*, 14.ª ed., Valencia, 2001, págs. 439-441, y ya antes en *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 2.º, 3.ª ed., Barcelona, 1991, pág. 764; P. YANES YANES, «Exclusión del derecho de suscripción y tutela del accionista», en *CRDBB*, núm. 1, 1995, págs. 148-149: «la adquisición de la condición de socio no depende únicamente de la perfección del negocio de suscripción de las nuevas acciones sino de la posterior inscripción registral (constitutiva) del acuerdo de aumento y de su ejecución», de modo que «al carecer la ejecución del aumento aún de reflejo registral, [...] a partir de la celebración del negocio de suscripción el tercero ostenta una suerte de derecho a la consolidación de la posición de socio, no habrá aún derechos corporativos adquiridos [...]»; R. GARCÍA LUENGO/R. SOTO VÁZQUEZ, *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1991, pág. 723.; por lo que parece, M. DE LA CÁMARA, *El capital social en la Sociedad Anónima, su aumento y disminución*, Madrid, 1996, pág. 309. Esta opinión era también la sostenida antes de la Ley vigente por J. GARRIGUES/R. URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, 3.ª ed. (revisada por A. Menéndez y M. Olivencia), Madrid, 1976, pág. 290.

(5) Así, A. ROJO, «El acuerdo de aumento del capital social», en VV.AA., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. II, Madrid, 1996, pág. 2341; id., «El aumento del capital de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en C. Paz-Ares (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid, 1997, pág. 859; R. URÍA/A. MENÉNDEZ/J. GARCÍA DE ENTERRÍA, en R. URÍA/A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, pág. 960; y, en el mismo sentido, para la sociedad limitada, R. URÍA/A. MENÉNDEZ/J. L. IGLESIAS PRADA, en R. URÍA/A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, pág. 1184; A. PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997, págs. 326-328; J. MACHADO PLAZAS, «Comentario a los artículos 161 y 162», en I. ARROYO/J. M. EMBID IRUJO, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, Madrid, 2001, pág. 1711; y para la Sociedad Limitada, J. MACHADO PLAZAS/F. MERCADAL VIDAL, «Modificación de Estatutos. Aumento y reducción del capital social» (Capítulo IV), en I. Arroyo/J. M. Embid Irujo (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1997, pág. 785; A. ÁVILA DE LA TORRE, *La modificación de estatutos en la Sociedad Anónima*, Valencia, 2001, pág. 470 y sigs.; J. C. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital», en F. J. Aranguren Urriza (dir.), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, t. II, Madrid, 1998, págs. 295-296; PAU PEDRÓN, *La publicidad registral de la Sociedad Anónima*, cit., pág. 75 y sigs., y en voz «Registro Mercantil», cit., pág. 5729, para quien únicamente tiene carácter constitutivo la inscripción de la constitución de la sociedad y la inscripción de la fusión (aunque, a su juicio, *de lege ferenda* habría sido conveniente reconocer el carácter constitutivo también de la inscripción del aumento y de la reducción del capital); con dudas al respecto, pero inclinándose por lo que parece por la tesis de la eficacia declarativa, M. SACRISTÁN REPRESA, «El aumento del capital social: modalidades,

cuerda que en nuestro Derecho la regla general es la del carácter declarativo de las inscripciones registrales, salvo que el legislador, en un acto de decisión de política legislativa, exceptúe dicha regla general (6). De este modo, se entiende que *en el plano interno* (relación socios-sociedad) el aumento produce los efectos que le son propios, bien desde que el acuerdo ha sido ejecutado —es decir, desde que los administradores constatan la suscripción y el desembolso y declaran elevado el valor nominal de las antiguas acciones o adjudican las nuevas acciones a los suscriptores— (7), o bien desde que se otorga la escritura pública que documenta la ejecución del aumento (8). De otra parte,

---

requisitos, el aumento de capital con nuevas aportaciones dinerarias y no dinerarias», en A. Alonso Ureba y otros (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas*, t. III, vol. 1.º, Madrid, 1994, págs. 290-292. Una tesis ecléctica es la que mantiene R. CABANAS TREJO, «La suscripción incompleta del aumento del capital», en *RDM*, 1990, pág. 789 y sigs. (y, más recientemente, en R. CABANAS TREJO/J. MACHADO PLAZAS, *Aumento del capital y desembolso anticipado*, Madrid, 1995, pág. 140, aunque cfr. pág. 97, en la que los autores se decantan con claridad por la defensa del carácter declarativo), para quien, aunque antes de la inscripción el aumento es válido y eficaz y obliga tanto a la sociedad como a los suscriptores, «de acción entendida como posición jurídica del socio en la sociedad, comprensiva de la partición en el capital social y del conjunto de derechos que confiere la condición de socio, sólo puede hablarse una vez practicada la inscripción, [...] por lo que el socio difícilmente puede legitimarse para el ejercicio de los derechos de socio» (*La suscripción incompleta*, cit., pág. 792). Con todo, el autor considera que esto no obsta para que el suscriptor tenga ya antes de la inscripción un interés digno de tutela (la titularidad de unos «eventuales» derechos de socio) que la sociedad no puede desconocer (*últ. op. cit.*, págs. 793-795).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las escasas sentencias habidas sobre el tema, se ha decantado también por el carácter declarativo de la inscripción del aumento en el Registro Mercantil, cuya ausencia no impide que el aumento sea eficaz en las relaciones internas entre la sociedad y los socios (vid. así, la conocida STS de 27 de marzo de 1984, con nota favorable de E. GALÁN CORONA, en *CCJC*, abril-agosto de 1984, pág. 1549 y sigs.; también, sobre la base del precedente artículo 24 del Código de Comercio, STS de 29 de septiembre de 1993, Ar. RJ. 6658). Más recientemente, en STS de 30 de marzo de 1999 (Ar. RJ 2420), al hilo, precisamente, de un caso de solicitud de restitución de las aportaciones por falta de inscripción del aumento en el Registro Mercantil en virtud de lo dispuesto por el artículo 162.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, el Alto Tribunal ha estimado que los solicitantes no van contra sus propios actos mientras no recaiga sentencia favorable a la restitución —y con independencia de los efectos retroactivos de ésta— siguen actuando y defendiendo sus intereses en la sociedad, lo que implícitamente supone reconocer la posibilidad del ejercicio frente a la sociedad de la posición de socio adquirida con la ejecución del aumento ya antes de que ésta sea inscrita en el Registro Mercantil.

(6) PAU PEDRÓN, *La publicidad registral de la Sociedad Anónima*, cit., págs. 74-75, quien afirma que «como el carácter constitutivo deriva, en última instancia, de la decisión del legislador, es inútil plantearse si tiene o no ese carácter la inscripción de otros actos». Así, cuando se discute sobre la naturaleza de la inscripción de algunos actos sobre los que el legislador no se pronuncia, «en realidad sólo cabe plantear si sería conveniente o fundado reconocer, de *lege ferenda*, el carácter constitutivo a determinados actos» (*últ. op. cit.*, pág. 75).

(7) ROJO, *El acuerdo de aumento*, cit., pág. 2341; id., *El aumento del capital de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, cit., pág. 859; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital*, cit., págs. 295-296.

(8) Así, al menos en relación con la Sociedad de Responsabilidad Limitada, PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, cit., pág. 327.

se critica que la Ley equipare sin los matices necesarios el proceso de fundación o constitución de la sociedad y el proceso de aumento del capital, aplicando la misma regla para la *entrega y transmisión* de las acciones (art. 62 LSA y art. 28 LSRL); regla cuya justificación es muy dudosa, al menos, en lo que se refiere al aumento del capital (9). Y, en fin, junto a tales argumentos se destaca la existencia de otros preceptos legales de los que se deduce que la Ley exige que la escritura pública que documente la ejecución del aumento exprese que la titularidad de los adjudicatarios de las nuevas participaciones se ha hecho constar en el Libro Registro de Socios (art. 78.1 LSRL), de modo que, por virtud de la constancia en el referido Libro Registro, éstos se encuentran ya legitimados frente a la sociedad antes de la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil (arg. ex art. 27 LSRL) (10).

A nuestro juicio, y a pesar de las dudas que todavía puedan persistir derivadas de la letra de algunos preceptos de la Ley, los argumentos esgrimidos por la referida doctrina mayoritaria tienen fuerza suficiente para defender que, en el Derecho español, la inscripción del aumento del capital social de las Sociedades Anónimas y de las Sociedades de Responsabilidad Limitada tiene naturaleza declarativa. Ello significa, simplemente, que el aumento del capital y sus consecuencias no podrán ser oponibles frente a los terceros de buena fe hasta la inscripción en el Registro Mercantil. Pero, frente a la sociedad, la falta de inscripción no impide que los suscriptores o aportantes se encuentren legitimados para ejercitar los derechos que les confiere la posición jurídica adquirida a raíz de su participación en el aumento del capital. En este punto conviene no olvidar que la opción por el carácter constitutivo de las inscripciones registrales tiene su principal fundamento en la mayor o menor relevancia que pueda tener para los terceros el acto inscribible, de modo que dicho carácter constitutivo tiene una función protectora de los intereses de estos terceros —siempre que sean de buena fe— *en no verse perjudicados en absoluto* por circunstancias sujetas a inscripción pero todavía no inscritas (11). A nuestro modo de ver, al optar en favor del carácter declarativo y no constitutivo de la inscripción del aumento del capital no se perjudican los potenciales intereses de los terceros, sino más bien al contrario, se aumenta su protección, en especial en lo que se refiere a los intereses de los acreedores sociales (12). El aumento del capital no inscrito no podrá perjudicar a los terceros de buena fe, pero los terceros podrán invocar, ya

---

(9) PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, cit., pág. 328; URÍA/MENÉNDEZ/IGLESIAS PRADA, en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, cit., pág. 1185.

(10) Vid., sobre todo, PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, cit., pág. 327, con ulteriores argumentos basados en el artículo 30.4 de la Ley de limitadas; en el mismo sentido, URÍA/MENÉNDEZ/IGLESIAS PRADA, en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, cit., pág. 1185; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital*, cit., págs. 295-296.

(11) PAU PEDRÓN, *La publicidad registral de la Sociedad Anónima*, cit., pág. 75. Por eso, a su juicio (por entero compartible), está fundada la opción del legislador en otorgar carácter constitutivo a la constitución de la Sociedad Anónima, a la fusión, y a la delegación de facultades generales, porque afectan a la esencia de toda relación de un sujeto con terceros: la responsabilidad y la representación.

(12) En similar sentido, ÁVILA DE LA TORRE, *La modificación de estatutos*, cit., pág. 476.

antes de la inscripción, la existencia del aumento acordado y ejecutado en su propio beneficio (13). Así, los acreedores sociales podrán alegar la existencia de un aumento del capital ya ejecutado (suscrito y desembolsado) como garantía de pago de sus créditos o como representativo de nuevos elementos patrimoniales susceptibles de embargo (14).

Por todas estas razones, y para concluir, creemos que probablemente la Dirección General ha resuelto correctamente el recurso planteado cuando puntualiza en su argumentación que *para el Registro* el socio solicitante del nombramiento del auditor seguía siendo titular de más del 5 por 100 del capital social en el momento de la solicitud, dado que el aumento del capital que había disminuido su cuota de participación no había sido todavía presentado a inscripción en ese momento. En efecto, el Registrador Mercantil ha de poder resolver con arreglo a los simples datos que obran en el Registro, sin verse obligado a indagar sobre aquellas situaciones fácticas que no coinciden con la realidad registral. Ahora bien, otra cosa diferente es que de ello se quiera extraer una conclusión que tiene implicaciones de más hondo calado que el meramente registral, como es la del absoluto y riguroso carácter constitutivo de la referida inscripción de las ampliaciones de capital, que más allá de la falta de eficacia del aumento frente a los terceros, impide incluso que en las relaciones internas una persona que ha suscrito las nuevas acciones y que ha desembolsado su importe en los términos exigidos pueda ejercer frente a la sociedad cualquier derecho de socio.

M.<sup>a</sup> JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ

### I.3. Urbanismo

Por el DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

#### INSCRIPCIÓN DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA SIN LICENCIA

##### I. INTRODUCCIÓN

La indudable revolución que el Derecho Urbanístico ha experimentado en los últimos tiempos ha tenido una inevitable y trascendental repercusión en la legislación hipotecaria.

---

(13) Vid. sobre la trascendental diferencia entre *oponibilidad* e *invocabilidad* de los actos sujetos a inscripción, PAU PEDRÓN, Voz «Registro Mercantil», pág. 5730.

(14) Así, incluso para aquéllos que todavía defienden el carácter constitutivo de la inscripción del aumento del capital, no es dudoso que las aportaciones realizadas por los suscriptores han pasado ya a la titularidad de la sociedad (según la doctrina del *título* y el *modo* del art. 609 del Código Civil), integrándose en los fondos propios de la sociedad ya antes de la inscripción del aumento del capital en el Registro Mercantil (VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, cit., pág. 440).