

La Sociedad Anónima ante el Registro de la Propiedad

Conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña el 30 de enero de 1990 y en el de Aragón el 15 de febrero de 1990. Su título se toma de la pronunciada en la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Granada del año 1972 (y publicada en esta REVISTA, núm.205) por don Pedro Avila Alvarez. Aunque ha pasado mucho tiempo desde entonces, a él le debe el autor la idea y las citas de Derecho Notarial, entre otras muchas cosas; la vida, por ejemplo.

SUMARIO: I. REPRESENTACION ORGANICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA:

A) EJERCICIO: a) *Sin consejo de administración*; b) *Con consejo de administración*: 1. Sólo consejo; 2. Consejo y consejeros delegados; 3. Variante desaparecida; 4. Injerencia de la junta; 5. Intervención del Estado.—B) AMBITO: a) *Actos dentro del objeto*; b) *Actos fuera del objeto*: 1. Actos neutros; 2. Actos contrarios al objeto.—C) FORMA DE PRESENTACIÓN: a) *Escritura de nombramiento*; b) *Inscripción en el Registro Mercantil*; c) *Publicación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil"*; d) *Plazo*; e) *Régimen transitorio*: 1. La disposición transitoria 2.^a LSA; 2. La disposición transitoria 4.^a.2 LSA; 3. La disposición transitoria 4.^a RRM.—f) *Formalización de los acuerdos*.—II. REPRESENTACION VOLUNTARIA: A) CAPACIDAD DEL APODERADO. B) SUFICIENCIA DEL PODER. C) SUBSISTENCIA DEL PODER. D) FORMA DEL PODER: a) *Escritura del poder*; b) *Inscripción en el Registro Mercantil*; c) *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.—III. CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD: A) APORTACIONES NO DINERARIAS: a) *Breve referencia a este régimen*; b) *El Registro de la Propiedad*; c) *Aportaciones infravaloradas. La rescisión por lesión*.—B) APORTACIONES ENCUBIERTAS: a) *Fundamento del artículo 41 LSA*; b) *Examen del artículo 41 LSA*: 1. Adquisición de bienes a título oneroso; 2. Dentro de los dos primeros años a partir de la constitución; 3. Aprobación previa de la junta; 4. Por importe superior a la décima parte del capital social; 5. Informes; 6. Excepciones.—C) ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL: a) *Actos de responsabilidad de los gestores*; b) *Actos condicionados*; c) *Actos de*

responsabilidad limitada de la sociedad; d) Actos aceptados por la sociedad; e) Relación entre los artículos 15 y 41 LSA.—IV. DESENVOLVIMIENTO: A) MODIFICACIONES ESTATUTARIAS ESPECIALES: a) Cambio de nombre; b) Cambio de objeto; c) Cambio de domicilio.—B) AUMENTO Y REDUCCIÓN DE CAPITAL. C) TRANSFORMACIÓN. D) FUSIÓN Y ESCISIÓN. E) OBLIGACIONES HIPOTECARIAS: a) Emisión de obligaciones: 1. Calificación en el Registro de la Propiedad; 2. Circunstancias de la inscripción.—b) Modificación de garantías; c) Cancelación de garantías: 1. Anotaciones en cuenta; 2. Convenios de rescate; 3. Límite cuantitativo de la emisión.—V. EXTINCIÓN: A) LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN: a) Ejercicio; b) Ambito Forma.—B) EN ESPECIAL, LA VENTA DE LOS BIENES. SUBASTA: a) Regla general: Venta y subasta; b) Excepciones a la venta; c) Excepciones a la subasta: 1. Enajenaciones anteriores; 2. Venta directa; 3. El tercer adquirente en otros casos.—C) OPERACIONES PENDIENTES TRAS LA EXTINCIÓN: a) Operaciones de contenido económico; b) Operaciones sin contenido económico: 1. La actuación unilateral del acreedor; 2. El llamado "poder post mortem"; 3. Actuación "post mortem" de los liquidadores; 4. Soluciones judiciales.—VI. LA NOTA AL PIE DEL TÍTULO: A) LA NOTA AL PIE DEL TÍTULO Y LA REFORMA DEL REGLAMENTO NOTARIAL. B) ACTUACIÓN DEL NOTARIO Y DEL REGISTRADOR.

I. REPRESENTACION ORGANICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA

Aun advirtiéndolo, como necesario tributo doctrinal, que la representación orgánica no es verdadera y propia representación porque la sociedad no es representada por sus órganos, sino que esos órganos "son" la sociedad o parte de ella, lo cierto es que la actuación de los "representantes orgánicos" requiere requisitos formales más semejantes a la representación voluntaria que a la actuación en nombre propio de la persona física. Se tratará ahora de sistematizar esos requisitos.

A) EJERCICIO

Según el artículo 128 LSA: "La representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos"; a su vez, el artículo 9 LSA exige que en los estatutos se haga constar "la estructura del órgano al que se confía la administración..." y el artículo 124 RRM establece las "estructuras" posibles. Esta cerrada regulación parece excluir que la decisión en cada momento pueda quedar al arbitrio de la junta, es decir, que ésta no podrá variar la estructura del órgano administrativo (pasar de administrador único a consejo o viceversa, por ejemplo) más que modificando los estatutos. De la combinación de aquellos preceptos resultan varias formas de representación social por los administradores.

a) *Sin consejo de administración*

Puede corresponder la administración a:

- Administrador único.
- Un número indeterminado de administradores solidarios. No se excluye que la representación corresponda a dos cualesquiera (no más), que actúen mancomunadamente, de entre varios nombrados solidariamente, si bien esta última configuración tendrá, en cuanto a la actuación conjunta, un alcance meramente interno [art. 124.2.b) RRM].
- Dos administradores mancomunados (no más, porque entonces habrían de constituir consejo de administración). Tampoco parece excluirse que los dos administradores sean mancomunados en la gestión y solidarios en la representación, para algunos actos, con objeto de que no hayan de intervenir ambos para cualquier insignificancia, o, incluso, con carácter general.

b) *Con consejo de administración*

El consejo se ha de integrar al menos por tres miembros; se rechaza el consejo de dos, sin duda porque en él no cabe la decisión por mayoría, sino la unanimidad o el desacuerdo; la posibilidad de un voto dirimente a uno de ellos no haría sino convertir en administrador único de hecho al titular del privilegio. La administración y representación con consejo admiten dos variantes:

1. Solo consejo

Según el artículo 124.2.d) RRM, actuará colegiadamente. Pero, aunque prevista como norma general, la actuación conjunta del consejo será en la práctica sumamente rara; las excepciones anularán prácticamente la regla. Concretamente, no será necesaria la actuación colegiada:

- Cuando los estatutos atribuyan el poder de representación a uno o varios miembros, a título individual o conjunto [el mismo art. 124.2.d) RRM]. Lo normal en el futuro será que los estatutos concedan el poder de representación al presidente o vicepresidente del consejo.
- Cuando el consejo o la junta encomienden la ejecución de un acuerdo concreto a un consejero con nombramiento vigente e inscrito en el Registro Mercantil (art. 108.2 RRM).

- Cuando el que ejecute un acuerdo sea el secretario o vicesecretario del consejo (sea o no administrador) (art. 109 RRM).

2. Consejo y consejeros delegados

La administración puede corresponder también a un consejo de administración (que actuará según lo dicho en el apartado anterior) o a uno o más consejeros delegados o una comisión ejecutiva, en cuyo caso habrá de indicarse el régimen de actuación; así pues, respecto a las facultades representativas de los consejeros delegados o comisiones ejecutivas habrá de estarse a la norma estatutaria que prevea el nombramiento o, en defecto de previsión de los estatutos, el acuerdo de nombramiento por el consejo (artículo 141 LSA) o por la junta (en desarrollo de la doctrina de la Resolución de 8 de febrero de 1979, que admitió el nombramiento de consejero delegado por los fundadores, como uno de los pactos lícitos de constitución).

3. Variante desaparecida

La fórmula de consejo más administrador independiente, del antiguo 102.h)RRM; hoy, habiendo consejo, no cabe más órgano de administración individual que el consejero delegado.

4. Injerencia de la junta

La jurisprudencia ha tratado de apartar a la junta de las funciones administrativas; así, la Resolución de 31 de octubre de 1989 rechaza el acuerdo de que "la junta asuma la administración hasta que sea nombrado un nuevo consejo", porque la función de éste es incompatible por naturaleza con las especiales características de un órgano colegiado como es la junta.

5. Intervención del Estado

En algunos supuestos de excepcional importancia para la economía nacional, se concede al Estado un intervencionismo en ciertas sociedades, que puede llegar al nombramiento de administradores. Así sucede, por ejemplo, como medida cautelar, con las sociedades de seguros, según el

artículo 42 de la Ley de 2 de agosto de 1984; con las entidades de crédito, según el artículo 31 y sigs. de la Ley de 29 de julio de 1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, o con las sociedades del grupo "Rumasa", según Ley de 29 de junio de 1983.

B) AMBITO

Según el artículo 128 LSA: "La representación de la sociedad, en juicio 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 sociedad, 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 identificativa 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 en juicio 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 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:

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 1.^a 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 encajara 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 tercero, 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 menor 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 sí 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 ej.), esa facultad debe interpretarse en relación con el cumplimiento del objeto social (y no admitir la hipoteca por deuda ajena, por ej.)

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 éste 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 a las cuotas de liquidación.

C) FORMA DE LA REPRESENTACIÓN

La representación orgánica se justifica de forma muy semejante a la representación voluntaria; se analizan los que son o pueden ser elementos formales de la misma.

a) *Escritura de nombramiento*

El documento básico para la justificación de sus nombramientos por los miembros del órgano de administración es la escritura pública en que se formalice el nombramiento, y de la que resulte la aceptación (art. 142.2 RRM); si bien podrá sustituirse por certificación del Registro Mercantil o por la certificación del acta de la junta, testimonio de la misma o acta notarial a que se refiere el mismo precepto, cuando la inscripción se hubiese producido por alguno de estos documentos. Cuando el administrador otorgue una escritura pública, el Notario deberá calificar el documento de que resulte la representación y, según el artículo 166 RN:

- Incorporarlo a la escritura, original (lo que no es frecuente, pues supone retirar ese original del tráfico jurídico) o por testimonio (lo que tampoco será frecuente para no dar excesiva extensión al documento).
- Insertar en la escritura las partes esenciales del mismo, añadiendo que en lo omitido no hay nada que altere la parte transcrita (el sistema más técnico y perfecto).
- Reseñarlo simplemente, advirtiendo que debe acompañarse a las copias que se expidan (el sistema más imperfecto, pues la escritura quedará incompleta, a reserva de ser complementada con otro documento, y el que más problemas causará en el acceso del documento al Registro).

b) *Inscripción en el Registro Mercantil*

La inscripción del nombramiento de administradores en el Registro Mercantil no es constitutiva; según el artículo 125 LSA "surtirá efecto desde el momento de su aceptación", a diferencia de lo que ocurre con el nombramiento de consejero delegado, que no produce "efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil" (art. 141 LSA); sin embargo, es obligatoria (arts. 22.2 C. de C. y 125 LSA); es exigida además para la ejecución de un acuerdo por "cualquiera de los miembros del órgano de administración" (art. 108.2 RRM); también, en virtud del principio de tracto sucesivo, es necesaria para la inscripción en el Registro Mercantil de los actos otorgados por el administrador; dice el artículo 11.3 RRM que "para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos". No hay un precepto semejante referido a la comparecencia ante Notario ni a la inscripción en el Registro de la Propiedad, tal vez porque no corresponde esa precisión al Reglamento del Registro Mercantil; pero la obligatoriedad de la inscripción previa es suficiente para que deba ser exigida por éstos dos funcionarios; así lo entendió siempre la Dirección General; por ejemplo, en Resolución de 3 de marzo de 1986: "Es también doctrina de ese Centro la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Mercantil del cargo de administrador, y la no inscribibilidad de los actos que pueda otorgar hasta que se verifique aquélla, quedando a salvo cuando se trata de actos internos de la sociedad, para los que el nombramiento de administrador es eficaz desde su aceptación..., si bien aun en estos casos la omisión de la previa inscripción constituye un defecto subsanable mediante la presentación de los documentos adecuados en el Registro Mercantil."

c) *Publicación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil"*

La actuación del administrador no requiere una previa publicación en el BORME; según el artículo 21 C. de C. "los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*", lo que ratifica el artículo 9 RRM; o sea, que la publicación es mero requisito de oponibilidad: lo no inscrito no perjudica a tercero; éste podrá atenerse a lo que conozca por la escritura, el Registro u otros medios (la representación del administrador, por ej.), pero no puede ser perjudicado por lo que desvirtúe ese conocimiento (como una eventual separación del mismo administrador con quien contrata), si no se ha publicado.

d) *Plazo*

Según el artículo 126 LSA "Los administradores ejercerán su cargo por el plazo que señalen los estatutos sociales, el cual no podrá exceder de cinco años. Podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración máxima". El tercero que pretenda contratar con la sociedad deberá comprobar si el administrador con que entra en contacto tiene su cargo vigente por no haber transcurrido aún los cinco años; y lo mismo el Notario o Agente ante el que comparece el administrador; el Registrador deberá suspender la inscripción si resulta del documento que el cargo estaba caducado. Pero estas calificaciones resultan entorpecidas por dos circunstancias:

1.^a La duda sobre el día inicial del cómputo de los cinco años, que admite tres soluciones según se adopte para ello el día del acuerdo de nombramiento o elección, el de la aceptación o el de la inscripción. El cómputo debe hacerse desde el acuerdo de nombramiento si se atienden las siguientes razones:

- Parece lo más acorde con el artículo 126 LSA ("reelegidos ... por períodos"), lo que parece hablar de períodos contados desde la elección como único dato de referencia.
- Es la única solución que hace depender la duración del cargo de la voluntad social y no de causas extrañas a ella. Si se contase desde la aceptación, el administrador podría diferir caprichosamente el comienzo de su mandato y también, por tanto, el final. Y si desde la inscripción, podría ocurrir que algún defecto formal en el nombramiento, o la calificación registral y el recurso contra ella, alargasen el comienzo y el final durante años.
- Es también la única que no deja a la sociedad acéfala entre el cese de un administrador por caducidad y el nombramiento de su sustituto. Y el Reglamento parece intentar precisamente (art. 145) que no se produzcan esos tiempos muertos.

2.^a La dificultad de precisar el día final. El artículo 126 LSA da idea de un plazo automático que se cumple a los cinco años; pero según el artículo 145 RRM "la inscripción del nombramiento de administradores por la junta general hecho por años caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la siguiente, o haya transcurrido el término legal para la celebración de la junta general ordinaria". Esta prórroga, con la mejor y más práctica intención, introduce un elemento más de duda para el tercero y para las calificaciones notarial y registrales. Transcurridos los cinco años desde el nombramiento, el Notario o el Registrador de la Propiedad

no tienen medios para saber si el cargo ha caducado; como ocurre con los poderes en la representación voluntaria, no puede pedirse una prueba de vigencia que es poco menos que imposible; pero sí debe comprometerse la responsabilidad del administrador exigiéndole una declaración de que se encuentra en prórroga por darse los supuestos reglamentarios para ello; y, en los casos se duda, puede pedirse además una certificación de vigencia formal expedida por el Registro Mercantil. Esta garantiza perfectamente a los terceros, porque la sociedad ha creado una apariencia con el nombramiento y la inscripción del administrador, que no puede desvirtuar después mas que solicitando en el Registro Mercantil la cancelación de la inscripción correspondiente y publicando esa cancelación en el *BORME*. La falta de declaración sobre la vigencia del cargo debe producir la suspensión de la inscripción del acto en el Registro de la Propiedad, porque entonces la presunción es en favor de la caducidad según el artículo 126 LSA.

El régimen de caducidad estudiado sólo es aplicable a los representantes orgánicos de la sociedad, es decir, a los administradores; pero no a los representantes voluntarios, o sea, apoderados, aun cuando se los llame por los nombres de "Director", "Gerente" u otros que parecen implicar una relación orgánica; incluso en el caso de que en la misma persona confluyan ambos tipos de representación, orgánica y voluntaria, la extinción de una de estas relaciones no implicará el cese de la otra.

e) *Régimen transitorio*

Varias disposiciones transitorias de la Ley y del Reglamento afectan al régimen de administración de la sociedad anónima.

1. La disposición transitoria 2.^a LSA

"Las disposiciones de las escrituras y estatutos de sociedades anónimas que se opongan a lo prevenido en esta Ley quedarán sin efecto a partir de su entrada en vigor". El principio de subsistencia y funcionamiento de la sociedad impone una interpretación moderada de la disposición cuando, de otra forma, se llegara a paralizar la vida social. Por ejemplo, la norma estatutaria que estableciera el consejo de administración de dos miembros [fórmula que permitieron las Resoluciones de 4 y 5 de octubre de 1982 y que hoy excluye el art. 9.h) LSA] habrá de interpretarse como administración por dos consejeros mancomunados; o la que previene un consejo y uno o más administradores separados, deberá mantenerse transitoriamente

hasta la adaptación estatutaria; con la misma transitoriedad hay que admitir, como luego se verá, el carácter indefinido del cargo de administrador. Una interpretación más rígida de estos supuestos podría conducir a la causa de disolución del artículo 260.3.º LSA, "paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento".

2. La disposición transitoria 4.ª.2 LSA

"En el mismo plazo (30 de junio de 1992) las sociedades anónimas deberán presentar (en el Registro Mercantil) el acuerdo de reelección o cese de aquellos administradores que vinieran ejerciendo el cargo por período superior al de cinco años, contado desde el nombramiento o desde la última reelección". Los números siguientes de la disposición prevén que, pasado el plazo, el Registrador Mercantil comunicará la posible omisión al Ministerio de Justicia y éste impondrá determinadas sanciones "sin perjuicio de los efectos sustantivos derivados de la falta de acomodación". Y esos efectos sustantivos no pueden ser otros que (ahora sí) el cese del administrador de pleno derecho, de acuerdo con la previsión de ineficacia de disposiciones ilegales de la disposición transitoria 2.ª. Según esta interpretación, a partir del 30 de junio de 1992 no se podrá aceptar como justificación de la representación orgánica un nombramiento de administrador hecho al amparo de la legislación anterior con antigüedad superior a cinco años. Estos administradores sólo podrán actuar limitadamente, dentro de la doctrina sobre la actuación del administrador caducado; la Dirección General hizo aplicación concreta de una prórroga de hecho para actos tales como la convocatoria de la siguiente junta general (Resolución de 24 de junio de 1968) o la revocación y delegación de facultades (Resolución de 30 de mayo de 1974); y la negó para la elección de vocales internos hasta la próxima junta (Resolución de 12 de mayo de 1978 y Resolución de 18 de junio de 1979); estas dos últimas resoluciones trataron de establecer unos principios generales que podrían sintetizarse sosteniendo la legitimación del "administrador caducado" para ejercitar las facultades "totalmente necesarias" o "vitales para la existencia y funcionamiento de la sociedad"; para evitar que quede la sociedad sin representación legal y sin posibilidad de convocatoria de junta general. Hoy, la prórroga hasta la siguiente junta general es reglamentaria, pero la doctrina de la Dirección sigue siendo válida para casos de derecho transitorio, y aun para los ordinarios cuando la junta general siguiente a la caducidad no se hubiese celebrado en plazo por cualquier motivo.

3. La disposición transitoria 4.^a RRM

"El nombramiento de cargos por tiempo indefinido realizado al amparo de la legislación anterior y que no estén admitidos por la Ley de Sociedades Anónimas caducará a los cinco años de la entrada en vigor del Reglamento adjunto, cancelándose, de oficio o a instancia de cualquier interesado, mediante la oportuna nota marginal. Queda a salvo la sanción prevista en el número 4 de la disposición transitoria cuarta de la citada Ley". De este precepto hay que recoger la parte formal, destinada a la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil; y tomar con reservas la prórroga de cinco años en favor del administrador por tiempo indefinido, porque parece contraria a la disposición transitoria 4.^a LSA o, al menos, a la interpretación que se hacía de ella anteriormente; pero es que si aquella interpretación fuese equivocada y el Reglamento correcto, se llegaría al absurdo de que el administrador nombrado por tiempo indefinido caducaría en cinco años, y el nombrado por treinta años seguiría hasta el fin del mandato, sin más que la sanción pecuniaria de la Ley.

f) *Formalización de los acuerdos*

Si el administrador que representa a la sociedad no tiene por sí solo facultades para el acto o contrato de que se trate, deberá justificar, además, el acuerdo habilitante de la junta o del consejo.

Hasta la entrada en vigor de la Ley y el Reglamento vigentes, la posibilidad que existía en muchos casos de que la junta eligiese secretario a cualquiera de los accionistas o incluso a un extraño, y las facultades certificantes del secretario así nombrado, hacían posible el fraude de que cualquier persona certificase haber sido nombrada secretario de una supuesta junta universal y; a continuación, de los acuerdos de ésta sobre nombramiento de administradores, enajenación de inmuebles y otros asuntos trascendentales de la vida social; sin llegar a tamaño fraude, también era posible que el secretario, extraño a la sociedad y poco temeroso de su responsabilidad hacia ella, no reflejase el acuerdo o no lo certificase con la fidelidad debida.

Esta quiebra del sistema trata de ser subsanada por el nuevo régimen de las sociedades: en síntesis puede decirse que, aparte la posibilidad de que el acta de la junta sea levantada por Notario a petición de los administradores o de los accionistas que representen en 1 por 100 del capital (art. 114 LSA); la ejecución de los acuerdos (art. 108 RRM), incluso del acuerdo de otorgamiento de poder o de su revocación, corresponde a la persona que tenga facultad de certificarlos (o sea —art. 109 RRM—, al

secretario o vicesecretario del consejo con el visto bueno del presidente, al administrador único o a todos los mancomunados), o al miembro del órgano de administración con nombramiento vigente e inscrito, designado por la propia junta; y, según el artículo 109.3, "no se podrán certificar acuerdos que no consten en actas aprobadas y firmadas o en acta notarial".

La ejecución de acuerdos, salvo el caso de representación voluntaria, pasa, pues, necesariamente, por el órgano de administración. Y frente a la actitud obstruccionista o infiel del administrador que intentara paralizar un acuerdo de la junta absteniéndose de formalizarlo, no tiene ésta más que un recurso drástico: la separación del administrador, que puede ser acordada "en cualquier momento" (art. 131 LSA), o sea, sin necesidad de que se haya previsto en el orden del día. El nuevo administrador (o cargo con facultad certificante) podrá formalizar por sí mismo su propio nombramiento (como en doctrina anterior de la Dirección; v. Resolución de 3 de marzo de 1986), pero ahora notificando la sustitución al anterior titular, sin duda para que éste pueda reaccionar frente a un intento de falsedad; el sistema es bastante más complejo que el anterior y cierra bastante bien el círculo de garantías. Pero subsisten algunos puntos oscuros:

- La notificación fehaciente al anterior titular cuando la sustitución se deba a fallecimiento o renuncia; el administrador fallecido no podrá reaccionar frente a una maniobra fraudulenta, y el renunciante que se desentiende de la sociedad puede que tampoco lo haga; por eso hubiera sido más prudente prever una notificación, en estos casos, a la propia sociedad en el domicilio social; en el régimen establecido, el Notario, según el artículo 202.2 del Reglamento Notarial, entenderá la notificación con cualquier persona que se encuentre en el domicilio del administrador, persona que, en algunos casos, puede llegar a resultar totalmente ajena a la marcha social.
- La oposición del anterior titular (art. 111 RRM) por querella criminal o acreditando de otra forma la no autenticidad del nombramiento puede alargar excesivamente la resolución del caso dejando mientras tanto a la sociedad en manos del administrador al que precisamente quiso remover. La intervención notarial en el acuerdo de la junta será aconsejable especialmente en tales casos de remoción.

II. REPRESENTACION VOLUNTARIA

En Derecho Notarial se señalan unos requisitos para el ejercicio de la representación con poder, que habrán de adaptarse a las especialidades de la representación societaria.

A) CAPACIDAD DEL APODERADO

Se calificará según las reglas generales del Derecho civil; y del poderdante, que, en materia de sociedades, habrá que referir tanto al poder de actuación de la sociedad según su objeto como a las facultades del órgano que conceda el poder.

B) SUFICIENCIA DEL PODER

Este requisito hace referencia a la congruencia o adecuación entre las facultades conferidas y el acto que se trata de ejecutar en su ejercicio. Habrá de juzgarse en los términos de cualquier otra representación voluntaria y, por tanto/ de forma distinta a la representación orgánica; a diferencia de ésta, será de aplicación el artículo 1.713 CC; y puede darse el caso, aparentemente paradójico, de que una misma fórmula tenga distinto contenido para el administrador o para el apoderado: si los estatutos conceden al administrador únicas facultades para "actos de disposición de inmuebles", en ellos estarán incluidas las facultades de transacción o hipoteca, porque se trata de una representación orgánica; pero si ese mismo administrador otorga un poder por el que confiere a un tercero la representación de la sociedad para esos mismos "actos de disposición de inmuebles" (directamente o por referencia al artículo estatutario), el apoderado ya no podrá transigir o hipotecar, porque para ello necesita "mandato expreso" (art. 1.713 CC).

C) SUBSISTENCIA DEL PODER

En el estudio de este requisito dice Avila que "si bien no se puede exigir la prueba de la vigencia del poder (exigirla sería tanto como hacer inútil el poder), el Notario debe tomar la elemental precaución (sin que lo exija precepto alguno) de comprometer aún más la responsabilidad del apoderado exigiéndole la declaración de vigencia e ¿limitación del poder".

Pero en materia de sociedades debe hacerse referencia también a que

el poder tiene una vigencia indefinida y su subsistencia es independiente de la subsistencia en su cargo del administrador u órgano que lo otorgó, precisamente porque éste no actúa en nombre propio, ni delegando sus facultades, sino en representación de la sociedad.

D) FORMA DEL PODER

La forma de la representación voluntaria puede tratarse por apartados semejantes a los de la representación orgánica.

a) *Escritura de poder*

Este apartado debe centrarse en una afirmación esencial: la actuación del representante debe basarse en una escritura de poder otorgada a su favor, en nombre de la sociedad, por el representante orgánico; y esa escritura ha de ser pública en los casos del artículo 1.280.5.º CC: "el poder ... general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero"; es decir, por el motivo del perjuicio a tercero, el poder para cualquier acto que haya de ser inscrito en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil.

El criterio de otorgamiento orgánico aparece aplicado, entre otras, en las Resoluciones de 21 de noviembre de 1985, según la cual "dado que a los administradores corresponde *ex lege* la representación de la sociedad, es a ellos a quienes corresponde igualmente la facultad de otorgar los poderes", sin que obsten las diferentes concepciones mercantil y civil de la sustitución, y sus limitaciones en el Código de Comercio, que no son aplicables a la representación orgánica; o en la Resolución de 8 de febrero de 1975, que negó a la junta la facultad de revocar el poder concedido por el consejo, por ser a éste "a quien corresponde la gestión y representación de la sociedad ... conferir los apoderamientos que estime necesarios".

Y, en cuanto a la forma pública, debe rechazarse la frecuente y viciosa delegación por la junta en un tercero para la ejecución de un acuerdo. Es, por ejemplo, el caso contemplado en la Resolución de 18 de junio de 1989: la junta general acuerda el aumento de capital y faculta a una persona, ajena al órgano de representación, para elevar a público el acuerdo; el Registrador suspende la inscripción por defecto en la representación; la Dirección no entra en el problema de fondo debido a excepciones formales sobre la procedencia del recurso alegadas por el Registrador; pero se declara procedente el recurso y se devuelve el expediente al Registrador

para que resuelva sobre el fondo. No es difícil anticipar el resultado: un fondo análogo se resolvió en Resolución de 3 de septiembre de 1980, en cuyo último considerando se dice que "al no realizar la sociedad por sí misma y a través de su órgano de gestión correspondiente la ejecución del acuerdo adoptado, la persona que actúa en su nombre —sea un extraño o incluso uno de sus propios representantes que por sí solo carece de facultades para usar de la firma social según los estatutos en vigor— habrá de justificar la representación a través del documento adecuado, artículo 1.280.5 CC". (El inciso entre guiones sufre algún retoque en la nueva regulación reglamentaria, como luego se verá.)

Y, por supuesto, debe rechazarse la delegación de la junta en un extraño, aunque, como se hace a veces, se autorice a éste a elevar a público ese mismo acuerdo; este caso sería como si una persona física escribe a un amigo encomendándole la venta de una finca y lo autoriza a elevar a pública la misma carta.

El actual artículo 108.3 RRM ratifica la necesidad de escritura de poder cuando dice que "la elevación a instrumento público (de un acuerdo social) por cualquier otra persona (distinta de los que pueden actuar como representantes orgánicos) requerirá el otorgamiento de la correspondiente escritura de poder, que podrá ser general para todo tipo de acuerdos".

Estos efectos, debe sostenerse que son extraños al órgano de administración, y necesitarán escritura de poder para representar a la sociedad, el simple socio (al que no corresponden facultades administrativas en la sociedades capitalistas) e incluso el presidente y el secretario de la junta (cargos efímeros que nacen con una junta determinada y se extinguen con ella). Pero la Resolución de 3 de septiembre de 1980 había considerado extraño también al "representante que por sí solo carece de facultades para usar de la firma social según los estatutos", con lo que señalaba claramente al consejero, que por sí solo no podía representar a la sociedad y que podría recibir delegación para asuntos concretos del consejo, pero no de la junta. Este es un matiz de aquella doctrina general que ahora resulta cambiado; según el artículo 108 RRM "la elevación a instrumento público de los acuerdos sociales ... también podrá realizarse por cualquiera de los miembros del órgano de administración con nombramiento vigente e inscrito en el Registro Mercantil, cuando hubieren sido expresamente facultados para ello en la escritura social o en la reunión en que se hayan adoptado los acuerdos".

La otra variante respecto al criterio anterior es la facultad de certificar los acuerdos y, por tanto, de ejecutarlos, que el artículo 109 RRM concede al secretario o vicesecretario del consejo "sea o no administrador", lo que da acceso a facultades certificantes y representativas a Abogados y otros

profesionales que actúan como secretarios del consejo sin ser consejeros.

Justificada la representación por la correspondiente escritura, el Notario dará a ésta el tratamiento ya visto de incorporación, inserción o reseña.

b) *Inscripción en el Registro Mercantil*

Respecto a la inscripción de poderes en el Registro Mercantil puede decirse lo mismo que del nombramiento de administradores: no es constitutiva, pero es obligatoria (arts. 22 C. de C. y 94.5.º RRM); necesaria para la inscripción en el Registro Mercantil de los actos otorgados por el apoderado (art. 11.3 RRM); y exigible por el Notario ante el que se pretenda actuar o por el Registro de la Propiedad que haya de inscribir.

Pero el artículo 94.5.º RRM excluye de la obligatoria inscripción "los poderes generales para pleitos o los concedidos para la realización de actos concretos". Las excepciones merecen una crítica desfavorable, porque:

- El poder para pleitos puede contener facultades realmente dispositivas, como la transacción o el compromiso.
- Uno o varios poderes para "actos concretos" pueden comprometer todo el patrimonio social.
- La inscripción no sólo sirve para el conocimiento de los terceros, sino que, dada la subsistencia del poder sobre el órgano que lo otorgó, puede ser necesaria para el conocimiento por la propia sociedad de los poderes otorgados por el administrador fallecido, el dimitido o, sobre todo, el removido por infidelidad.

c) *Boletín Oficial del Registro Mercantil*

Como se decía al hablar de los administradores, la actuación del apoderado tampoco requiere una previa publicación en el *BORME*, que actúa como mero requisito de oponibilidad.

III. CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD

A) APORTACIONES NO DINERARIAS

Una de las novedades más sobresalientes del nuevo régimen societario es el de las aportaciones no dinerarias; pero, si su repercusión es notable para el Registro Mercantil, es prácticamente nula para el de la Propiedad.

a) *Breve referencia a este régimen*

El artículo 38 LSA ha sujetado las aportaciones no dineradas en la constitución de la sociedad anónima al informe de expertos independientes nombrados por el Registrador Mercantil, que deberá incorporarse a la escritura, y del que se depositará copia en el Registro Mercantil; el artículo 133 RRM desarrolla el régimen registral de este informe y establece la denegación de la inscripción cuando el valor escriturado supere al pericial en más de un 20 por 100.

b) *El Registro de la Propiedad*

En la calificación del Registrador de la Propiedad sobre el acto o contrato que se ha de inscribir deben distinguirse varias clases de requisitos:

- Los necesarios para la validez o eficacia del acto inscribible (consentimiento, objeto, causa, forma) que deben ser calificados, y cuya ausencia o incumplimiento deben provocar la suspensión o denegación de la inscripción.
- Los no necesarios para la validez o eficacia, pero cuya vigilancia encomienda la ley al Registrador (notificación a arrendatarios, pago de impuestos), cuyo defecto debe provocar la misma reacción de suspensión o denegación.
- Los que no afectan a la validez ni a la eficacia, ni la ley encomienda su vigilancia al Registrador (declaración sobre gastos pendientes de comunidad en propiedad horizontal), que no deben impedir la inscripción en el Registro de la Propiedad.

A este último grupo pertenecen los requisitos impuestos a las aportaciones no dinerarias: no afectan a la validez, el artículo 39 LSA sólo obliga a la entrega y al saneamiento, consecuencia de la validez del acto y no de la nulidad, y el artículo 34 LSA no considera causa de nulidad la defectuosa valoración, sino sólo el no expresarse las aportaciones de los socios en la escritura. La vigilancia del cumplimiento de las previsiones legales se encomienda al Registro Mercantil, en él se depositará el informe, se hará constar en la inscripción, se denegará la inscripción (art. 133 *in fine* RRM), etcétera.

A esto debe añadirse aún la consideración de que en el Registro de la Propiedad no se inscribe propiamente la constitución de sociedad, sino la transmisión inmobiliaria que supone la aportación del socio; y, aunque así

no fuera, es doctrina de la Dirección, expresada en el caso más reciente en Resolución de 2 de abril de 1986, que "al examinar el Registrador de la Propiedad los documentos inscritos en el Registro Mercantil, no puede realizar una nueva calificación sobre los mismos, ya que ello supondría una revisión de la anteriormente hecha que dio lugar al asiento correspondiente y que... se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos hasta tanto no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud".

c) Aportaciones infravaloradas. La rescisión por lesión

Todo el nuevo régimen de las aportaciones va dirigido a evitar una supervaloración de los bienes aportados que se traduzca en un engaño para los demás socios y para los terceros que confíen en la solvencia social. Si, por el contrario, los bienes, según la valoración pericial, tienen un valor muy superior al asignado en la escritura, a la Ley y al Registro Mercantil deben serles indiferente. Pero esta aportación infravalorada puede tener consecuencias jurídicas en los territorios donde rige el principio de precio justo en la compraventa y, por tanto, la rescisión por lesión. El artículo 321 de la Compilación de Cataluña y la Ley 499 de la Compilación de Navarra establecen esta posibilidad de rescisión por lesión en todos los contratos onerosos (en Cataluña, relativos a bienes inmuebles) y, por tanto, también en la constitución de sociedad. La acción, en cualquier caso, es personal y no debe afectar a la inscripción del acto en el Registro Mercantil ni en el de la Propiedad.

Pero aun en el ámbito del Derecho civil puro, la rescisión por lesión no deja de plantear problemas:

- Parece inadmisibles la rescisión con devolución de las cosas y de las acciones y el consiguiente desmantelamiento de la sociedad, porque va en contra de la enumeración cerrada de causas de nulidad de la sociedad establecidas en el artículo 34 LSA y en la 1.^a Directiva CEE y, por tanto, en contra de la unidad real del Derecho mercantil español y de la unidad ideal del Derecho societario europeo.
- La solución de un complemento de precio o valor en metálico, prevista en ambas Compilaciones, daría al negocio un carácter mixto de aportación social y compraventa, que es ajeno a la voluntad de las partes y a la intención del legislador, por lo que no parece que pudiera ser decretado judicialmente. Sólo sería admisible por acuerdo de las partes, y en tal caso sería de aplicación el régimen del artículo 41 LSA para las adquisiciones a título oneroso en los primeros tiempos de la sociedad.

- Quizá, a pesar de la dicción literal del artículo 325 *Comp. Cat.* y de la Ley 505 *Comp. Nav.*, se podrían admitir otras formas de complemento, como la entrega de nuevas acciones al aportante perjudicado o la reducción de capital con amortización de algunas acciones de los restantes socios.

B) APORTACIONES ENCUBIERTAS

Dice el artículo 41 LSA: "Adquisiciones onerosas.—1. Las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años a partir de su constitución habrán de ser previamente aprobadas por la junta general, siempre que el importe de aquéllas exceda la décima parte del capital social. Con la convocatoria de la junta deberán ponerse a disposición de los accionistas un informe elaborado por los administradores y otro elaborado por uno o varios expertos designados conforme al procedimiento establecido en el artículo 38.—2. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior a las adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad, ni a las que se verifiquen en Bolsa de valores o en subasta pública."

El caso es distinto, a efectos de calificación, de las aportaciones no dinerarias: el artículo 41 LSA establece unos requisitos cuya calificación corresponde, en materia de inmuebles, al Registrador de la Propiedad y (ahora, que la aprobación ha de ser previa) al Notario.

a) *Fundamento del artículo 41 LSA*

Es de gran importancia el estudio del fundamento de este precepto, para llegar por él a la intención del legislador, que puede dar la clave en la interpretación, no fácil, de los requisitos exigidos.

En principio, el artículo 41 LSA, como el antiguo artículo 32, trata de atajar al socio dominante que intenta hacer una aportación de bienes supervalorada en perjuicio de los demás socios y que, ante el temor de no superar la tasación pericial exigida a las aportaciones no dinerarias (antes, la revisión de la aportación por los administradores), hace la aportación en dinero y, aprovechando su dominio de la sociedad en los primeros tiempos, intenta convencer a los demás fundadores para la compra, también en precio excesivo, de los mismos bienes que *intentaba* aportar. El antiguo artículo 32 exigía la aprobación por la junta general, y el actual 41 añade que esa aprobación se haga previos informes de administradores y de expertos.

Pero hoy cabe preguntar si en la intención del legislador late sólo esta idea de impedir aportaciones encubiertas, en defensa de los demás socios, o si también se pretende conservar la equivalencia de valor entre capital y patrimonio, en beneficio de los acreedores. Esta segunda intención debe ser descartada. Si hubiera existido: el requisito no estaría limitado a las compras de los dos primeros años desde la constitución, sino extendido a las posteriores a un aumento de capital o incluso a todas las realizadas en la vida social; se aplicaría a toda clase de operaciones y no sólo a las ordinarias; y no se permitiría, como tácitamente se hace, que la junta aprobase la adquisición a pesar de un informe pericial negativo. La ley no puede garantizar a los acreedores, ni en los dos primeros años ni después, que las operaciones sociales van a ser económicamente acertadas.

b) *Examen del artículo 41 LSA*

El supuesto del artículo 41 LSA comprende los siguientes puntos:

1. Adquisición de bienes a título oneroso

Toda clase de bienes y por cualquier título oneroso, incluso por compensación en metálico para evitar la rescisión por lesión en Cataluña y Navarra.

2. Dentro de los dos primeros años a partir de la constitución

Dos años, en lugar de uno, como en el antiguo artículo 32. Pero puede dudarse cuál es el momento de la constitución; parece que debiera entenderse como tal el de la escritura social, lo que es acorde con la terminología del artículo 7 LSA ("la sociedad se constituirá mediante escritura pública ...").

3. Aprobación previa de la junta

El carácter previo de la aprobación, cuando la venta se haga en escritura pública, impide el otorgamiento de ésta hasta que la aprobación recaiga. Esto no quiere decir que la compra realizada sin la previa aprobación no pueda ser ratificada después por la junta; si se puede ratificar la compra hecha por quien no tiene poder o lo tiene insuficiente, no debe ser

de peor condición la compra otorgada por los legítimos representantes sociales a falta de aquel requisito.

El carácter previo de la aprobación no parece, pues, un requisito de validez del acto; sino más bien una advertencia a los gestores para que se abstengan de realizarlo, y al Notario y el Registrador para que suspendan su autorización o inscripción.

Con la exigencia de aprobación previa se proscribe, pues, la práctica, hasta ahora frecuente, de la sociedad que compra el mismo día del otorgamiento de la escritura social o poco después, a reserva de una aprobación posterior. Tampoco parece posible que la compra, inmediatamente posterior a la escritura social, sea aprobada por los socios fundadores, ni aun bajo la declaración de que para ello "se constituyen en junta general", porque hasta la inscripción en el Registro Mercantil no existe la sociedad como persona jurídica, ni puede existir tampoco la junta (v., en este sentido, Resolución de 2 de junio de 1986), sino, todo lo más, una reunión de promotores o fundadores, que es precisamente contra quienes se dirigen las suspicacias de la ley.

4. Por importe superior a la décima parte del capital social

Este importe superior, igual al del artículo 32 antiguo, se debe referir a cada adquisición individual. Ciertamente que esta interpretación permite el fraude de fraccionar las compras para que ninguna de ellas supere el límite previsto; pero no cabe someter a aprobación cualquier compra desde que el conjunto de todas haya sobrepasado el 10 por 100, porque se llegaría al absurdo de exigir el requisito para compras insignificantes, paralizando la actividad social.

5. Informes

La aprobación debe recaer tras un informe de los administradores y otro de expertos. Pero en esa aprobación, la junta es soberana; puede concederla aunque un informe, o los dos, sean negativos; y, por tanto, la calificación notarial y, después, la del Registro de la **Propiedad**, no puede entrar en el detalle de este requisito. Si se tienen en cuenta las diferencias con el tratamiento del informe en las aportaciones no dinerarias (que ha de incorporarse a la escritura, depositarse en el Registro Mercantil, valorarse por el Registrador Mercantil) y, sobre todo, el fundamento del artículo 41 LSA (encaminado a la protección de los socios y no de los acreedores) se llega a la conclusión de que ninguno de aquellos trámites ha

de trasladarse a las adquisiciones onerosas. Bastará, pues, que en el anuncio de convocatoria de la junta y en el acuerdo de ésta aprobando la adquisición (o sólo en el acuerdo si la junta es universal) se manifieste que los informes se pusieron a disposición de los accionistas.

La ley quiere que en estos primeros tiempos de la sociedad, la aprobación sea emitida con suficiente conocimiento de causa, y ese es el sentido de los informes. Por tanto, si se hizo una compra en los dos primeros años sin aprobación de la junta y ésta quiere ratificarla después de transcurrido ese tiempo, podrá prescindirse de aquellos informes; porque no puede exigirse para una aprobación o ratificación de una compra requisitos que ya no serían necesarios para la compra misma.

6. Excepciones

Todo este régimen de las adquisiciones tienen tres excepciones:

- Adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad. Por operaciones ordinarias debe entenderse las comprendidas en el objeto social, y no las de tráfico ordinario de toda sociedad y de escasa importancia, porque éstas quedarían excluidas por no alcanzar el 10 por 100 del capital social. La excepción pretende no entorpecer la realización del objeto social, fue introducida por la nueva Ley, y merece una crítica desfavorable porque permite burlar todas las precauciones del precepto: el socio que pretenda defraudar a los demás no tendrá más que orientar el objeto social hacia los bienes u operaciones que él proyecta ofrecer.
- Adquisiciones en Bolsa de valores, dada la objetividad con que ordinariamente se forman los precios.
- Adquisiciones en subasta pública. A estos efectos conviene no confundir el concepto "subasta pública" con el de "subasta en forma pública", tal vez identificados en las subastas judiciales, regidas por normas procesales que procuran la necesaria publicidad; pero que pueden ir disociados en las subastas notariales, que se rigen por el pliego de condiciones o por las instrucciones del vendedor al Notario; se puede requerir a éste, por ejemplo, para que levante acta de la puja entre dos licitadores presentados por el mismo vendedor, y eso será una subasta en forma pública, pero no una subasta pública. La subasta pública que dispensa de la aprobación de la junta deberá ser con libre admisión de licitadores y públicamente anunciada. De cualquier forma, la excepción merece también una consideración desfavorable, porque lo que trata de evitar la Ley es que la sociedad

adquiera un bien por un valor muy superior al real, y la subasta no facilita un precio objetivo, como la Bolsa, sino precisamente un precio superior al del que más haya ofrecido; y desfavorable también porque la subasta puede ser montada por el socio que pretenda defraudar a los demás con la misma facilidad que una venta ordinaria; quizá la ley no quiso decir "subasta pública", sino "subasta necesaria".

C) ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

Por razón de sus efectos y tratamiento legal hay que distinguir varias clases de actos entre los que puede celebrar la sociedad en formación. Se tratan todos en el artículo 15 LSA, correspondiente, aunque distinto, al antiguo artículo 7.

a) *Actos de responsabilidad de los gestores*

Son los que inician el artículo 15 LSA: "Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado...". La solución es correcta y garantiza de la mejor manera posible los derechos de los terceros que contratan con la sociedad. Los efectos del contrato no quedan, sin embargo, claros; los gestores que celebren el acto responden de las obligaciones contraídas a nombre de la sociedad; y habrá que entender que repercutirán también en su beneficio los efectos favorables del mismo acto cuando no sea aprobado por la sociedad; por ejemplo, si se trataba de una compra, responden del precio, pero pueden adquirir la cosa. Lo que ocurre es que la eventual adquisición inmobiliaria no será inscribible a nombre de estos gestores sin que preceda una declaración tripartita (vendedor-sociedad-gestores) para hacer recaer en ellos esas consecuencias jurídicas; declaración que, por parte de la sociedad, puede limitarse a un mero desamparo de sus derechos formulada, incluso a requerimiento judicial o notarial; o, en defecto de acuerdo; una declaración judicial.

b) *Actos condicionados*

Los gestores no responderán de los actos celebrados "...si su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción (de la sociedad) y, en su

caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad". Tal vez el precepto hubiese necesitado un desarrollo mayor para evitar que los fundadores, alargando el proceso de registración de la sociedad (por ej., omitiendo en la presentación algún poder o documento necesario para ella, recurriendo contra la calificación del Registrador, etc.) puedan dilatar la inscripción y, por tanto, la decisión de asumir el acto, para estudiar mientras su conveniencia o la evolución de las circunstancias económicas; la prudencia de los profesionales que intervengan en la negociación debe aconsejar el señalamiento de un plazo máximo para la inscripción y aceptación, transcurrido el cual, el tercero contratante quedaría libre. La falta de este plazo supone tanto como dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, en contra del artículo 1.254 CC.

El acto que se celebre con este condicionamiento no puede asimilarse a los celebrados a nombre de otra persona por quien no acredita su representación, porque aquí falta, no ya el elemento justificativo de la representación, sino la persona misma representada y su voluntad; no podrá aplicarse analógicamente el artículo 164.2 del Reglamento Notarial. Notarialmente el acto condicionado a la inscripción y aceptación se asemeja más a los casos contemplados en el artículo 76 del mismo RN: "la aceptación de la oferta a que se refiere el artículo 1.262 y de la estipulación a favor de tercero del artículo 1.257, la ratificación del párrafo segundo del artículo 1.259, todos del Código Civil y, en general, la adhesión a todo negocio jurídico...", y podrá autorizarse, con advertencia de las reservas y limitaciones propias del caso, para recoger la posterior aprobación social, si recayere, en diligencia a continuación si se produce dentro de los sesenta días, o en escritura separada, en otro caso.

Pero la escritura así autorizada no podrá ser inscrita en el Registro de la Propiedad, puesto que recoge un acto al que falta el elemento esencial del consentimiento de una de las partes; sin embargo, no es propiamente un acto inexistente de los comprendidos en el artículo 1.261 CC, sino más bien un acto incompleto que no ha culminado el total ciclo negocial; y tal vez por ello; y porque ese camino no va a ser muy largo; debiera considerarse hipotecariamente que la escritura adolece de defecto subsanable y permitírsele la protección registral provisional a través de la anotación preventiva de suspensión.

c) Actos de responsabilidad limitada de la sociedad.

La sociedad en formación responde, pero sólo con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios por los actos y contratos indispen-

sables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios".

Parece que se engloban aquí dos clases de obligaciones:

- Los gastos necesarios para la constitución, que es lógico no sean soportados por los promotores o fundadores; se tratará de gastos de tramitación sin trascendencia registral inmobiliaria.
- Otros en que la responsabilidad de la sociedad, limitada a los bienes aportados, parece surgir más bien de las reglas mixtas de una primitiva comunidad de bienes, mandato a sus gestores y contrato de sociedad. Pueden ser adquisiciones inmobiliarias, en cuyo caso, su tratamiento registral debe ser el mismo del apartado *b)* anterior; ya que, aunque la vinculación de la sociedad es más sólida, está también supeditada a la inscripción (art. 15.3 LSA); y en cualquier caso, hasta que se produzca esa inscripción en el Registro Mercantil, sigue faltando el elemento esencial de una personalidad jurídica que sustente la inscripción.

d) Actos aceptados por la sociedad

Finalmente, según el artículo 15.3 LSA, "una vez inscrita ... también quedará obligada la sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción", cesando entonces la responsabilidad de socios, administradores y representantes.

El acto, una vez aceptado por la sociedad plenamente constituida, deviene perfecto e inscribible en el Registro de la Propiedad.

La principal cuestión que plantea la interpretación de este apartado es la de si esa aceptación por la sociedad puede recaer una vez transcurrido el plazo de los tres meses. Si se investiga la finalidad del legislador, incluso repasando el antiguo artículo 7 LSA, puede comprobarse que los tres meses no son un plazo preclusivo, sino que suponen la obligación de la sociedad de revisar en ese tiempo los contratos celebrados en su nombre y marcan el momento en que, de no haber recaído la aceptación, queda expedita la vía de responsabilidad de los gestores. Pero la posible responsabilidad del apoderado que se excede en su función no es óbice a la ratificación por el dueño del negocio. La sociedad podrá ratificar el acto aun después de ese plazo, porque no pueden ser de peor condición los actos realizados por los gestores que los realizados por un extraño. Lo que ocurre es que, transcurridos los tres meses, dado que la sociedad no está

vinculada, el tercero podrá optar, bien por exigir la responsabilidad de los gestores, bien por revocar su compromiso conforme al artículo 1.259 CC.

e) *Relación entre los artículos 15 y 41 LSA*

Las normas del artículo 15 LSA que tratan de los que se han llamado "actos condicionados" y "actos de responsabilidad limitada de la sociedad" son normas generales, que han de ceder frente a la más específica del artículo 41 LSA. O sea, los gestores podrán realizar actos que condicionen a la aprobación por la sociedad una vez inscrita, o actos para los que resulten facultados por la escritura o por todos los socios. Pero deberán abstenerse, en los términos vistos, de adquisiciones onerosas comprendidas en el artículo 41 hasta que, inscrita la sociedad y preparados los informes preceptivos, puedan ser aprobadas por la junta general.

IV. DESENVOLVIMIENTO

Una vez constituida la sociedad, y hasta su extinción, puede realizar muy diversos actos; se tratan a continuación los más representativos de la biología social, tratando de dilucidar su mayor o menor trascendencia hipotecaria. Para ello, debe recordarse la norma del artículo 383 RH: "No podrá practicarse a favor de sociedad mercantil ninguna inscripción de aportación o adquisición por cualquier título de bienes inmuebles o derechos reales, sin que previamente conste haberse extendido la que corresponda en el Registro Mercantil. Una vez practicada la inscripción en el Registro de la Propiedad, podrá volverse a presentar el título en el Mercantil para que, por nota al margen de la respectiva inscripción, se hagan constar las inscripciones efectuadas en aquél." Y, en torno a este precepto, la doctrina, ya expuesta, de la Resolución de 2 de abril de 1986, de que el Registrador de la Propiedad no puede realizar una nueva calificación de los mismos documentos.

A) MODIFICACIONES ESTATUTARIAS ESPECIALES

El artículo 150 LSA, tras referirse en el párrafo I a la publicidad del cambio de denominación, domicilio o cualquier modificación del objeto social y a su constatación en el Registro Mercantil, se ocupa en el párrafo 2 solamente de la constancia en otros registros del cambio de nombre. Y, en efecto, las demás modificaciones tienen, para el Registro de la Propiedad, escasa trascendencia pero no nula.

a) *Cambio de nombre*

Dice el artículo 150.2 LSA que "una vez inscrito el cambio de denominación social en el Registro Mercantil, se hará constar en los demás Registros por medio de notas marginales". Uno de esos Registros es el de la Propiedad; el asiento que debe practicarse no es, pues una inscripción, sino una nota marginal, que debe clasificarse entre las de modificación jurídica. Así lo entendió la Dirección en Resolución de 26 de noviembre de 1971, según la cual no puede "decirse que el referido precepto (antiguo art. 86 LSA equivalente al actual 150) contradice la naturaleza de esta clase de asientos, toda vez que en la misma legislación hipotecaria se regulan diversas notas marginales que la doctrina denomina de modificación jurídica y que tienen por finalidad consignar registralmente hechos o circunstancias que alteran la situación jurídica registrada sin tener la trascendencia necesaria para motivar una nueva inscripción".

En cuanto al título formal, la misma Resolución de 26 de noviembre de 1971 dice que "los títulos que pretenden tener acceso al Registro deben contener la descripción de las fincas a que los mismos se refieran, sin que siquiera sea suficiente, como regla general, la simple consignación de los datos registrales y sólo en algunos supuestos excepcionales se admite por la legislación hipotecaria practicar asientos respecto a todos los bienes inscritos a nombre de una persona en virtud de títulos que no los describan, sin que sea uno de dichos supuestos el de la nota prevista en el artículo 86 (hoy 150) de la Ley de Sociedades Anónimas". A pesar de todo, no parece esencial que la descripción de las fincas propiedad de la sociedad que cambia de nombre haya de hacerse precisamente en la misma escritura de modificación estatutaria, y aún será raro que se haga así; el cambio de nombre en el Registro de la Propiedad puede solicitarse en virtud de instancia en la que se describan reglamentariamente los bienes y a la que se acompañe copia de la escritura de modificación; el artículo 298 RH se refiere a la inmatriculación en virtud de un "título singular o universal que no describa o especifique las fincas o derechos adquiridos", y para las inscripciones posteriores debe admitirse también.

b) *Cambio de objeto*

El mismo artículo 150 LSA no prevé que el cambio de objeto se haga constar en el Registro de la Propiedad; sin embargo, cabría imaginar el interés de esa posibilidad cuando el cambio de objeto pueda influir, para un acto o contrato que se pretenda realizar, en los poderes dispositivos de los administradores, o incluso de la misma sociedad, cada vez más limitada

en el Derecho moderno por la definición legal de objetos exclusivos y excluyentes. Si se pretendiese esa constancia registral del cambio de objeto, la forma adecuada, por analogía con el cambio de nombre, habría de ser también la nota marginal.

c) *Cambio de domicilio*

Tampoco prevé el artículo 150 LSA la constancia en el Registro de la Propiedad del cambio de domicilio. Sin embargo, también se podría reflejar en nota marginal de modificación jurídica en algunos casos, no frecuentes, como, por ejemplo, cuando el cambio de domicilio implique también cambio de nacionalidad y, por tanto, del régimen jurídico aplicable a la sociedad.

La sociedad deudora hipotecaria o tercera poseedora de finca hipotecada puede también cambiar el domicilio fijado registralmente para notificaciones y requerimientos en el procedimiento judicial sumario. Pero este es un cambio que poco tiene que ver con lo que la Ley de Sociedades Anónimas regula como cambio de domicilio, porque ese "domicilio hipotecario" es señalado arbitrariamente por el deudor; el artículo 130 LH se refiere a la determinación "de un domicilio, que fijará el deudor", pero no exige que se trate precisamente del domicilio "del" deudor, que muchas veces no desea tener, en la inmediatez de sus oficinas, empleados a vecinos, notoriedad ninguna de sus deudas; el domicilio señalado debe ser el lugar donde el deudor desea recibir las notificaciones; puede ser el de un gerente o administrador, el de su Abogado, o el de empresas especializadas en la recepción de mensajes. Este domicilio (mejor sería decir "dirección") puede variarse por la especial tramitación registral regulada en el artículo 130 LH, y no requiere constancia previa alguna en el Registro Mercantil ni en ningún otro.

B) AUMENTO Y REDUCCIÓN DE CAPITAL

La Ley sujeta las aportaciones no dineradas al mismo régimen en el aumento de capital que en la constitución, especialmente en cuanto al informe de expertos independientes; y, también igual que en la constitución, debe afirmarse que el Registro de la Propiedad inscribe la transmisión inmobiliaria que supone la aportación del socio, y no el aumento de capital, cuya calificación corresponde al Registro Mercantil. Hoy ni siquiera se plantea el antiguo problema de que la aportación y las acciones recibidas a cambio hubiesen de superar el obstáculo del derecho de prefe-

rente suscripción de los demás socios, puesto que la exclusión de este derecho aparece regulada claramente en el artículo 159 LSA.

Lo mismo debe decirse de la reducción de capital, cuando se haga con devolución de aportaciones inmobiliarias a alguno de los socios o a todos.

C) TRANSFORMACIÓN

La transformación de una sociedad anónima en otra de distinta clase, o viceversa, según el artículo 228 LSA "no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la forma nueva". Permaneciendo, pues, la personalidad jurídica, la transformación no da lugar a ninguna transmisión inmobiliaria. Por tanto, parece que, a efectos del Registro de la Propiedad, deben equipararse la transformación y el cambio de nombre, y reflejarse por nota marginal de modificación jurídica, por muchas y profundas que sean las diferencias entre ambas figuras en el ámbito mercantil.

D) FUSIÓN Y ESCISIÓN

Como en la constitución y en el aumento de capital, no son las figuras mercantiles de la fusión y escisión las que han de inscribirse (y calificarse) en el Registro de la Propiedad, sino las transmisiones inmobiliarias que se deriven de aquéllas, sea en favor de personas jurídicas anteriormente existentes, sea de las creadas en la operación; éstas son las posibles transmisiones:

- De las sociedades fusionadas a la de nueva creación.
- De la sociedad absorbida a la absorbente.
- De la sociedad "matriz" a la escindida o a la que absorbe a ésta.
- De la sociedad que se divide a cada una de las resultantes o a las que absorben a éstas.

Como tales transmisiones inmobiliarias se recogerán en asiento de inscripción (art. 2.1 LH).

En cambio, no hay transmisión, y no habrá lugar a asiento alguno inmobiliario:

- En la sociedad absorbente, respecto a sus propios bienes, sin perjuicio de que se reflejen otras modificaciones estatutarias, como el eventual cambio de nombre (como en el caso contemplado en la Resolución de 26 de noviembre de 1971).

- En la sociedad "matriz" de una escisión por segregación, respecto a los bienes que conserva.
- En la sociedad que absorbe a la escindida, respecto a los bienes que anteriormente le pertenecían.

E) OBLIGACIONES HIPOTECARIAS

Tres puntos de contacto puede tener con el Registro de la Propiedad la emisión de obligaciones hipotecarias: la propia emisión de las obligaciones, la modificación de condiciones de la emisión y la cancelación de la garantía.

a) *Emisión de obligaciones*

La emisión de obligaciones con garantía hipotecaria debe inscribirse primero en el Registro de la Propiedad y después en el "Mercantil. Así resulta de la propia naturaleza de la hipoteca, cuya inscripción es constitutiva, y así lo supone el artículo 274.5.^a RRM, que exige hacer constar en la inscripción en el Registro Mercantil "el Registro público donde se ha inscrito la hipoteca". Pero en este caso no puede decirse que el Registro de la Propiedad inscriba el derecho real de hipoteca y el Mercantil la emisión de obligaciones; el carácter accesorio de la hipoteca hace que en el Registro de la Propiedad deba inscribirse todo el complejo negocio jurídico de emisión de obligaciones con garantía hipotecaria (como se inscribe en su caso todo el complejo del préstamo hipotecario). Y por eso cabría preguntarse si la doctrina de la Resolución de 2 de abril de 1986, de que el Registrador de la Propiedad no puede volver a calificar los documentos inscritos en el Registro Mercantil, es aplicable a la inversa; parece que sí, puesto que hay igualdad de razón, salvo la calificación que pueda emitirse en el Registro Mercantil por obstáculos que surjan del mismo.

Efectivamente, la calificación del Registrador de la Propiedad y del Mercantil recaerían sobre materias sustancialmente idénticas; pero el contenido de la inscripción en uno y otro Registro presenta algunas diferencias. Procede examinar separadamente ambos extremos, calificación e inscripción.

1. Calificación en el Registro de la Propiedad

El Registrador de la Propiedad ha de calificar la **escritura** de emisión de obligaciones con *garantía* hipotecaria, otorgada por la representación

de la sociedad, y por el comisario "en nombre de los futuros obligacionistas" (art. 283 LS A). La calificación se hará según las reglas generales, pero habrá de prestarse especial atención a:

- Acuerdo de la junta con los quórum cualificados de concurrencia o de voto del artículo 103 LS A.
- Constitución del sindicato de obligacionistas.
- Autorización administrativa previa, si fuere necesaria de acuerdo con el artículo 25 LMV; y, en cualquier caso, según el artículo 26 LMV, comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y registro de ésta del acuerdo de emisión, auditoría de estados financieros y folleto informativo de la emisión.

En cambio, no deben exigirse ni calificarse otros requisitos que han de ser previos a la inscripción de las obligaciones, pero no a la inscripción, como la publicación del acuerdo por la Comisión (art. 26 LMV) o, en el *BORME*, por la sociedad (art. 286 LSA).

2. Circunstancias de la inscripción

Habrán de buscarse en una regulación diseminada por diversos preceptos, serán:

- 1.º Las generales de la legislación hipotecaria (arts. 9 LH y 51 RH).
- 2.º Las "propias de la constitución de hipoteca", como dice el artículo 154 LH, "que quedará constituida a favor de los tenedores presentes o futuros de las obligaciones".
- 3.º Las que puedan tener trascendencia hipotecaria entre las exigidas por el artículo 274 RRM, que regula las de inscripción en el Registro Mercantil; éste permite prescindir del artículo 154 LH, ya que amplía sus circunstancias, alguna de las cuales ha quedado obsoleta en la nueva regulación (como la exigencia de títulos talonarios, frente a las anotaciones en cuenta):
 - Identificación de la sociedad (según el artículo 51 RH), por su "clase, denominación y domicilio, el hecho de su inscripción en el Registro (Mercantil)"; no interesan para el Registro de la Propiedad el capital ni el valor de los bienes y reservas.
 - "El importe total de la emisión y la serie o series de los valores que deban lanzarse al mercado, indicando si se representan por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta."
 - "Las condiciones de la emisión, la fecha en que deba abrirse la suscripción y el plazo para su realización."

- "El valor nominal, así como los intereses, vencimientos y primas y lotes de las obligaciones, si los tuviere."
- "La constitución del sindicato de obligacionistas; pero no parece necesaria la exacta especificación del funcionamiento y de las reglas sobre relaciones entre la sociedad y el sindicato; todo esto puede considerarse materia propia de las relaciones entre acreedor y deudor, de carácter personal y, por tanto, sin trascendencia hipotecaria. El tercero que quiera conocer estos extremos deberá acudir al Registro Mercantil y no al de la Propiedad.

b) *Modificación de garantías*

El artículo 278 RRM prevé la modificación de las condiciones de la emisión convenida entre la sociedad y el sindicato. Si esa modificación afecta a la hipoteca o a la obligación garantizada, y no a relaciones personales entre deudora y sindicato, también será precisa la previa inscripción en el Registro de la Propiedad, con las consecuencias vistas en el apartado anterior.

c) *Cancelación de garantías*

El artículo 279 RRM contiene una tácita remisión al artículo 156 LH, ya que la cancelación de la emisión en el Registro Mercantil ha de hacerse presentando "cualquiera de los documentos a que se refiere el artículo 156 de la Ley Hipotecaria" con la nota de haberse practicado la cancelación o cancelaciones correspondientes en el Registro de la Propiedad. También podrá practicarse en virtud de certificación literal o en relación de la cancelación practicada, expedida por el Registrador de la Propiedad; pero las cosas han variado mucho desde la redacción del precepto hipotecario, y es preciso hacer, sobre el, algunas puntualizaciones.

1. *Anotaciones en cuenta*

Si las obligaciones están representadas por anotaciones en cuenta, el supuesto no está previsto, como es lógico, en la Ley Hipotecaria; adviértase que la inutilización de un título no puede sustituirse por la inutilización del certificado expedido por la entidad encargada del registro contable, ya que, según el artículo 12.2 LMV, "dichos certificados no conferirán más derechos que los relativos a la legitimación. Serán nulos los actos de

disposición que tengan por objeto los certificados"; efectivamente, el certificado en favor de la entidad emisora de las obligaciones puede acreditar el pago de la deuda, pero no garantiza que la obligación no se ponga de nuevo en circulación. Debe entenderse que la inutilización del título exigida en la Ley Hipotecaria equivale, en los representados por anotaciones en cuenta, a cancelación de sus asientos contables. El artículo 309 LSA parece entenderlo así cuando, para cancelar las garantías con subsistencia de la obligación, considera "preciso devolver los certificados a que se refiere el artículo 12 de la Ley del Mercado de Valores y practicar el consiguiente asiento de modificación"; asiento de modificación que será de cancelación cuando se trate de extinguir tanto la deuda como su garantía hipotecaria.

2. Convenios de rescate

Los convenios de rescate de las obligaciones celebrados entre la sociedad emisora y el sindicato, conforme al artículo 280 RRM, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad cuando, conformes también con el último párrafo del artículo 156 LH (que exige la aprobación de "los tenedores que representaren las tres cuartas partes de los títulos en circulación"), se **dirijan** a la cancelación total o parcial de la garantía hipotecaria; si sólo contienen la obligación de hacerlo en lo futuro, su **registración** se dirigirá únicamente a modificar las condiciones de pago pactadas en la emisión, a través de una inscripción de rectificación de la principal.

3. Límite cuantitativo de la emisión

Según el artículo 282 LSA la emisión de obligaciones no puede ser "superior al capital social desembolsado, más las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de regularización y actualización de balances, cuando hayan sido aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda"; el precepto no afecta al Registro de la Propiedad, pues, según el artículo 284 LSA, la limitación impuesta por razones de capital y reservas no será **aplicable** cuando la emisión esté garantizada con hipoteca. Pero podría preguntarse si impide que, como se prevé en algunos preceptos de la Ley, se cancele la garantía con subsistencia del crédito, cuando este crédito exceda de aquel límite. En principio no debe obstaculizarse la cancelación si recae la aprobación del sindicato conforme al último párrafo del artículo 156 LH, puesto que el equilibrio entre las obligaciones en circulación y la suma de capital y reservas se defiende por

la Ley en interés exclusivo de los obligacionistas, como demuestra el artículo 289 LSA, que permite romper ese equilibrio mediante la reducción del capital o de las reservas siempre que se preste el consentimiento del sindicato.

V. EXTINCION

A) LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN

La representación de la sociedad después de declararse en liquidación corresponde a los liquidadores; puede examinarse esa representación en paralelismo con la de los administradores durante la vida social ordinaria.

a) *Ejercicio*

Según el artículo 268 LSA "Cuando los estatutos no hubieren establecido normas sobre el nombramiento de liquidadores, corresponderá su designación a la junta general. El número de liquidadores será siempre impar". Actuarán, según el artículo 269 LSA, bajo la fiscalización de los interventores que pueden nombrar el sindicato de obligacionistas y los accionistas que representen la vigésima parte del capital social; y, según el artículo 270 LSA, bajo la presidencia, en los casos de importancia, de la persona que puede designar el Gobierno para velar por el cumplimiento de las leyes y del estatuto social.

Es frecuente la previsión estatutaria de que sean liquidadores los mismos administradores; pero la exigencia de número impar obligará a establecer en los estatutos el cese de uno de ellos cuando sea par el de administradores (el más antiguo o el más moderno, el de más o el de menos edad); y cuando haya llegado a ser par con posterioridad (por cese de alguno o algunos), la junta que acuerde la disolución deberá proveer al nombramiento o cese de un administrador como liquidador.

Según el artículo 209 RRM en la inscripción del nombramiento de liquidadores "se hará constar su identidad y el modo en que han de ejercitar sus facultades". Si se quiere establecer un paralelismo con los administradores, parece no cabe nombrar un liquidador único, varios solidarios (pero no dos mancomunados por la exigencia del número impar) que decidan por mayoría y actúen colegiadamente, o individualmente por delegación de la junta o de los demás liquidadores.

b) *Ambito*

La sociedad en liquidación no pierde, mientras la liquidación se realiza, su personalidad jurídica (como expresamente declara el art. 264 LSA) ni sufre una *capitisdiminutio*; pero, como ha de cesar en la explotación que constituía su objeto y encaminar toda la actividad social a la liquidación, no tiene por qué celebrar nuevos actos y contratos en relación con dicha explotación. Por eso el artículo 228 C. de C. limita la actuación de los liquidadores "a percibir los créditos de la compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo, y a realizar las operaciones pendientes", a las que añade el artículo 272 LSA "las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad". El objeto social pierde su valor de guía de la actividad social y medida de las facultades de sus representantes; pero, en cambio, por otra parte, el objeto no limita a los liquidadores como lo hace con los administradores; los primeros pueden, por ejemplo, enajenar los bienes sociales, todos los bienes sociales, lo que tal vez fuese, para los administradores, contrario u obstativo al objeto social.

Pero el poder de los liquidadores, distinto en su ámbito al de los administradores, es también un poder tipo de contenido legal mínimo que la sociedad puede ampliar, pero no limitar. Ese contenido se encuentra en el artículo 272 LSA.

c) *Forma*

El nombramiento de liquidadores se inscribe, y se acredita, igual que el de los administradores (art. 211 RRM); su inscripción en el Registro Mercantil es igualmente obligatoria (arts. 22.2 C. de C. y 125 LSA); y la vigencia del cargo no está sujeta a plazo de caducidad, sino que el nombramiento se entiende efectuado "por todo el período de liquidación" (artículo 209 RRM).

B) EN ESPECIAL, LA VENTA DE BIENES. SUBASTA

Según el artículo 272 LSA "incumbe a los liquidadores de la sociedad: ... c) Realizar aquellas operaciones comerciales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad. d) Enajenar los bienes sociales. Los inmuebles se venderán necesariamente en pública subasta."

a) *Regla general: venta y subasta*

La regla general en la liquidación es la venta de todos los bienes, para pago de deudas y de cuotas de liquidación, y, en cuanto a los inmuebles, en subasta pública. Y debe recordarse lo antes dicho sobre la diferencia entre subasta pública y subasta en forma pública; establecido este requisito en garantía de acreedores y de socios, será necesaria una subasta en forma pública y, además, públicamente anunciada.

No obstante, ambas reglas, de venta y de subasta, admiten excepciones, como se verá a continuación.

b) *Excepciones a la venta*

Los bienes sociales no han de ser enajenados necesariamente. Por supuesto que, como dice el artículo 277 LSA, "los liquidadores no podrán repartir entre los socios el patrimonio social sin que hayan sido satisfechos todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos". Pero, cuando el activo sea superior al pasivo y hayan sido pagados todos los acreedores, cabe que las cuotas de liquidación se paguen mediante la adjudicación de bienes a todos los socios, o sólo a un socio o grupo de socios con pago a los restantes en dinero. Esta posibilidad se deriva del principio general de libertad de pacto y podría también deducirse de los artículos 277 LSA y 207 RRM, que sujetan la liquidación a las normas establecidas en los estatutos, o por la junta.

Pero la adjudicación a un socio o grupo de socios propiciaría que los dominantes consiguieran una adjudicación por valor inferior al real de los bienes, en perjuicio de los demás socios; si la junta fuese soberana en este punto, la mayoría podría expoliar a la minoría, precisamente en un derecho del accionista tan esencial como el de la cuota de liquidación. Por ello parece exigible no sólo que el proyecto de división se apruebe por la junta general (sin que sean exigibles los quórum de concurrencia o de voto propios de las modificaciones estatutarias), sino también que cada una de las adjudicaciones proyectadas se apruebe por mayoría de las acciones pertenecientes a los socios no adjudicatarios, por *analogía* con lo que exige el artículo 148 LSA para los acuerdos que lesionen directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones.

Cumplidos estos requisitos para la adjudicación de bienes a los socios, la escritura en que se formalice deberá otorgarse con intervención de los adjudicatarios; la Resolución de 13 de febrero de 1986 rechazó el que, por aplicación subsidiaria a la liquidación de sociedades de las normas sobre partición de herencias, el liquidador realice por sí solo la adjudicación a la

manera de un contador partidor; ya que, al implicar esta adjudicación una transmisión de dominio, "las normas de derecho inmobiliario exigen que se pueda apreciar la capacidad de los adjudicatarios como comparecientes en la escritura calificada, para la que es necesaria su comparecencia".

c) *Excepciones a la subasta*

La subasta en la venta de inmuebles es requisito para **garantía** de los acreedores (que se verían perjudicados por la venta de los bienes sociales por precio vil); pero algunos acreedores pueden ser precisamente de dominio de bienes concretos, que reclaman una adjudicación directa. Y también es requisito de garantía de los mismos accionistas (cuyas cuotas de liquidación se reducirían o desaparecerían en el mismo caso). Por eso cabe entender:

1. Enajenaciones anteriores

La subasta no procede cuando se trate de enajenaciones convenidas anteriormente (v. gr., derivadas de una opción de compra concedida por la sociedad) o de formalización de operaciones pendientes (v. gr., elevación a pública de una venta en documento privado). Estas operaciones no son propiamente de "enajenación de bienes sociales" del párrafo *d*) del artículo 272 LS A, sino más bien de las "operaciones comerciales pendientes" del párrafo *c*). Para todas ellas está legitimado el liquidador sin necesidad de autorización expresa por los estatutos o por la junta; pero, cuando se trata de formalizar una venta perfeccionada con anterioridad, ha de resultar claramente del acto otorgado que se trata de tal formalización de una operación pendiente, y no dar al documento la forma de una venta *ex novo* hablando, en presente, de que la sociedad "es" dueña de la finca (porque dejó de serlo al vender), de que "vende" (en realidad vendió), o de que "está" libre de cargas y arrendatarios (libertad que la sociedad ignora en el momento presente).

2. Venta directa

Pagados o afianzados los créditos, la junta general puede autorizar la venta directa de algunos o de todos los bienes. En esta autorización vuelve a producirse el peligro de expolio de la minoría que antes se señalaba, puesto que los socios mayoritarios pueden propiciar ventas en condiciones

ventajosas en favor de familiares o testaferros; y como ese peligro no puede conjurarse ahora con la exigencia de mayorías en grupos especiales de acciones, no cabe más garantía de los accionistas que el acuerdo unánime en junta universal; y sin que quepa admitir la autorización por mayoría para la enajenación de bienes concretos, porque la importancia de la subasta y la razón de su exigencia no puede medirse por el número de bienes. La falta de tal acuerdo unánime en junta universal facultará a cualquier accionista para impugnar el acuerdo solamente mayoritario, conforme a los artículos 115 y sigs. LSA, como contrario a la Ley y, en especial, al "necesariamente" del artículo 272 LSA.

3. El tercer adquirente en otros casos

Mientras no estén pagados todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos, no cabe enajenar bienes inmuebles sin el requisito de la subasta; así debe interpretarse el repetido "necesariamente" del artículo 272 LSA. Sin embargo, la eventual enajenación directa acordada por la junta y realizada por los liquidadores no debe perjudicar al tercer adquirente, a quien no se puede pedir que descienda a averiguar si están pagadas las deudas; las acciones de los acreedores no pueden ser las de nulidad del artículo 115 LSA, sino las rescisorias de los artículos 1.291.3.º CC y 37.4.º LH, que sólo "perjudicarán a tercero ... cuando hubiese adquirido por título gratuito (o) ... cuando, habiendo adquirido por título oneroso, hubiese sido cómplice en el fraude".

C) OPERACIONES PENDIENTES TRAS LA EXTINCIÓN

En ocasiones la sociedad termina su proceso registral de extinción olvidando que quedan pendientes algunas relaciones jurídicas; el olvido debe tener distinta trascendencia según se trate de relaciones con contenido económico o sin él.

a) Operaciones de contenido económico

Es raro que la sociedad, pese a las garantías contables de que la ley rodea el proceso de extinción, olvide incluir en la liquidación algún bien o derecho de contenido económico; pero si así fuera, la liquidación habrá sido incorrecta, no se habrá extinguido la personalidad jurídica de la sociedad ni el mandato de los liquidadores, y no habrá más posible subsanación que la rectificación de la escritura de liquidación por los liquida-

dores y de la cancelación de la sociedad en el Registro Mercantil, para concluir correctamente el proceso liquidatorio.

Esto desde el punto de vista de la sociedad. Por lo que respecta al eventual deudor que quiera cumplir su obligación con la sociedad y conseguir la devolución o cancelación de las garantías, tiene a su disposición el recurso de la consignación de los artículos 1.176 y sigs. GC; según el 1.180.1 "hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al Juez que mande cancelar la obligación".

b) *Operaciones sin contenido económico*

Lo más frecuente es que algunas obligaciones pendientes de la sociedad sean olvidadas precisamente por ser meramente formales, sin trascendencia económica para la sociedad en liquidación ni, consiguientemente, para los socios; es el caso, por ejemplo, de bienes vendidos sin haberse otorgado escritura pública, de precios cobrados sin haberse otorgado la carta de pago, de documentos erróneos o defectuosos que deben rectificarse o subsanarse. El rigor formal de rehacer el proceso liquidatorio parece excesivo: no puede exigirse la cancelación del asiento de cancelación social en el Registro Mercantil para realizar la operación pendiente y volver a cancelar en los mismos términos. La práctica ha sugerido otras soluciones alternativas:

1. La actuación unilateral del acreedor

En el derecho de obligaciones y en el hipotecario hay una serie de figuras que permiten al acreedor de aquellas obligaciones formales una actuación unilateral. Algunas tienen, desde antiguo, una regulación típica, como ocurre con la limitación temporal del usufructo en favor de personas jurídicas (art. 515 CC) o de gravámenes sobre el usufructo (art. 107 LH y 175.1.º RH), que permitirán prescindir del consentimiento de la sociedad usufructuaria extinguida; con la cancelación del retracto convencional por "caducidad", a instancia del concedente, una vez transcurrido el plazo de ejercicio (art. 177 RH); y en general, con la cancelación de asientos caducados en el Registro de la Propiedad (art. 353.3 RH, entre otros muchos), que podrá conseguirse por mera solicitud del interesado, incluso presunta, al margen de la voluntad del titular registral. Pero otras figuras y recursos han sido forjados muy recientemente; son ejemplos de ello:

- La cancelación de la condición resolutoria por demostración del pago. Las más recientes resoluciones de la Dirección General afir-

man la posibilidad de que el comprador pueda solicitar por sí mismo la nota cancelatoria de la condición resolutoria explícita, acreditando objetivamente el hecho del pago; el caso más representativo de "demostración objetiva del hecho del pago", y el primero en forzar una jurisprudencia registral que constituye su única regulación, es el acta notarial acreditativa de la tenencia por el comprador de las letras de cambio representativas del precio aplazado; no es necesario para ello el consentimiento previo del vendedor (pueden verse varias resoluciones a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1980 hasta las Resoluciones de 3 y 4 de diciembre de 1986); pero es indispensable (Resolución de 21 de julio de 1986) que las letras "aparezcan reseñadas en forma que no ofrezca duda su identificación", o sea, con "dato tan esencial como es la serie y el número de la letra"; aunque, a diferencia de la cancelación de hipoteca cambiaria, no sea precisa la inutilización de la letra, porque la condición resolutoria no garantiza el pago de ésta, sino el pago del precio; y no a cualquier tenedor, sino precisamente al vendedor.

Por otra parte, las Resoluciones de 3 y 4 de diciembre de 1986 se refieren a la "necesaria cancelación de un asiento cuando se justifica fehacientemente la completa extinción del derecho inscrito"; la Resolución de 21 de julio de 1986 se remite al "buen criterio del Notario y Registrador", que podrá resolver los casos concretos que se presenten. Sin embargo, esta reiterada apelación a "demostraciones objetivas" no era muy necesaria (se trataba en todos los casos de una demostración del pago por exhibición de letras, que ya estaba suficientemente consolidada), a no ser que se entienda como una invitación a la búsqueda de nuevos caminos. Y tal vez la próxima "demostración objetiva del hecho del pago" sea la que pueda hacerse justificando el ingreso en una cuenta bancaria señalada al efecto por el vendedor.

- La cancelación de la condición resolutoria por "caducidad". Bien entendido que se trata de una caducidad impropia, referida al caso de que se establezca un plazo máximo para su ejercicio de tal forma que el vendedor consiente que, transcurrido dicho plazo, el comprador pueda pedir por sí solo la constancia registral de extinción de la condición. La Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dos de estas cláusulas, rechazando la Resolución de 11 de diciembre de 1974 las de cancelación por caducidad del asiento conforme al artículo 355 (hoy 353.3) RH, por tratarse de un precepto excepcional y por regularse la caducidad de los asientos por normas de orden público sustraídas a la disposición de los particulares; y admitiendo la Resolución de 28 de noviembre de

1978 las que (más acertadamente) establecían la cancelación por caducidad del derecho potestativo de resolución, es decir, que, pactado un plazo de ejercicio de la facultad resolutoria, la nota cancelatoria se extenderá a petición de cualquier interesado (comprador o posterior adquirente o titular de derecho real), pero no de oficio por el Registrador.

- El ejercicio unilateral de la opción de compra. Con apoyo en las Resoluciones de 7 de diciembre de 1978 y 7 de septiembre de 1982, el supuesto es que el derecho de opción de compra (en este caso, el concedido por la sociedad antes de extinguirse) se pacte como derecho real inscribible de manera que, en su ejercicio, sea suficiente la simple voluntad afirmativa del optante expresada en escritura pública para que quede perfeccionada la compraventa y consumada la tradición; para ello, el optante deberá tener pagado o consignado el precio.
- La cancelación de la opción por "caducidad". Se trata, en este caso, de la cancelación de un derecho de opción que un tercero hubiese concedido a la sociedad extinguida. La doctrina y la práctica no admiten unánimemente la cancelación de la opción por "caducidad"; sin embargo, esta posibilidad se deduce claramente del artículo 174.1 RH: "La misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción será título suficiente para cancelarla si resultare de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado ha caducado o se ha extinguido"; a la alegación de que la opción ha podido ser prorrogada o ejercitada judicial o extrajudicialmente, cabría responder que el Registrador sólo ha de calificar por los documentos presentados y los libros del Registro; no le corresponde la protección de situaciones extrarregistrales que no han buscado el auxilio del Registro y a las que, analógicamente, se le pueden conceder, a lo sumo, los ocho días de gracia previstos por el artículo 177 RH para el retracto convencional.

2. El llamado "poder *post mortem*"

La sociedad, previendo eventualidades de esta especie, puede otorgar antes de su cancelación, un poder en favor de los liquidadores, de algún socio, o de una tercera persona. Esta es una posibilidad que no puede rechazarse, sin más, por la consideración rigorista de que, según el artículo 1.732 CC, "el mandato se acaba ... por muerte ... del mandante", porque la muerte no es equiparable a la extinción social, donde no hay herederos, ni puede decirse en puridad que la sociedad se haya extinguido mientras

quede una operación pendiente. Cuando el artículo 212.2.3.^a RRM habla de que se haga constar en la cancelación de la sociedad "el importe de las cantidades consignadas y de las aseguradas; así como la entidad en que se hubieran consignado y la que hubiera asegurado el pago de los créditos no vencidos", se está refiriendo claramente a un *mandato post mortem* que la sociedad confiere a una entidad para pago de deudas aún no vencidas; y la obligación pendiente de pago de dinero no debe ser a estos efectos de mejor condición que la obligación de otorgar una escritura de venta o de pago.

3. Actuación *post mortem* de los liquidadores

Según la Resolución de 28 de julio de 1986, "la liquidación termina con el cumplimiento de estas funciones (las de los liquidadores), y en particular, cuando se agotan las relaciones jurídicas de las que la sociedad es titular, porque hasta entonces ha de persistir la personalidad de la sociedad como sujeto de derechos y obligaciones y han de persistir las facultades de los liquidadores en relación con los terceros"; en el caso contemplado añadía que "no puede hacerse constar, todavía, en el Registro la total extinción de la sociedad, porque de los títulos presentados resulta que aún no han quedado extinguidas todas las deudas sociales ... mientras esto no ocurra no puede el Registro reflejar la liquidación y extinción de la personalidad jurídica de la sociedad.

Mientras subsisten relaciones jurídicas de las que la sociedad es titular no se extingue la personalidad jurídica ni el poder de los liquidadores; la hoja registral tampoco puede cancelarse; pero si, a pesar de todo, se cancelara, no se extinguirán por ello la personalidad y los poderes, sino que los liquidadores podrían seguir actuando. Esta solución se rechaza en ocasiones alegando el carácter de la inscripción social en el Registro Mercantil, constitutivo de la personalidad jurídica; pero una cosa es que la sociedad no nazca como tal persona hasta la inscripción, y otra es que se extinga por una cancelación errónea, incorrecta o, como es el caso, apresurada; la personalidad nace por la inscripción, hasta entonces la sociedad no es sujeto de derechos; pero no subsiste por un aliento vital de la inscripción, sino por la necesidad de dotar de sujeto a unas relaciones jurídicas que aún no se han extinguido.

Problema distinto es si será preciso, para la actuación de los administradores, la previa cancelación de la inscripción social. Tal vez debiera exigirse cuando esa actuación tenga una significación económica, para evitar una gestión clandestina hacia los socios y concluir con éstos la liquidación. Pero resultaría de un rigor formal excesivo la exigencia de

una rectificación de la escritura de liquidación y de la cancelación, cuando la gestión pendiente carezca de trascendencia económica (carta de pago, cancelación de garantías, formalización en escritura pública de contratos privados, etc.); si hubiera de procederse a esa rectificación, serían los liquidadores los legitimados para hacerlo; y si lo están para eso, también debe reconocérseles legitimación para el cumplimiento de obligaciones formales sin trascendencia económica, sin obligar a rodeos costosos, complicados e inútiles.

4. Soluciones judiciales

Si por la negativa de apoderados o liquidadores, o por el transcurso del tiempo, no fuese posible acudir a alguna de las dos anteriores soluciones, el tercero interesado en exigir a la sociedad el cumplimiento de una obligación formal no tendrá más solución que la judicial, a través de varias posibles vías:

- El juicio declarativo contra la sociedad cancelada, dirigido a obtener una sentencia declarativa (del pago de una deuda y extinción de condición resolutoria, por ej.) o de condena (al otorgamiento de escritura, y otorgamiento de la misma en ejecución de sentencia).
- El expediente de liberación de cargas y gravámenes, dirigido a obtener el mandamiento formal de cancelación de la condición resolutoria, hipoteca, etc.
- El expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido de los artículos 200 y sigs. LH; pero debe tenerse en cuenta que este sistema sólo es posible cuando las inscripciones contradictorias tengan la antigüedad requerida y cuando realmente haya habido una ruptura del tracto; respecto a esto último, es doctrina de la Dirección General (v. Resolución de 30 de mayo de 1988 y después la Resolución de 27 de junio de 1989, que no pudo entrar en el fondo por motivos formales) que la finalidad del expediente de dominio es declarar la adquisición por el promotor cuando éste no trae causa directa del titular inscrito, pero no cuando es adquirente de dicho titular, porque el asiento a favor del transmitente está bajo la salvaguardia de los Tribunales y no puede ser rectificado mediante la inscripción de las transferencias más que por la presentación del título adecuado o por resolución judicial que ordene la rectificación; dictada en juicio declarativo, que asegure la tutela del derecho del transmitente. Tal vez debiera suavizarse este rigor cuando el transmitente al que se pretende proteger es una sociedad

extinguida, porque hay una real ruptura del tracto por desaparición del titular **registral** sin dejar sucesor.

VI. LA NOTA AL PIE DEL TÍTULO

A) LA NOTA AL PIE DEL TÍTULO Y LA REFORMA DEL REGLAMENTO NOTARIAL

Según el artículo 253 LH "al pie de todo título que se inscriba en el Registro de la Propiedad pondrá el Registrador una nota, firmada por él, que exprese la especie de inscripción o asiento que se haya hecho, el tomo y folio en que se halle, el número de finca y el de la inscripción practicada".

Hasta ahora, la acumulación al documento de hojas destinadas a notas fiscales, de otros Registros administrativos, de Registros de la Propiedad donde radicasen otras fincas comprendidas en el documento, y del mismo Registro para hacer constar los datos de presentación, hacían que la nota de despacho no se extendiese, como correspondía a su nombre, "al pie del título", sino varias hojas más atrás; con ello, no podía decirse que la nota tuviese fehaciencia pública, porque la hoja en que se extendía podía ser fácilmente separada del documento y añadida, errónea o fraudulentamente, a otro distinto; el sello del Registro estampado a caballo sobre dos folios contiguos, o el comienzo en un folio con "Ins-" o "Inscrito ..." para continuar en el siguiente con "...el precedente documento ..." no podían considerarse una garantía seria; sólo en casos extremos, como cuando la nota se pedía para recurrir contra ella, se acudía a una identificación con la reseña del documento: "Inscrito (o suspendida la inscripción de) el precedente documento —escritura autorizada por el Notario de ... don ... el día ..., número ... de protocolo— en el tomo (o por el defecto)...".

El problema no era muy grave porque esta nota no tenía, quizá porque no podía tener, más valor que el meramente informativo de que el documento había sido inscrito; el artículo 225 LH dice que "la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrá acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro", y lo mismo debe entenderse de la titularidad registral u otros extremos de la inscripción, cuya justificación fehaciente no debe hacerse por la nota en el título, sino por certificación.

Pero el Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, en su artículo 3.º contiene una disposición adicional que añade un nuevo párrafo al artículo 241 del Reglamento Notarial; este artículo regula la nota de suscripción de copias

y, entre sus requisitos, incluye "el número de pliegos, clase, serie y numeración de su timbre o de los móviles con que vayan reintegrados los anteriores al de la autorización". El párrafo añadido ahora dice que "igualmente se reseñarán, rubricarán y sellarán el folio o pliego que se agregue a la copia para la consignación de notas por los registros y oficinas públicas". Con lo que las notas extendidas por el Registro de la Propiedad, y por el Mercantil, irán amparadas por la fe notarial, como referidas a un documento determinado y sólo a éste.

B) ACTUACIÓN DEL NOTARIO Y DEL REGISTRADOR

Parece que esa correspondencia es buscada ahora por el Decreto, y para ello debe tenerse en cuenta:

1. Es preciso que el Notario reseñe en la nota de suscripción la serie y número del pliego agregado a la copia; aunque el precepto diga "pliego", en singular, nada se opone a que sean más de uno si se prevé una larga serie de notas y trámites, o a que se prescinda de agregar ninguno cuando en el último pliego quede espacio sobrado para las notas previsibles. Lo que es esencial es que el número de pliegos y su numeración (que puede consignarse en guarismos) han de consignarse precisamente en el que el Notario ponga su signo, firma y rúbrica; resulta inaceptable que en el pliego anterior a la firma se diga que "es copia exacta ... que expido en tres pliegos de clase ... números tal, tal" y se pasase al último diciendo "y tal, en ... (lugar y fecha)", con lo que los elementos de autorización notarial, y la nota registral a continuación, podrían amparar el texto de cualesquiera otros pliegos con que fraudulentamente se sustituyeran los auténticos dos primeros; si la redacción con las líneas reglamentarias aboca a tal desdichado final, puede añadirse en el último pliego, antes de la firma: "Repito: Queda extendida esta copia en tres pliegos de clase ..., serie ..., números ..., ... y ..."; y, en cualquier caso, añadirse el pliego agregado para notas.

2. Debe extenderse la nota de despacho precisamente "al pie del título" o en esos pliegos agregados.

3. Si no fuese posible cumplir lo anterior por haberse agotado los pliegos agregados o por cualquier otra causa, debe reseñarse el documento en la propia nota para cumplir con el espíritu de la norma.

PEDRO AVILA NAVARRO

Registrador de la Propiedad de Barcelona
Notario