

Cuestiones sobre la calificación registral

A) EL OBJETO SOCIAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, LOS ACTOS "ULTRA VIRES" Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

I. LA RAZÓN DE SER DE ESTAS NOTAS, LA CAUSA Y LA OCASIÓN

Confieso que durante muchos años he esperado con impaciencia la integración de España en la Comunidad Europea. Y no básicamente por razones utilitarias o de comodidad, sino por razones anímicas profundas. Evocando al gran europeísta que fue SALVADOR DE MADARIAGA, puedo decir que anhelaba poder hablar no sólo de mi Córdoba, mi Santiago o mi Barcelona, sino también y con la misma intensidad de mi Edimburgo, mi Amalfi o de mi Saint-Maló.

Había, y sigue habiendo, además, otras razones: la unidad de Europa supone en gran medida la unidad, al menos en gran parte, de su Derecho, una unidad la del *ius commune* que nunca debió romperse y que en realidad nunca se rompió del todo, ya que bajo el exacerbado nacionalismo de los Códigos del siglo XIX late una profunda unidad de concepciones y valores básicos.

Esto es verdadero no sólo para los ordenamientos que el recientemente fallecido RENE DAVID llamaba de inspiración romano-canónica germánica (entre los cuales está, por supuesto, el español), sino para los anglosajones, que aunque surgidos de otras fuentes formales no dejaron de recibir directa o indirectamente, sobre todo a través del Derecho de Equidad, profundas influencias de los modelos continentales.

Por cierto, y como ha puesto de manifiesto el citado RENÉ DAVID en su admirable libro *Les grandes systèmes de Droit contemporains*, donde hay un sistema de tipo romano-canónico-germánico, hay Notarios no por decisión estatal, sino como una consecuencia que surge por sí sola del sistema jurídico, que en su propia esencia tiene poco de estatal y se desarrolla siguiendo la antigua expresión francesa "non ratione imperii sed imperio rationis".

En efecto, como sigue diciendo el mismo autor, la esencia de los sistemas continentales citados consiste en que la norma se sitúa a medio camino entre el principio abstracto alejado de la realidad y la enumeración casuística propia de las leyes parlamentarias anglosajonas.

¿Qué sucede? Que este producto "semielaborado" que es el Derecho requiere que una serie de personas, dotadas no sólo de conocimientos jurídicos, sino también de ciertas "técnicas de razonamiento", lo conviertan en el producto a aplicar a las relaciones concretas. El encargado de esta función en la importante fase no contenciosa del Derecho es el Notario.

En cuanto a los países anglosajones, se ha puesto recientemente de manifiesto cómo es posible llegar con ellos a un alto grado de armonización. En realidad, se ha dicho, países con un desarrollo socioeconómico y cultural parecido tienen los mismos problemas y acaban resolviéndolos finalmente de la misma forma. Lo que varía a veces es la técnica para llegar a dicha solución. A veces, incluso, las "tremendas diferencias" no lo son tanto y bajo una aparente diversidad se encuentran no sólo soluciones, sino caminos semejantes para llegar a ellas.

Este tema ha sido amplia y sugestivamente tratado en un ciclo de conferencias que mantienen su plena actualidad y que abrieron el ciclo de estudios del Colegio Europeo de la Universidad Fiesolana de Florencia, bajo la dirección de MAURO CAPPELLETTI. En alguna de estas conferencias se habló de *cripto-diferencias* entre los Derechos continentales (que los anglosajones llaman del *Civil law*) y los de la *Common law*.

Mas centrémonos en nuestro tema. Ha parecido más realista, al intentar realizar la unificación del Derecho el ir por fases, dando una importancia primordial a aquellas materias, como las mercantiles, que son básicas para la cohesión de la Comunidad. Como se puso en su día también de manifiesto en los Estados Unidos de América, no puede funcionar económicamente un gran país con 10, 20 ó 50 Códigos de Comercio distintos entre sí.

De ahí la importancia de la por lo menos armonización en materia de sociedades mercantiles.

Como es sabido, para intentar lograr esta armonización en materia de sociedades, la Comunidad eligió el medio de la Directiva. Estas, como determina el párrafo 3 del artículo 189 del tratado CEE, "obligan a todo

Estado miembro en cuanto al resultado a conseguir, si bien deja a las instancias nacionales libertad en cuanto a la forma y los medios para alcanzar la finalidad".

El resultado, pues, es absolutamente obligatorio.

Suele decirse que la Directiva sólo va dirigida a los Estados y que no produce efectos directos de cara a los particulares. En principio, sólo en principio, es así; pero habida cuenta del carácter cada vez más detallado de las Directivas y del total incumplimiento o defectuoso cumplimiento por parte de los Estados, la Directiva pasa a tener, en ciertos supuestos, efecto directo de cara a los particulares.

Algo así sucede en nuestro caso. Anticipando lo que diré después, ya puedo señalar desde ahora que el defectuoso cumplimiento de la Primera Directiva por parte del Estado español ha provocado el que ésta sea directamente invocable por los particulares. Trataré de demostrarlo.

Pues bien, la razón básica de estas notas radica en el hecho de que como si nada hubiese cambiado, aunque apoyados en una normativa altamente defectuosa, los Registros de la Propiedad y Mercantiles siguen calificando las facultades del órgano administrativo de las sociedades anónimas cuando trata con terceros, aplicando directamente el artículo 129.1 de la nueva LSA, pero en clara contraposición e infracción de lo determinado en la Primera Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas.

Pero la ocasión concreta que me ha lanzado a escribirlas ha sido el profundo desánimo y desmoralización que me ha producido el leer en el número (julio-agosto 1990) de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO un trabajo de un ilustre compañero, Registrador, Notario y Publicista, que anuncia piensa seguir ejerciendo su calificación registral en dicha materia.

Quiero ya desde ahora hacer expresa protesta de que mis argumentos no son *in personam*, sino *in rem*, y que si algún párrafo o palabra pudiese resultar molesto u ofensivo, sobre todo a los Registradores o a alguno de ellos, ha de estimarse que es debido a mi torpeza expositiva, pues por todos ellos siento profunda consideración, tanto en el plano corporativo como en el personal, y muchos de ellos me honran con su amistad, a la que sinceramente correspondo.

II. COMPARACIÓN DEL TEXTO DEL ARTÍCULO 9 DE LA PRIMERA DIRECTIVA DE CONSEJO, DE 9 DE MARZO DE 1968, Y EL ARTÍCULO 129 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA NUEVA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Leía hace poco una de esas geniales frases de un gran Juez inglés (no podría asegurarlo, pero creo recordar se trataba de Lord DENNING), en

que se aunan el inteligente humor y la profundidad jurídica, y que venía a decir, aproximadamente, que "bastantes problemas tiene ya de por sí el Derecho para que encima venga el legislador a estropearlo".

Pues bien, esto es lo que ha sucedido en España al trasponer, esto es, convertir en Derecho interno el contenido del artículo 9 de la Primera Directiva de 9 de marzo de 1968. Al menos en la materia que nos ocupa.

La trasposición ha sido francamente mala, hasta el punto de que puede hablarse sin ambages de un auténtico incumplimiento.

Bien es verdad que es posible, con visión comunitaria, interpretar el nuevo artículo 129 LSA a la luz de la Directiva; pero la realidad es que en los Registros de la Propiedad y Mercantiles se está aplicando "al pie de la letra", obligándonos a la farragosa enumeración de facultades que ya no son necesarias y encontrando con frecuencia graves problemas en la calificación que sufren nuestras escrituras.

Veamos ambos textos.

Primera Directiva (art. 9).—Se transcriben sólo los tres primeros párrafos. El cuarto queda fuera del ámbito de nuestro estudio. He aquí su texto:

"1. La Sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos incluso si éstos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan de los poderes que la Ley atribuye o permita atribuir a estos órganos.

No obstante, los Estados miembros podrán prever que la Sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social. Si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía de este objeto o no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los Estatutos sea suficiente para constituir esta prueba.

2. Las limitaciones a los poderes de los órganos de la Sociedad resultantes de los órganos competentes no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado".

La nueva Ley española.—He aquí el texto de su artículo 129, y ya el propio lector podrá ir por sí solo comprobando las diferencias:

"Artículo 129. 1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

2. 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 que el acto no está comprendido en el objeto social".

III. EXAMEN DE LAS DIFERENCIAS MÁS ACUSADAS ENTRE AMBOS TEXTOS Y SUS CONSECUENCIAS

Como digo, el legislador español ha verificado una defectuosa transposición de la Primera Directiva y, en cierto modo, puede ser llamado culpable de la equivocada interpretación que la práctica registral está dando al artículo 129 de la Ley. Ahora bien, en ésta misma hay elementos para poder interpretarla de acuerdo con la letra y espíritu de la Directiva, sin tener que llegar al supuesto, que de todas formas no se excluye, de buscar el "efecto directo" de la citada Directiva aplicando la doctrina mantenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otros casos, en el famoso Van Duyn.

Veamos las diferencias más llamativas:

a) La Directiva comienza indicando cuándo se entenderá obligada la Sociedad frente a terceros. Es su tema y su preocupación. La Ley española, por el contrario, señala los actos a que se extenderá la representación sin distinguir partes y terceros; es precisamente en este párrafo de la Ley en el que se basan bastantes Registradores para continuar exigiendo en todo caso y sin ulterior distinción la justificación de que el acto realizado está dentro del objeto social.

b) La Directiva establece una fórmula feliz (que en su día ya recogió por su claridad y contundencia la European Communities Act británica, de 1972), señalando que frente a tercero el órgano social está investido de todas las facultades que se le han conferido, así como también de todas aquellas que se le hubiesen podido conferir.

En definitiva, frente a terceros —y salvo las excepciones que se dirán— el órgano representativo tiene cualquier facultad —por ejemplo, venta, hipoteca, préstamos, etc.— que no está reservada por la Ley a la competencia de la Junta General.

Esta fórmula es importante porque evita la farragosa enumeración de facultades que todos conocemos y en la que, como todos sabemos por experiencia, acaba siempre fallando algo.

c) El artículo 129, aparte del grave fallo de no distinguir el aspecto interno y el externo, esto es, frente a terceros, cae en una noción estrecha de "objeto" que hoy día está superada por las legislaciones y la doctrina incluso en el ámbito interno.

En efecto, la Directiva habla de "actos que corresponden al objeto social" o "actos que exceden de los límites del objeto social".

Estas fórmulas empíricas permiten adherirnos a cualquiera de las posturas que se vienen sosteniendo y que veremos a continuación.

Por el contrario, el legislador español, poco sensible a las recientes tendencias, se atiene a una definición tradicional y estricta del objeto: "actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos".

Esta tendencia llega a límites de increíble exageración en el artículo 117 del Reglamento Mercantil. El objeto, dice su párrafo 1, se hará constar por medio de la "determinación precisa y sumaria de las actividades que lo integren"; y siguen los párrafos siguientes para que no haya dudas.

Un poco más y se nos ofrece, al menos en esta materia, un derecho de sociedades inservible.

En realidad, y este es el criterio que recoge explícitamente la doctrina europea sin discrepancias, lo que interesa no es que el acto entre formalmente en el rígido esquema del objeto social cuya fijación puede ser sumamente útil a otros fines, sino, como veremos después, que el acto sea útil o necesario para la consecución del objeto social o que, directa o indirectamente, contribuya a lograr dicha finalidad.

Este es en realidad el criterio que subyace en la Directiva. El tercero puede conocer, incluso puede tener a la vista, una certificación registral; puede saber cuál es el objeto social, pero no, si no le convertimos en sabio o adivino, si un acto concreto y determinado puede ser útil o conveniente para el logro del objeto social. Y los terceros no están para adivinanzas. Otra cosa es si el tercero conocía "la desviación de poder" (apliquemos en Derecho privado el conocido concepto administrativo). Entonces, más que de objeto es que entremos en terreno más sustancial: *fraus omnia corrumpit*.

Seguiremos ocupándonos del tema.

d) El párrafo 2 del artículo 9 de la Directiva sólo permite la oponibilidad al tercero del acto *ultra vires* si el tercero sabía que el acto excedía el objeto o no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias.

Estimo que el legislador comunitario siempre tenía *in mente* la mala fe del tercero, si bien esta mala fe se demostraba de dos formas: o probando que sabía positivamente o probando también que sabía, extrayendo la prueba de las circunstancias.

No "castiga", por el contrario, al imprudente, al distraído, con todo el cargamento de culpa que se quiera, pero de buena fe. *Deus est procurator fatuorum* ("Dios es el defensor de los simples"), como decía el clásico aforismo inglés de equidad.

Por el contrario, el legislador español agrega a la mala fe la culpa grave, sin duda por una equivocada trasposición, acaso mecánica, del

aforismo penal *culpa lata dolo aequiparatur*. Aparte de que en un sistema que busca seguridades no parece muy procedente sustituir criterios más o menos objetivos o comprobables ("saber", "circunstancias concurrentes") por otros subjetivos, como buena fe y falta grave.

e) Y dejo para el final el más grave fallo de la transposición. Más que grave, gravísimo, pues hace, a mi modesto entender, que un problema de simple calificación registral se convierta, a la vez y además, en un problema constitucional de invasión de esferas judiciales y en un problema de incumplimiento comunitario.

En efecto, dice la Directiva, párrafo 2, que "la Sociedad no queda obligada si demuestra que el tercero sabía... o no podía ignorar".

En definitiva, y esto sí que está claro, incluso literalmente, mas también por razones institucionales, el Registrador —salvo presunto delito— no tiene competencia para calificar si un acto oneroso está o no incluido en el objeto social. Es un problema del tercero, y sólo la Sociedad está legitimada en el juicio y ante el Tribunal correspondiente para impugnar tal acto.

La buena voluntad del Registrador es evidente, y reconozco una vez más que el legislador, con su pésima transposición de la Directiva, le da cierto pie para ello. Pero se impone la interpretación correcta, que no es otra que la acorde con la Directiva y con la práctica unánime de los demás países comunitarios.

IV. ¿ERUDITOS A LA VIOLETA O ESTUDIOSOS DE LA REALIDAD SOCIAL DE NUESTRO TIEMPO?

Hubo un simpático y culto Notario, allá por los años cincuenta, que se definía a sí mismo como "hombre serio y, por tanto, de buen humor", que lanzó la frase que sería una inmensa *buotade* sacada de su concreto contexto (en el que era acertada: los diez mandamientos del opositor). Esta era la frase: "Más vale Código en mano que ciento volando".

Está en la misma línea que la conocida definición del comparatista: "Un señor que sabe un poquito de todos los derechos menos del suyo propio".

Sin embargo, la idea es injusta, fuera de concretas situaciones más o menos deformadas.

La verdad es que tras los trabajos de LAMBERT y SALEILLES en 1900 el Derecho comparado ha ido ganando prestigio e influencia, y nadie niega su importancia incluso para mejor conocer, acaso por vía de contraste, el propio Derecho,

En nuestros días, y más aún en materia de sociedades, el Derecho

comparado, y sobre todo el de los demás países que integran la Comunidad Europea, ha de ser considerado no como materia de curiosidad más o menos culta o erudita, sino como un factor interpretativo de importancia singular y perfectamente utilizable al amparo de lo que determina el párrafo 1 del artículo 3 del Código Civil:

"Las normas se interpretarán según el sentido propio y de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".

Este artículo, de espléndida redacción, nos da plena oportunidad para interpretar la legislación que comentamos, en nuestro caso el artículo 129 LSA, según la realidad social de nuestro tiempo, que es la de una clara pérdida de importancia *del* objeto social (al menos en cuanto medida de sus facultades frente a terceros) y a la luz de su espíritu y finalidad, que son los de trasladar al Derecho nacional los fines de una Directiva que tiende a conseguir una clara armonización del Derecho en determinados sectores.

VI. EL OBJETO SOCIAL, CONCEPTO EN DECADENCIA

RENE ROBLLOT, en el tomo I de la 13 edición del *Traite de Droit commercial*, de GEORGES RIPERT, dedica todo un epígrafe (el 740, pág. 583) a lo que él denomina "importance et *declin* de la notion d'objet social"; y termina reconociendo que esta noción ha perdido, en Derecho moderno, una gran parte de su importancia debido a varias razones: una, por el hecho de que una sociedad pueda ser, y de hecho lo son las de capitales, "comerciante por la forma", y otra, por razones de protección a terceros.

Esto último es así hasta tal punto que donde no se pueden aplicar normas del tipo de las comunitarias que examinamos, los Tribunales, siempre con el firme propósito de defender la buena fe y apariencia jurídica razonable, llegan al mismo resultado a través de instituciones clásicas: así, mediante la teoría del "mandato aparente" en Derecho francés o la doctrina de los *implied powers* del Derecho anglo-americano (doctrina por cierto que el Tribunal de las Comunidades Europeas utiliza con frecuencia cuando se trata de examinar las competencias de la Comunidad).

En realidad, lo más exacto sería decir que el objeto ha perdido parte de su importancia como criterio de medida frente a terceros de los poderes de los administradores, pero que conserva intacta su importancia en otros muchos ámbitos que pueden hacer tránsito incluso a supuestos en que se juega la existencia misma de la sociedad: pensemos en el caso de sociedad con objeto o finalidad ilícita.

Este puede ser, acaso, el punto de vista más acertado, y así parece deducirse del Derecho alemán que mientras exige que en los Estatutos conste una mención clara y precisa del objeto y prohíbe las expresiones de índole general, tales como "explotación de comercio e industria" o "asuntos comerciales de todas clases", en su artículo 82.1 de la *Aktiengesetz*, de 6 de septiembre de 1965, últimamente modificada por la Ley de 20-12-1988, determina escuetamente que "las facultades de representación del Consejo de Dirección son, en principio, ilimitadas y no pueden ser limitadas".

Por el contrario, los que llama "poderes de gestión" pueden ser limitados no sólo por la Ley, sino también si ella lo permite, por los Estatutos, el consejo de vigilancia, el reglamento interior y el contrato de arrendamiento de servicio. Aquí sí que juega el objeto social como límite.

Por ello los estatutos de una sociedad anónima alemana son en esta materia de gran simplicidad; compárese, por favor, con nuestra siempre insuficiente verborrea.

La colección "*Iura Europae*" o *Derecho de los países de la Comunidad Europea*, que edita simultáneamente, a doble columna, en francés y alemán, la Verlag C.H.: Beck de München-Berlin y Editions Techniques Jurisclasseurs de París, contiene, a título de ejemplo, los estatutos de una sociedad anónima dedicada a la fabricación y venta de maquinaria (utillaje).

Veamos los pertinentes artículos:

Artículo 3. El objeto de la Sociedad es la fabricación y ventas de maquinaria —utillaje—.

Artículo 6. *Representación*: La Sociedad es representada legalmente por dos miembros del Consejo de Dirección o por un miembro del Consejo de Dirección concurriendo con un apoderado.

Más sencillo, imposible. ¿Verdad que da envidia? No hay necesidad. Es también nuestro sistema cuando interpretemos y apliquemos correctamente la nueva legislación.

De todas formas, dejaríamos incompleto el tema, y sobre todo la referencia al punto "de donde soplan los vientos", si dejásemos de hacer referencia a lo que sucede al otro lado del Atlántico.

Esta referencia tiene particular importancia, ya que, como dice ANDRÉ TUNC (*Le Droit américain des sociétés anonymes*, Económica, París, 1985), es este país el que por su dinamismo económico y realismo jurídico constituye hoy día el punto de referencia en materia de sociedades mercantiles.

La orientación general, siguiendo a dicho autor, podemos fijarla en varios grandes rasgos:

a) Se trata al mismo tiempo de la legislación más permisiva y la más exigente del mundo. ¿Contradicción? Gran flexibilidad en cuestiones de organización interna siempre que las cuentas estén claras. No hay, por ejemplo, inconveniente, según recientes sentencias, en dar por presente en una Junta a quien votó por fax desde 7.000 kilómetros de distancia. Exigencias máximas cuando se trata de captar un dólar ajeno. Es conocida la extrema severidad de las "Securities exchange Commission", detrás de cuyas investigaciones acecha con frecuencia la pena de prisión, impuesta, eso sí, por un Tribunal competente tras un *due process of law*.

b) Su gran realismo les hace prescindir —incluso a veces prohibir— de conceptos que para nosotros los europeos son fundamentales. Por ejemplo, el objeto ha perdido mucha importancia, y en cuanto al capital social, alguna legislación concreta prohíbe su mención por tratarse de un dato engañoso, *misleading*. Lo que importa, dicen, es el patrimonio o recursos con que efectivamente cuenta una sociedad, dato que señalará un profundo examen patrimonial y contable y no una cifra formal de la que se empieza diciendo que "probablemente no coincide con la realidad".

c) Interesa, por último, señalar que en los Estados Unidos no existe una Ley Unitaria sobre Sociedades Anónimas, sino, siguiendo el procedimiento (que DAVID tanto recomendó para Europa), unas leyes modelo de alta calidad técnica que los diversos Estados van aceptando y promulgando voluntariamente con más o menos enmiendas.

Estos *models* son cuatro en la actualidad, a saber:

La RMBCA: Revised Model Business Corporation Act (su última redacción es de 1984). Parece la más extendida. CAL CORP: California Corporations Code. DEL CGL: New York Business Corporation Law. Parece ser la de mayores exigencias formales.

La legislación sobre valores (*securities*) es federal y, como digo, de extraordinaria severidad.

Pero volvamos a nuestro tema: los actos *ultra vires*. Las ideas que siguen las tomo de un libro recién aparecido (en 1990), titulado *Corporations. Examples and Explanations*, de LEWIS SALOMÓN y ALAN R. PALMITER, editado por la Little Brown and Company. Hay un capítulo, el cuatro, que se titula así: "Corporate Powers. The Rise and Fall of the Ultra Vires Doctrine".

Los autores afirman que el "objeto" de las sociedades es hoy día, más que nada, una supervivencia de las antiguas sociedades específicamente autorizadas por concesión (*charter*) para el ejercicio de una determinada actividad (por ejemplo, tender una línea de ferrocarril), pero que realmente

hoy ha perdido gran parte de su importancia, sobre todo desde que se permitió y difundió la llamada *general purpose clause*, que señala como objeto social "la realización de cualquier tipo de negocio o industria.

Con un desparpajo muy particular aseveran —aquí acaso lo pensemos, mas no lo escribimos— que puede principalmente hablarse de "actividades *ultra vires*" cuando la sociedad se lanza a actividades "not directly related to profit seeking", esto es no relacionados directamente con la obtención de un provecho, tales como los actos de mero altruismo (*charitable giving*).

El objeto de la Sociedad, dicen, de toda Sociedad es éste: conseguir un provecho. Cuando antiguamente se perdían los particulares y Tribunales en los vericuetos del objeto y los "actos *ultra vires*", estaban sencillamente "elevando los tecnicismos sobre la sustancia". Y como la doctrina *ultra vires*, en sí misma considerada, llevaba a la injusticia de repudiar contratos válidamente celebrados, ello obligó a los Tribunales a construir la doctrina (que coincide en su resultado con la orgánica germánica, aunque con un tratamiento técnico muy distinto) de los *implied powers*.

Esta doctrina es importante y deriva de una Sentencia de 1886. Una compañía de ferrocarriles cuyo objeto era adquirir terrenos para tender líneas férreas y explotar éstas tomó en arriendo un hotel a la orilla del mar, que comenzó a explotar en beneficio de sus viajeros. Surgido el pleito se determinó que si bien en dicho arriendo no está, estrictamente hablando, dentro del ámbito del objeto, éste "debía ser interpretado de manera flexible para incluir operaciones razonablemente conexas con el objeto principal".

Modernamente, la RMBCA no sólo admite la General Purpose Clause, sino que aun ni siquiera ésta es obligatoria. La Sociedad no tiene por qué tener un objeto determinado. Y se entiende que su objeto último es conseguir una ganancia *profit*, aunque debemos anticiparnos a decir que el concepto de *profit* es muy amplio y no se confunde con un materialismo monetario.

En definitiva, como dicen los citados autores refiriéndose a la reciente reforma de la RMBCA, ésta refleja la "continua erosión de la doctrina *ultra vires*". Ningún contratante podrá rechazar un contrato basándose en ella. Lo que acaso podrá admitirse sería una demanda contra los directores o administradores o si efectivamente la Sociedad, no en un acto, sino en toda su trayectoria, se ha apartado de la línea de su creación, el "State Attorney" (Fiscal), y podrá pedir la disolución si alguna Ley se lo permite.

Me he detenido, acaso más de la cuenta, en el examen del Derecho norteamericano de sociedades por varias razones. Aparte de su interés, en sí mismo considerado, ha influido profundamente en la Reforma inglesa de 1989. Y aparte de esa influencia concreta hay otra difusa que lleva a

propugnar la erradicación del objeto en materia de gestión y representación de la Sociedad.

Frente a terceros, se dice, hay que olvidarse del objeto por las razones citadas. Y en el ámbito interno o de gestión también es un concepto embarazoso y que puede originar engaños. En este ámbito, más que de objeto habría que hablar de bien o provecho de la Sociedad.

Digamos por último que, de acuerdo con el carácter flexible del Derecho americano de sociedades, no son incompatibles el *profit seeking* y el *charitable gift* o acto gratuito o altruista siempre que este último, directa o indirectamente, pueda provocar algún beneficio a la Sociedad, aunque sea a la larga (*in the long run*).

En cuanto a Inglaterra, su reciente Ley de Sociedades de 1989 (Companies Act 1989), siguiendo el Report o Informe del profesor PRENTICE, de la Universidad de Oxford, titulado expresivamente "Reform of the Ultra Vires Rule", sencillamente ha abolido la regla, estableciendo además la posibilidad de la General Purpose Clause, cuya redacción tipo sería "llevar a cabo cualquier tipo de negocios".

Para el estudio de esta importante Ley me remito a mi estudio publicado en *La Notaría*, número de mayo de 1990, páginas 61 y siguientes.

VII EL EFECTO DIRECTO DEL ARTÍCULO 9 DE LA PRIMERA DIRECTIVA

En realidad, como hemos dicho, a pesar de la defectuosa redacción del artículo 129 de la nueva LSA, es posible, sin embargo, interpretarlo de acuerdo con la finalidad y unánime interpretación de la Europa comunitaria en relación con el artículo 9 de la Primera Directiva.

Cabe sin embargo que alguien estime que ello no es posible y que el artículo 129 impone en todo caso, tanto interpartes como frente a terceros, tener en cuenta el "objeto" como medida estricta de las facultades del órgano administrativo.

Pues bien, en este caso sencillamente habría que "desaplicar" (prescindiendo de toda cuestión teórica de nulidad) la norma de la Ley española y aplicar directamente la normativa contenida en la Directiva, que precisamente lo permite por ser suficientemente clara e incondicionada.

El dar efecto directo a la propia Directiva es el único medio, en caso de incumplimiento del Estado, de mantener la primacía del Derecho comunitario.

Aunque alguna Sentencia anterior del Tribunal de las Comunidades Europeas ya anticipó la doctrina, es en la Sentencia dictada en el caso Van Duyn donde el Tribunal confirma de manera tajante el efecto directo de las Directivas. Veamos la interesante doctrina sentada:

"En el caso de que las autoridades comunitarias hayan, por medio de Directiva, obligado a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de un tal acto resultará debilitado si los justiciables se encontrasen imposibilitados de prevalerse en justicia del mismo y las jurisdicciones nacionales imposibilitadas de tomarlo en consideración en calidad de elemento del Derecho comunitario. Resulta de lo que antecede que conviene examinar en cada caso si la naturaleza, la economía y los términos de la disposición en causa son susceptibles de producir efectos directos en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares". Esta Sentencia fue dictada en 1974.

Esta doctrina ha sido confirmada en bastantes Sentencias posteriores, entre ellas Ratti, Comisión contra Bélgica, Rewe y Auer.

La Sentencia Rewe, dictada en julio de 1981, contiene párrafos que parecen pensados directamente para nuestro caso: "Una autoridad nacional no puede oponer a un particular una disposición legislativa o administrativa nacional que no fuese conforme con una disposición de la Directiva que tuviese todas las características necesarias para poder ser aplicada por el Juez.

Evidentemente, un justiciable puede hacer valer ante las jurisdicciones nacionales sus derechos dimanantes de un Reglamento.

De la misma forma, un justiciable no puede ver cómo se le oponen por una autoridad nacional disposiciones legislativas o administrativas que no estén de acuerdo con una obligación incondicional y suficientemente precisa de una Directiva".

Citemos por último, por su contundente claridad, la doctrina contenida en la Sentencia del asunto Moorman: "Según una jurisprudencia constante en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva aparecen, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, estas disposiciones pueden ser invocadas frente al Estado que se ha abstenido de trasponerlas o no ha asegurado una trasposición correcta de la Directiva en los plazos previstos. En una tal hipótesis, el Juez nacional está obligado a hacer prevalecer las disposiciones de la Directiva sobre las de la legislación nacional contraria".

Es evidente, pues, que sea por vía de interpretación, bien por vía de aplicación directa de la Directiva, el Derecho comunitario derivado ha de ser cumplido en la materia de que tratamos, a saber:

"Que frente a terceros el órgano social tiene todas las facultades que se le han concedido o se le hubiesen podido legalmente conceder; y que sólo la Sociedad está legitimada para impugnar el acto en los tasadísimos supuestos previstos por la Directiva".

VIII. UNANIMIDAD EN LA DOCTRINA EUROPEA A LA HORA DE INTERPRETAR EL ARTÍCULO 9 DE LA PRIMERA DIRECTIVA Y DISPOSICIONES NACIONALES DE TRASPOSICIÓN DE LA MISMA

El valor interpretativo de esta doctrina, para nosotros, es grande. No olvidemos que se trata de una materia prácticamente unificada y que muchos de los países de la Comunidad llevan más de veinte años interpretando y aplicando unánimemente la legislación surgida del cumplimiento por sus respectivos Estados de las obligaciones contenidas en la Directiva.

Ya hemos estudiado el caso de Alemania y Gran Bretaña. La primera es la creadora de la regla contenida en la Directiva y en realidad no tuvo que introducir modificación alguna en su legislación, ya que seguía en todo la conocida como "teoría orgánica".

Gran Bretaña, por el contrario, patria de la doctrina *ultra vires*, hizo un gran esfuerzo ya en 1972, pero reconociendo que la tradición de la "Agency" (algo así como nuestro mandato) y el hecho de no conocer la teoría orgánica alemana les pesaba demasiado, han terminado, tras el Informe PRENTICE, como veíamos más arriba, por tirar por la borda en su totalidad la doctrina de *ultra vires*.

En los restantes países la doctrina es unánime y no ha encontrado ninguna voz discrepante. Veamos algunos de los más representativos.

Italia

BONELLI, en el tomo XVI, capítulo III, del *Trattato di Diritto Privado*, dirigido por PIETRO RESCIGNO, Ed. Utet, 1985, distingue, siguiendo el modelo alemán, los *poten' di gestione* y los *poten' di rappresentanza*, con especial referencia a los artículos 2.384 y 2.384 bis del Código Civile.

En las relaciones internas, dice dicho autor, el cumplimiento de los actos extraños al objeto social viene valorado con referencia a la concreta relación entre el acto singular y el objeto social, así que entran en el objeto social sólo aquellos actos que sean efectivamente dirigidos a realizar el objeto social (obsérvese que incluso en el plano interno la función del objeto social resulta más flexible que en nuestra Ley); la falta de respeto al límite del objeto social puede exponer al administrador a responsabilidad, a una justa causa de revocación o puede ser objeto de denuncia según los artículos 2.408 y 2.409.

En las relaciones externas, por el contrario, y a tenor del artículo 2.384 bis, el acto permanece válido y vinculante para la Sociedad, la cual, para oponer al tercero la extrañeidad del objeto deberá probar que el tercero no era de buena fe. Prueba ésta extremadamente dura y que sólo corres-

ponde a la Sociedad, como recuerda BONELLI citando copiosa jurisprudencia y, por supuesto, citando a la propia Directiva.

Existen, pues, sigue diciendo el mismo autor, dos niveles: el interno y el externo; el primero, entre Sociedad y administradores, y el segundo, entre Sociedad y terceros.

En el primer nivel, esto es, el interno, se comprende cómo determinados actos (por ejemplo, fianzas, actos gratuitos, financiaciones, contribuciones a partidos políticos, venta o arrendamientos de la herencia o empresa, de la sede social, etc.), si en realidad no están efectivamente dirigidos a la realización del objeto social, pueden exponer a los administradores que los han realizado a una responsabilidad o a una justa causa de revocación de sus facultades; pero, sigue diciendo el mismo autor, se comprende también cómo los mismos e idénticos actos pueden en las relaciones con los terceros aparecer y ser considerados como potencialmente instrumentales respecto del objeto social.

Y aquí nos encontramos ante la brillante clarificación de la moderna doctrina italiana (aunque no es exclusiva de esta última). No se trata, como dice nuestro artículo 129 LSA creando un casi insoluble embrollo, de que el acto tenga que estar "comprendido en el objeto social delimitado en los estatutos" y que repite el artículo 149.3 del Reglamento del Registro Mercantil, que hay que poner en relación con la estrecha y miope concepción del artículo 117 del mismo Reglamento que excluye del objeto social los actos necesarios para la realización y desarrollo de las actividades indicadas en él. Sencillamente, el acto ha de ser instrumentalmente útil respecto a la consecución del objeto social, lo cual es algo muy diferente, y cualquier otro acto, en principio, puede serlo.

Pero ¿cuáles son esos actos instrumentalmente útiles a la realización del objeto social?

La doctrina española, siguiendo a CÁMARA y últimamente a PEDRO AVILA (ver para este último REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 599, julio-agosto 1990, págs. 107 y sigs.), se pierde en sutiles y, a mi modesto entender, inútiles disquisiciones clasificando los actos en relación al objeto en actos dentro del objeto, fuera del objeto, contrarios al objeto y neutros, clasificación ésta que, como dice CÁMARA (Conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona en 25 de enero de 1989), se remonta probablemente al IX Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Munich en 1967, esto es, un año antes de la promulgación de la Primera Directiva.

En realidad dicha clasificación, en el mejor de los casos, es inútil y perjudicial. Por supuesto, la clasificación es acertada a efectos puramente clasificatorios, pero no nos resuelve en absoluto el problema.

En efecto, no nos basta con saber que un acto puede entrar en uno u

otro apartado de la clasificación cuatripartita, sino de encajar un acto concreto y determinado en uno de tales apartados.

Y es aquí donde falla la utilidad de la teoría, ya que frente al tercero de buena fe (buena fe que se presume, no lo olvidemos) todos los actos, en principio, son neutros. Es *a posteriori* cuando —y sólo a efectos internos (salvo, claro, el supuesto de mala fe o culpa grave del tercero)— un concreto acto puede entrar en una de tales clasificaciones.

Esta idea ha sido nítidamente desenvuelta por GALGANO, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. 7; *La Società per azioni*, Cedam, Padova, 2.^a ed., 1988.

Comienza diciendo GALGANO que "las facultades de representación de los administradores se extienden a todos los actos que entran en el objeto social" (según el art. 2.384.1 CC); esto es, dice él, "a todos los actos que aparezcan ligados por una relación de medio a fin con el objeto social enunciado en el acto constitutivo".

La extrema dificultad, sigue diciendo, es la de elaborar criterios en base a los cuales poder expresar *a priori* un juicio de inherencia o no inherencia de un determinado acto cumplido por los administradores: el objeto social enunciado en el acto constitutivo de la Sociedad. El problema se plantea básicamente con los mutuos, los avales y los actos gratuitos. Es muy difícil determinar cuándo uno de tales actos es "instrumental respecto al logro del objeto social". El tercero, dice GALGANO, podría ser inducido a pensar que no hay ninguna relación de medio a fin entre una operación de mutuo o de asistencia financiera y la gestión de una empresa automovilística, o que no hay relación de medio a fin entre un acto de liberalidad y la gestión de una empresa; mas también podría suponer que semejantes actos puedan ser útiles a la Sociedad que los realiza y, por tanto, instrumentales con respecto al logro del objeto social, ya que los actos de liberalidad aumentan el prestigio y "la popularidad" de la Sociedad (o le facilitan las relaciones con el Fisco; ésta es, como es sabido, la razón por la que las grandes sociedades americanas son muy pródigas en actos de beneficencia); y en cuanto a las operaciones financieras arriba indicadas (préstamos, fianzas, ayuda financiera en general), también la Sociedad puede realizarlas con provecho si, por ejemplo, tienden a aliviar la suerte de una empresa que desarrolla actividades complementarias o si constituyen elemento de una más amplia operación ventajosa para la Sociedad.

En todo caso, y seguimos citando a GALGANO, es cierto que la ajenidad al objeto social (entendido como se dice más arriba) de los actos realizados por los administradores es, en línea de principio, oponible a los terceros y comporta la invalidez del acto. Pero "a tal principio se le adjunta una limitación que lo vuelve casi inoperante: la ajenidad del acto al objeto social puede ser opuesta no a todo tercero, sino al tercero de mala fe (en

nuestro Derecho, también al gravemente culpable. Prescindiendo aquí de si el legislador español se ha excedido al trasponer la Directiva); o sea, que el acto excedía del objeto social o no podía ignorarlo sin falta grave. Es una carga probatoria particularmente ardua.

Prueba que, por supuesto, habrá de ser realizada en el correspondiente juicio contradictorio.

Ahora bien, sigue diciendo GALGANO, "se debe excluir que la mala fe del tercero pueda —como alguna vez se ha afirmado— ser referida a un 'abstracto juicio de pertinencia o no pertinencia del acto al objeto social'. Ningún juicio abstracto de pertinencia es posible, puesto que nadie está en grado de juzgar 'desde fuera' qué actos son y qué actos no son instrumentales con respecto a la consecución del objeto social". Un semejante juicio puede ser formulado sólo en concreto: sólo en relación a concretas situaciones de hecho puede darse la prueba de que el tercero tenía mala fe, o sea, de que sabía (o podía haberse dado cuenta fácilmente) que el acto realizado por los administradores estaba fuera del objeto social.

Bélgica

La adaptación de la legislación belga al Derecho Comunitario fue realizada por la Ley de 6 de marzo de 1973. Hoy el texto vigente es el de "Lois Coordonnées Sur les Sociétés Commerciales" (LCS), en vigor desde el 31 de enero de 1990. Se trata de una especie de Texto Refundido.

En la legislación, doctrina y práctica belgas el tema ha dejado de ser discutido. Está claro que los autores le dedican poco espacio e, incluso, éste de pasada.

Los dos primeros párrafos del artículo 54 de las citadas leyes coordinadas dicen:

"El Consejo de Administración tiene la facultad de cumplir los actos necesarios o útiles a la realización del objeto social de la Sociedad, con la excepción de aquellos que la Ley reserva a la Asamblea general. El Consejo representa a la Sociedad frente a terceros en justicia, sea como demandante, sea como demandado".

En 1978, la Editorial Bruylant publicó, bajo el patrocinio de la Asociación Belga de Juristas de Empresa, unos "Estatutos comentados de sociedades anónimas".

El modelo de estatutos propuesto se limita a copiar estrictamente el texto legal. El comentario, por lo demás, es de interés y está completamente en línea con la idea que defendemos. Veamos lo que dicen los autores brevemente, pues como digo el tema no les parece problemático:

"Sur le plan interne, l'objet social limite les pouvoirs du Conseil d'Ad-

ministration...; depuis la Loi du 6 mars 1973, les limitadons statutaires aux pouvoirs du Conseil d'Administration sont inopposables aux tiers, mais elles restent possibles et gardent toute leur efficacité sur le plan interne, notamment, quant à la responsabilité des Administrateurs...; organe souverain de la Société, l'Assemblée Générale disposait antérieurement d'une compétence résiduaire. Actuellement, cette compétence résiduaire appartient en principe au Conseil d'Administration".

Países Bajos

Son, a mi juicio, un auténtico modelo de claridad y realismo. La materia de sociedades está contenida en el Libro II del Código Civil, que como los demás libros en vigor tiene una traducción oficial al idioma inglés bajo el patrocinio del Ministerio de Justicia.

La legislación, de gran concisión, ha captado claramente la finalidad de la Directiva y ha avanzado en su espíritu limitando la posibilidad de impugnación del acto cumplido por el órgano administrativo para con un tercero.

La materia viene concisamente regulada en la sección 6.^a del capítulo I del citado libro II del Código Civil y es válida para toda clase de sociedades; por eso se encuentra en el título de "General Provisions".

Vale la pena reproducir el magnífico texto oficial inglés:

"Section 6. 1. A legal person may invoke the nullity of a legal act, if an act executed in its name cannot be conducive to the realisation of its objet and the other party knew or could not be aware of the fact that such objet was transgressed or of such transgression. Publication of the articles or by-laws alone shall not be sufficient evidence that the other party could not be aware of such transgression of the objet.

2. The right of the legal person to invoke such nullity shall lapse upon the expiry of a reasonable period set by a directly interested party and notified to the legal person".

Señalemos las notas más destacadas de esta regulación neerlandesa:

a) Deja claro ya desde el principio que sólo la Sociedad puede invocar la nulidad del acto.

b) Considera como acto extraño al objeto social el que "no conduce" a la realización del objeto. ("Not conducive to the realisation of the objet").

3. Novedad de la legislación neerlandesa: Por razones de seguridad jurídica, cualquier tercero interesado en que se aclare en definitiva si el

acto será válido o nulo puede notificar a la Sociedad, que le concede un plazo —que ha de ser razonable— para que impugne el acto, si es que desea hacerlo. Si pasado ese plazo la Sociedad no ha impugnado, caduca su derecho a hacerlo.

4. Es evidente que tras todo esto está la Autoridad Judicial, en particular para determinar si el plazo concedido por el tercero es o no "razonable".

Y me tomo una pequeña libertad. Se ha dicho alguna vez que el nuevo Código Civil holandés está situado, como su geografía, en la encrucijada de varios mundos o culturas, reuniendo la brillantez latina con su imaginación, el rigor germánico con la capacidad de incluir gran contenido en apretada síntesis, y el realismo anglosajón, atento más a la solución de problemas concretos que a la formulación de bellas y acaso inútiles teorías generales.

Creo que este artículo del Código neerlandés es un magnífico ejemplo de tal idea.

Estas cualidades resaltan también en el brevísimo y más completo comentario que hace el insigne mercantilista holandés P. SANDERS en la obra de 1989, *Companies and other legal persons under netherlands law netherlands Antilles law*.

He aquí el precioso comentario: "La sección 6.^a se refiere a los negocios jurídicos (*legal acts*) de la persona jurídica (*legal person*) que son *ultra vires*. Sólo la persona jurídica, de hecho la Compañía, puede invocar la nulidad de tales actos. Ella debe entonces probar que la otra parte tuvo conocimiento de tal transgresión o no pudo ser ignorante de la misma. Ahora bien, como la publicación de los estatutos o reglamentos en el Registro de Comercio no constituye suficiente prueba de tal conocimiento, es en la práctica difícil invocar la nulidad".

Luxemburgo

La Ley de 23 de noviembre de 1972 dio al artículo 53 de la Ley de Sociedades Comerciales luxemburguesa una redacción exactamente igual que la que vimos más arriba para Bélgica, por lo que en aras de la brevedad nos remitimos a lo dicho más arriba.

Irlanda

El Reglamento 6.º de Sociedades de 1973, que cumplimentaba la Primera Directiva, dispone textualmente lo que sigue, que como se aprecia claramente está en la línea del presente trabajo:

"Toda persona que trata de buena fe con la Sociedad está autorizada a ver las transacciones que ella ha concluido con el Consejo de Administración, considerándolas como incluidas dentro del dominio de atribución de la Sociedad. La limitación incluso obligada de las facultades del Consejo de Administración no le es oponible, puesto que tal persona se estima ha obrado de buena fe hasta prueba en contrario".

Dinamarca

En el año 1973 se promulgaron dos leyes, una sobre sociedades anónimas y otras sobre limitadas, adaptadas a la legislación de las Comunidades Europeas.

El derecho de firma habilita al que lo tiene para obligar en todo caso a la Sociedad frente a terceros, a menos que el firmante invada ilícitamente las atribuciones de otros órganos o, de otra parte, firme un contrato incompatible con el objeto social, siempre que la Sociedad esté en medida y condición de probar que el tercero conocía este estado de cosas o que no podía dejar de conocerlo.

Grecia

Ha cumplimentado las Directivas con gran retraso con los decretos presidenciales 409/1986 y 498/1987. No tengo disponible el texto; parece, sin embargo, que la redacción es acertada. En el libro recientemente aparecido, editado simultáneamente en inglés por la editorial Kluwer holandesa, con ramificaciones en diversos países, y la Sakkoulas de Atenas, el profesor de la Universidad del Estado norteamericano de Ohio P. J. KOZYRIS dice lo siguiente:

"El Consejo rige y representa colegialmente a la Sociedad en todos los asuntos sujeto a las limitaciones que constan en el acto constitutivo o son adoptadas por acuerdo de la Junta de Accionistas. En última instancia, no obstante, aquéllos no pueden perjudicar los derechos de buenas personas de buena fe".

Portugal

Está dando ejemplo de firme voluntad comunitaria. Con mucha anterioridad con respecto a España ha promulgado un completo y técnico "Co-

digo das Sociedades Comerciais" promulgado por Decreto-Ley 2623/1986, de 2 de septiembre, y que entró en vigor rápidamente, el 1 de noviembre del mismo año.

El artículo 409, cuya rúbrica es "Ámbito da vinculado da Sociedade", recoge a la perfección el espíritu de la Directiva y creo vale la pena copiarlo en lengua original por su claridad y buena construcción. Veámoslo:

"Antigo 409. *Ámbito de vinculagao da Sociedade*.—1. Os actos practicados pe los administradores em nome da sociedade, e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para con terceiros, nao obstante as limitares constantes do contrato de sociedades ou resultantes de deliberares dos accionistas, mesmo que tais limitares estejam publicadas.

2. A Sociedade PODE porem opor a terceiros as limitares de poderes resultantes do seu objecto social SE PROVAR que o terceiro tinha conhecimento de que o acto praticado nao respeita essa clausula do contrato e se, entretando a Sociedade o nao assumiu, por deliberacao expressa ou tacita dos accionistas.

3. O conhecimento referido no numero anterior nao pode ser provocado apenas pela publicidade dada ao contrato de sociedade.

4. Os administradores obrigam a sociedade, a pondo a su assinatura, com indica9ao dessa qualidade".

Francia

Deliberadamente —*last, but not least*— hemos dejado para el final el caso francés, en cuya normativa, tomada muy a la ligera, parece haberse inspirado el legislador español. No olvidemos, no obstante, que la reforma francesa de 1969 es, acaso, la más antigua de la Comunidad y el peso que en el país hermano tiene la tradicional teoría del mandato. No obstante ello, como veremos, la interpretación de la doctrina es la correcta y unánimemente mantenida en el ámbito de toda la Comunidad..., salvo el lamentable caso de España.

El texto básico es el artículo 98 del Code des Sociétés como ha quedado tras la Ley número 67-559, de 12 de julio de 1967, y sobre todo la Ordenanza número 69-1176, de 20 de diciembre de 1969.

Veamos dicho texto:

"El Consejo de Administración está investido de las facultades más extensas para actuar en toda circunstancia en nombre de la Sociedad y las ejerce en el límite del objeto social y con reserva de las atribuidas expresamente por la Ley a la Asamblea de Accionistas.

En las relaciones con terceros, la Sociedad queda obligada incluso por los actos del Consejo que no tienen relación con el objeto social ("qui ne

relévent pas de l'objet social") a menos que ella pruebe que el tercero sabía que tal acto excedía de tal objeto ("depasait cet objet") o que no podía ignorarlo habida cuenta de todas las circunstancias, quedando excluido que la mera publicación de los Estatutos baste para constituir dicha prueba.

Las disposiciones de los Estatutos, limitativas de las facultades del Consejo de Administración, son inoponibles a terceros.

Las fianzas, avales y garantías dadas por sociedades distintas de aquellas que explotan establecimientos bancarios o financieros deben ser objeto de una autorización especial del Consejo, en las condiciones determinadas por Decreto. Este Decreto determinará igualmente las condiciones en que este incumplimiento (*depassement*) de la autorización puede ser opuesto a tercero.

Observemos ante todo que el único parecido con el artículo 129 de la nueva Ley española (y de los correspondientes del Reglamento) estriba en una referencia estrecha al objeto social muy propia de la época de la promulgación de la norma: el Consejo ejerce los poderes que le son propios "en el límite del objeto social".

Apresurémonos a decir ante todo que, incluso en términos estrictamente literales, el objeto francés es infinitamente más amplio que el español, dado que en Francia no tienen que soportar una norma tan desgraciada y desacertada (cuyo más benévolo destino sería olvidarla para poder cumplir normas y fines más importantes del ordenamiento) como la contenida en el artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil, auténtica "ceremonia de confusión".

Quiero decir que en España el objeto, por ejemplo, de una Sociedad cuya actividad consista en, por ejemplo, "fabricar gafas", estrictamente hablando, se termina aquí, y todo lo que no sea fabricar gafas es *ultra vires*. Bueno, ya sé que en la práctica no es así, pero para ello hay que olvidar el nefasto artículo 117 del Reglamento.

En Francia, por el contrario, como no existe tan absurda limitación, el objeto comprende ya de por sí todos los actos necesarios o útiles para su realización..., que quedan incluidos incluso en la literalidad del objeto.

Una publicación tan prestigiosa y conocida en todo el ámbito de la Europa comunitaria, la de "Jura Europae", de Munich-París, a que he hecho alusión más arriba, contiene un modelo de Estatutos de Sociedad Anónima francesa.

Veámoslo:

"Art. 2. *Objet social*.

1. La Société á por objet:

La fabrication, l'achat, la vente, la negotiation, rimportation, l'exportation, la distribution, la representation de tous-jouets, jeux, articles de fête de sport et de puericulture. La prise d'explotation, l'achat, la vente, la location de tous les brevets, marques, procedes de fabrication, licences concernant tous jouets, jeux, articles de 'fête', de sport et de puericulture. Et generalmente toutes opérations industrielles, commerciales ou financières, pouvant se rattacher directement ou indirectement à Pobjet social, ou susceptibles d'en fascilitér la réalisation".

Magnífica descripción del objeto, ¿verdad? Pues no conseguiría pasar la calificación del Registro Mercantil de Barcelona.

Aparte de cualquiera o cualesquiera otras objeciones, dimanantes del celo calificador, he aquí seguro que la escritura sería devuelta con estos dos "defectos":

1. No se cumple lo prevenido en el artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil.

2. Comprende operaciones de "índole financiera".

Mas volvamos al Derecho francés de sociedades.

En realidad, en Francia, aunque el depositario real y último de los poderes representativos es el Consejo de Administración, de hecho los ejerce, por atribución legal, el Presidente del Consejo en representación del mismo, salvo como vimos más arriba que se trate de avales, garantías y actos análogos.

No obstante, el Presidente del Consejo de Administración puede ser autorizado con carácter general por el Consejo para la realización de tales actos.

Como ponen de manifiesto J. HEMARD, TERRÉ y MABILLAT, la doctrina francesa, al comienzo, tuvo alguna vacilación que recuerda el actual estado de ánimo de la doctrina española, agobiada por el peso de la tradición y por la presencia destacada del objeto. Hasta el punto que tras señalar la inoponibilidad del objeto a terceros de los actos que sobrepasan el objeto social, con cierto aire de conformidad dicen que "por lo menos en las relaciones internas en el seno de la sociedad no está fuera de lugar referirse a los análisis tradicionales del objeto social". Estas reticencias, que se encuentran en la citada y por lo demás básica obra, cuya edición que manejo es de 1972, han desaparecido en obras más recientes.

Es curioso como, aparte de la propia Primera Directiva y de las influencias germánica —directa— y norteamericana —a través de Gran Bretaña—, Francia viene sufriendo una influencia tradicional: la del Ca-

nada francófono, donde, como señalan M. CoziAN y A. VIANDER (*Droit des Sociétés*, 2.^a ed., París, 1988), está admitido el llamado objeto general, cuya redacción tipo sería la siguiente: "La Sociedad podrá hacerlo todo, no importa dónde o bajo cualquier forma que sea".

Y destacan dichos autores —que ponen de manifiesto cómo, por lo menos en el ámbito mercantil, es más interesante el pragmatismo que las rigideces dogmáticas— el caso de la "Compagnie Universelle du Canal de Suez", que en contra de la legislación vigente en la época de su creación tenía una cláusula de objeto más o menos universal. Pues bien, al nacionalizarse el canal esa "ilegalidad" le ha permitido, en lugar de disolverse o liquidarse, "continuar" (dentro de su amplísimo objeto) una brillante carrera como institución financiera.

Para no cansar demasiado me limitaré a consignar que los más recientes tratadistas, olvidándose de las vacilaciones más primitivas, aceptan el resultado de la Primera Directiva tal y como es interpretado y aplicado unánimemente en Europa..., salvo, al menos de momento, en España. Citemos a Y. CHATIER, PH. MERLE, H. BLAISE e Y. CHAPUT. También a D. BASTÍAN en su trabajo o comentario contenido en las varias veces citada obra clásica *Iuraeuropae*, y a P. MEINHARDT en su también importante libro *Company law in Europe*.

Quiero, sin embargo, aludir específicamente a una obra de calidad excepcional, *Traite de Droit Commercial*, de G. RIPERT, cuya edición número trece acaba de aparecer puesta al día por R. ROBLOT, profesor de la Universidad de Nancy.

En el epígrafe 1.294 del tomo primero, denominado "Depassement de l'objet social", mantiene la tesis generalmente admitida y que ya podemos llamar clásica: la de que en aplicación del principio de especialidad el artículo 98.1 de la Ley de Sociedades decide que los poderes del Consejo se ejercen "dans le limite de l'objet social"; pero conforme a la Directiva del Consejo de la CEE de fecha 9 de marzo de 1968, la Ordenanza de 20 de diciembre de 1969 ha aportado a esta regla una derogación importante destinada a reforzar la seguridad de los terceros que contratan con la Sociedad. En las relaciones con los terceros la Sociedad queda incluso obligada por las decisiones del Consejo que no pertenecen al objeto social, a menos que la propia Sociedad pruebe que el tercero sabía que el acto excedía de tal objeto o no podía ignorarlo habida cuenta de las circunstancias. Queda formalmente excluido que la sola publicación de los Estatutos baste para constituir dicha prueba.

En definitiva, sigue diciendo ROBLOT, puede y suele decirse que al Consejo pertenecen los poderes "les plus étendus pour agir en toute circonstance" en nombre de la Sociedad.

Ahora bien, sigue diciendo, esta expresión no es feliz. El Consejo

decide, pero no actúa. El poder de representar a la Sociedad frente a terceros pertenece sólo al Presidente, salvo aquellos supuestos (avales, etc.) que el Presidente requiera acuerdo previo del Consejo o delegación de éste.

Nos enseña el profesor ROBLOT cómo sin perjuicio de las influencias externas que han llevado a la plena admisión de la regla que nos ocupa ya el Derecho jurisprudencial francés, por evolución propia o autóctona, estaba camino de llegar a la misma solución. En efecto, dice dicho autor, la Ley de 1867 consideraba que los accionistas reunidos en Junta general detentaban el poder supremo y que los administradores, en calidad de mandatarios, no tenían más que poderes delegados. Así, los redactores de los Estatutos tomaron la costumbre —aún subsistente desgraciadamente en España— de enumerar las facultades concedidas al Consejo.

En general, la delegación era muy amplia; los Estatutos preveían un gran número de actos, y con gran frecuencia actos muy raros. No obstante, la evolución del Derecho moderno debía conducir a abandonar la idea de delegación y a reconocer al Consejo de Administración poderes propios. Esta idea de los poderes propios del Consejo fue afirmada por primera vez en Francia en una Sentencia del Tribunal de Casación de 1 de junio de 1946.

Por el contrario, el hecho de que un acto no corresponda al objeto social, sigue diciendo el mismo autor, "conserve une grande importance dans les rapports internes de la Société", si bien es una noción a veces difícil de precisar. Son muchos los casos que han examinado los Tribunales, mas toda su mecánica opera en el ámbito interno.

Como se ve, el Derecho de los países de la Comunidad Europea —y muchos de fuera de ella— es unánime en la materia, pudiendo señalarse como puntos fundamentales los siguientes:

a) La noción de "objeto" en cuanto criterio de medida de los poderes de los Administradores ha perdido prácticamente toda su virtualidad frente a terceros.

b) Frente a terceros, y salvo la excepción de mala fe —o culpa grave en algún supuesto—, es válido y eficaz cualquier tipo de acto siempre que no sea de aquellos que la Ley reserva a la competencia de la Junta general.

c) Sólo la Sociedad está legitimada para intentar probar la mala fe o, en su caso, la culpa grave del tercero.

d) Esta prueba será, en principio, muy difícil.

e) La publicación del objeto de los Estatutos no basta para establecer la mala fe del tercero.

f) Por supuesto, esta prueba ha de ser producida ante los Tribunales competentes y en el correspondiente adecuado procedimiento judicial.

g) En el ámbito interno conserva el objeto su importancia, si bien las dudas son muchas y habrá que examinar los supuestos planteados caso por caso, pero siempre sin que ello trascienda a terceros.

IX. EL CASO DE ESPAÑA. TARDANZA INJUSTIFICADA EN TRASPONER LA DIRECTIVA; DEFECTUOSA TRASPOSICIÓN Y PRÁCTICA ADMINISTRATIVA, SOBRE TODO REGISTRAL, ABSOLUTAMENTE OPUESTA A LA LETRA Y ESPÍRITU DE LA DIRECTIVA

Contraponíamos más arriba la celeridad con que Portugal ha cumplido su obligación comunitaria de trasponer a su Derecho nacional las Directivas de Sociedades, lo que ha llevado a cabo además con notable fidelidad y perfección técnica frente al caso de España, que ha tardado tres años más en hacerlo... y encima lo ha hecho mal.

Los defectos más graves del desordenado y confuso artículo 129 de la Ley son:

a) El estrecho concepto del objeto social, agravado por la aún mayor estrechez del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil.

b) La introducción de la "culpa grave" del tercero cuando en realidad, a la luz de la Directiva, el "no poder ignorarlo" más bien hace referencia a un supuesto "de presunción de mala fe".

c) El no aclarar, ya que comienza dando tal importancia al objeto, que esta trascendencia opera en el ámbito interno exclusivamente. En conversación con algún Registrador amigo, éste me decía que le gustaría sostener mi tesis, pero que "el artículo 129 no se lo permite; que dicho artículo NO DISTINGUE PLANOS, y donde la Ley no distingue él no puede distinguir". El argumento tiene su contrarréplica y me remito a lo que dije sobre el efecto directo de las Directivas en determinados supuestos, pero hay que reconocerle cierta parte de razón.

d) Pero, sobre todo, el mayor defecto de la reforma citada es el no aclarar, como hace la Directiva, lo que convierte en una omisión culpable atribuible al Estado español que sólo la Sociedad está legitimada para intentar probar la mala fe—o en su caso la culpa grave— del tercero.

Los defectos son de grueso calibre, y es una verdadera pena que en una materia en que se busca seguridad una Ley mal hecha haya introducido una auténtica inseguridad entre los encargados de cumplirla.

Hasta tal punto es así que incluso por el buen nombre comunitario de España yo propongo formalmente desde aquí que se eleve una petición a los poderes públicos para que con la máxima urgencia se deroguen los artículos 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y 117 del Reglamento del

Registro Mercantil por crear un confusionismo incompatible con las obligaciones asumidas por España.

Ahora bien, como decía más arriba, incluso sin reforma legal y reglamentaria podemos y debemos aplicar el Derecho comunitario incluso por encima del Derecho nacional.

Todos sabemos nuestro martirio —indebido a estas alturas— de cada día escudriñando en larguísimas enumeraciones de Estatutos si un acto entra o no en las facultades del órgano administrativo y las por supuesto siempre cordiales discusiones con nuestros amigos los Registradores.

En realidad el factor desencadenante de estas notas ha sido el trabajo del gran amigo, compañero e insigne jurista PEDRO AVILA ALVAREZ en el número 599, mayo y junio 1990, de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, concretamente en la página 109, *infine*, en que tras ciertas dudas se declara "dispuesto a seguir calificando las facultades de los administradores".

El asunto reviste especial gravedad dada la conocida y merecida autoridad del autor por sus magníficas publicaciones, que yo también adquiero y leo, entre Registradores y Notarios.

Si el querido compañero me permite una nota de humor (que después de todo no puede molestarle por su resonancia granadina), me parece un nuevo don Quijote entrando a saco, sin que nadie le haya dado facultades para ello, en el retablo de maese Pedro, dando mandobles a diestro y siniestro a toda clase de "ladrones, malandrines y follones". (La expresión es de nuestro "Príncipe de los Ingenios".)

Y yo les pediría a mis amigos, lo repito una y mil veces, los Registradores que sepan reaccionar como juristas ante el desaguizado legal y reglamentario y se abstengan de calificar los actos y contratos celebrados por los órganos administrativos con terceros, y ello por una sencilla y simple razón: la de que no tienen facultades legales para ello.

Y ya sabemos el principio básico de toda competencia, expresado con la concisa y exacta sabiduría de los clásicos axiomas: "Id possumus quod de iure possumus". Podemos lo que podemos según Derecho.

Precisamente porque tienen como noble misión la de ser vigilantes y guardianes de la seguridad, no pueden convertirse en órganos de inseguridad, por muy recta, por supuesto lo es, que sea su intención.

En el fondo sólo se trata de aplicar una idea plasmada en una de las mejores fórmulas de nuestro ordenamiento, el artículo 103 de la Constitución, que pide la "sumisión plena a la Ley y al Derecho".

Y nuestro Derecho ha dejado de ser una obra plana y ha pasado a tener relieve, se entrecruzan diversos Ordenamientos, entre ellos el Comunitario.

Recordemos que si España (art. 93 de la Constitución) ha cedido parte

de su soberanía a la Comunidad Europea ha dejado de ser competente en las materias cedidas. Por consiguiente, a la hora de trasponer una Directiva sólo tienen libertad en cuanto a la elección de los medios, pero nunca de fines o resultados.

Si ha hecho mal la trasposición, como es nuestro caso, nuestra obligación como juristas y dotados de una función pública es aplicar el Derecho. En nuestro supuesto y ante todo interpretando la Ley y el Reglamento a la luz de la Directiva, y en segundo lugar, simplemente y por imperativo jurídico, dejando sin aplicación la Ley y el Reglamento y aplicando directamente la Directiva, dando cumplimiento a la doctrina de la Sentencia Van Duyn señalada más arriba.

¿Que se necesita valor para ello? No veo por qué: es una mera aplicación de los principios de jerarquía y competencia; pero si a pesar de ello se estima que hay que tener valor, pues tengámoslo.

Después de todo, también del jurista, en general, se puede decir lo que con cierta dosis de humor y profunda intuición dijo un Juez inglés de su función: "El Juez ha de ser honesto, independiente, valiente, no accesible a influencias, conecedor de la vida, etc.; y si además sabe algo de Derecho no le viene mal".

X. CONCLUSIONES

Son las siguientes, que expondré someramente:

1.^a La referencia que hace el artículo 129 a los actos comprendidos en el objeto social ha de entenderse referida sólo al ámbito interno.

2.^a Diga lo que diga el artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil, deben entenderse incluidos en el objeto social los actos necesarios o útiles a la consecución de dicho objeto.

3.^a Sólo el tercero de mala fe probada o presunta puede ver atacado el acto o contrato celebrado con el órgano social por no ser conforme al objeto. La Directiva, a los pillos, no a los simples.

4.^a El órgano administrativo puede realizar, frente a terceros, toda clase de actos, incluso a título gratuito, puesto que el tercero no está en condiciones de conocer o valorar la posible pertenencia de los mismos al objeto social.

5.^a Sólo la Sociedad puede impugnar tales actos probando la mala fe del tercero.

6.^a Esta prueba, por supuesto, habrá de hacerse en el correspondiente juicio contradictorio.

7.^a El Registrador de la Propiedad o Mercantil no tiene facultades para calificar la adecuación del acto al objeto y la buena o mala fe del

tercero. Se exceptúa el supuesto de presunta comisión de un delito. Algún sector de la doctrina francesa recoge algún otro supuesto totalmente excepcional: por ejemplo, Sociedad cuyo objeto único es explotar una determinada finca cuando se vende esa finca, lo que implicaría la desaparición de la Sociedad por desaparición del objeto.

8.^a El tercero tiene un derecho incluso constitucional a que se presuma su buena fe, ya que si se pone en tela de juicio —y sólo, no lo olvidemos, a instancia de la Sociedad, única legitimada para ello— sólo un Juez sea el que decida su caso.

9.^a La calificación de oficio por el Registrador, sin perjuicio de la buena fe que le anima, crea una inseguridad incompatible con la esencia del Registro y la finalidad de la Directiva.

10. Dicha calificación por parte del Registrador infringe simultáneamente diversas ramas del Derecho y ha de ser considerada especialmente grave.

11. Infringe en primer lugar el propio Derecho comunitario con sus notas de aplicabilidad directa y carácter preferente, sin que valga decir que se está aplicando el Reglamento. Este, por su naturaleza, forma parte de un ordenamiento jurídico complejo más amplio.

12. Infringe el Derecho Mercantil que hay que interpretar como ordena el Código Civil. En la "realidad de nuestro tiempo", como criterio interpretativo, entra la realidad jurídica de los demás países de la CEE.

13. Infringe el Derecho constitucional porque priva al tercero de una presunción de buena fe y de su Derecho a un Juez ordinario y a un procedimiento legal de acuerdo con la Ley y todas las garantías.

14. Infringe el Derecho procesal y por supuesto también en este caso el constitucional: el Registrador, al lanzarse de oficio a una materia que sólo corresponde a los Tribunales, está invadiendo funciones jurisdiccionales que no le corresponden.

15. Este carácter multidireccional de la inflación hace que se multipliquen también las posibilidades de recursos o de remedios.

16. Por supuesto, existe la posibilidad de instar el recurso gubernativo y la de litigar sobre la validez y eficacia del título.

17. Dado el carácter de órgano estatal del Registrador cabría la posibilidad de poner la calificación registral razonadamente en conocimiento de la Comisión de las Comunidades Europeas para que requieran al Reino de España el adecuado cumplimiento de sus obligaciones, pudiendo interponer si no se tiene resultado un "recours en manquement", de acuerdo con el artículo 169 del Tratado.

18. Estimo se puede ya alegar el desconocimiento de derechos fundamentales para en su día acceder a un recurso de amparo. No será muy probable, pero no hay que descartarlo.

19. Sería posible igualmente una queja a las Autoridades Judiciales pertinentes por invasión de terreno exclusivamente reservado a éstas.

20. No descarto que el Registrador pueda (y quizá deba hacerlo) interponer un recurso de interpretación prejudicial del artículo 177 del Tratado. Ya sé que no es jurisdicción en el sentido del Derecho interno, pero sí, acaso —y ello será objeto de un próximo trabajo—, es jurisdicción en el sentido del Tratado, ya que éste concepto, según tiene declarado la jurisprudencia comunitaria, es un concepto autónomo del Derecho comunitario.

21. Dada la obligación del Estado español y de todas sus Autoridades —Registradores y Notarios incluidos— de cumplir el Tratado y sus fines por una interpretación que atienda sobre todo a su efecto útil, estimo que es posible, prescindiendo de todo recurso clásico, dirigirse a los poderes públicos para que por vía de interpretación o por vía de promulgación de nuevas normas restituyan la legalidad comunitaria violada.

22. En definitiva, estimo que en los Estatutos bastará consignar que el órgano administrativo ostenta las facultades más amplias para realizar en el ámbito judicial o extrajudicial todos los actos y contratos que sean necesarios o útiles para la consecución del fin social o, incluso, una fórmula aún más simple: "El Consejo o el administrador o administradores tienen la plena representación de la Sociedad, sin más límites que las facultades legalmente atribuidas a la Junta general".

Y a la hora de actuar bastará acreditar al Notario autorizante "la vigencia e inscripción del cargo".

Las facultades para el concreto acto de que se trate "se le suponen", como el valor a los reclutas. Saldrá ganando la seguridad jurídica, se liberará tiempo para otras atenciones y, si me permiten lo que parece una "astracanada", será hasta ecológicamente útil. Las miles de páginas que se ahorrarán al año tiene su traducción en miles de hectáreas de bosque que dejarán de arrasarse para disponer de papel en el que consignar las farragosas, interminables y siempre incompletas listas de facultades de los administradores.

¿Me permiten para terminar una anécdota histórica? Se cuenta —¡qué tiempos, Dios mío!— que en la guerra de los albigenses o cataros en el sur de Francia, en el siglo XIII, el delegado papal había ordenado al "civil" que sitiaba cierta ciudad que exterminase a todos los herejes que encontrase en la misma. Este preguntó cómo los conocería, a lo que el citado delegado respondió que "matase a todos sus habitantes y que ya después Dios reconocería a los suyos y se los llevaría al cielo".

Pues bien, con mucha diferencia (¡gracias a Dios!) de contenido, el esquema es el mismo: admitamos como válidos frente a tercero todos los actos de los administradores, que después ya vendrá la Sociedad a llevar "a los malos" al infierno de la impugnación judicial.

ANTONIO ROLDAN RODRÍGUEZ

Abogado-Notario

BIBLIOGRAFÍA

1. CHARTER, Y.: *Droit des affaires-Les sociétés*, Presses Universitaires de France, 1985.
2. MERLE, PH.: *Droit Commercial. Sociétés Commerciales*, **Precis Dalloz, 1988.**
3. CHAPIRA, J.; LE TAILLEC, G., y BLAISE, J. B.: *Droit européen des affaires*, Presses Universitaires de France, 1990.
4. "Enterprises. Marché unique", en *De l'économie familiare a la strategie industrielle*, Horizon, 1990. 85 Congres des Notaires de France, Stasbourg, 1898.
5. COZIAN, M., y VIANDER, A.: *Droit des sociétés*, Litec, París, 1988, deuxième edition.
6. *Gide Loyrette Nove. Code des sociétés*, Jurisdictionnaires **Jly, 1990.**
7. *Jura Europae. Droit des Sociétés. Gesellschaftsrecht, Company Law*, C. H. Beck, Editions Techniques Jurisclasseur, München, Berlín.
8. *Droit desl affaires-sociétés*, Júpiter, 1990.
9. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, edición especial, 1985; *Derecho de sociedades*, vol. 01.
10. *Encyclopedie Dalloz-Sociétés*. Mise a jour, 1990.
11. CHAPUT, Y.: *Objet social. Influence sur les pouvoirs des organes sociaux*, 1987.
12. RIPERT, G., y ROBLOT, R.: *Traté de Droit Commercial*, LGDJ, París, 1989.
13. *Dalloz Code des Sociétés*, 1990.
14. MEINHARDT, P.: *Company Law in Europe*, Gower, 1982.
15. BARROCAS, M. P.; PLASENCIA, A.; SANTACANA JUBILLER, J., y otros: *Business Law in Europe*, Klower Law and Tasation Publishers, 1990.
16. WARENDORF, H. C. S.: *Member ofthe Amsterdam Bar and M. A. Thomas Solicitor.*
17. FRE, G.: "Società per azioni". *Commentario al Codice Civile a curfa di A. SCIALOJA e G. BRANCA*, Roma, 1982.
18. TRABUCCHI, G.: *Commentario breve al Codice Civile*, Cedam, Padova, 1989.
19. COTTINO, G.: *Diritto commerciale. Le società e le altre associazioni economiche*, Cedam, Padova, 1989.
20. *Trattato di Diritto Privato*, directo da P. RESCIGNO. Impresa e Lavoro.
21. BONELLI, F.: *Amministratori di Società per Azioni*, Giuffré Editore, Milano, 1985.
22. GALGANO, F.: *Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1988.
23. NETO, A.: *Código Comercial. Código des Sociedades. Legislação Complementaria*, Lisboa, 1986.
24. BUTTERWORTHS (European Information Services): *Compendium ofE. C. Company Law.*
25. CAPPOTORTI y otros: // *Diritto delle Società nella Comunità Económica Europea*, Cedam, Padova, 1975.

26. KERADEUS, K. D., y KOZYRIS, P. J.: *Introduction to Greek Law*, Kluwer and Sakkoulas, 1988.
27. ASSOCIATION BELGE DES JURISTES D'ENTREPRISE: *Société Anonyme. Status commentés*, Bruylant, Bruxelles, 1978.
28. VAN HILLE, J. M.: *La société anonyme. Aspects juridiques et pratiques*, Bruylant, Bruxelles, 1990.
29. MORSEY y otros: *The Companies Act 1989*, Sweet and Maxwell, 1990.
30. BUTTERWORTHS: *Company Law Guide*, London, Dublin and Edimbourg, 1990.
31. PENNINGTON, R.: *Company Law*, Butterworths, 1990.
32. CEREXHE, E.: *Le Droit Européen. Les objectifs e les institutions*, Bryllant, Bruxelles et Nauwelaerts Beauvechain, 1989.
33. SANTA MARÍA, A.: *Diritto Commerciale Comunitario*, Giuffré Editore, Milano, 1990.
34. GOLDMAN, B., y L YON-CAEN, A.: *Droit Commercial Européen*, Précis Dalloz, 1983.
35. LEWIS, D.; SALOMÓN, A., y PALMITER, R.: *Corporations. Examples and explanations*, Toronto, London, 1990.
36. CLARK, R.: *Corporate Law*, Little Brown and Company, 1986.
37. ESTEBAN VELASCO, G.: "Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital". *Reforma del Derecho español de Sociedades*, Colegios de Registradores y Notarios, Madrid, 1988.
38. DE LA CÁMARA, M.: "LOS órganos de la sociedad anónima". Conferencia en Colegio Notarial de Barcelona, 1989.
39. AVILA ALVAREZ, P.: "La sociedad anónima ante el Registro de la Propiedad", *RCDJ*, julio-agosto 1990.
40. ROLDAN, A.: "Gran Bretaña. Definitiva abolición de la regla *ultra vires*", *La Notaría*, mayo 1990.

B) EL ÁMBITO DEL PODER DE LOS ADMINISTRADORES ÉN SOCIEDAD ANÓNIMA

Un artículo mío en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, "La sociedad anónima ante el Registro de la Propiedad", es acerbamente criticado por otro del compañero ANTONIO ROLDAN RODRÍGUEZ en *La Notaría*, "El objeto social en las sociedades anónimas, los actos *ultra vires* y la calificación registral"; y donde yo creía estar haciendo una interpretación pacífica de nuestro Derecho societario, me veo increpado como autor de "inútiles disquisiciones" en la clasificación de los actos otorgados por los administradores, sustentador de una teoría que no supone "reaccionar como juristas" y comparado con don Quijote cuando arremete contra las figurillas del retablo de maese Pedro. Y aunque se adereza la dura crítica con algunos encendidos elogios, mucho me temo que éstos

van dirigidos a mi padre, con quien me confunde en las citas (y es confusión que, por honrosa, no puedo reprocharle), y a mí sólo las críticas por el artículo que desencadena su cólera. Me veo, pues, obligado a una respuesta, que acometo con el natural respeto hacia la autoridad de nuestro compañero y advertido por aquella inscripción que, según cuenta el mismo don Quijote, puso Cervino al pie del trofeo de las armas de Orlando, que decía:

"Nadie las mueva
Que estar no pueda con Roldan a prueba".

Vayan por delante los párrafos que, en mi artículo, se referían al ámbito del poder de los administradores.

ÁMBITO

Según el artículo 128 LSA: "La representación de la sociedad, enjuicio y fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos", o sea, al órgano de administración en los términos que luego se verán; y como esta representación se extiende en principio a todos los actos comprendidos en el objeto social, pueden estudiarse las facultades de los administradores a través de dos clases de actos:

a) *Actos dentro del objeto*

La representación de los administradores se extiende a "todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos" (art. 129 LSA); puede decirse que la realización del objeto social es el contenido mínimo del poder de gestión y representación de los administradores: dentro de este contenido mínimo, "cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita (indebidamente inscrita, debe añadirse) en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros" (art. 129 LSA); de manera que, actuando dentro del objeto social, cualquier transgresión por el administrador de las limitaciones impuestas por los estatutos o por la Junta podrá dar lugar a una acción de responsabilidad, pero nunca afectará a la eficacia del acto celebrado con un tercero.

El entusiasmo por esta doctrina del objeto llevó a la Resolución de 31 de marzo de 1986 a decir que es necesario hacer constar el objeto social en todos los supuestos en que el administrador actúa en nombre de la socie-

dad, pues sus facultades se concretan, como mínimo, a los actos comprendidos dentro del giro o tráfico de la empresa. En realidad, la reseña del objeto es conveniente, incluso como circunstancia significativa de la sociedad, como la profesión se reseña entre las circunstancias de las personas físicas; pero las razones que alega la Dirección no son muy claras, porque si de los estatutos resultan las facultades del administrador, ya no es estrictamente necesario referirse al objeto: lo que sí puede afirmarse es que si se reseña el objeto y el acto que haya de realizar el órgano de administración está comprendido en él, huelga ya referirse a más cláusulas o facultades estatutarias o a acuerdos de la Junta que legitimen la actuación.

Los estatutos pueden ampliar ese contenido mínimo; y lo mismo la Junta, que puede hacerlo con carácter general o para actos concretos. Pero, en cualquier caso, debe tenerse en cuenta que es una representación orgánica, no voluntaria; y así, como señala la Resolución de 4 de marzo de 1985, el artículo 1.713 CC no será aplicable a los órganos de las sociedades mercantiles que ostentan la representación de la sociedad "sin que sea preciso que en la escritura de constitución o en los estatutos se especifiquen las distintas facultades representativas que se le confiere al órgano social, pues basta a tal fin la fórmula general de otorgársele la representación enjuicio y fuera de él para que se encuentre autorizado a realizar los actos que forman parte del objeto social".

b) *Actos fuera del objeto*

Para los actos comprendidos en el objeto social, los administradores deberán estar autorizados especialmente, sea por los estatutos, sea por acuerdo especial de la Junta. De otra forma, la extralimitación del administrador puede producir:

1.º La responsabilidad de éste frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores como consecuencia de la realización de un acto contrario a los estatutos (art. 133 LSA).

2.º La ineficacia del acto frente al tercero según las reglas generales de la representación. Sin embargo (y la excepción es, quizá, más importante que la regla), según el artículo 129 LSA: "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".

La interpretación de este precepto tal vez sea uno de los puntos más dudosos de la reforma; su redacción debió seguir el criterio de la Primera Directiva de la Comunidad Europea de 1968; la Comunidad, obligada a

contemporizar los distintos criterios de sus distintos miembros, había orientado la Directiva en el sentido de que una sociedad no puede, en principio, oponer a un tercero que el administrador se ha excedido de sus poderes estatutarios, pero los Estados miembros pueden concederle este derecho a condición de que la sociedad pueda probar que el tercero estaba advertido de la extralimitación. Se trata de una norma general de tipo germánico (poder ilimitado e ilimitable de los administradores) y una excepción facultativa de tipo latino (del mandato restringido a las facultades conferidas o al objeto social).

Distintos anteproyectos de Ley de Reforma lo entendieron así, de manera que la sociedad quedaba también obligada frente a tercero por cualquier acto que no enajenara exactamente en la realización del objeto social, salvo que este tercero conociera o no pudiera ignorar la extralimitación; se llegaba a decir literalmente que "en sus relaciones con terceros será ineficaz cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores y la sociedad quedará obligada por los actos realizados por ellos incluso cuando tales actos sean ajenos al objeto social. No obstante, la sociedad no quedará obligada en este último caso si prueba que los terceros sabían que tales actos excedían del objeto social o que, dadas las circunstancias, no podían ignorarlo. La publicación de los estatutos en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* no será suficiente por sí sola para constituir esta prueba". O sea, que los actos fuera del objeto eran eficaces, salvo que la sociedad probase que el tercero conocía o no podía ignorar la extralimitación.

Pero el texto definitivo de la Ley de Sociedades Anónimas parece que no se atreve a dar el paso que exigía la Comunidad, intenta avanzar en la dirección germánica deseada por los juristas, pero se queda a mitad de camino, pisando sobre un terreno peor que el anterior de tipo latino. Ahora se sufren los inconvenientes de ambos extremos, porque ni se garantiza la seguridad de los terceros propia del sistema alemán, ni se asegura a la sociedad frente a las extralimitaciones del administrador como en los sistemas latinos. El remitir la eficacia de un acto a la buena fe y ausencia de culpa en el tercero es una invitación al litigio, sobre todo al quitar al registro Mercantil la presunción de público conocimiento.

La excepción de eficacia del acto por buena fe del tercero no se dirige al Notario ni al Registrador, que no podrán admitir un otorgamiento fuera del objeto, sino al Juez, que puede declarar la eficacia del acto apreciando esa buena fe. Y no puede argüirse que la buena fe y la ausencia de culpa deben presumirse, porque antes que la presunción se encuentra la regla general de que la representación se extiende al objeto social y, por tanto, de que los actos que salen de él se realizan en extralimitación de facultades.

Así pues, parece que el artículo 129.2 LSA no impide al Registrador, de la Propiedad o Mercantil, calificar sobre las facultades del administrador: deberá hacerlo y denegar la inscripción si hay una clara extralimitación; y será el tercero el que haya de defender, incluso judicialmente, que el acto es eficaz dada su buena fe y ausencia de culpa. La postura registral es similar a la que puede adoptarse en los casos del artículo 1.738 CC, actos realizados por el mandatario ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, que serán válidos frente a terceros de buena fe, pero no inscribibles, por defecto en la representación, hasta que sea declarada esa buena fe y consiguiente validez.

Entre estos actos fuera del objeto y de las facultades del administrador que, sin embargo, pueden resultar eficaces frente a terceros, se incluyen tanto los actos neutros como los claramente contrarios al objeto.

1. Actos neutros

Junto a los actos incluidos en el objeto social, la doctrina ha elaborado la categoría de los llamados actos neutros, que, en definición de la Resolución de 2 de octubre de 1981, son aquellos en los que "normalmente no es factible establecer *a priori* si un determinado acto en su contenido concreto es o no instrumento idóneo para el cumplimiento de la actividad por la que se alcanza el objeto social"; la misma resolución se refiere al régimen registral de estos actos diciendo que "salvo que el acto sea claramente contrario al objeto social habrá en principio de procederse a su inscripción". Pero frente a ese tratamiento registral benévolo de los actos neutros puede replicarse:

- El acto neutro es un concepto sumamente impreciso y la definición abarca prácticamente todos los actos que no entran en el objeto, salvo unos pocos ejemplos. La admisión de todos los actos neutros llevaría directamente al sistema germánico de poder ilimitado del administrador; tal vez eso sería deseable, pero si el legislador lo quiso hacer pudo haberlo hecho más claramente, y no lo hizo.
- La misma Dirección no ha sido constante en esta doctrina; y así, en Resolución de 31 de marzo de 1986, admite la ampliación de las facultades del administrador a actos "que excedan del giro o tráfico de la empresa, bien por tenerlas conferidas en los estatutos o bien porque lo autorice la Junta general".
- Ante el Registro de la Propiedad la calificación va a recaer sobre actos de tráfico inmobiliario, tratados siempre por el Derecho con

una mayor rigidez; y si un acto inmobiliario resulta neutro, será ordinariamente porque el objeto social versa sobre materias de mayor importancia; no podrá pensarse que "quien puede lo más puede lo menos", porque ocurrirá precisamente al revés: que el administrador que puede hacer "lo menos" (lo comprendido en el objeto), pretenderá hacer "lo más" (actos sobre inmuebles).

2. Actos contrarios al objeto

La Ley no distingue entre actos neutros y actos contrarios al objeto, por lo que el régimen sustantivo de unos y otros será el mismo; si bien en los contrarios al objeto resulta más difícil que los terceros puedan alegar buena fe, y la extralimitación de los administradores supondrá más frecuentemente ineficacia.

Desde un punto de vista formal, de tratamiento notarial y registral, en la calificación de las facultades de los administradores para un acto contra el objeto debe considerarse que estas facultades, ordinariamente, no pueden resultar de los estatutos, porque sería absurdo que éstos recogiesen actos contra los mismos; y las que acaso resultaren han de ser objeto de interpretación restrictiva; como en el caso de la Resolución de 2 de octubre de 1981, hay que entender que, aunque el administrador tenga facultades estatutarias para el acto de que se trate (hipotecar, por ejemplo), esa facultad debe interpretarse en relación con el cumplimiento del objeto social (y no admitir la hipoteca por deuda ajena, por ejemplo).

Por el contrario, será normal que esas facultades hayan de derivar de un acuerdo de la Junta, al que habrán de exigirse distintos requisitos según la clase de actos. Puede examinarse según los muy limitados casos que cabe imaginar:

1.º La enajenación del bien que sea la base de la actividad (la sociedad constituida para construir un edificio sobre un solar, que vende este solar; la constituida para explotar un cine determinado, que vende el local; etc.). Para estos actos habrá que exigir acuerdo de la Junta general y, según la naturaleza del acto, que el acuerdo se tome con los requisitos necesarios para las modificaciones estatutarias.

2.º Encaminada la sociedad esencialmente a la obtención de unos beneficios, pueden también considerarse contrarios al objeto los actos de disposición a título gratuito; pero en realidad hay que distinguir dentro de ellos:

— Disposiciones gratuitas realizadas con carácter publicitario, como ocurre con los premios concedidos en campañas de publicidad o

con el patrocinio de actividades deportivas o humanitarias. En realidad persiguen una buena imagen de la empresa, que redundará en la mejor realización del fin social; por tanto, deben considerarse comprendidos en el ámbito de poder de los administradores.

- Disposiciones relativamente gratuitas, como la donación remuneratoria a un empleado, indemnizaciones convenidas por desistimiento de contrato de trabajo o jubilación anticipada, etc., que entran también en el tráfico normal de la empresa si guardan relación con el volumen patrimonial o de operaciones.
- Disposiciones gratuitas puras, como la donación pura, la fianza no retribuida, incluso en forma de aval cambiario o de hipoteca por deuda ajena; para los cuales será necesaria la autorización de la Junta general; incluso en casos de extraordinaria importancia, como la disposición gratuita de todo el patrimonio social o parte importante de él, habría que exigir Junta universal y acuerdo unánime, pues el supuesto sería asimilable a una renuncia de las cuotas de liquidación.

Yo lamento que estas líneas hayan causado "profundo desánimo y desmoralización" a algún compañero. Los juristas, y especialmente los que trabajamos al servicio de la seguridad jurídica, esperábamos que la Ley de Sociedades Anónimas, siguiendo a la Primera Directiva Comunitaria, estableciese el sistema alemán de poder ilimitado e ilimitable de los administradores. No fue así; el mismo ROLDAN explica que "la trasposición ha sido francamente mala, hasta el punto de que puede hablarse sin ambages de un auténtico incumplimiento"; habla de "omisión culpable atribuible al Estado español" y propone que "se eleve una petición a los poderes públicos para que con la máxima urgencia se derogue el artículo 129..."

Esta situación es la que pudo causar desánimo o desmoralización; pero cuando la situación ya está dada, arremeter contra el que la comenta o interpreta es como matar al mensajero. Yo no tuve intervención en la redacción de los preceptos legales y reglamentarios; incluso estaría dispuesto a firmar aquella petición a los poderes públicos como amigo de ROLDAN. Pero soy más amigo de la verdad y eso me impide acompañarle en su personal periplo interpretativo, documentado y brillante, defendido con el ardor con que sólo se defienden las causas amadas y perdidas: porque rechaza la interpretación literal como si la letra no fuera el criterio primero y más elemental; olvida el *in claris non fit interpretatio*; trata de oscurecer la diferencia entre las Directivas y los Reglamentos de la CEE para sostener la aplicación directa de aquéllas; acude a la legislación extranjera para interpretar una Ley nuestra que es suficientemente clara,

y termina concluyendo que el Derecho aplicable al caso dice exactamente lo contrario de lo que realmente dice el artículo 129 LSA.

Mi artículo tampoco es una exposición de mis criterios calificadores como Registrador (que no me parece correcto anunciar en las revistas) ni una llamada al levantamiento de un muro registral; sostengo que corresponde al Notario y al Registrador (no sólo al Registrador) calificar si el acto que se otorga está dentro del objeto social para dar cumplimiento al artículo 129.1 LSA. El Registrador no puede calificar la buena o mala fe del tercero; por eso debe abstenerse de inscribir los actos fuera del objeto social del artículo 129.2 y atenerse a la regla general del párrafo primero. Y en cuanto al Notario, incurriría en grave responsabilidad si no advirtiese al tercero que el acto que pretende celebrar no está comprendido dentro del objeto social; y después de esta advertencia, ningún tercero puede decirse de buena fe.

Todo esto dejando a salvo, claro está, que el administrador esté facultado para el acto de que se trate por los estatutos o por la Junta, sin que sea necesaria una penosa enumeración de facultades; bastaría con una fórmula sencilla y omnicomprensiva como la que propone ROLDAN al final de su trabajo, y que, por cierto, no sería necesaria si el poder del administrador fuese ilimitado.

Este es el criterio que se está aplicando en los Registros de los que tengo noticia, el sostenido por los autores que he leído (salvo alguna excepción, como la vista), el seguido por todos los Notarios de Barcelona cuyas escrituras han llegado a mi Registro (ahora sin excepciones) y el que parece augurar la Dirección General si nos atenemos a las afirmaciones vertidas en Resolución de 16 de marzo de 1990, cuya lectura desaconsejo a los espíritus sensibles en esta materia.

Las cosas son como son y no, lamentablemente, como debieran haber sido; en confundir lo uno con lo otro consistía la locura quijotesca: una cosa es el gran Carlomagno, símbolo de nuestra Europa, y otra su contrafigura de retablo manchego, que bien podría representar a la contrahecha Ley de Anónimas, qué también es nuestra. Yo tengo clara la diferencia.

PEDRO AVILA NAVARRO

Notario.

Registrador de la Propiedad de Barcelona

C) EN TORNO A LA POLÉMICA AVILA-ROLDAN SOBRE
EL ARTICULO 129 DE LA NUEVA LEY
DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Recientemente se ha producido una polémica entre PEDRO AVILA NAVARRO y ANTONIO ROLDAN como consecuencia de unas críticas de este último a las observaciones del primero sobre la necesidad de calificación registral de los actos de los administradores en relación con el objeto social, dado el texto del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Recordemos que este artículo 129 LSA establece: "Ámbito de la representación.—1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado de los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. 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".

PEDRO AVILA, en su artículo "La sociedad anónima ante el Registro de la Propiedad", en la *RCDI*, número 599, mayo-junio de 1990, y en su contestación a ANTONIO ROLDAN en *La Notaría*, noviembre de 1990, entiende que "para los actos no comprendidos en el objeto social los administradores deberán estar autorizados especialmente, sea por los estatutos, sea por acuerdo especial de la Junta". De otra forma, la extralimitación del administrador puede producir (aparte de la responsabilidad de éste) "la ineficacia del acto frente a tercero, según las reglas generales de la representación". Y aunque reconoce que "la interpretación de este precepto tal vez sea uno de los puntos más dudosos de la reforma" y que "su redacción debió seguir el criterio de la Primera Directiva de la Comunidad Europea de 1968", lo cierto es que "el texto definitivo de la Ley de Sociedades Anónimas parece que no se atreve a dar el paso que exigía la Comunidad"; que el artículo 129 no se dirige al Notario ni al Registrador, sino al Juez, en cuanto alude al tercero de buena fe, y que "parece que el artículo 129.2 LSA no impide al Registrador de la Propiedad o Mercantil calificar sobre las facultades del administrador: deberá hacerlo y denegar la inscripción si hay una clara extralimitación, y será el tercero el que haya de defender, incluso judicialmente, que el acto es eficaz dada su buena fe y ausencia de culpa".

Por su parte, Antonio Roldan arremete contra estas atinadas observaciones de PEDRO AVILA en *La Notaría* en su artículo "El objeto social en las sociedades anónimas, los actos *ultra vires* y la calificación registral"

(octubre 1990), y no sólo eso, sino que pide a sus amigos los Registradores "que sepan reaccionar como juristas ante el desaguizado legal y reglamentario y se abstengan de calificar los actos y contratos celebrados por los órganos administrativos con terceros, y ello por una sencilla y simple razón: la de que no tienen facultades legales para ello", añadiendo que "la calificación de oficio por el Registrador, sin perjuicio de la buena fe que la anima, crea una inseguridad, incompatible con la esencia del Registro y la finalidad de la Directiva".

Yo que conozco a ANTONIO ROLDAN sé que dice todas estas cosas y otras más con buena intención, pero realmente resulta un poco fuerte que se nos pueda pedir que pasemos por alto un precepto legal como es el artículo 129, aun suponiendo que sea un "desaguizado legal", pues precisamente la calificación de los Registradores se caracteriza por el "respeto a la Ley vigente". Por otra parte, el Registrador tiene que calificar la "validez del acto" conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, por lo que si el acto del administrador es ineficaz tiene no sólo facultad legal, sino obligación legal de hacerlo.

Aquí se están olvidando varias cosas.

Cuando surge una determinada calificación registral ello se debe a que en la realidad social se ha producido un problema que no concuerda con el texto legal. Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles están en contacto diario con la realidad social y jurídica, que conocen perfectamente.

Pues bien, nada más publicarse el texto legal del artículo 129 LSA surgieron algunos supuestos en que la calificación registral tenía que poner límites. Me refiero a algunas enajenaciones realizadas por un administrador relativa, por ejemplo, a un edificio de muchas plantas y de enorme cuantía, sin que constase que el administrador tuviera facultades expresas para realizar tal enajenación y sin que el acto estuviera dentro del objeto. Es más, en ocasiones se trataba de la venta de un edificio de una compañía de seguros, sin que el administrador tuviera facultades para ello ni lo ratificase la Junta general.

¿Qué debe hacer el Registrador ante un contrato de este tipo? Parece muy fuerte entender que el artículo 129.2 LSA es un "desaguizado legal" y que debe inscribirse esa enajenación sin más porque haya que presumir que el adquirente es un tercero de buena fe. Lo procedente es exigir la ratificación de la Junta general.

Realmente no son muy frecuentes los casos en que el Registrador tiene que suspender la inscripción por el artículo 129 LSA, pues lo normal es que los estatutos concedan facultades al órgano administrador para enajenar o gravar bienes inmuebles, con lo cual apenas se plantea esta cuestión en la práctica.

Pero como el Registrador no puede calificar atendiendo a las cuantías

del inmueble, ha de calificar del mismo modo la enajenación del inmueble de tres mil millones que la de tres millones.

Pero es que además hay que hacer una serie de observaciones que no tiene en cuenta nuestro amigo ANTONIO ROLDAN, y que son las siguientes:

1.^a La Directiva comunitaria no es de aplicación directa, y mucho menos cuando ha sido desarrollada por la legislación interna de un país, como ocurre en este caso, sin oponerse a la Directiva.

2.^a La Directiva comunitaria objeto de debate no es una Directiva que tenga un texto terminante, sino que es una Directiva abierta que permite unas posibilidades o alternativas a los Estados miembros.

El artículo 9 de la Directiva comunitaria, en los párrafos que ahora nos interesan, dice: párrafo 1.º, apartado 1.º: "La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos incluso si éstos no pertenecen al objeto social".

Apartado 2.º de este artículo 9: "Los Estados miembros podrán establecer que la sociedad no resultará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social si prueba que el tercero sabía que el acto excedía del objeto o que no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias, excluyéndose que la sola publicación de los estatutos baste para constituir esta prueba".

Esta Directiva ha tratado de seguir una vía media de los sistemas de los distintos países. Por una parte, establece la regla general de tinte germánico sobre irrelevancia del objeto social respecto a los actos de la sociedad para con terceros.

Pero a continuación sigue una vía media estableciendo la posibilidad de que los Estados miembros den relevancia al objeto social respecto a terceros de mala fe.

Como consecuencia de esta Directiva ha habido unos cambios legislativos en los sistemas de los Estados miembros. El sistema alemán mantiene su regulación por ser precisamente el sistema tenido en cuenta en la Directiva. Pero ha habido una aproximación a los otros sistemas. El sistema alemán había partido siempre del principio de inderogabilidad del contenido de la representación orgánica de la sociedad, en el sentido de que ni el objeto social ni las limitaciones resultantes de los estatutos podían recortar su ámbito de cara a terceros. Pero actualmente, si se demuestra la existencia de fraude por parte del administrador en connivencia con el tercero, el acto es ineficaz. A tal efecto la doctrina alemana aplica la teoría del "abuso de derecho" o de la nulidad por fraude. Pero hay que observar que no basta el mero conocimiento por parte del tercero, sino que para decretar la ineficacia del acto se precisa la mala fe-fraude, es decir, la connivencia entre el administrador y el tercero.

En los sistemas francés y anglosajón se ha llegado a la solución de considerar irrelevante el objeto social conforme a la Directiva, pero excluyendo el caso de tercero que conozca la situación o que actúe con negligencia. Por tanto, aquí, de conformidad con la propia Directiva, se está ante supuestos de "mala fe-conocimiento" y de "mala fe-negligencia".

De modo parecido, el sistema español ha optado por la alternativa que señalaba la Directiva a través del artículo 129 LSA antes citado.

De todo esto se desprende que se trata de una Directiva abierta, y no puede decirse alegremente que el artículo 129 LSA va en contra de la Directiva cuando se adapta perfectamente a ella.

3.^a En cuanto al requisito que señala la Directiva, consistente en que la sociedad "demuestre o pruebe que el tercero sabía que el acto excedía del objeto", hay que tener en cuenta lo siguiente:

Que si bien la buena fe del tercero se presume, y por tanto ha de demostrarse o probarse la mala fe (de donde se desprende que el art. 129.2 LSA es conforme con la Directiva, aunque no utilice la palabra "se demuestre o pruebe"), sin embargo, hay que observar que la buena fe es "una presunción", y el Registro de la Propiedad español no puede partir de "presunciones".

Un Registro que, a diferencia del francés, es de presunción de exactitud y de validez del acto inscrito, que va a dar lugar a que se apoye en una previa inscripción del tercero inatacable del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que según finalidad unánimemente reconocida por todos los autores tiene una finalidad cautelar o preventiva de evitar pleitos y que por eso exige apoyarse en una eficaz y efectiva calificación de los Registradores, cada vez más necesaria por las prisas que se producen en la práctica de los negocios, un Registro de tales características no puede basarse en "presunciones", sino en "seguridades", pues precisamente a partir de esas "seguridades" (títulos reconocidamente válidos) produce luego presunciones, sean *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Un Registro como el español, que a diferencia del alemán, criticado en este aspecto por los propios autores alemanes, es causal y no abstracto, ha de calificar la validez del acto en toda su amplitud.

Lo que no puede admitirse es que se diga que porque se presume la buena fe del tercero hay que inscribir el negocio, sin perjuicio de que luego pueda anularse por los Tribunales. Pero esto está muy bien para los sistemas de transcripción en que no hay presunción de exactitud, ni terceros inatacables, ni función cautelar o preventiva; pero no es de recibo en un sistema como el español que está a la cabeza de los sistemas hipotecarios mundiales, según se comprueba en los congresos internacionales, en que así se reconoce.

La solución de inscribir, que ya se anulará en su día, es incompatible

con el sistema registral español. La solución ha de ser: ante la existencia de una posible nulidad no puede inscribirse un derecho que a través de la inscripción va a tener unos efectos de inatacabilidad o de presunción de exactitud, sino que atendiendo a la finalidad cautelar ha de evitarse el ulterior pleito y, en casos como el que estudiamos, ha de ratificar la Junta general.

Si la Directiva comunitaria hubiera sido más tajante, si el artículo 129 LSA hubiera seguido el sistema alemán puro de declarar expresamente que el acto realizado por el administrador excediéndose del objeto es "válido", entonces el acto sería inscribible. Pero dado el texto del artículo 129 LSA consideramos prudente y acertada la posición de nuestro compañero PEDRO AVILA NAVARRO.

4.^a Por último, hay que tener en cuenta que la figura de la "buena fe" tiene un sinfín de interpretaciones y matices y puede dar lugar a numerosísimos problemas judiciales. En definitiva, la buena fe remite a la apreciación de la Autoridad Judicial, a los usos y circunstancias, y éstos son aspectos de una indudable imprecisión e inseguridad.

Ante esta situación de "angustiosa buena fe", el tercero que contrata con un administrador siempre puede tener el problema de que quizá se demuestre y plantee por la sociedad la nulidad o ineficacia del acto si el día de mañana prueba ese conocimiento del tercero o, incluso, una situación de ignorancia inexcusable.

Se quiere huir en estos casos del examen del Registro Mercantil por el tercero y se reconduce la cuestión a una situación mucho más insegura para el tercero como es la discusión sobre la buena o mala fe o sobre la inexcusabilidad de la ignorancia.

Cierto que es el sistema de la Directiva, pero lo que quiero decir es que no es la panacea; y si hay medios hábiles para dar seguridad al tercero a través de la institución registral partiendo de la interpretación apuntada del artículo 129 LSA dentro de la fórmula de la Directiva, mejor que mejor.

Creo que el tercero lo que desearía es que, dentro de las facultades de los administradores, constara expresamente la facultad en concreto que le afecta para así evitarse problemas en el futuro. Los Notarios y los Registradores deben procurar que no existan esos problemas en el futuro. Es decir, si en los estatutos se dice, por ejemplo, que los administradores tienen, entre otras facultades para hipotecar o para vender inmuebles, el tercero que acepte la hipoteca o que compre a la sociedad no sólo no tendrá problemas respecto al objeto, pues ya la Ley le permite prescindir de ese extremo, sino que evitará que se plantee alguna vez su posible mala fe, pues si en los estatutos ya figuran esas facultades, aceptadas por la

propia sociedad, sería ir contra los propios actos que la sociedad luego dijera que la facultad de vender inmuebles va en contra del objeto.

Y lo mismo habría que decir en el caso de que la Junta General ratificara el acto realizado antes de obtener la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por tanto, la calificación de los Registradores en el sentido que señala PEDRO AVILA no sólo se adapta a la legislación vigente, sino que además es la más conveniente para la sociedad y para los terceros.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona