

Delimitación del ámbito del poder
de representación de los
administradores de la sociedad
anónima. Eficacia jurídica
de las Directivas comunitarias.
Comentario a la Resolución
de la DGRN de 3 de octubre
de 1994

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—
III. APLICABILIDAD DIRECTA Y EFICACIA JURÍDICA DE LAS DIREC-
TIVAS CEE: A) EFICACIA DE LA DIRECTIVA CEE EN EL ORDENAMIENTO INTERNO:
1. *El efecto directo de la Directiva CEE.* 2. *La interpretación conforme a la
luz de la letra y la finalidad de la Directiva.* 3. *El principio de autonomía
institucional.* 4. *Responsabilidad del Estado miembro por incumplimiento en
la ejecución de las Directivas.*—B) LA INVOCABILIDAD DE LA DIRECTIVA COMUNI-
TARIA ANTE EL REGISTRO.—IV. ALCANCE DEL ARTICULO 129 DE LA LEY
DE SOCIEDADES ANÓNIMAS: A) CONSIDERACIONES PRELIMINARES. B) EL «PO-
DER DE REPRESENTACIÓN» DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.
C) ADMINISTRACIÓN SOCIAL Y ACTUACIÓN EXTERNA DE LA SOCIEDAD: 1. *Aproximación
al problema de la distribución competencial entre los órganos sociales.*
2. *Competencias en materia de representación de los administradores:*
2.1. *Actos comprendidos en el objeto social.* 2.2. *Actos ajenos al objeto social.*
2.3. *Actos contrarios al objeto social.*—3. *El control notarial o registral de los
actos realizados por los administradores.*

I. INTRODUCCIÓN

En un intento de resumir brevemente los hechos objeto de la resolución, podemos decir que el supuesto planteado es el de una sociedad que tras haber contratado un préstamo hipotecario a través de sus administradores ve cómo le es suspendida la inscripción en base a la falta de acreditación de las facultades representativas del órgano. Argumenta el Registrador que tal falta constituye un defecto subsanable y que en tanto en cuanto no se repare el mismo la escritura no tendrá acceso al Registro. Acreditadas posteriormente las facultades, el documento es inscrito, si bien el Notario interpone recurso gubernativo contra la nota denegatoria a efectos doctrinales invocando que el Registrador, al calificar, no se ajustó a lo dispuesto en el artículo 9 de la Primera Directiva de la Comunidad Europea, fechada el 9 de marzo de 1968.

El Registrador, en defensa de su nota, estima que no es invocable el precepto comunitario puesto que, dada la naturaleza jurídica, no goza de aplicabilidad directa y que, a mayores, ya ha sido objeto de desarrollo por el legislador español en el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, reforzando su postura al argumentar que el precepto nacional recoge un ámbito de poder de representación de los administradores de una sociedad anónima circunscrito al objeto social, con lo que todos los actos que se extralimiten no sólo serán presupuesto de la responsabilidad de los administradores derivada del artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino que serán ineficaces en un ejercicio de coordinación entre las reglas generales de la representación y el contenido del ya citado artículo 129. Afirma, sin embargo, que el legislador introduce en este precepto una excepción a la ineficacia de tales actos concretada en la buena fe del tercero, considerando, no obstante, que su apreciación corresponde al Juez y que, como consecuencia de ello, los Notarios y Registradores, si bien no pueden anticiparse a la posible declaración judicial, lo que deben es, cautelarmente, eliminar cualquier sombra de duda sobre la validez de los actos inscritos, arguyendo que la admisión al Registro de actos carentes de firmeza atenta contra la misma naturaleza de la calificación, según se desprende del artículo 19 de la Ley Hipotecaria.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirma la calificación registral y exhorta a los Notarios a que, para evitar futuras complicaciones y litigios, adviertan la actuación de los representantes sociales fuera del objeto social.

El Notario recurrente apela el auto presidencial y censurándole al Tribunal su desviación respecto de las alegaciones formuladas afirma que lo que ciertamente interesa es determinar las facultades representativas de los administradores, recogidas en la vigente Ley de Sociedades Anónimas, con

independencia de que la normativa a aplicar sea la directiva, en virtud de su efecto directo, o la norma nacional, interpretada de conformidad con la comunitaria.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos el artículo 9 de la Primera Directiva de la Comunidad Económica Europa, de 9 de marzo de 1968; 129 de la Ley de Sociedades Anónimas; Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1984 y 24 de noviembre de 1989, y Resoluciones de este Centro Directivo de 1 de julio de 1976, 2 de octubre de 1981, 31 de marzo de 1986, 12 de mayo de 1989 y 11 de noviembre de 1991.

1. En el presente recurso se debate exclusivamente sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, otorgada en representación de la sociedad prestataria e hipotecante por el administrador único con cargo vigente e inscrito en el Registro Mercantil, lo cual queda debidamente acreditado en el título calificado.

El Registrador suspende la inscripción por no acreditarse las facultades del representante de la entidad prestataria para tomar dinero a préstamo.

2. Si se tiene en cuenta: *a)* que por determinación legal el ámbito de representación del administrador de una sociedad anónima se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social (*vid.* art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas); *b)* que como ya declarara esta Dirección General (*vid.* Resolución de 11 de noviembre de 1991) es muy difícil apreciar *a priori* si un determinado acto queda incluido o no en ese ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad (toda vez que la conexión entre aquél y el objeto social tiene en algún aspecto matices subjetivos —sólo conocidos por el administrador—, participa en muchas ocasiones del factor riesgo implícito en los negocios mercantiles y suele precisar del conveniente sigilo para no hacer ineficaces, por públicas, determinadas decisiones empresariales que pretenden por medios indirectos resultados negociables propios del objeto social), hasta el punto que ni siquiera puede hacerse recaer en el tercero la carga de interpretar la conexión entre el acto que va a realizar y el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante; *c)* que es doctrina consagrada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de este Centro Directivo (*vid.* Sentencias de 14 de mayo de 1984 y 24 de noviembre de 1989, y Resoluciones de 1 de julio de 1976, 2 de octubre de 1981, 31 de marzo de 1986 y 12 de mayo de 1989) la de inclusión en el ámbito del poder de representación de los administradores, no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto social, sea en forma directa o indirecta,

y los complementos o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente no los actos ajenos al objeto mismo, sino los claramente contrarios a él, esto es, los contradictorios o denegatorios del mismo; d) que en el acto ahora cuestionado —tomar dinero a préstamo con garantía hipotecaria— no concurre ninguna circunstancia que permita apreciar su inequívoca contradicción con el objeto social, sino que, por el contrario, se trata de una de esas actuaciones que la doctrina ha dado en calificar de neutras o polivalentes; deberá concluirse en la procedencia de la inscripción cuestionada, todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador la responsabilidad procedente si su actuación estuviese desconectada del objeto social o, incluso, la anulación si concurriesen los requisitos necesarios (art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el auto apelado.

Se comprueba tras una lectura de los hechos y los fundamentos de Derecho cómo la solución a la que llega la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) responde a la línea doctrinal seguida por este órgano directivo en sus últimos pronunciamientos respecto de la interpretación que debe hacerse del artículo 129 LSA. Sin embargo, la resolución que a continuación me propongo comentar resulta especialmente interesante ya que el supuesto no se agota en las cuestiones tradicionalmente conflictivas que el precepto de la Ley de Anónimas plantean, sino que en él confluyen también cuestiones de Derecho comunitario como consecuencia de la invocación por parte del Notario recurrente de la eficacia jurídica de la Directiva comunitaria inspiradora. Por ello, para un correcto análisis de los distintos problemas resulta útil dividir el estudio en dos partes, tratando en primer lugar la incidencia de la Directiva comunitaria en los distintos ordenamientos nacionales, así como la posible invocación de las mismas ante el Registro como presupuesto para el posterior análisis del alcance que el artículo 129 LSA tiene en nuestro Derecho.

III. APLICABILIDAD DIRECTA Y EFICACIA JURÍDICA DE LAS DIRECTIVAS CEE

La primera de las cuestiones suscitada al hilo de la resolución que resulta de obligado tratamiento es, sin duda, la de dar una respuesta adecuada a los problemas que la incidencia de la Directiva comunitaria plantea en los distintos ordenamientos nacionales. El tema, si bien ya largamente

estudiado por la doctrina (1), sigue constituyendo una brecha abierta en el Derecho comunitario debido no sólo a la falta de previsión legislativa en la materia, sino también y fundamentalmente a la ambigüedad con que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo se ha ocupado de él en algunos de sus pronunciamientos. La cuestión ha sido puesta de relieve en la resolución comentada a través de la invocación de la normativa comunitaria que el Notario recurrente hace. Ante ésta, el Registrador alega al redactar su escrito de calificación la no invocabilidad de tal disposición debido a que este tipo de normas carecen de la aplicabilidad directa concedida a otras disposiciones. No cabe dudar de la certeza de tal afirmación, pero, sin embargo, el tema resulta mucho más interesante, fruto de las dificultades que la negación de la aplicabilidad directa de las Directivas ha propiciado. Además, el tratamiento de todas las cuestiones relativas a los efectos que las Directivas despliegan en los ordenamientos nacionales pone de relieve una segunda cuestión a analizar: la posibilidad de invocabilidad de una Directiva ante un Registrador.

A) EFICACIA DE LAS DIRECTIVAS CEE EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

Partiendo del significado de la aplicabilidad directa como aquella característica inherente a una serie de disposiciones comunitarias en virtud de la cual dichas normas se convierten en generadoras de derechos y obligaciones para todos los sujetos actuantes en el tráfico jurídico comunitario, resulta claro que las Directivas quedan excluidas de tal consideración al configurarse como simples mandatos dúctiles dirigidos a los Estados miembros en búsqueda de objetivos de armonización determinados (2). Sin embargo, y como consecuencia de las dificultades que tal negación conlleva, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) ha ido creando toda una doctrina en torno a la eficacia jurídica de las Directivas, en un intento de eludir el concepto «aplicabilidad directa», a partir de la articulación de los principios comunitarios y encargándose de poner de

(1) Vid., entre otros, MILLÁN MORO, L., «La eficacia de las Directivas: evolución reciente», *RJE*, 1991, págs. 845 y sigs.; GARCÍA CRUCES, J. A., «Consideraciones en torno a la jurisprudencia del TJCE en materia de sociedades», *RDM*, 1991, págs. 731 y sigs.; MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno», en AA.VV., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* (dir.: RODRÍGUEZ IGLESIAS Y LIÑÁN NOGUERAS), Cívitas, Madrid, 1993, págs. 66 y sigs.

(2) Para un completo análisis de aplicabilidad directa de las fuentes del Derecho comunitario y del papel que dentro de ellas ocupan las Directivas, vid., entre otros, SANTAOLALLA GADEA, F., «La aplicabilidad del Derecho comunitario en España», en AA.VV., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* (dirs.: GARCÍA DE ENTERRÍA y otros), Cívitas, Madrid, 1986, págs. 385 y sigs.

relieve la dilución práctica que en el ámbito comunitario se ha producido entre las normas que pudiésemos llamar de aplicabilidad directa o «self executing» y las que no gozan de tal carácter.

Como ha sido puesto claramente de manifiesto de forma reiterada por el Tribunal, el punto de partida en lo relativo a los efectos que las Directivas despliegan en los distintos derechos nacionales lo constituye el carácter obligatorio del que este tipo de disposiciones gozan (3). La razón de tal obligatoriedad hunde sus raíces en la salvaguarda de los principios fundamentales en el Derecho comunitario (4). Permitir que un Estado pueda escapar al cumplimiento de las obligaciones asumidas no sólo implica un atentado grave contra los principios comunitarios, sino que también conlleva consecuencias muy negativas para los particulares.

La dotación del carácter obligatorio a estas disposiciones comunitarias resultaba, sin embargo, insuficiente. El hecho de que se convirtiese a la Directiva en auténtico motor del Derecho comunitario al propiciarse la utilización de este tipo de normas como instrumento de regulación de los más diversos sectores en el Mercado Común, unido a la lentitud e incluso en ciertos casos de reticencias por parte de los Estados miembros (5) a recibir normas en sus ordenamientos internos provenientes de Europa, provocó que en múltiples ocasiones quedasen sin tutelar los intereses de muchos ciudadanos europeos por el incumplimiento de sus respectivos Estados (6). La solución, en cualquier caso, ha venido de la mano del TJCE, que consciente de las discriminaciones a que la inadaptación del derecho interno

(3) Como ha puesto de relieve la profesora MANGAS MARTÍN, el artículo 189.3 del TCEE impone a los Estados miembros respecto de las Directivas una obligación en cuanto al resultado que deban alcanzar, cuya exoneración resultaría incompatible con el carácter imperativo de la norma. Vid. MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones...», en *El Derecho comunitario...*, cit., pág. 68.

(4) Estos principios de aplicación uniforme, de no discriminación o el de cooperación son los recogidos por los artículos 5 y 6 del Tratado de la CE. Respecto a la importancia del principio de cooperación, basta recordar algún pronunciamiento del TJCE en la que el órgano jurisdiccional afirma: «La solidante, qui est à la base de ces obligations comme de l'ensemble du système communautaire conformément à l'engagement stipulé par l'article 5 du traité». Vid. STJCE de 16 de diciembre de 1976, *Rewe v. Zentralfinanz* as. 33/76, Rea 1989, pág. 1989; 10 de diciembre de 1969, *Commission v. France*, as. 11/69, Rea 1969, pág. 523.

(5) Tras una lectura de los repertorios jurisprudenciales se observa que la mayoría de los pronunciamientos anuales del TJCE se refieren a inobservancias por parte de los Estados miembros respecto de la obligación de trasposición de las Directivas que sobre ellos pesan.

(6) Para un detallado estudio de las anomalías que tal inaplicación conlleva vid. MANIN MANIN, «L'invocabilité des directives: Quelques interrogations», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990, pág. 676, y CURTIN, «Directives: The effectiveness of Judicial protection of Individual Rights», en *Common Market Law Review*, 1990, págs. 710-712.

al comunitario pudiera producir, ha elaborado, como ya quedó expuesto, una de las más brillantes y controvertidas doctrinas en el marco del Derecho comunitario: la de la eficacia jurídica de las Directivas en el ordenamiento interno.

Sin embargo, las manifestaciones que esta doctrina ha tenido en la práctica pueden considerarse desiguales, discriminándose en función de las características de la Directiva a aplicar y los sujetos receptores de la misma. Por ello, pueden distinguirse tres categorías de incidencias —establecidas jurisprudencialmente— que la Directiva comunitaria no transpuesta puede producir en los distintos derechos nacionales.

1. *El efecto directo de las Directivas*

Como ya afirmara la profesora MANGAS (7), el fundamento del efecto directo de este tipo de normas comunitarias debemos enraizarlo en dos principios fundamentales recogidos en los Tratados y que inspiran el ordenamiento comunitario: el de aplicación uniforme y el de no discriminación. Junto a ellos, el TJCE ha añadido, a través de la interpretación del artículo 5 del Tratado de la CEE, el de cooperación o de lealtad para con los compromisos adquiridos (GEMEINSTREUE).

Han sido muchas las sentencias que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha dictado en torno al tema, configurando en cada una de ellas los contornos de un principio que no termina de aparecer claro debido a la dificultad que supone regular todas las situaciones y tutelar los distintos intereses con la simple base jurisprudencial.

La cuestión de la eficacia directa arranca de antiguo. Como punto de partida podemos señalar las sentencias que resolvieron los asuntos Grad, SACE, Schlüter o Van Duyn (8), en las que se establecen las bases de la eficacia directa al afirmar que ningún Estado puede oponer a sus particulares su propio incumplimiento. Sin embargo, ha de ser en las sentencias Ratti y Becker (9) en las cuales el TJCE perfile los rasgos característicos de la eficacia directa de las Directivas. En ambas se ponen de relieve los requisitos para la invocabilidad de la eficacia directa de los preceptos de

(7) Vid. MANGAS MARTÍN, A., *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 70 y sigs.

(8) SSTJCE de 6 de octubre de 1970, Grad, as. 9/70, Rec. 1970; 17 de diciembre de 1970, SACE, as. 33/70, Rec. 1970, pág. 1223; 24 de octubre de 1973, Schlüter, as. 9/73, Rec. 1973, pág. 1158; 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, as. 41/74, Rec. 1974, págs. 1337 y sigs.

(9) SSTJCE de 5 de abril de 1979, Ratti, as. 148/78, Rec. 1979, pág. 1629; 19 de enero de 1982, Becker, as. 8/81, Rec. 1982-1, pág. 53.

una Directiva, partiendo, como condición necesaria, del hecho de que haya transcurrido el plazo concedido al Estado para la transposición sin que ésta se haya llevado a cabo (10). Sin embargo, éste no es el único de los supuestos que la jurisprudencia comunitaria ha tomado en consideración para que pueda ser aplicada directamente una Directiva; también son susceptibles de aplicación directa de la norma comunitaria aquellas situaciones en las que realizada por el Estado la adaptación del derecho nacional a los preceptos de las Directivas, ésta resulta insuficiente o es claramente deficiente. Como complemento del elenco de condicionantes que ha de reunir una Directiva para su aplicación directa se exigen otras dos notas esenciales: que su contenido sea suficientemente *preciso* e *incondicional* (11) como para no dejar margen de duda sobre lo que con tales preceptos se pretende regular. Qué es lo que debemos entender por contenido preciso e incondicional de la norma ha ido perfilándose conforme lo ha hecho la doctrina del efecto directo. Así, podremos afirmar que una Directiva presenta un carácter claro y preciso cuando las obligaciones en ella recogida sean concretas, desprovistas de ambigüedades, mientras que podrá predicarse de ella su incondicionalidad cuando no deje márgenes de apreciación discrecional a las autoridades públicas o a las instituciones comunitarias (12).

Resulta fácilmente aplicable que la doctrina del efecto directo trata de salvar las dificultades prácticas planteadas en los distintos derechos nacionales como consecuencia de la inactividad de los Estados a la hora de adaptar las Directivas comunitarias. El TJCE aseguraba así el amparo que ofrecían las Directivas comunitarias al particular que acudía ante una autoridad pública invocando la norma no transpuesta: Sin embargo, con ella se intentaba dar respuesta a objetivos muy concretos, tales como evitar, en interés de los ciudadanos de la Comunidad, que el Estado pudiera con su incumplimiento poner freno a la introducción en los ordenamientos nacionales de los postulados comunitarios, pero a la vez se dejaban sin solventar otras muchas cuestiones de gran interés que han tenido que recibir respuesta a través de la labor jurisprudencial.

(10) Sentencia Becker (ya citada). Recientemente la Sentencia 3-3-94, Vaneetveld/Le Foyer as.C-316/93 en la que el Tribunal recuerda que los particulares sólo pueden invocar una Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales (entiéndase Estado) cuando haya vencido el plazo fijado para adaptar la norma interna al Derecho comunitario.

(11) La exigencia de precisión e incondicionalidad es predicada también de los Reglamentos, poniéndose de manifiesto el acercamiento que en la práctica se da entre las normas comunitarias con aplicabilidad directa y las que no la tienen.

(12) Vid. MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones...», en *El Derecho comunitario...*, pág. 62.

2. La interpretación conforme a la luz y a la letra de la Directiva CEE

Con el establecimiento de los presupuestos básicos exigidos para que una Directiva comunitaria pueda desplegar sus efectos directos, se pone de manifiesto el criterio delimitador para la determinación de las situaciones en las que la Directiva comunitaria tendrá aplicación directa y de aquellas en las que no. Entre ellas el supuesto más claro lo constituyen las relaciones horizontales (13). El argumento para negar la eficacia directa en las relaciones *inter-privatos* ha sido puesto de manifiesto por el TJCE en numerosas sentencias (14). El fundamento de tal negación parte del hecho de que la Directiva no actúa «self executing». Siendo una obligación dirigida a los Estados, destinatarios de las mismas, quedan por lo tanto los particulares al margen de tal normativa. En pro de este criterio se invocan principios de seguridad jurídica, y como refuerzo se sostiene que el reconocimiento del efecto directo en las relaciones horizontales equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de crear obligaciones en los particulares por medio del instrumento normativo de las Directivas, cuando en realidad el Tratado sólo lo permite a través de los Reglamentos (15).

Dicha argumentación se expuso de forma principal a raíz de la sentencia *Marshall*. En ella se arguye que la invocabilidad de la Directiva frente al Estado constituye una suerte de sanción contra este por su incumplimiento, fruto de la obligación (*ex art. 189 del Tratado*), pero en modo alguno puede ser admitida la invocabilidad entre los particulares ya que ello equivaldría a conceder unos efectos inmediatos a las Directivas de los que les privó el derecho originario.

Sin embargo, no sólo los supuestos en los que se dan relaciones horizontales quedan excluidos de la aplicación directa de las Directivas, sino que a ellos se unen todas aquellas situaciones en las que la norma comunitaria no goza de un contenido preciso e incondicional. La razón de tal

(13) Pese a la conveniencia de incluir este tipo de relaciones entre las susceptibles de aplicación directa de la Directiva defendida por un sector doctrinal, el TJCE ha sido reticente a la hora de admitirlo basándose en razones de dudosa aceptación. *Vid.* MILLÁN MORO, L., «La eficacia...», *RIE*, pág. 1991; en el mismo sentido recientemente, el Abogado general en el as. 91/92 Faccini Dori (ya citada), Rec. 1994-7, págs. 3325 y sigs., ha defendido la conveniencia de reconocer efecto directo a las Directivas también en las relaciones horizontales.

(14) Partiendo de la jurisprudencia *Marshall*, destaca en la materia el reciente fallo del TJCE de 14 de julio de 1994, asunto Faccini Dori, en el que el órgano jurisdiccional se ratifica en los argumentos expuestos en *Marshall* y niega la aplicabilidad directa a este tipo de disposiciones.

(15) *Vid.* aps. 20-24 de la STJCE de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (ya citada).

exclusión resulta lógica: ante la posibilidad de variantes interpretativas la Directiva no puede ser aplicada directamente (16).

Por todo lo expuesto resulta claro que esta doctrina se presenta como insuficiente. Existen en la práctica múltiples situaciones en que las Directivas comunitarias no pueden desplegar sus efectos directos, bien por faltarles el carácter preciso e incondicional o por tratarse de relaciones entre particulares en las que los intereses de los particulares quedan desprotegidos (17). Así pues, y en un intento de aportar un instrumento interpretativo idóneo para satisfacer los intereses privados, el TJCE ha ido perfilando la doctrina de la «Richtlinienkonforme Auslegung», que si bien suscita múltiples interrogantes resulta satisfactoria ante determinadas relaciones jurídicas (18). La evolución jurisprudencial sobre la materia parte del asunto *Mazzalai* (19), al que siguieron toda una serie de pronunciamientos, hasta que el TJCE perfiló la doctrina en las sentencias *Val Colson* y *Harz* (20). En ellas, en un ejercicio de interpretación coherente con los principios inspiradores del Derecho comunitario, se establece, con independencia de que la relación sea vertical (21) u horizontal, la obligación de los Jueces nacionales de interpretar el ordenamiento jurídico interno «a la luz de la letra y de la finalidad de la norma comunitaria».

(16) Un claro ejemplo lo constituye la STJCE que resolvió el asunto *Van Colson* (ya citada), en la que pese a darse la relación vertical la norma comunitaria carecía del carácter preciso e incondicional, con lo que hubo de acudir a otros criterios interpretativos. A mi juicio, el criterio de la claridad y precisión resulta el más óptimo para discriminar los supuestos en los que cabe que la norma comunitaria tenga efecto directo y en los que no se admite tal posibilidad, ya que se evitarían las discriminaciones entre sujetos consiguiendo de forma más equitativa resultados prácticos idénticos. En este sentido, *vid.* GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «Derecho comunitario y Derecho del consumo», *RDM*, 1989, págs. 327 y sigs.

(17) La profesora L. MILLÁN MORO lleva a cabo un interesante estudio sobre los efectos discriminatorios de la aplicación exclusiva de los efectos directos a las relaciones verticales y a las soluciones interpretativas aportadas por la jurisprudencia comunitaria. *Vid.* «La eficacia...», *RIE*, 1991, pág. 854, y bibliografía allí citada.

(18) Como ya quedó expuesto, y parte de la doctrina defiende, en los supuestos en que la norma comunitaria fuese precisa e incondicional parece que la interpretación, pese a que en ocasiones llegue a soluciones coincidentes, no es la más apropiada para las relaciones horizontales. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que la Directiva adolezca de una falta de claridad o precisión resulta plenamente satisfactoria debido a la consecución del llamado «efecto útil» de la Directiva.

(19) STJCE de 20 de mayo de 1976, *Mazzalai*, Rec. 1976, págs. 657 y sigs.

(20) SSTJCE de 10 de abril de 1984, *Van Colson* y *Kaman*, as. 14/83, Rec. 1984, pág. 1891, y 10 de abril de 1984, *Harz*, as. 79/83, Rec. 1984, pág. 1921.

(21) Respecto de las relaciones verticales y en coherencia con lo anteriormente expuesto parece claro que solamente cabrá tal interpretación en el caso de que la norma comunitaria no pueda producir efectos directos, puesto que en tal supuesto la solución sería la de no aplicar el Derecho nacional y sí el comunitario. *Vid.* MILLÁN MORO, L., «La eficacia...», *RIE*, 1991, pág. 864.

No obstante, mayor interés que la enunciación de la evolución jurisprudencial sobre la materia puede tener el fundamento jurídico de tal criterio interpretativo. Como ya ha quedado expuesto, el TJCE al introducir el criterio de la «Richtlinienkonforme Auslegung» intenta cubrir todas aquellas situaciones que ante la imposibilidad de aplicar la doctrina del «efecto directo» pudieran resultar discriminadas. Sin embargo, la fundamentación no debe ser buscada solamente en razones de justicia entre los particulares (22), sino que, yendo más allá, ha de fundarse en la primacía del Derecho comunitario sobre el interno. La razón de tal argumentación podemos verla en fallos jurisprudenciales de tanta relevancia como el que resolvió el asunto *Marleasing* (23). En él dos litigantes particulares acudían a la jurisdicción española invocando uno la normativa interna y otro la Directiva no incorporada al Derecho español, con posibilidad de efecto directo. La importancia de este fallo en la evolución de la jurisprudencia comunitaria ha llevado a la doctrina a hacer las más diversas interpretaciones (24). La trascendencia de la sentencia es que en ella se trata la eficacia de las Directivas no incorporadas, precisas e incondicionales —susceptibles, pues, de efecto directo— en una relación puramente horizontal (25). En este supuesto se pone de relieve, a mi juicio, que el verdadero fundamento jurídico de la interpretación de la Directiva a la luz de la letra y de la finalidad de la norma comunitaria ha de verse en la primacía del Derecho comunitario y el intento de su aplicación uniforme más que en cualquier sanción contra el Estado incumplidor. La normativa comunitaria en su búsqueda de una aplicación uniforme traspasa la barrera que supone el incumplimiento por parte del Estado, impregnando con su eficacia las relaciones entre particulares.

Sin embargo, lo que no convence es la forma en que el Derecho comunitario ha buscado la aplicación de los principios comunitarios en estos casos. Si bien el criterio de interpretación adoptado por el TJCE

(22) Aunque la no discriminación entre particulares haya sido una de las razones que han motivado al TJCE a establecer el criterio interpretativo enunciado, no es la única razón para ello, ya que tal objetivo lo hubiese alcanzado más eficazmente a través de la concesión del efecto directo a las Directivas en las relaciones horizontales.

(23) STJCE de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, as. C-106/89, Rec. 1990, pág. 4135.

(24) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La eficacia jurídica del derecho comunitario de sociedades no desarrollado en la legislación interna», *ADC*, 1992, pág. 371, y bibliografía allí citada.

(25) El carácter de horizontalidad de la relación ha sido recientemente discutido por algún sector doctrinal que sostiene que las relaciones que subyacen entre las partes litigantes en este supuesto presentan tan sólo una apariencia de horizontalidad (Estado-particular), ya que el que declara o no la nulidad es el Estado, y éste no puede imponer obligaciones al particular derivadas de su incumplimiento. Vid. MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones...», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* (dirs.: RODRÍGUEZ IGLESIAS y LIÑÁN NOGUERAS), Civitas, Madrid, 1993, pág. 85.

debemos considerarlo coherente y respetuoso con lo establecido en el artículo 189, continúa resultando en la práctica ciertamente injusto al seguir manteniendo dos categorías de normas en función de sus destinatarios. Admitir la posibilidad de que solamente los particulares que se relacionan con la Administración puedan invocar el efecto directo de la Directiva provoca discriminaciones, que se ven notablemente agudizadas como consecuencia de la extensa participación del Estado en el tráfico jurídico privado (consumo, relaciones laborales, etc.). Pese a que en múltiples ocasiones las soluciones aportadas por uno u otro procedimiento sean similares, no se comprende la gratuita discriminación entre particulares al no poder invocar unos frente al sector privado lo que otros pueden hacer frente al Estado. Por ello la solución a la que llega la jurisprudencia en este punto es, a mi juicio, censurable y fuente de multiplicidad de problemas. Lo ideal, como ya ha señalado la profesora MILLÁN MORO (26), sería haber abandonado los actuales sistemas de clasificación de las relaciones —horizontales o verticales— para adoptar un criterio de común aplicación a ambas relaciones siempre que la Directiva fuera susceptible de producir efecto directo. Con ello no sólo se solventarían muchas de las dificultades planteadas, sino que se conseguiría que las relaciones entre los particulares no se viesan abandonadas —como sucede actualmente— a la suerte de una interpretación jurisprudencial que resulta problemática (27) y no resuelve los problemas que la negación del efecto directo pretendía subsanar (28).

(26) Vid. «La eficacia...», *RÍE*, 1991, pág. 866. Es a su vez interesante señalar, pese que no fuese adoptada tal postura por el TJCE, las reclamaciones del Abogado general en el asunto Faccini Dori (ya citado), Sr. Lenz, en ellas expone: «Considero en definitiva que la eficacia horizontal de las Directivas quede excluida respecto al pasado por razones de seguridad jurídica. Para el futuro, sin embargo, dicha eficacia me parece necesaria, dentro de los límites indicados, en aras de una aplicación uniforme y eficaz del Derecho comunitario. Las cargas que de ello se derivan impuestas a los particulares me parecen aceptables puesto que no superan a las que hubieran debido soportar en caso de comportamiento conforme al Derecho comunitario del Estado miembro. En definitiva, el riesgo procesal lo soporta la parte que invoca la disposición incondicional y suficientemente precisa que figura en una Directiva». Pto. 13, Rec. 1994, pág. 3345.

(27) Ya han sido puestos de relieve por la doctrina los problemas prácticos que una interpretación jurisprudencial puede provocar, ya que conforme a los sistemas jurisdiccionales imperantes en Europa puede generarse una gran diversidad de aplicación, no sólo entre los distintos Estados miembros, sino que incluso entre los mismos tribunales nacionales, que pueden llegar a interpretaciones contradictorias. Vid. MILLÁN MORO, L., «La eficacia...», *RÍE*, 1991, pág. 866.

(28) Ciertamente, la solución vigente no soluciona los problemas planteados ya que los particulares pueden no sólo verse igualmente perjudicados por los efectos de la no transposición de una Directiva, sino que a esto se añade la inseguridad jurídica que tal interpretación conlleva. Y en el mejor de los casos, aunque estemos ante supuestos dogmáticamente diferentes las consecuencias prácticas serían idénticas en uno y otro supuesto. Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *ADC*, 1992, pág. 371; MILLÁN MORO, «La eficacia...», *RÍE*, 1991, pág. 867.

Por ello, como conclusión, parece que lo más acertado hubiese sido, y más acorde con el criterio lógico seguido por el propio TJCE en algunos de sus fallos (29), admitir el efecto directo de las Directivas tanto en las relaciones horizontales como verticales siempre que cumplieran con los requisitos exigidos para ello y reservar el criterio interpretativo conforme a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva (*Richtlinienkonforme Auslegung*) para los supuestos en los que tal efecto directo no fuese posible.

3. *El principio de autonomía institucional*

Uno de los problemas que la jurisprudencia comunitaria ha dejado sin resolver y objeto de amplio debate doctrinal (30) es el que se ha puesto de manifiesto como consecuencia de la aplicación del criterio de interpretación del derecho conforme a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva. El supuesto, por otra parte muy frecuente, es el que se le puede plantear al intérprete cuando la norma nacional es contraria a la comunitaria. La dificultad consiste, pues, en determinar si la distribución de competencias entre los poderes de un Estado al no permitir a los Jueces interpretaciones del derecho interno *contra legem* puede restringir el alcance de los principios comunitarios, o si, por el contrario, éstos resultan compatibles con las estructuras constitucionales internas (31).

El Derecho comunitario no ha hecho formulación alguna al respecto, y si bien, por un lado, postula los principios de primacía y de aplicación uniforme

(29) Aunque objeto de un tratamiento posterior, resulta interesante señalar el criterio llevado a cabo por la jurisprudencia comunitaria para determinar las consecuencias jurídicas de una Directiva comunitaria no traspuesta o adaptada incorrectamente. En las sentencias que resuelven los asuntos Francovich (19 noviembre 1991, as. acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. 1991, pág. 5357), Wagner Miret (16 diciembre 1993, as. 334/92, Rec. 1993) y Faccini Dori (14 julio 1994, as. 91/92, Rec. 1994-7, pág. 3325) el TJCE lleva a cabo una enumeración de las consecuencias jurídicas anudadas a una Directiva y a la relación a regular, partiendo de las más deseadas (efecto directo) hasta las simplemente compensatorias (responsabilidad de los Estados). Por ello, no resulta lógico que ante situaciones en las que pudiera concederse efecto directo se conforme el TJCE con otorgarle una solución que pudiera ser considerada de «segunda clase».

(30) Vid. GARCÍA-CRUCES, J. A., «Consideraciones...», *RDM*, 1991, pág. 790, y MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones...», en *El Derecho comunitario...*, pág. 81. Recientemente se ha ocupado del tema el profesor VICENT CHULIÁ, *RGD*, diciembre 1994, pág. 11920, y «La sociedad anónima en el Derecho comunitario europeo», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 98.

(31) La mayoría de los autores que han defendido la autonomía institucional para evitar interpretaciones jurisprudenciales *contra legem* niegan la existencia de la colisión entre los principios comunitarios y los internos. El respeto al marco de las competencias de los Jueces nacionales no implica una contradicción con el reconocimiento de la primacía del Derecho comunitario. Vid. GARCÍA CRUCES, J. A., en «La eficacia...», *ADC*, 1992, págs. 374-375.

(arts. 5 y 189 del TCEE), también aparece respetuoso con el sistema competencial establecido en cada legislación interna (32). La doctrina que se ha ocupado del tema tampoco llega a soluciones uniformes, y así mientras unos interpretan la jurisprudencia comunitaria entendiendo que la Ley nacional constituye un límite a la hermenéutica del Juez (33), otro sector afirma que la incorporación de un Estado a la Comunidad conlleva el acatamiento de unos principios inamovibles que suponen la ampliación de las competencias de los jueces nacionales, un *plus* que le impone desoír el Derecho interno como medio más idóneo para conseguir el «efecto útil» de la Directiva y, como consecuencia de ello, los objetivos comunitarios propuestos (34).

El problema, de difícil solución, tiene enorme trascendencia en función de la respuesta que para el mismo adoptemos. Decantarnos por los principios comunitarios ya expuestos supone una alteración de las estructuras constitucionales de los derechos internos, mientras que admitir la primacía de estos principios constitucionales frente a los comunitarios podría implicar un freno a la aplicación uniforme recogida en el artículo 5 TCEE.

Circunscribiéndonos a nuestro Derecho, hay que señalar que en virtud de lo establecido en los preceptos constitucionales (35) el poder jurisdiccional de nuestros Jueces y Tribunales se limita al ejercicio de interpretación de la voluntad abstracta del legislador, concretándola en el supuesto planteado. El Juez está, pues, sometido a la Ley, pudiendo interpretarla pero no modificarla (36). Conforme a nuestras estructuras constitucionales, propias de un estado de Derecho, se intentan evitar las arbitrariedades sometiendo al Juez a la legalidad y reduciendo al máximo su discrecionalidad (37). Así

(32) En este sentido la sentencia dada en el asunto *Marleasing* (sentencia ya citada) se afirma que el Tribunal está obligado a *hacer todo lo posible* a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva.

(33) En este sentido GARCÍA CRUCES, J. A., «Consideraciones...» El autor, tomando como punto de referencia el artículo 1.6 del Código Civil, niega a los Jueces competencias para hacer interpretaciones *contra legem*, pág. 785.

(34) La profesora MANGAS MARTÍN basándose en el principio de primacía lo considera un límite a la autonomía institucional y procedimental. En palabras de la autora, «el derecho nacional no debe afectar al alcance ni a la eficacia del Derecho comunitario». Vid. «Relaciones...», pág. 81.

(35) Vid. artículo 117 CE'78. Vid. Ruiz VADILLO, E., «Comentarios al artículo 117 de la Constitución», en *Comentarios a las leyes políticas* (dir.: O. ALZAGA VILLAAMIL), tomo IX, Erdesa, 1987, págs. 311 y sigs.

(36) A diferencia de lo que sucede en los ordenamientos de corte anglosajón en los que se admite la creación judicial del Derecho, los sistemas del continente optan por Jueces que, con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico, aplican las leyes al caso concreto. Vid. «Comentario al artículo 117 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución* (dir.: GARRIDO FALLA), 2.^a ed., Civitas, 1985, pág. 1629.

(37) Si bien nadie niega en nuestro Derecho a los Jueces facultades creadoras, éstas han de ser entendidas con un valor limitado y sometidas siempre a la Ley, siendo más bien una función integradora que de creación. Vid. Díez-PICAZO, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1977, pág. 132.

pues, en consonancia con estas ideas parece claro que permitir que los Jueces puedan hacer interpretaciones contrarias al Derecho nacional supone una negación de los principios constitucionales que inspiran nuestro ordenamiento que no parecen admisibles (38).

Si bien es cierto que el Derecho comunitario ha supuesto para los distintos ordenamientos nacionales importantes alteraciones, no resulta admisible aceptar que la incorporación de los distintos Estados a la Comunidad haya implicado una modificación de las estructuras constitucionales internas. El propio TJCE parece recoger esta idea al incorporar a sus fallos expresiones tales como la de «en el marco de sus competencias» (39), en las que se deja entrever la voluntad comunitaria de no afectar a la distribución competencial nacional (40).

Por todo ello, más que una posible colisión entre principios comunitarios e internos se puede hablar de integración, puesto que en pro de la seguridad jurídica se establece un sistema que armoniza ambos principios. Así, cuando la norma comunitaria, en virtud de su naturaleza, sea de apli-

(38) En este sentido es interesante señalar la STC 341/1993, de 18 de noviembre de 1993, en la que recogiendo jurisprudencia anterior afirma que «la vía interpretativa no puede servir para hacer decir a un texto lo que vendría bien que dijese, pero prescindiendo de lo que realmente dice».

(39) STJC de 17 de octubre de 1989, Dansk Arbejdsgiverforening, as. 109/88, Rec. 89, pág. 3199, donde se expone: «dans toute la mesure ou une marge d'appréciation lui est accordée par son Droit national». Recientemente, como ya ha puesto de manifiesto el profesor E. COBREROS MENDAZONA, en su obra *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, pág. 65, «se advierte en la sentencia Wagner Miret (ya citada) un escrupuloso respeto por la autonomía institucional de cada ordenamiento y un cierto "self restraint" sobre las facultades interpretativas directamente afectantes del Derecho nacional».

(40) Recientemente se ha defendido que el «marco de las competencias» de los órganos jurisdiccionales se ha visto notablemente ampliado como consecuencia de la incorporación de España a la Comunidad Europea. Los Jueces nacionales pueden en el marco de sus competencias, aunque la Ley nacional se lo prohíba, verse obligados a ordenar la suspensión cautelar de una Ley (S. 19 junio 1990, Factortame, C-239/89, pág. 2466) o no aplicar su derecho interno si existe una Directiva comunitaria que sea directamente aplicable (supuestos de eficacia directa ya analizados). *Vid.* en este sentido MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones...», pág. 81. A mi juicio, no obstante la atribución de estas nuevas competencias, responden a necesidades muy concretas. Como ya expusimos anteriormente, la introducción de la doctrina del efecto directo en el Derecho comunitario pretende evitar las trabas que el incumplimiento por parte de los Estados miembros supone, mientras que la suspensión cautelar es consecuencia directa de la introducción de una nueva instancia procesal. Otro importante ejemplo del respeto del TJCE por la autonomía institucional lo encontramos en la Sentencia fechada el 16 de diciembre de 1993, as. 334/92, Wagner Miret, en la que, como ha expuesto la doctrina, constituye el reflejo del escrupuloso respeto por la autonomía institucional de cada ordenamiento y un cierto «self restraint» sobre las facultades interpretativas directamente afectantes del Derecho nacional. *Vid.* COBREROS MENDAZONA, E., *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, pág. 65.

cación directa no se tendrán en cuenta preceptos nacionales, mientras que si la norma comunitaria no goza de tal carácter el ordenamiento jurídico interno conservará plena vigencia. Siempre, claro está, con independencia de la interpretación que de él hagamos y sin perjuicio de las posibles responsabilidades del Estado.

4. *Responsabilidad del Estado miembro por incumplimiento en la ejecución de las directivas*

Esta tercera manifestación de la eficacia jurídica de las directivas es la que el TJCE introdujo en el derecho comunitario, a raíz de la sentencia FRANCOVICH (41). Este fallo, de enormes repercusiones en los derechos internos, supone un hito en la evolución de la doctrina de la eficacia de las directivas ya que implica culminar el sistema de protección de los ciudadanos comunitarios al consolidarse como mecanismo de compensación a una serie de situaciones discriminatorias, que se pueden producir como consecuencia del incumplimiento por parte de un Estado Miembro de sus obligaciones a la hora de adaptar el derecho interno a la directiva (42).

El sistema de responsabilidad predispuesto por el TJCE parte del presupuesto de que no habiendo sido el derecho interno adoptado al contenido de la Directiva comunitaria, los particulares no puedan verse afectados por los efectos de la misma debido a que la falta de algún presupuesto necesario imposibilite la aplicación directa de la normativa comunitaria o bien no sea posible la adopción de un criterio hermenéutico acorde con la misma (43). Si bien éste es el presupuesto base no es el único, ya que junto a él el TJCE ha establecido toda una serie de requisitos *sine qua non* (44) para que pueda hablarse de responsabilidad estatal.

(41) STJCE de 19 de noviembre de 1991, Francovich (ya citada).

(42) La doctrina, con anterioridad a la sentencia Francovich, ya había postulado por la adopción en el seno del Derecho comunitario de un sistema de responsabilidad de los Estados por el incumplimiento a la hora de adaptar las Directivas comunitarias. Vid. SCHERMERS, *Judicial protection in the European Communities*, Leiden, 1987, pág. 137, o PRECHAL, «Remedies after Marshall», *Common Market Law Review*, 1990, págs. 456 y sigs.

(43) El criterio lógico seguido por el TJCE para determinar la responsabilidad del Estado miembro ha sido seguido en los tres pronunciamientos que sobre la materia ha hecho el Tribunal de Luxemburgo (SSTJCE Francovich, Wagner Miret y, por último, Faccini Dori, ya citadas), buscando en primer término los efectos directos de la Directiva y, ante la falta de éstos, aplicar criterios hermenéuticos. Como última solución, y la menos deseada, sería la de la responsabilidad. Vid. para este tema COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento...*, pág. 46.

(44) Tres son los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para que una vez desechados la aplicación de los otros dos criterios, efecto directo e interpreta-

Sin embargo, con independencia de los requisitos exigidos para posibilitar la reclamación de la indemnización de los daños sufridos por los particulares, resulta interesante señalar que este sistema de compensación ha de ser tratado con extrema cautela en un intento de no permitir una generalización que pudiera llevarnos a consecuencias no deseadas. La responsabilidad del Estado puede ser entendida como un instrumento de sanción, pero en ningún momento propicia el objeto perseguido por la Comunidad, ya que en última instancia la Directiva permanece inaplicada. Por ello, y pese a las bondades del sistema, hemos de circunscribirlo a supuestos realmente marginales en los que la norma comunitaria resulte inaplicable, bien directamente o a través de la interpretación, como consecuencia de trabas materiales, jurídicas o técnicas no subsanables.

A todas estas dificultades se unen las derivadas de los propios sistemas nacionales al regular las vías con las que los administrados cuentan a la hora de ejercitar las acciones contra la Administración incumplidora. Dichas vías, abandonadas a la regulación de cada Derecho nacional (45), resultan muchas veces inexistentes y otras claramente ineficaces (46).

Por todo ello, a la luz de las ideas expuestas y ante las dificultades planteadas por esta tercera vía, podemos concluir reafirmandonos en la necesidad de un reforzamiento de la eficacia, vía aplicación directa o bien a través de la interpretación, de las Directivas lo más amplia posible en detrimento de la acción de responsabilidad, intentando con ello dar una respuesta lo más adecuada posible a los postulados comunitarios.

B) LA INVOCABILIDAD DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA ANTE EL REGISTRO

Analizadas las distintas clases de incidencias que la Directiva comunitaria puede desplegar en los ordenamientos jurídicos nacionales, interesa centrar nuestro estudio en el problema de la posible invocabilidad de la eficacia directa de las Directivas ante el Registro. La cuestión ha sido puesta de relieve en la resolución comentada debido a la invocación de que la Directiva reclama el Notario recurrente ante el Registrador. Si bien es cierto que en el caso planteado la correcta adaptación del derecho interno

ción conforme a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva: 1.º Que el resultado pretendido por la Directiva comporte la atribución de derechos a favor de los particulares. 2.º Contenido de los derechos fácilmente identificables basándose en las disposiciones de la Directiva. 3.º Existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento del Estado miembro y el daño sufrido por los particulares afectados.

(45) Es de señalar, no obstante, que dicho abandono es fruto de las alegaciones formuladas por los distintos Estados intervinientes. Vid. COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento...*, pág. 46.

(46) Vid. MILLÁN MORO, «Eficacia...», *RÍE*, 1991, pág. 872.

a la norma comunitaria excluye la posibilidad de que ésta sea directamente aplicada (47), ello no es óbice para que la Directiva comunitaria pueda ser invocada con fines interpretativos del derecho interno ante el Registrador.

Como ya quedó expuesto, para que pueda hablarse de efecto directo es indispensable que nos encontremos ante una relación de las llamadas «verticales». Los sujetos de tal relación han de ser necesariamente Estado y particular, por lo que la cuestión se centra en última instancia en determinar si el Registrador puede ser considerado parte integrante de la noción de Estado. El problema parte del hecho de que en el ordenamiento comunitario, a la vez que se introdujo la doctrina de efecto directo posibilitando a los particulares la invocación de determinadas Directivas comunitarias frente a las autoridades nacionales, no se llevó a cabo una concreción de la noción de Estado como sujeto pasivo de tal invocación. Por ello, ante las dificultades prácticas que tal carencia conllevaba, el TJCE ha ido configurando una noción amplia de Estado que intenta dar cobertura al mayor número posible de relaciones con los particulares (48).

El punto de partida de la evolución jurisprudencial sobre la materia puede situarse en la sentencia Von Colson (49), completada por otros fallos como la sentencia Marshall (50), en la que ampliando aún más el concepto lo extiende a todos los supuestos en los que el Estado actúa en la vida económica, con independencia de que lo haga en "virtud del *iure imperii* o *iure gestionis* (51). Afirma el TJCE en su fallo que los particulares «... pueden invocar una Directiva contra el Estado cualquiera que sea la calidad en que éste actúe», concluyendo en coherencia con el carácter obligatorio de las Directivas en que «... el Estado no puede sacar ventajas de haber ignorado el derecho comunitario». Junto a estas sentencias interesa destacar dos

(47) Como ya quedó expuesto en líneas anteriores, para que la Directiva comunitaria pudiese tener efecto directo se exigía la concurrencia de una serie de requisitos que en el supuesto concreto no se dan. Hecha correctamente, si bien no sin imprecisiones terminológicas, la adaptación del derecho interno al artículo 9 de la Directiva comunitaria a través del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas no parece admisible la invocación de los preceptos comunitarios.

(48) Como afirma la profesora MANGAS MARTÍN, «el Tribunal va ampliando como una mancha de aceite la noción de Estado...» «El Derecho comunitario europeo...», en *La aplicación judicial...* (dir.: RODRÍGUEZ IGLESIAS), pág. 72; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «Consideraciones...», en *RDM*, 1991, y «La eficacia...», *ADC*, 1992, pág. 356.

(49) STJCE de 10 de abril de 1984 (ya citada), fund. 26.

(50) STJCE de 26 de febrero de 1986 (ya citada), fund. 49.

(51) Resulta interesante hacer mención, siquiera brevemente, a la consideración a la empresa pública. La doctrina en este punto señala el criterio de control efectivo frente al de titularidad. El supuesto de hecho se despega del estrecho margen que implicaría sólo considerar empresas públicas a aquellas con participación accionarial pública, para encuadrar en el tipo a todas aquellas que por distintas causas son objeto de control efectivo público (subvenciones, créditos preferentes, etc.). *Vid.* en este sentido GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «Consideraciones...», *RDM*, 1991, pág. 772.

fallos del Tribunal en los que el órgano jurisdiccional comunitario viene a poner fin a la confusión hasta entonces imperante. En los asuntos Costanzo y Johnston (52) se afirma que la invocación de los efectos directos puede ser realizada ante cualquier autoridad nacional —sin necesidad de que se trate de un órgano jurisdiccional—, poniéndose de relieve la intención del TJCE de extender lo más que sea posible los límites del concepto.

Resuelta la voluntad comunitaria a través de la evolución jurisprudencial, interesa ahora analizar la concreta relación existente entre los particulares y el Registro. La figura del Registrador español ha sido en nuestro Derecho tradicionalmente objeto de amplio debate doctrinal a la hora de determinar su concreta posición respecto de la Administración (53). Sin embargo, desde el principio se ha reconocido su carácter de funcionarios públicos, si bien manteniendo ciertas peculiaridades (54). Refuerzo de esta tesis es la naturaleza de función pública que los Registros analizan. Aunque la inscripción, en principio, responde a finalidades jurídico-privadas, tales como asegurar certeza y publicidad a las relaciones entre los particulares, no puede ser ignorada su vertiente pública al constituir un instrumento idóneo para la prevención de conflictos *inter prívalos*, persiguiendo la seguridad jurídica en el tráfico económico, a la vez que asegura al Estado un control efectivo de las actuaciones de los particulares. Además, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina (55), la actuación de los Registradores no se agota en la inscripción, sino que en el desarrollo de la función pública que tienen encomendada han de calificar los actos inscribibles. Como afirma el profesor LACRUZ, «la calificación es el acto de

(52) SSTJCE de 22 de junio de 1989, Costanzo, as. 103/88, Rec. 1989-6, pág. 1839, y 15 de mayo de 1986, Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, as. 222/84, Rec. 1986-5-6, pág. 1651; Comune de Carpaneto, as. C-4/89, Rec. 1990, pág. 1869. En consonancia con la confusión expuesta el Ayuntamiento milanés, en el asunto Costanzo, rechazó la reclamación de los particulares al estimar que solamente correspondía a los órganos jurisdiccionales reconocer los efectos directos de la norma comunitaria e inaplicar la interna. El TJCE afirmó, sin embargo, que la Directiva se invoca ante los Jueces «porque las obligaciones derivadas de sus disposiciones se imponen a todas las autoridades nacionales de los Estados miembros». En el segundo de los fallos expuestos estimó el TJCE que el concepto de autoridad debía ser lo más amplio posible, incluyendo entre ellas también a aquellas encargadas del mantenimiento del orden y de la seguridad pública (Policía).

(53) El profesor LACRUZ nos ofrece un detenido análisis de los principales problemas jurídicos que la determinación de la posición jurídica del Registrador plantea. Vid. *RCDI*, 1979, págs. 75 y sigs. En él se recogen las principales posiciones doctrinales existentes, sobre todo entre los administrativistas, en torno a la adscripción del Registrador al funcionariado.

(54) En este sentido destaca la STS de 16 de febrero de 1967 (Ar. 1338), que niega la contradicción existente entre el carácter de los Registradores como funcionarios públicos y el hecho de que no se les aplique la Ley de funcionarios del Estado.

(55) Vid. AVILA NAVARRO, *RCDI*, 1991, núm. 606, pág. 1918.

examinar los diversos aspectos del instrumento supuestamente inscribible sometidos al juicio del Registrador para decidir si el acto o contrato contenido en él puede tener acceso a los libros o bien si se debe denegar la práctica del asiento» (56). El Registrador realiza, pues, una función previa a la inscripción de aplicación del derecho a través de la concreción de la Ley al supuesto concreto (57).

Vista la posición jurídica que en nuestro Derecho asume el Registrador y la labor que en el ejercicio de sus funciones desarrolla, podemos afirmar que, en lo que a nuestro ordenamiento jurídico respecta, estos funcionarios han de ser considerados parte integrante de la ampliada por el TJCE noción de Estado. La función pública que los Registradores desempeñan, con independencia de su naturaleza jurisdiccional, administrativa o mixta (58), constituye sin duda una competencia del Estado y como tal ha de ser tratada. Por ello, nada se opone a que ante la invocación por parte de los particulares ante el Registro de una Directiva comunitaria que cumpliera los requisitos exigidos para gozar de efecto directo, el Registrador en el ejercicio de su función desoiga la norma interna aplicando el contenido de la disposición comunitaria. Como ya expusimos al referirnos a la sentencia Costanzo, «las obligaciones derivadas de las disposiciones de la Directiva se imponen a todas las autoridades nacionales de los Estados miembros».

Sin embargo, los efectos de la normativa comunitaria no deben agotarse en la simple posibilidad otorgada a los particulares para que invoquen la Directiva comunitaria ante las autoridades nacionales, sino que ante la falta de invocación pesa sobre los órganos estatales la obligación de aplicar de oficio el contenido de la Directiva. El tema, que si bien en coherencia con los distintos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la eficacia directa de las Directivas no debería plantear problema, ha sido cuestionado a raíz de la sentencia Verholen (59), en la que, entre otras cuestiones, se dirimía la existencia o no de la obligación del Juez nacional de dejar inaplicado el Derecho nacional cuando existiese una Directiva comunitaria susceptible de

(56) *Vid.* LACRUZ, «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», *RCDI*, pág. 127.

(57) Como ha expuesto el profesor LACRUZ en el artículo ya mencionado, «Dictamen...», pág. 130, la calificación registral en el Derecho español es amplísima en relación con otros ordenamientos.

(58) La doctrina se ha encontrado dividida en punto a la determinación de la naturaleza jurídica de la función desarrollada por los Registradores. *Vid.* LACRUZ, «Dictamen...», págs. 75 y sigs. La DGRN ha venido defendiendo desde antiguo una concepción de la calificación registral como un acto de jurisdicción voluntaria; véanse al respecto las Resoluciones de 12 de junio de 1925, 13 de septiembre de 1926, 7 de octubre de 1929 y 14 de octubre de 1932; y más recientemente las de 2 de junio de 1986 (Ar. 3844) y 6 de junio de 1991 (Ar. 4650).

(59) STJCE de 11 de julio de 1991, Verholen, as. C-87/90, Rec. 1991-7, pág. 3757.

producir efectos directos y que no hubiese sido invocada por los particulares. Sorprende del fallo que, apartándose de su doctrina, el TJCE establezca *solamente* la posibilidad de que el Juez, si así lo considera oportuno, aplique de oficio la norma comunitaria. Textualmente el fallo recoge que «el derecho comunitario *no impide* que un órgano jurisprudencial nacional examine de oficio la compatibilidad de un régimen legal nacional con las disposiciones precisas e incondicionales de una Directiva cuyo plazo de aplicación ha vencido ya, si el justiciable no invoca dicha Directiva ante el órgano jurisdiccional mencionado».

Una interpretación literal del mismo pudiera llevarnos a la conclusión errónea de que el TJCE quisiera abandonar a la voluntad del Juez la aplicación o no de la norma comunitaria. Sin embargo, la mala redacción del fallo no puede ser motivo de confusión. Como afirma la profesora MANGAS MARTÍN (60), de esta sentencia no parece que se exima a los Jueces de la obligación de aplicar de oficio las disposiciones de las Directivas con efecto directo, ya que, más en la línea con los principios comunitarios tradicionales, declara posteriormente el TJCE que «se prohíbe que una vez finalizado el plazo de adaptación previsto en su artículo 8 los Estados miembros mantengan en vigor una legislación nacional anterior». La solución adoptada, pues, ha de ser la de aplicar de oficio las disposiciones comunitarias susceptibles de ello teniendo en cuenta que esta aplicación no ha de quedar reducida al campo de los Jueces, sino que se extiende a todos los órganos del Estado, entre los que figuran, como ya ha quedado expuesto, los Registradores.

Interesa determinar, por último, en relación a la figura del Registrador las consecuencias jurídicas de la Directiva carente de efecto directo. Ante tal supuesto se plantea la cuestión de si sobre el Registrador pesa la obligación de interpretar, al igual que haría un Juez, la norma nacional conforme a los dos objetivos comunitarios o si, por el contrario, puede desoír éstos. Como ha afirmado algún sector doctrinal (61), la interpretación del Derecho nacional ha de considerarse como un mandato o criterio general, consecuencia de la primacía del Derecho comunitario, al que no puede escapar el Juez. Admitiendo tal postura el Registrador español, cuya actividad no se reduce a una simple operación mecánica, no podrá eximirse tampoco de tal obligación ya que con la función registral se realiza una verdadera labor interpretativa al considerar las circunstancias concretas que se plantean y dar una calificación jurídica lo más acorde posible con ellas.

(60) Vid. «Relaciones...», en *El Derecho comunitario...* (dir.: RODRÍGUEZ IGLESIAS), pág. 75.

(61) Vid. MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones...», en *El Derecho comunitario...*, pág. 82.

Por ello, resulta claro que ante la imposibilidad de aplicar directamente la norma comunitaria el Registrador habrá de interpretar el Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, abriendo en el caso de que esto no sea posible la vía a los particulares para exigir responsabilidades al Estado.

IV. ALCANCE DEL ARTICULO 129 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

A) CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La segunda de las cuestiones suscitadas en este comentario se centra en dar una respuesta a los problemas interpretativos que plantea el precepto nacional que adapta la Directiva comunitaria en materia de representación de las sociedades anónimas. La resolución comentada confirma en este punto la interpretación que en torno a la competencia del órgano administrativo viene haciendo en sus últimas resoluciones (62) la DGRN, dejando no obstante cuestiones sin resolver que resulta interesante abordar. Estas dificultades encuentran su origen en los problemas de adaptación que los esquemas clásicos de representación orgánica han sufrido como consecuencia de la acogida en nuestro ordenamiento jurídico de los imperativos comunitarios.

Con la introducción de tales postulados se da prioridad —sobre la regulación estatutaria puramente interna— a la protección de la apariencia frente a terceros de buena fe en un intento de evitar perturbaciones al libre tráfico. Los administradores de la sociedad se presentan facultados para comprometer a la misma en todo tipo de actos, con independencia de que sean o no competentes para ello (problema que por su parte se solventará a nivel interno a través de la pertinente acción de responsabilidad).

Se pone así de relieve cómo el mencionado artículo 129 tiene importantes repercusiones no sólo en punto a determinar la validez o invalidez en su caso de los distintos actos realizados por los administradores, sino también en cuanto a concretar cuándo y frente a quiénes aflora la distribución competencial puramente estatutaria. Con ello se pone por su parte de manifiesto tanto la amplitud de las facultades representativas de los administradores, como la desprotección que en determinados supuestos —frente a terceros de buena fe— puede suponer la ineficacia externa de las cláusulas

(62) Vid. MALO CONCEPCIÓN, J. V., «De nuevo sobre el objeto social y las facultades de los administradores: un comentario a las Resoluciones de 1 de septiembre y 8 de junio de 1992», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, septiembre 1993, págs. 235 y sígs.

estatutarias. Por ello, para un correcto análisis de las cuestiones planteadas debiéramos partir, antes de entrar en el estudio de la concreta validez de los actos del órgano de administración, de una determinación de los postulados que respecto al resto de las cuestiones el precepto establece en un intento de acotar la posición jurídica de los administradores y las consecuencias que a tal posición se anudan.

B) EL PODER DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Concebida la sociedad anónima como un sujeto de tráfico, resulta evidente que como tal necesita relacionarse con terceros para la consecución de los objetivos perseguidos. Para ello las legislaciones nacionales han articulado, en función de razones de política jurídica, distintas formas de actuación externa de los entes sociales que intentasen dar satisfacción a los intereses en juego. En el Derecho español las dificultades planteadas parten del hecho de que nuestro país tradicionalmente se ha encuadrado entre el conjunto de ordenamientos jurídicos que concibiendo la representación bajo el prisma del mandato han dejado al arbitrio de los asociados la determinación del poder de representación de la sociedad (63). Sin embargo, la introducción de los postulados comunitarios en el ordenamiento jurídico interno ha propiciado un cambio de los planteamientos tradicionales. En pro de las necesidades de tutela del tercero se establece un campo de actuación inmodificable estatutariamente, deslindado de las competencias otorgadas a los administradores. No obstante, la solución adoptada no ha escapado al debate doctrinal (64), por lo que resulta de interés en este punto dar unas pautas orientadoras que nos sirvan de base para el esclarecimiento de ulteriores cuestiones (65).

(63) El profesor ESTEBAN VELÁSICO recoge una visión de conjunto de la situación en que se encontraban las distintas legislaciones en materia de representación de las sociedades antes de la entrada en vigor de la Directiva comunitaria. Vid. «La representación de la sociedad frente a terceros», en *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea* (dhv. GIRÓN TENA), Madrid, 1978, págs. 275 y sigs.

(64) El apego existente aún en nuestro Derecho a la teoría de la representación en materia societaria ha provocado que, en ocasiones, se traslade lo que debieran ser consecuencias internas a las relaciones externas de la sociedad. En la práctica tal confusión ha sido muy frecuente tras la adaptación del derecho interno a las Directivas comunitarias, puesta de manifiesto por la propia DGRN en alguno de sus pronunciamientos. Vid. RDGRN de 10 de septiembre de 1991 (Ar. 6233): «Se considera que la calificación del Registrador puede provenir de confundir entre actividades de la sociedad u objeto social y actos concretos de la misma».

(65) Es evidente que una correcta delimitación de la esfera de actuación externa de la sociedad resulta indispensable para el tratamiento posterior de los distintos actos realizados por los administradores en el desempeño de su cargo.

Con la expresión «facultades de representación» se ha intentado nominar incorrectamente el ámbito de actuación de los administradores en la sociedad anónima en su vertiente externa. No obstante, no podemos por menos que calificar la expresión de desafortunada, ya que pese a la introducción en nuestro sistema jurídico de la teoría orgánica no se ha conseguido un total abandono de las ideas que sobre la actuación externa de la sociedad estuvieron vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley de 1951. Si bien el recurso a la representación encuentra su justificación en la peculiar naturaleza técnica del tipo social, ello no da lugar a concebir a la actividad exterior de las sociedades como una simple representación. El órgano administrativo, como parte integrante de la sociedad a la que le es atribuida la representación, actúa en el tráfico imputando directamente a la sociedad los resultados de su actuación sin que quepa ningún tipo de intersubjetividad (66). La sociedad actúa y lo hace por sí misma, sin mediar, al menos en un ejercicio de ficción jurídica, terceros representantes. Por ello, tal vez hubiera resultado más acorde con la naturaleza societaria abandonar la denostada categoría de la representación para hablar con más propiedad de «órganos de actuación» (67).

Sea como fuere, y dejando a un margen cuestiones terminológicas de trascendencia menor, lo relevante en este punto es determinar que la solución adoptada por el legislador español con la reforma es la de establecer un ámbito de actuación externa o poder de representación lo más amplio posible (art. 129.2). Con ello, sin duda, lo que se intenta tutelar son los intereses de los terceros que se relacionan con la sociedad, puesto que restringir el poder de representación de la misma equivaldría a concebir a un sujeto del tráfico limitado en su actuación. Las necesidades económicas

(66) El argumento expuesto no es más que la consecuencia del reconocimiento de capacidad a la sociedad. La posición del órgano de administración escapa a la representación para constituir un núcleo normativo mucho más complejo que ésta. Como afirma el profesor GIRÓN, «si toda la relación externa se construye como un problema de poder, tendríamos un sujeto que no podría actuar por sí solo ni aparecer vinculado directamente, ya que sólo se relacionaría con apoderados legales». Ver *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, págs. 301 y sigs.

(67) Los administradores de la sociedad anónima entendidos como las personas que ejercitan la «capacidad de obrar» de la persona jurídica se incardinan en la estructura de ésta manifestando su voluntad. A diferencia de lo que sucede con el simple representante, estamos frente a una única voluntad. No obstante, el fenómeno no resulta tan simple ya que la relación frente a terceros resulta muy similar al fenómeno representativo (vid. Díez-PICAZO, *La representación en Derecho privado*, Madrid, 1992, pág. 70), con lo que se pone de relieve la complejidad del tema. Vid., entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores», en *Comentarios a la Ley de Sociedad Anónimas* (dir.: F. SÁNCHEZ CALERO), EDESA, Madrid, 1993, pág. 117; POLO, E., «LOS administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dirs.: R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA), Civitas, Madrid, 1992, págs. 48 y sigs.

y del tráfico hacen, sin duda, insostenible tal situación y por ello nuestro legislador se ha decantado por un sistema en el que, con independencia de la existencia de posibles responsabilidades el órgano de administración tenga la facultad de representar a la sociedad en todo tipo de actos, incluidos o no en la regulación estatutaria. El poder de representación tiene pues, siguiendo esquemas germánicos (68), un contenido ilimitado e ilimitable establecido por Ley o inmodificable por la voluntad de los socios. Las posibles consecuencias jurídicas anudada a las operaciones de los administradores en nada obstaculizan el marco de actuación externa de la sociedad.

Sin embargo, la concepción de unas facultades representativas de los administradores tan amplias, concebidas como garantía de la seguridad en el tráfico de la sociedad con el tercero, pueden resultar en ocasiones peligrosas para la protección de los intereses sociales. Por ello, y como contrapeso a estas facultades se intenta articular en las sociedades anónimas un sistema interno de distribución competencial que permita controlar o incluso invalidar en determinados supuestos la actividad externa de los administradores. Aunque en dos planos distintos, las facultades representativas de la sociedad ejercidas por los administradores y las competencias internas de éstos confluyen, suponiendo en ocasiones las segundas un límite a las primeras.

C) ADMINISTRACIÓN SOCIAL Y ACTUACIÓN EXTERNA DE LA SOCIEDAD

1. *Aproximación al problema de la distribución competencial entre los órganos sociales*

Nuestro ordenamiento jurídico, como ya ha quedado expuesto, no recogía, al igual que en otras legislaciones (69), una completa distribución legal de las competencias de los órganos sociales (70), adscribiéndose así a la

(68) Como ya quedó expuesto, la solución dada en los distintos ordenamientos a todas estas cuestiones parte de la política jurídica seguida en cada ordenamiento en función de los intereses a tutelar. Así, en Alemania es de destacar la adscripción a la teoría de la ilimitabilidad del poder de representación del «Vorstand» desde la introducción del primer Código General de Comercio. Para un detallado análisis del mismo vid. ESTEBAN VELASCO, «La representación...», en *Estudios...* (dir.: GIRÓN), pág. 276.

(69) En Alemania, debido a la protección del tráfico característica de tal ordenamiento, ha existido siempre una previsión legislativa de las competencias del «Vorstand» exigiendo la intervención de otro órgano social para la validez de determinados actos. Algo similar ocurre en Francia tras la reforma llevada a cabo en 1969 respecto de los poderes de los «directoires». Vid. ESTEBAN VELASCO, «La representación...», págs. 276 y sigs.

(70) Es de señalar, no obstante, el intento llevado a cabo por la reciente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de establecer una esfera competencial para la Junta General a través de un sistema de lista (art. 44). Vid. ESTEBAN VELASCO, G.,

tradición de aquellos países de nuestro entorno jurídico en los que la configuración, respetando unos mínimos límites legales, se realiza a través de los Estatutos (71). A éstos los administradores —en un intento de tutelar los intereses de la sociedad— quedaban obligados, salpicando la relación con los terceros a través de la publicidad registral. Sin embargo, resulta claro que el planteamiento tras la entrada en juego de los principios comunitarios (72) es insuficiente. En la regulación vigente, la configuración interna por vía estatutaria de las competencias es puramente interna y frente al tercero de buena fe no surten ningún efecto. Se pone de relieve así que ante la carencia de una clara determinación legal de los límites competenciales de los órganos de la sociedad y la ineficacia frente a terceros de buena fe de las cláusulas estatutarias que suplan este vacío legal existen en nuestro ordenamiento una serie de competencias —en ocasiones trascendentes para la vida social— que pueden ejercitar los administradores, con independencia de que su titular «natural» debiera ser el órgano soberano de la sociedad (73). Por ello, la tutela de la seguridad del tráfico jurídico ha de encontrar en nuestro ordenamiento un límite, ya que de no hacerlo se dejaría a las sociedades en manos de los administradores, que en virtud de

«Estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Sociedades*, Aranzadi, 1994, número extraordinario, pág. 394. Sin embargo, la solución no convence ya que se limita a recoger en un precepto lo que ya era objeto de regulación dispersa. En este sentido destaca el estudio llevado a cabo por el profesor E. GALÁN CORONA; en él el autor pone de relieve lo superfluo del citado artículo al no haber introducido nada nuevo. Vid. «La Junta General», en *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Dyckinson, S.L., Madrid, 1994, pág. 502.

(71) Existe no obstante en el Derecho comparado una tendencia hacia una delimitación legal de las competencias de los órganos que, si bien no de forma exhaustiva, permite constatar la naturaleza de sus funciones, de la que, lamentablemente, nuestro Derecho no se ha hecho eco. Vid. AA.VV., «La Junta General de Accionistas», en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dirs.: R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA), tomo V, Civitas, Madrid, 1992, pág. 40.

(72) Artículo 9 de la Directiva CEE de 9 de marzo de 1968. Vid., entre otros, VAN OMMESLAGUE, P., «La Première Directive du conseil du 9 mars 1968 on matière de sociétés», *Cah. Dr. Rev.*, 1969; ESTEBAN VELASCO, «La representación...», págs. 300 y sigs.

(73) Puede darse incluso el supuesto de que tales competencias «residuales» (es decir, las que no son objeto de atribución legal ni a la Junta General ni al órgano de administración) se hayan conferido estatutariamente a la Junta. Sin embargo y aunque esto fuese así, la destrucción del principio de publicidad registral frente a terceros de buena fe puede llevar a situaciones tan poco deseadas como la que se produciría si los administradores, en virtud de sus amplias facultades representativas, contratasen con un tercero materias encuadrables en esas competencias residuales adjudicadas estatutariamente a la Junta. El acto sería válido y a la sociedad no le quedaría más remedio que ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores sin posibilidad de oponerse al cumplimiento de las obligaciones asumidas por su órgano, con el agravante de que, en ocasiones, estas competencias residuales pueden ser de enorme importancia para la sociedad.

las facultades representativas conferidas legalmente se encuentran autorizados para realizar determinados actos que pueden incluso poner en peligro la propia existencia de la sociedad (74), con independencia de que se encuentren o no comprendidos en el objeto social.

Ante las dificultades prácticas que tales supuestos plantean, nuestra Ley de Sociedades Anónimas debería haber regulado —a la vez que facultaba a los administradores para actuar extralimitándose de las competencias asignadas en los Estatutos— determinados supuestos que por la propia naturaleza del acto escapasen a las competencias de los mismos. Por ello se echa de menos en nuestro ordenamiento la existencia de una cláusula general delimitadora o de un elenco más completo de preceptos, como sucede en Alemania o Francia respecto del «Vorstand» o de la regulación de los «pouvoirs des dirigeants», que permitan un mayor control de los administradores de la sociedad en protección de los socios. Obliga, por lo tanto, la situación, una vez más, ante la falta de previsión legislativa (75), a buscar criterios hermenéuticos que nos aporten una solución acorde con nuestros principios jurídicos (76).

En busca de tales criterios y pese a que tradicionalmente la terminología ha sido criticada, resulta útil establecer una clasificación en función de la trascendencia de los actos que los administradores pueden llevar a cabo. Tal clasificación puede, sin duda, darnos una base, siquiera bajo criterios interpretativos, para establecer las pautas que nos permitan una completa distribución competencial entre los órganos sociales de la que adolece nuestro ordenamiento jurídico. Podemos, por lo tanto, distinguir entre una serie de actuaciones que no trascienden de la gestión ordinaria y aquellos otros actos

(74) A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en Alemania o Francia, los administradores de nuestras sociedades anónimas no se encuentran con preceptos del tipo del 291 AktG o el artículo 396 de la Ley de Sociedades Francesas, que excluyen del ámbito de la administración determinados actos de la denominada «alta gestión» para encuadrarlos en las competencias de la Junta General. Esto resulta muy peligroso, ya que en el seno de la anónima existen distintos intereses a proteger (*vid.* OLIVENCIA, M., «Tendencias actuales de la administración de la sociedad anónima», *RGD*, diciembre 1994, pág. 12834) a través de un apropiado sistema de poderes y contrapoderes.

(75) La propia naturaleza corporativa de la sociedad anónima implica la existencia de determinados preceptos que regulen las competencias de los órganos. Así, si bien de forma incompleta, nuestra Ley acude a la casuística para regular determinadas situaciones que escapando de la esfera competencial de los administradores exigen el concurso de la Junta General.

(76) Los autores italianos, ante un ordenamiento en el que, al igual que el nuestro, ha establecido un régimen que propugna la eficacia y consiguiente vinculación de la sociedad, por razón del contenido típico del poder de representación, con independencia de la competencia de gestión del órgano. Se han intentado buscar, a falta de regulación positiva, interpretaciones que coadyuven a solucionar la inseguridad funcional planteada. *Vid.* en este sentido MINERVINI, G. *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956, pág. 216.

que por su naturaleza o especial trascendencia tienen o pueden llegar a tener gran relevancia en la vida social. Son los que pudieran denominarse acto de alta gestión o gestión extraordinaria (77).

Ante la falta de un precepto *ad hoc* del que se pueda extraer los fundamentos que permitan defender una postura contraria al reconocimiento de facultades dentro de la llamada «alta gestión» (78) a los administradores, podemos fundamentar tal clasificación en el espíritu que parece reflejarse a lo largo del articulado de la Ley de Sociedades Anónimas. Como ya quedó expuesto, tras una breve lectura de los preceptos que la componen, puede apreciarse la existencia de una serie de facultades que por su naturaleza escapan a la competencia de la administración social y que la propia Ley consagra encomendando su aprobación a la Junta General (79). Parece claro que el encasillamiento entre las competencias del órgano soberano de la sociedad de la mayoría de los actos que supongan una modificación estructural puede resultar indicativo de la voluntad legislativa a la hora de interpretar otras situaciones no reguladas positivamente. Sin llegar a aplicaciones analógicas, resulta correcto, a mi parecer, considerar estos preceptos como la base interpretativa para excluir de la competencia de los administradores la realización de todos aquellos actos que por su trascendencia puedan afectar seriamente a la estructura social (80).

En refuerzo de lo expuesto y como un segundo criterio interpretativo que permita alejar de las competencias del órgano de administración la «alta gestión social», hay que poner de manifiesto las dificultades que plantea la propia naturaleza jurídica de la administración de las sociedades en punto

(77) Tal dicotomía no debe ser entendida en función de la cuantía económica de la operación, sino de la trascendencia que tal acto tenga para la vida social. En este sentido, FERRI, *Le società*, Torino, 1985, págs. 655 y sigs.

(78) Como ya ha señalado el profesor OLIVENCIA («Tendencias...», *RGD*, diciembre 1994) al referirse a las mal delimitadas competencias de la Junta, «la solución prudente: contrapesar los poderes de dirección y el poder de la Junta General, reduciendo considerablemente la competencia de ésta y excluyendo de tal competencia todos los asuntos propios de la gestión ordinaria social». Con ello parece que el autor se inclina a su vez por excluir de la competencia de los administradores todos aquellos actos que excedan de tal gestión ordinaria.

(79) Muchos de estos actos han sido ya regulados en la Ley (fusión, escisión, disolución, etc.), quedando no obstante otros (cesión de activos, por ejemplo) que ante la falta de un criterio general aplicable a la materia plantean numerosos problemas prácticos, ya que con independencia de las acciones contra los administradores con que cuenta la sociedad, ésta queda vinculada debiendo responder de unas obligaciones no deseadas.

(80) El profesor ESTEBAN VELASCO, en la misma línea, defiende como límite competencial a los administradores la determinación de la estructura y organización económica y jurídica de la sociedad. Vid. «La estructura orgánica de la sociedad», en *Revista de Sociedades*, Aranzadi, Madrid, 1994, número extraordinario, pág. 396.

a buscar soluciones conciliadoras entre ésta y la denominada actividad extraordinaria del ente. Al concebir la labor gestora de los administradores como la actuación tendente a la dirección de los negocios sociales que asegure el desenvolvimiento de la actividad social para la consecución de los fines propuestos, se deja patente que el órgano de administración debe tener claras limitaciones competenciales (81). La sociedad nace con un fin propuesto y unos medios para ello, siendo los administradores los que a través de una gestión de los mismos consigan los fines establecidos. El órgano administrativo ha de someter su gestión siempre al fin propuesto, no pudiendo, en líneas generales, desviarse del mismo (82). Por ello se opta por la aplicación de un criterio teleológico y si bien puede admitirse que los actos del órgano administrativo de la sociedad se desvíen del fin fijado, parece claro que dicho desvío ha de ser de tal moderación y marginalidad que no comprometa la preponderancia del fin social. Admitir la posibilidad de que el órgano de administración pueda llevar a cabo un acto que pudiera poner en peligro seriamente la estructura de la sociedad implica, con independencia de los resultados, un grave riesgo en lo que a la realización de los fines establecidos se refiere. Puede ser que en ocasiones responda a razones de política económica, pero el grave atentado o su potencialidad contra la estructura social que los mismos suponen, con el consiguiente riesgo para el logro de los objetivos de la sociedad, debe alejarlos de las competencias de los administradores, en un intento de no llevar a la sociedad a una desprotección total.

2. Competencias en materia de representación de los administradores

Determinado el criterio para delimitar las competencias de los administradores, no excluidas legalmente, interesa analizar ahora las competencias de los mismos en lo relativo a la representación social. Como ya quedó expuesto, como consecuencia de la personalidad jurídica del ente los administradores —en tanto que órgano de representación de la misma (ex art. 128 de la LSA)— se encuentran facultados para representar a la sociedad frente a terceros en todo tipo de actos, con independencia de su inclusión o no en el objeto social. Sin embargo, en nuestro Derecho esta facultad representativa global del órgano de administración no es

(81) En este sentido, RRDGRN de 22 de julio de 1991 (Ar. 5446) y 11 de marzo de 1992 (Ar. 2884).

(82) Como ya fue puesto de relieve por SUÁREZ LLANOS, siguiendo al autor italiano MINERVINI, «el objeto social (fin y medio a la vez respecto de la consecución del fin último) es la órbita funcional en que el administrador ve encerrada toda su actividad de administración», *RDM*, 1962, pág. 61.

óbice para que se limiten, bien legalmente o bien estatutariamente, las competencias representativas de los administradores. El precepto relevante en la materia objeto de análisis es, como ya quedó expuesto, el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas. En él, no sin dificultades interpretativas, se sigue la orientación dada por la Directiva CEE sobre la materia. Ha sido este un tema muy debatido en el Derecho comparado, sobre todo en aquellos ordenamientos de corte latino o anglosajón, debido fundamentalmente a las dificultades en conciliar el amplio margen que, fruto del peso de las viejas teorías sobre el mandato, se había dejado a la autonomía de la voluntad a la hora de configurar el ámbito competencial de los administradores y el marco legal de facultades representativas que como consecuencia de los postulados comunitarios se imponía.

El ensanchamiento de los mercados y la consiguiente agilización de las relaciones comerciales pusieron de manifiesto que toda limitación estatutaria establecida con el objeto de llevar a cabo la defensa a ultranza de los intereses de los socios suponía un obstáculo al libre desenvolvimiento de la sociedad en el tráfico jurídico, a la vez que una tremenda inseguridad para los terceros contratantes que no gozaban de plenas garantías a la hora de contratar a fin de saber si el acto entraba dentro de la esfera de actuación de los administradores o no, obligándoles a tomar excesivas medidas preventivas. Además, se ponía de manifiesto que lo que con tal política legislativa se pretendía tutelar se desvanecía, ya que en múltiples ocasiones los socios se veían perjudicados al no poder concluir negocios muy ventajosos para ellos debido a las trabas y dilaciones que conllevan los límites estatutarios a la representación.

Como ya dijimos, la Directiva comunitaria consciente de las dificultades planteadas se ha decantado —al margen de la posibilidad que ofrece a los distintos ordenamientos nacionales de conservar las diferencias técnicas en torno al significado del objeto— por una búsqueda como objetivo primordial de la protección eficaz de los terceros, proponiendo para ello la instauración de un ámbito típico e inderogable de las facultades de actuación de los administradores.

Nuestro Derecho, que ha hecho uso de la posibilidad de mantener el objeto social como límite (83), ha incorporado los postulados comunitarios a través de un precepto que ha sido objeto de duras críticas, llegando incluso algún sector de la doctrina a afirmar la existencia de una mala

(83) Como ya ha sido puesto de manifiesto por el profesor SÁNCHEZ CALERO, «el objeto social sigue siendo definitivo a la hora de delimitar el ámbito de poder de representación de los administradores». Vid. «Administradores», tomo IV de los *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO), Edersa, Madrid, 1993, pág. 144.

transposición de la Directiva comunitaria (84). Sin embargo, el origen de toda esta confusión parte de la mala redacción dada a la norma (85). El legislador apegado a su tradición jurídica habla en el párrafo primero de representación, circunscribiéndola al conjunto de actos comprendidos en el objeto social y delimitado en los Estatutos, para admitir en el punto segundo la atribución global del ejercicio de las facultades representativas de la sociedad a los administradores, con independencia de las limitaciones estatutarias. Como una interpretación literal del precepto nos llevaría a soluciones contradictorias, hemos de intentar buscar respuestas conformes con los intereses en juego y con el derecho comunitario inspirador. En esta línea, podemos decir que lo que el legislador español ha pretendido introduciendo el párrafo primero del mencionado artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas es limitar las competencias representativas de los administradores, por así decirlo, el «poder» conferido a los mismos para actuar en el tráfico frente a terceros (86). Por otra parte, en el párrafo segundo del precepto lo que se consagra es el marco legal de actuación externa de la sociedad, cuyo ejercicio corresponde a los administradores como consecuencia directa de las exigencias comunitarias. Aunque los administradores no sean competentes para actuar frente a terceros, en función de lo establecido en los Estatutos, se protege la seguridad en el tráfico a través de la apariencia. Son dos planos distintos —interno y externo— de la misma realidad social que confluyen o se contraponen en función del tipo de acto realizado.

Se comprueba, pues, cómo nuestro legislador a la vez que cumple con las exigencias comunitarias sigue, fiel a la tradición jurídica latina en la que se encuentra inmerso, apegado al objeto social. Pese a que, como ya ha señalado el profesor SÁNCHEZ CALERO (87), se ha producido un notable acercamiento al sistema germánico inspirador de la norma comunitaria,

(84) La deficiente redacción del precepto ha llevado a algún sector doctrinal a defender la existencia de contradicciones entre los dos párrafos del artículo. En este sentido, EMBID, «La validez de las obligaciones sociales», en *Reforma del Derecho español de sociedades* (dir.: A. ROJO), Madrid, 1987, pág. 61. Algún autor habla incluso de incumplimiento por parte del Estado español a la hora de regular la materia. Vid. ROLDAN RODRÍGUEZ, A., «El objeto social en las sociedades anónimas, los actos *ultra vires* y la calificación registral», *RCDI*, núm. 606, 1991, págs. 1887 y sigs.

(85) Puesta de manifiesto por autores como E. POLO, «LOS administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima», en *Comentario...* (dirs.: URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA), Civitas, 1992, pág. 174. En la misma línea, BELTRÁN, *RDBB*, 1988, pág. 356.

(86) Uno de los problemas que se pudieran plantear en relación a estas competencias representativas es el de si hemos de atender como imperativa la norma que las circunscribe al objeto social o si, por el contrario, se permite que los socios faculthen estatutariamente a sus administradores para realizar actos ajenos al objeto social.

(87) Vid. «Administradores», en *Comentarios...*, pág. 144.

nuestro Derecho ha optado por el mantenimiento del objeto social como límite a la actuación de los administradores, con las dificultades que esto conlleva. Con independencia de que la fórmula adoptada pueda resultar satisfactoria, tal vez hubiese sido más correcto que nuestra Ley abandonase esa referencia al objeto social para decantarse por un sistema como el alemán, sistema que, por otra parte, es, como ya señaló el profesor GARRIGUES (88), el que mejor protege los intereses del tráfico, ya que a la vez que consagra la seguridad jurídica de los terceros contratantes tutela los intereses de los socios frente a posibles abusos.

Dado que la solución adoptada no ha sido ésta y que nuestro Derecho se decanta por conservar —en determinados supuestos— el objeto social como límite externo a la actuación de los administradores, se pone de relieve la existencia de distintas categorías de actos en función de su vinculación con el objeto social (89). Por ello, resulta de utilidad, por ser uno de los puntos clave de la resolución comentada, hacer una clasificación de los distintos actos que los administradores pueden realizar determinando las consecuencias jurídicas que conforme a nuestro ordenamiento a estos actos se anudan (90).

2.1. Actos comprendidos en el objeto social

Como ya expuso el profesor ESTEBAN VELASCO, el objeto social en los países de tradición latina como el nuestro se erige en mención esencial, casi constitucional (art. 9 LSA). Tal vez por ello sea por lo que el legislador español —haciendo uso de la libertad establecida en la normativa comuni-

(88) GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, Madrid, 1976, pág. 445.

(89) Como ya ha puesto de relieve el profesor SÁNCHEZ CALERO, «el objeto social sigue siendo definitivo a la hora de delimitar el ámbito de poder de representación de los administradores». Vid. «Administradores», en *Comentarios...*, pág. 144. El objeto social en nuestro Derecho sigue conservando una extraordinaria importancia como criterio orientador en la adecuación de los administradores a la hora del cumplimiento de sus deberes, como de la eventual responsabilidad de los administradores.

(90) Esta clasificación, no obstante, ha sido criticada por algún sector doctrinal, que defiende la conveniencia de utilizar como mejor criterio de clasificación de los actos realizados por los administradores la instrumentalidad de los mismos respecto del objeto social. Vid. ROLDAN RODRÍGUEZ, en GARCÍA GARCÍA, J. M., *RCDI*, núm. 606, 1991, pág. 1901. Parece claro que este criterio, de origen italiano, puede ser muy útil a la hora de encuadrar un acto de los administradores dentro o fuera de la esfera de sus competencias, pero no por ello ha de sustituir a la clasificación tradicional entre actos incluidos y actos excluidos del objeto social, ya que ambos criterios clasificatorios operan en ámbitos diferentes. Vid. SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, «El objeto social...», págs. 239 y sigs.; P. AVILA NAVARRO, *RCDI*, núm. 599, 1990, págs. 107 y sigs.

taria— sigue considerándolo como límite al poder de representación de los administradores (91). Sin embargo, la solución no resulta tan convincente, ya que los argumentos que servían de base para su mantenimiento se han desvanecido como consecuencia de las necesidades económicas y jurídicas (92). Las funciones inicialmente asignadas al objeto social tanto de elemento de control de la actividad de los administradores como de garantía para los socios —al permitirles tener la máxima certeza de la actividad de la sociedad— han perdido con la nueva regulación la importancia que tenían. El moderno tráfico económico ha hecho necesario que se eliminen las trabas estatutarias a las facultades representativas de los administradores, debilitando en gran medida el poder de control que sobre las operaciones tenían los socios. Frente al tercero de buena fe, los actos realizados por los administradores —aún no deseados por los socios— obligan a la sociedad, quedándoles a los socios en el ámbito interno tan sólo la acción de responsabilidad (93) por los posibles daños causados. Por ello, ante la dilución de la importancia práctica del objeto social, quizás lo más oportuno hubiera sido, en conexión con la economía moderna, restarle trascendencia, con lo que se eliminarían muchas de las dificultades suscitadas con motivo de la clasificación de los actos en función de su inclusión o no en el objeto social.

(91) Ha sido muy discutida en la doctrina la cuestión de si el objeto social constituye un límite mínimo o máximo al poder de representación de los administradores. El problema se centra en si el artículo 129 establece un marco típico inderogable o si se admite una ampliación de las competencias del órgano administrativo en los Estatutos. La mayoría de la doctrina se ha inclinado por no admitir las cláusulas ilimitadas de atribución (que supondría adoptar estatutariamente una situación similar a la alemana no querida por la Ley). Las razones expuestas a la negación de tales cláusulas se basan en la inseguridad que éstas conllevan al posibilitar la indeterminación del objeto, a la vez que pueden suponer un cambio encubierto de objeto que pudiera perjudicar notablemente al socio al sustraerle el derecho de separación que le otorga el artículo 147 LSA. Sin embargo, la mayoría considera que nada impide admitir el otorgamiento de facultades para operaciones concretas. Esta parece ser también la posición de la DGRN, que en distintas resoluciones ha venido admitiendo tal posibilidad. En este sentido, RRDGRN de 24 de abril de 1980 (Ar. 1608) ó 10 de septiembre de 1991 (Ar. 6233). En nuestra doctrina, *vid.* respecto del tema ESTEBAN VELASCO, en AA.VV., *Reforma*, págs. 434 y sigs.; POLO, E., «LOS administradores...», en *Comentarios...*, tomo VI, págs. 175 y sigs., o recientemente SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores», en *Comentarios...*, pág. 156.

(92) Esto ha llevado a que algunos autores, como G. RIPERT O R. ROBLOT, hayan defendido la existencia de un verdadero «declin» de la noción de objeto social. *Traite de Droit Commercial*, tomo I, 13 ed., pág. 583.

(93) El recurso al objeto social como instrumento de control se ve notablemente debilitado, puesto que si el administrador realiza cualquier acto ajeno al objeto social, no deseado por los socios del que no se derive para ellos perjuicio, la sociedad quedará igualmente obligada. La única vía, y en ocasiones realmente insuficiente, con la que cuentan los socios es la acción de responsabilidad. *Vid.* E. POLO, «LOS administradores», en *Comentarios...* (dirs.: URÍA, MENENDEZ y OLIVENCIA), Civitas, 1992, págs. 279-313.

Una de estas dificultades planteadas con referencia al objeto social es la de delimitar *a priori* cuándo un acto está incluido en el objeto y cuándo no (94), máxime cuando el propio Reglamento del Registro Mercantil prohíbe la inclusión en los Estatutos de largas listas de actividades, en muchas ocasiones conexas entre sí o necesarias entre ellas (95). Pero es que además, y en refuerzo de esta complicación, hay que destacar que muchas veces razones de política social aconsejan tomar decisiones en un principio ajenas al objeto, revelando en última instancia una instrumentalidad respecto de éste muy beneficiosa para la sociedad. Son los denominados actos neutrales o polivalentes (96), cuya sumisión al régimen de los actos incluidos —en virtud de su instrumentalidad respecto de este— pone de relieve, una vez más, lo innecesario del apego al objeto de la sociedad. No es posible buscar criterios generales (97) que nos den la pauta orientadora para determinar cuándo un acto es conforme al objeto social o cuándo deba ser excluido, obligando el sistema a acudir a la casuística (98) cada vez que los administradores realizan un acto para la determinación de las posibles responsabilidades. Por ello, tal vez hubiera resultado más coherente con los objetivos perseguidos un abandono de la referencia del objeto frente a terceros, ya que la validez del acto no incluido no depende solamente de que éste se encuentre o no vinculado con el objeto social, sino que el criterio se traslada a la buena o mala fe del tercero (99).

La solución, a mi juicio, no convence, ya que ante los frecuentes casos de administradores insolventes la sociedad verá en múltiples ocasiones frustrados sus intentos de reparación.

(94) Dificultad puesta de relieve por la propia DGRN en su Resolución de 11 de marzo de 1992 (Ar. 2884), en la que el órgano directivo expone que «la conexión de un acto con el objeto social no es sencilla de determinar, en general y *a priori*, y escapan ordinariamente a la actividad calificadora de los Estatutos».

(95) Vid. artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil.

(96) Vid. en este sentido RRDGRN de 2 de octubre de 1981 (Ar. 4081) y 12 de mayo de 1989 (Ar. 4053).

(97) Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores», en *Comentarios...*, pág. 146.

(98) Dadas las dificultades de encontrar una solución con carácter general, la doctrina viene ofreciendo un criterio interpretativo basado en la existencia o no de una relación potencial de instrumentalidad entre acto y actividad como medio más adecuado para dar respuesta a la inclusión de un acto dentro de la esfera del objeto social. En este sentido, RRDGRN de 2 de octubre de 1981 (Ar. 4081) y 11 de febrero de 1983 (Ar. 1089). Vid. también ESTEBAN VELASCO, «La representación en la sociedad anónima», en AA.VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 437.

(99) Además, las funciones tradicionalmente asignadas al objeto social pudieran verse satisfechas igualmente sin necesidad del mantenimiento de este límite externo a través de un correcto sistema de control y responsabilidades.

2.2. Actos ajenos al objeto social

Puestos de relieve los principales problemas que los actos incluidos en el objeto social plantean, resultan de interés abordar ahora el no menos conflictivo tema de los denominados actos ajenos al objeto social. Tales actos, que en la resolución comentada no son objeto de un tratamiento claro por parte de la DGRN, han dejado abierta la posibilidad a múltiples interpretaciones. El órgano directivo, en sus fundamentos, admite la validez de los actos incluidos en el objeto social ampliándolo a los actos neutros o polivalentes, pero no hace referencia alguna a las consecuencias jurídicas de los actos que no presentan vinculación con el objeto. Este tipo de actos son, por su parte, los que más han enfrentado a la doctrina, puesto que la solución adoptada respecto de los mismos implica en última instancia la determinación de la posición jurídica que los distintos sectores doctrinales postulan de los administradores (100).

Al igual que sucede con relación a los actos incluidos en el objeto social, la primera de las dificultades que se plantean en torno al tema es la de determinar cuándo un acto puede ser considerado extraño (101). Sin embargo, la dificultad es mayor que en el supuesto de los actos incluidos, puesto que a pesar de aplicar para su determinación el criterio hermenéutico de la instrumentalidad respecto del objeto existen muchos supuestos que aunque aparentemente no tengan ningún vínculo con la actividad descrita en los estatutos sociales son fruto de una política comercial en última instancia muy beneficiosa para los objetos perseguidos (102). Resulta evidente, pues, la dificultad de encontrar soluciones satisfactorias a la primera de las cues-

(100) Determinar las consecuencias jurídicas anudadas a este tipo de actos implica dar solución a los problemas que las facultades representativas de los administradores plantean. Destacan fundamentalmente dos corrientes doctrinales, distinguiéndose entre los que no conceden plena autonomía para vincular a la sociedad en actos que claramente se extralimiten del objeto social (*vid.*, entre otros, AVILA NAVARRO, P., en *RCDI*, 1990, núm. 599, pág. 108; GARCÍA GARCÍA, *RCDI*, 1991, núm. 606, pág. 127; GIMÉNEZ DUART, *RJN*, julio-septiembre 1992, pág. 270) y aquellos otros que siguiendo una interpretación más acorde con el artículo 129.2 defienden la facultad de los administradores para vincular a la sociedad, con independencia de que el acto esté o no incluido en el objeto social. *Vid.* ESTEBAN VELASCO, «La representación...», en *Reforma...*, pág. 431; E. POLO, «Los administradores...», en *Comentarios...*; ROLDAN RODRÍGUEZ, *RCDI*, 1991, núm. 606, págs. 1887 y sigs., entre otros.

(101) Esta dificultad ha sido puesta ya de manifiesto por nuestra doctrina. *Vid.* SÁENZ, «El objeto...», pág. 243. Resultan también aplicables como criterio interpretativo la solución aportada por las RRDGRN de 2 de octubre de 1981 y 11 de febrero de 1983 (R. 1089).

(102) Como es fácil comprender, esta inseguridad a la hora de determinar cuándo un acto está incluido o no en el objeto social es fuente de múltiples problemas que hubieran encontrado solución a través de un abandono del excesivo apego al objeto social de nuestro legislador.

tiones, que ante la falta de criterios generales ha de quedar nuevamente abandonada a la casuística.

Mayor interés ofrece, sin embargo, por ser objeto de la resolución comentada adentrarse en el estudio de las consecuencias jurídicas que para la sociedad tiene el acto declarado ajeno (103). Nuestra legislación, como ya ha quedado expuesto, ha perdido la oportunidad de despegarse totalmente del objeto social en lo que a representación de la sociedad se refiere. Muy al contrario, la solución adoptada por la Ley es la de, siguiendo un esquema puramente latino, decantarse por un régimen en el que el objeto social constituye un límite externo —si bien inoperante frente a terceros de buena fe— a la actuación representativa de los administradores. La solución ha sido duramente criticada al considerar algún sector doctrinal que la reforma, lejos de armonizar los intereses en juego ofrece una regulación insuficiente y confusa (104).

Conforme a la LSA, los actos realizados por los administradores dentro de sus facultades, con independencia de que sean o no ajenos al objeto social son válidos, y por lo tanto obligan a la sociedad. La sociedad anónima sólo podrá oponer el límite del objeto social en aquellos casos en que demuestre la existencia de la mala fe o culpa grave de los terceros. Con ello el eje fundamental para determinar la obligación de cumplimiento de la sociedad se desplaza, concretándose el criterio delimitador de la validez de los actos no sólo en la incompetencia de los administradores, sino también, y de forma muy principal, en el estado de conocimiento del tercero, con los problemas prácticos que tal solución conlleva (105).

(103) El supuesto planteado del préstamo hipotecario plantea serias dudas respecto a su inclusión o no en el ámbito del objeto social, ya que en múltiples ocasiones la solicitud de créditos constituye la única solución para poder realizar el mismo. La instrumentalidad respecto del objeto social es en ocasiones indiscutible y no parece que ante un supuesto de crisis se deba obligar a los administradores a convocar a la Junta para obtener autorización, ya que tal dilación puede resultar muy costosa para la sociedad. Sin embargo —y en coherencia con lo antes expuesto—, este criterio no puede ser mantenido con carácter general, ya que siendo la hipoteca un acto asimilable a los de disposición puede suponer un potencial riesgo para la estructura social. Por ello debiera discriminarse entre aquellos préstamos de escasa envergadura, para los que los administradores resultarían plenamente competentes, y aquellos otros que al gravar bienes de extraordinaria relevancia para la vida social pudieran resultar potencialmente atentatorios contra los fines propuestos, que deben quedar excluidos de las competencias del órgano de administración.

(104) Vid. AVILA NAVARRO, «La sociedad anónima ante el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1990, núm. 599, págs. 103 y sigs.; CANO FERNÁNDEZ, «Algunos aspectos de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1988, págs. 1316 y sigs.; SÁENZ, «El objeto...», pág. 237.

(105) Como ya ha puesto de manifiesto AVILA NAVARRO, «remitir la eficacia de un acto a la buena fe y ausencia de culpa del tercero es una invitación al litigio». *RCDI*, núm. 599, 1990, pág. 109.

Dado que el criterio adoptado por el legislador es el de considerar en principio válidos todos los actos realizados por los administradores frente a terceros, salvo la prueba de la mala fe de éstos —en los supuestos de extralimitación del objeto social—, interesa determinar qué es lo que se ha querido exigir con el establecimiento de la expresión «buena fe y sin culpa grave». El tema ha sido objeto del más profundo debate doctrinal, no llegándose, sin embargo, a soluciones uniformes (106). La cuestión de base que ha enfrentado a la doctrina es la de dilucidar si la actitud requerida al tercero se concreta en un mero conocimiento efectivo o si, por el contrario, se exige un plus de colusión similar al alemán. La solución nuevamente, ante la vaguedad del principio enunciado, ha de venir dada a través de una interpretación normativa comunitaria. En ella, el principal interés a tutelar es, sin duda, la seguridad en el tráfico, por lo que se pretende que los terceros en sus relaciones con la sociedad no estén sometidos a la inseguridad de una potencial declaración de ineficacia de sus actos por una extralimitación de los administradores que les es desconocida. Sin embargo, y en coherencia con lo expuesto, parece claro que si estos mismos terceros conocen o debieran conocer tal exceso del órgano de administración, la protección decaiga. Tal interpretación constituye, por otra parte, un criterio ya tenido en cuenta por el legislador español (107), a la vez que constituye una cláusula constante en el Derecho comunitario.

Pese a que la fórmula deja un amplio margen de apreciación a los Tribunales, ya que ante supuestos litigiosos deberán tener en cuenta las circunstancias aplicables al caso concreto para determinar la posición del tercero respecto de la sociedad, es esta una posición que, como afirma el profesor VICENT CHULIÁ (108), resuelve muchos de los problemas que en otros ordenamientos han sido planteados (109). La buena fe se configura aquí como un desconocimiento subjetivo, mientras

(106) Vid. ARANGUREN, F. J., y A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, «La representación de la sociedad anónima», en *Estudios sobre la sociedad anónima* (dir.: GARRIDO DE PALMA), Civitas, 1991, pág. 236; CANO FERNÁNDEZ, *RCDI*, 1990, pág. 1077. En contra, ESTEBAN VELASCO, «La representación...», en AA.VV., *Reforma...*, pág. 441; E. POLO, «Administradores...», pág. 188, entre otros.

(107) Vid. la interpretación dada del artículo 217 de la Ley de Sociedades Anónimas. ILLESCAS ORTIZ, «Las cuentas anuales de la sociedad anónima», tomo VII, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dirs.: URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA), pág. 285; GARCÍA-CRUCES, *Diviendos a cuenta*, págs. 154 y sigs.

(108) *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1991, págs. 630 y sigs.

(109) ESTEBAN VELASCO ofrece una completa descripción de las distintas posiciones adoptadas por los ordenamientos comunitarios. Vid. «Organización...», en *La reforma...*, AA.VV., Madrid, 1987, págs. 416 y sigs.

que la ausencia de culpa grave implica que no se ha omitido la diligencia objetiva exigida en el tráfico, recogiendo así la idea inspiradora comunitaria.

2.3. Actos contrarios al objeto social

La delimitación de los actos contrarios al objeto social como categoría especial incluida en el ámbito más amplio de los actos ajenos tiene su origen en la doctrina italiana y constituye un tema de enorme trascendencia en punto a las posibles repercusiones negativas que la realización de tales actos puede tener para la sociedad. Tradicionalmente, este tipo de actos ha sido dividido en dos grandes categorías, distinguiendo dentro de la categoría de actos contrarios al objeto, por un lado, aquellos que comportando una actuación en contra de lo establecido en el objeto social (*actos contrarios* en sentido restringido) no imposibilitan la realización del mismo, y por otro lado, un segundo grupo de actos formado por aquellos que por su naturaleza constituyen un claro freno al desarrollo de la actividad económica llevada a cabo por la sociedad. Son los denominados *actos negatorios*, también mal llamados *actos liquidatorios* (110).

A) Dentro de la categoría específica de actos en contra del objeto social, surgen en primer lugar, al igual que con el resto de las categorías de actos establecidas, los problemas de delimitación de estos actos, que ya han quedado expuestos anteriormente. Bajo una concepción de la sociedad como ente que solamente persigue fines lucrativos, se ha venido incluyendo entre estos actos aquellos que son realizados a título gratuito (111). Sin embargo, este argumento ha perdido toda su fuerza. Configurada la sociedad anónima como un tipo neutro que puede ser utilizado para los más diversos fines, parece claro que no siempre los actos a título gratuito contradirán el objeto social en los estatutos, y aun en el supuesto de que lo hicieran puede que estos actos respondan a razones de política comercial. Por ello, no creo que tales actos deban ser tratados de forma distinta a la del resto de los actos ajenos al objeto social. El único supuesto en que pudieran tener un tratamiento jurídico distinto tales actos sería aquel en el que el acto impida realizar los objetivos perseguidos por la sociedad, en cuyo caso, con independencia de la buena fe o mala fe del tercero, los

(110) Vid. SÁENZ, *El objeto...*, pág. 247.

(111) Vid. en este sentido ARANGUREN URRIZA y FERNÁNDEZ-TRESCUERRES, «La representación de la sociedad anónima», en AA.VV., *Estudios sobre la sociedad anónima* (dir.: GARRIDO DE PALMA), Civitas, 1991, págs. 232 y sigs.

socios se encontrarían legitimados para ejercitar la impugnación del tal acto en defensa de los intereses sociales (112).

B) Respecto de los «actos liquidatorios», resulta interesante traer a colación lo expuesto en relación a las competencias de los administradores. Como dijimos, nuestra Ley no presenta claridad al respecto, debiendo ser la naturaleza del acto y una interpretación armonizadora de los preceptos del cuerpo legal los que nos den la pauta para resolver las cuestiones propuestas. Así, en coherencia con la distinción entre actos de gestión ordinaria y actos de gestión extraordinaria como delimitadores de las competencias «naturales» de los administradores, parece claro que este tipo de actos escaparían a la esfera competencial del órgano de administración, quedando su validez condicionada a la posible ratificación o impugnación por los socios (113).

3. EL CONTROL NOTARIAL O REGISTRAL DE LOS ACTOS REALIZADOS POR LOS ADMINISTRADORES

Determinadas las consecuencias jurídicas anudadas a los distintos actos concretos realizados por los administradores, es preciso abordar, siquiera brevemente, una de las cuestiones que más dividida tiene a la doctrina y que puede ser fruto de la posible colisión existente entre la práctica notarial y registral y el alcance que debe darse al artículo 129 LSA (114). La cuestión

(112) Nuestra Ley no prevé el supuesto ya que, según la misma, sólo sería impugnabile la validez de los actos extraños al objeto realizados con un tercero de mala fe. Sin embargo, creo impugnables también aquellas actuaciones de los administradores que, manifiestamente contrarias al objeto social, pueden poner en peligro la propia existencia de la sociedad. En cuyo caso la acción de responsabilidad contra los administradores resulta claramente insuficiente. La Resolución de la DGRN de 22 de noviembre de 1991 (Ar. 8637) admite la validez de los actos contrarios siempre que su moderación y marginalidad no comprometan la preponderancia del objeto perseguido. Parece, pues, que si la comprometiese el acto sería impugnabile.

(113) El tratamiento, a mi juicio, ha de ser diferente al de los actos que exigen autorización previa de la Junta General. La exigencia del consenso de la Junta General depende de la naturaleza del acto y no de un requisito legal, por lo que perfectamente puede darse el caso de que el acto sea realizado sin el consentimiento de los socios (debido a que nadie va a velar por una legalidad inexistente) y que *a posteriori*, enterados de la actuación de los administradores, decidan convalidarlo o impugnarlo en función de sus intereses.

(114) Notarios y Registradores han puesto de relieve los problemas prácticos que se les presentan en relación con las facultades representativas de los administradores, optando la mayoría por una aplicación cautelar del artículo 129, contraria, en mi opinión, a los postulados comunitarios. *Vid.* en este sentido AVILA NAVARRO, *RCDI*, núm. 599, 1990, pág. 109; GARCÍA GARCÍA, *RCDI*, núm. 606, 1991, pág. 1927; GIMÉNEZ DUART, *RJN*, julio-septiembre 1992, pág. 270. En el mismo sentido, SÁENZ, «El objeto...», pág. 237. En contra, ROLDAN RODRÍGUEZ, *RCDI*, 1991, núm. 606, págs. 1887 y sigs.; E. POLO, «Los administradores...», en *Comentarios...*, pág. 184, entre otros.

se centra en determinar la posición que Notarios y Registradores han de adoptar frente a actos realizados por los administradores de una sociedad anónima que supongan una extralimitación a sus competencias.

En este sentido, no faltan autores que postulan la intervención de estos profesionales del Derecho para poder impedir, o cuando menos exigir, determinadas garantías a la actuación del órgano de administración de la sociedad, partiendo de una concepción —como consecuencia de la inercia de la práctica anterior a la Ley de 1989— de un poder de representación de los administradores circunscrito —en su eficacia— a los límites del objeto social. Por consiguiente, para todos los actos que impliquen una extralimitación del mismo, los Notarios y Registradores deberán de requerir a los administradores para que acrediten sus facultades en un intento de evitar que sean inscritos actos potencialmente susceptibles de impugnación (115).

Si bien la solución a la que llegan estos autores parece que responde a dificultades prácticas planteadas y a la prudencia que tradicionalmente ha caracterizado a tan prestigiosos profesionales, no creo, por otra parte, que tal interpretación responda a los postulados comunitarios conforme a los que nuestro ordenamiento ha de ser interpretado. Como ya quedó expuesto, el legislador español —siguiendo cánones comunitarios— establece en defensa de los terceros un sistema basado en la apariencia, concediéndole a los administradores un ámbito de representación *legal* ilimitado e ilimitable. Conforme a esto, todo lo realizado por los administradores frente a terceros es válido, con independencia de que se extralimiten en sus competencias estatutarias. La regulación interna vía estatutos supone tan sólo el contrapeso que la Ley concede a la sociedad para que pueda —en virtud de lo libremente pactado— exigir las correspondientes responsabilidades a los

(115) Autores como el ya citado AVILA NAVARRO (ver *RCDI*, núm. 599, 1990, pág. 109, o *La Notaría*, nov. 1990, pág. 12) han puesto de relieve las dificultades que la introducción del artículo 129 ha supuesto para la práctica registral. Considerado como una fuente de litigio al quitar al Registro Mercantil la presunción de público conocimiento, defiende el autor la necesidad de que la actuación del Registrador sirva de «filtro» para evitar la inscripción de actos claramente extralimitados del objeto social. J. M. GARCÍA GARCÍA, en la misma línea, argumenta que la solución de inscribir que ya se anulará está claramente en contra del sistema registral español. *Vid.* «En torno a la polémica Avila-Roldán sobre el artículo 129 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas», *RCDI*, núm. 606, Madrid, 1991, pág. 1887. Respecto a la actuación de los Notarios, GIMÉNEZ DUART, T., en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 3, julio-septiembre 1992, pág. 243, considera incorrecto de todo punto dotar de forma pública actos bajo sospecha. «El Notario no puede convertirse, en absoluto, en dispensario de buena fe para los terceros ni convalidar actuaciones ilícitas». Destaca también la obra de SAENZ, *El objeto...*, pág. 274, que si bien se decanta por la primacía del principio de legalidad, éste debe ser objeto de una interpretación progresiva admitiendo la inscripción, salvo en aquellos supuestos en los que el acto fuera indiscutiblemente ajeno al objeto social.

administradores sin que éstas afecten en nada a la validez del negocio celebrado con el tercero. Recuértese el tenor literal del artículo 129.2 LSA, conforme al cual «la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social». Como complemento de lo expuesto el legislador español, haciendo uso de la facultad conferida en el precepto comunitario, articula un régimen que permite a la sociedad, ante supuestos de mala fe o culpa grave del tercero, instar la declaración de ineficacia *ante el Juez* en un intento de evitar que se protejan situaciones no deseadas. Con ello se comprueba que la validez de los actos realizados por los administradores de la sociedad no viene determinada por la cláusula del objeto social que consta en los estatutos, sino que aquélla viene predispuesta por la propia Ley. Y a estas afirmaciones no se opone la posible y, en todo caso, posterior declaración judicial de ineficacia de un concreto acto por cumplirse los requisitos predispuestos en el citado artículo 129 LSA, ya que tales actos y su validez quedan sujetos al control judicial.

El problema viene, a mi juicio, del excesivo apego a la teoría de la representación existente a la hora de entender las relaciones administrador-sociedad. El objeto social ha de ser entendido como el conjunto de actividades que la sociedad desea realizar para alcanzar el fin social, pero nunca como el contenido de un mandato. El principio de legalidad que preside la actuación de Notarios y Registradores no les obliga a comprobar si el acto a realizar o que se presenta a inscripción ha de responder a lo establecido en los estatutos de la sociedad, sino que la legalidad hay que buscarla en el ámbito ilimitado e ilimitable de facultades conferidas a los administradores en el propio artículo 129 LSA (116). La verificación de los requisitos que, con carácter necesario, requiere el citado precepto a fin de entender la ineficacia del acto excede de la competencia de Notarios y Registradores, pues se confía a la autoridad judicial.

Por ello y pese a que la solución, como afirma AVILA NAVARRO, sea fuente de numerosos litigios (117), parece que ésta es la que mejor casa con

(116) Vid. en la misma línea E. POLO, «LOS administradores...», en *Comentario...*, pág. 184.

(117) Pese a que en múltiples ocasiones las actuaciones de los administradores supongan un claro exceso de poder, no que obliguen a la sociedad a acudir a los Tribunales en demanda de impugnación de la validez del acto, no parece que la actuación de Notarios y Registradores haya sido la deseada. Tal vez tales problemas hubiesen encontrado mejor solución con el establecimiento de un sistema de distribución competencial que facilitase un mayor control de la actividad de los administradores. Muy distinta es la solución propugnada por un determinado sector doctrinal que considera que la introducción de la Ley de 1989 ha trastocado la función de los Registradores desembocando en un sistema de «Kautelarjurisprudenz»; por ello pide una modificación

las ideas comunitarias inspiradoras y, sobre todo, conlleva un *plus* de seguridad del tráfico. La introducción de un control notarial o registral —aunque en ocasiones puede resultar adecuado para proteger a la sociedad— frente a posibles extralimitaciones de los administradores no sólo supone un freno a las relaciones del ente social con los terceros no querido por nuestro legislador (118), sino que implicaría además un debilitamiento del carácter ilimitado e ilimitable del poder de representación que corresponde —por Ley— a la administración social.

ALFREDO AVILA DE LA TORRE
Departamento de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca

del estatuto jurídico que le permita gozar del «imperium» o poder judicial que actualmente se encuentra reservado a Jueces y Tribunales. *Vid.* en este sentido VICENT CHULIÁ, F., en «La sociedad anónima ante el derecho comunitario europeo», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 136 y sigs.

(118) Como afirma el profesor POLO, «¿de qué ha servido establecer legalmente la vinculación de la sociedad y la eficacia frente a terceros de los actos realizados por sus administradores incluso fuera del objeto social...; así como la ineficacia de las limitaciones estatutarias del poder aun cuando se hallen inscritas en el Registro Mercantil, si tales actos —plenamente válidos y eficaces desde todos los ángulos— no pueden tener acceso a éste u otros Registros por no estar comprendidos en los Estatutos? *Vid.* «Los administradores...», en *Comentarios...*, págs. 186-187.