

Algunos aspectos de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el Registro de la Propiedad

(CONFERENCIA PRONUNCIADA EL DIA 26 DE ENERO DE 1988
EN EL CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS DE BARCELONA)

A requerimiento del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña abordo una serie de cuestiones provocadas por la posible reforma de la citada Ley cuya sistematización no siempre resulta posible, dada su diversa naturaleza, pero que para una mejor exposición del tema vamos a dividir en cuatro partes. La primera para un estudio somero de algunos preceptos generales del anteproyecto. La segunda para los actos realizados en nombre de la sociedad antes de la inscripción de la misma en el Registro Mercantil. Seguirá la correspondiente a aquellas cuestiones que surgen en el momento del otorgamiento de la escritura, para cerrar la última el proceso expositivo con las cuestiones planteadas después de constituida la sociedad, mas en todas ellas, en lo posible, examinando la repercusión que tienen en el Registro de la Propiedad.

A) PRECEPTOS GENERALES DE LA LEY

Lo primero que llama la atención al examinar el anteproyecto es que los artículos van precedidos de un epígrafe referente a su contenido, lo cual es novedad en nuestra legislación, ya que lo tradicional era que los epígrafes apareciesen en los títulos, capítulos y secciones, pero no en cada uno de los artículos, mas no siempre es acertada la

elección del mismo, así ya el artículo 1 nos habla del «concepto de la sociedad anónima», mas es lo cierto que en tal precepto no se contiene ningún concepto de sociedad, ya que aparecen definidas en los artículos 116 del Código de Comercio y 1.665 del Código Civil, sino que, por el contrario, su contenido incluso desvirtúa, en cierto modo, el tradicional concepto de la sociedad anónima, ya que los rasgos que caracterizan a ésta, aparte de la existencia de acciones, que no es privativa de esta forma de sociedad, son el anonimato de los socios (no de la sociedad) y la limitación de responsabilidad a la aportación realizada. Pues bien, en el nuevo precepto este último rasgo fundamental ha quedado desvirtuado con la introducción en el mismo de la frase «salvo en los supuestos previstos por la presente Ley», con lo que la responsabilidad por las deudas sociales puede afectar personalmente a los socios.

Efectivamente, la Ley contempla un supuesto de responsabilidad personal afectante a patrimonio distinto del social en su artículo 13 al disponer que «en cualquier caso el accionista único responderá ilimitadamente de las deudas sociales en la medida en que el patrimonio social sea insuficiente para satisfacerlas». Colocado el referido precepto a continuación del que establece la excepción al número mínimo de tres socios para la constitución de la sociedad en favor de las sociedades estatales, de las Comunidades Autónomas, provincias y municipios y por organismos o entidades de ellos dependientes, así como aquellas en cuya constitución participe como fundador otra sociedad anónima, siempre que ésta asuma la totalidad del capital social, surge la duda de si tal artículo es sólo aplicable a estas sociedades o si, por el contrario, también extiende su aplicación a aquellas otras que, constituidas normalmente, llegan posteriormente a quedar todas las acciones en manos de un solo accionista, dado que la situación de las primeras es de naturaleza permanente, mientras que es transitoria en las segundas. La exposición de motivos no aclara demasiado la cuestión por cuanto se limita a expresar que se establece la norma para protección de los terceros, y a continuación añade: «En relación con esa norma y con el fin de facilitar la constitución de filiales dominadas totalmente se permite la constitución de las mismas siempre que la fundadora única sea una sociedad anónima», lo que más bien parece implicar que se refiere a las primeras, como se deduce de la expresión «en relación con esa norma». Sin embargo, estimamos que el precepto debe ser aplicable tanto a unas como a otras, ya que el supuesto es el mismo, o sea, situación de accionista único, y también avala tal interpretación la expresión utilizada en el precepto de que tal norma regirá «en cualquier caso».

El precepto comentado no nos merece un juicio excesivamente favorable porque consagra como definitiva una situación que debería ser

transitoria, rompiendo en lo esencial el concepto de sociedad como reunión de varias personas, y porque la finalidad que persigue no siempre va a ser la deseada por el legislador por cuanto aplicada a las sociedades estatales, etc., implica que el Estado, la provincia, etc., van a responder ilimitadamente de las obligaciones contraídas por tales sociedades contra la finalidad de su creación que es precisamente desglosar de tales entidades los riesgos de explotación de las empresas a que se aplica tal medida. Y si se trata de las sociedades filiales la extensión de la responsabilidad puede resultar irrisoria por cuanto ello dependerá del patrimonio de la dominante, que tal como aparece regulado el artículo 12, puede ser el mismo que el de la dominada, por cuanto se facilita el que una sociedad pueda a su vez constituir un número ilimitado de sociedades, sin más aportación que la de la sociedad inicial, por cuanto, constituida ésta, el metálico de las aportaciones que integra su patrimonio puede a continuación ser destinado a la constitución de la nueva, recibiendo a cambio las acciones creadas por ésta, y así sucesivamente. Y no sólo en esta línea recta, sino que a su vez cualquiera de las creadas puede aportar a la constitución de otras las acciones recibidas por la constitución de la dominada, con lo que también se amplían por la línea «colateral», y en tales casos la ampliación de responsabilidad que establece el precepto resulta totalmente ilusoria. Lo único que se consigue es la creación de *holdings* totalmente ficticios que favorecen el fraude.

Nuestro legislador, de entre las diversas soluciones que las legislaciones extranjeras han previsto para los supuestos de accionista único, ha optado por la extensión ilimitada de la responsabilidad, pero tal solución, que puede ser acertada para supuestos de accionista único transitorio, no lo es para el caso que establece el artículo 12 con carácter permanente sobrevenido, y ello sin contar con la regulación de las causas de disolución, que hoy no se recogen en el texto propuesto, pero que sí en su día mantiene la causa que recogía el anterior Anteproyecto de 1979, considerando como tal hecho de quedar la sociedad por debajo del número de socios exigible para su constitución si tal situación se mantiene por más de un año, nos llevaría a la consecuencia de que tal precepto sólo serviría para las sociedades de socio único inicial previstas en el artículo 12, para las que, como hemos visto, la utilidad es escasa o incluso perjudicial si se trata de entidades oficiales.

Lo cierto es que la medida, desde el punto de vista de justicia intrínseca, parece acertada por cuanto si la persona individual, por aplicación del artículo 1.911 del Código civil, ha de responder ilimitadamente del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, no existe razón alguna para que cuando dicha persona se reviste

de una apariencia de sociedad no responda de igual modo. Lo que sucede es que con dicha solución se legitima en cierto modo el fraude de ley, ya que se exige por el artículo 12 de la Ley un número mínimo de fundadores y a continuación se permite que éste sea menor, siempre que se responda ilimitadamente, pensando el legislador que de este modo, dada la inutilidad de llegar a la situación de socio único en orden a la extensión de la responsabilidad desaparecerán estas situaciones anormales.

La solución no nos parece acertada. La sociedad es un contrato que exige por definición la concurrencia de varias personas y cuando tal situación desaparece lo correcto es que el contrato se extinga, como sucede, por ejemplo, en la servidumbre que por definición exige la existencia de dos predios pertenecientes a distintas personas, disponiendo el Código Civil (art. 546) que cuando la propiedad de ambos predios se reúnen en la misma persona se produzca su extinción por desaparecer la situación básica necesaria para su existencia, por lo que parece más lógica la solución de configurar tal situación, como causa de disolución, aunque en aras del principio de conservación de la empresa se mitigue su radicalismo, estableciendo un plazo para salir de dicha situación, como hacía el Proyecto de 1979. Confiamos en que cuando se proceda a la redacción del texto total de la Ley se mantenga tal causa de disolución, pero con la redacción actual de reforma parcial de la Ley tal situación puede quedar con carácter permanente.

Por otra parte, configuran como sociedad lo que evidentemente no lo es, pues, como hemos dicho, el concepto de sociedad requiere la concurrencia de dos o más personas que ponen en común bienes para obtener ganancias es una solución antijurídica y hubiese sido más acertado admitir la limitación de responsabilidad en las empresas mercantiles individuales, ya que así el concepto de sociedad queda desvirtuado.

También es criticable la redacción dada al párrafo 2 del artículo 12 cuando dice: «aquellas en cuya constitución *participe* como fundadora otra sociedad anónima, siempre que ésta asume la *totalidad* del capital», dada su evidente contradicción por cuanto participar es tener parte y no el todo, mientras que a continuación se exige que asuma la totalidad del capital.

Otro precepto de tipo general es el del artículo 2, que regula la denominación. El anteproyecto introduce dos novedades con respecto al régimen vigente. La primera, la del reconocimiento de la utilización de las siglas S.A., salvando así la discrepancia que existía entre la Ley y el Reglamento, ya que este último admitió su utilización en el artículo 102, con lo que, de hecho, alteraba en cierto modo la norma legal con una disposición de rango inferior, cuestión que ahora queda sal-

vada. La segunda, la de suprimir el requisito de la identidad absoluta de la denominación para impedir la creación de otra sociedad, que ahora se sustituye por la frase «sustancialmente idéntica». La reforma, en este punto, no hace más que dar entrada a una solución que ya había adoptado la Dirección General en su Resolución de 14 de mayo de 1968, al establecer que se consideraban idénticas (aunque no lo fuesen) ciertas denominaciones. En este punto la reforma es acertada, por cuanto identidad no tiene más que una posible interpretación que es la igualdad, y la Resolución citada forzaba tal interpretación ante los problemas que podía plantear la competencia ilícita con denominaciones similares, como lo eran los supuestos de hecho en ella recogidos. Sin embargo, el Anteproyecto de 1979, a nuestro juicio, estuvo más acertado en su formulación, ya que no admitía las denominaciones *idénticas* o *semejantes*, mientras que el actual nos habla de denominaciones *sustancialmente idénticas*, lo cual resulta de interpretación ciertamente conflictiva, pues, como hemos dicho, la identidad no tiene más que una interpretación, y el añadido del «sustancialmente» no resuelve gran cosa, ya que, necesariamente, nos hemos de mover en el limitado campo de la identidad y no en el de la semejanza, que es cosa diferente. Por otra parte, ¿qué es lo que hemos de entender por sustancial en el nombre?, ¿el tipo de actividad u objeto social? Entendemos que no, entre otras razones porque cuando se solicita la certificación a la Dirección General no se expresa el objeto social de la sociedad a constituir, y, por otra parte, porque en el régimen del Anteproyecto, tal como sucede en el régimen vigente, se admite cualquier tipo de denominación, incluso de fantasía, sin tener que guardar relación alguna con la actividad social, circunstancia que sí exigía el Código de Comercio. Por tal razón nos parece más acertada la solución que adoptaba el Proyecto de 1979, ya que lo que se pretendía, y así lo confirma la Resolución citada, era impedir denominaciones semejantes o parecidas que podrían llevar a la confusión, como lo eran el adoptar el plural, utilizar las mismas palabras por orden diferente, la sustantivación o adjetivación, la misma fonética aún con escritura diferente, etc., mas todos estos supuestos son de semejanza y no de identidad.

Sin embargo, el Proyecto de reforma de las sociedades, a pesar de que reforma también la Ley de Sociedades Limitadas, ha dejado en el aire, respecto de estas sociedades, las dos cuestiones que ahora comentamos respecto a la Ley de Sociedades Anónimas, o sea, si el supuesto de socio único en las sociedades limitadas ha de resolverse en la misma forma que lo hace la Ley de Sociedades Anónimas, y el segundo el de si caben las siglas S.L. en las sociedades limitadas.

Respecto al primero, podemos decir que la cuestión ha sido ya re-

suelta, en principio, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 9 de julio de 1987, al expresar que el privilegio de la limitación de responsabilidad de los socios en compañías limitadas debe serle negado al recurrente que utilizó en su provecho el organismo societario de que era titular único frente a los acreedores de buena fe invocando aquella limitación de responsabilidad inherente a una sociedad mercantil que sólo en apariencia funcionó con independencia de su persona.

En cuanto al segundo, el problema queda en el aire, ya que la vigente Ley de Sociedades Limitadas no sufre alteración alguna por el proyecto en lo relativo a esta materia, y no contempla más que dos posibilidades: o bien expresar en el nombre «sociedad de responsabilidad limitada» o bien la más breve de «sociedad limitada», sin que el Reglamento en su artículo 120 establezca referencia alguna a las siglas, al contrario de lo que sucede con el artículo 102 respecto a la sociedad anónima. En consecuencia, entendemos que el legislador admitió sólo las dos posibilidades reseñadas, una amplia y otra breve, en lugar de la amplia y siglas que establece para las anónimas, por lo que las siglas S.L. son de imposible utilización, y ello aunque en la práctica muchas sociedades las utilicen indebidamente.

En orden a la cifra del capital el artículo 4 señala como capital mínimo 10 millones de pesetas y como nominal mínimo de la acción 500 pesetas. La exigencia de capital mínimo responde a la finalidad de reservar la figura de la sociedad anónima para regir empresas de cierta envergadura económica siguiendo el mismo planteamiento de las directivas comunitarias. En el Anteproyecto de 1979 este mínimo se fijaba en cinco millones, ya superior al equivalente en la moneda comunitaria, lo que ha motivado peticiones en orden a la disminución de la cifra expresada. La nueva cifra en algunos casos puede resultar insuficiente y en otros excesiva, de ahí que el Anteproyecto de 1979 admitiera que determinadas disposiciones especiales pudiesen establecer cifras de capital superiores para determinadas actividades, lo que en la práctica sucede, como se puede comprobar en las sociedades de *leasing*, aseguradoras, de inversión, etc. Sin embargo, el anteproyecto actual ha suprimido este párrafo por innecesario, ya que, como es lógico, la ley especial deroga la general en la materia objeto de su regulación, mas en algunos supuestos la cifra puede resultar excesiva, y el legislador no ha tenido en cuenta la existencia de las sociedades anónimas laborales, cuya legislación especial no ha regulado la cifra de capital, y que, por tanto, se verán sometidas a la reforma, con una situación francamente anormal y difícil, ya que si no pueden alcanzar la nueva cifra de capital (lo cual no resulta nada extraño, dado que tales sociedades sólo son constitui-

das por trabajadores con poca potencialidad económica que se unen para crear una nueva empresa o para salvar la existencia de otras en crisis económica y en muchos casos con los fondos de la indemnización por desempleo), tampoco pueden proceder a la transformación en sociedades limitadas, ya que la Ley impone que necesariamente han de revertir la forma de sociedad anónima, sin que tampoco puedan salvar el escollo de la ampliación mediante la incorporación de socios capitalistas, ya que siempre la participación de los trabajadores ha de ser al menos del 51 por 100, con lo que de hecho se les obliga a la disolución, solución contraria a la voluntad del legislador que trata de potenciar este tipo de sociedades.

El artículo 5 ha abordado el tema de la nacionalidad, carente de regulación en la legislación anterior, optando por el sistema del domicilio social, y así considera española a toda sociedad que tenga su domicilio social en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubiesen constituido.

No tan acertada parece la regulación contenida en el párrafo segundo de dicho artículo cuando, con carácter imperativo, dispone que «*deberán tener su domicilio en España las sociedades anónimas cuya explotación principal radique dentro de su territorio*», y no la consideramos acertada porque el propio Anteproyecto prevé en el artículo 6 que la sociedad pueda tener varias explotaciones principales, lo que implica que cuando alguna de ellas se encuentra en país extranjero el precepto será imposible de aplicar, y porque una cosa es decir que las sociedades que tengan su explotación principal en territorio español se regirán por la ley española, lo que constituiría una norma de Derecho internacional privado, y otra imponer que tengan domicilio en España sociedades que siendo extranjeras hayan trasladado su explotación principal, o alguna de ellas, a territorio español. Aquí el legislador se ha excedido, habida cuenta del criterio imperante en la actualidad de favorecer las inversiones extranjeras en nuestro país y de que al imponer el domicilio en España, de hecho, por aplicación del párrafo primero, les impone la nacionalidad española.

Tampoco parece excesivamente acertado el artículo 6, regulador del domicilio, cuando, con carácter imperativo, dispone que «*la sociedad fijará su domicilio en el lugar en que se halle el centro de su efectiva dirección y administración o donde radique alguna de sus explotaciones principales*». En primer lugar, porque, a pesar de su imperatividad, no hay sanción alguna para caso de incumplimiento; en segundo lugar, porque la determinación de lo que constituye explotación principal resulta ardua cuando al objeto social, como es frecuente, incluye múltiples actividades, y en tercer lugar, porque en su relación con el artículo

precedente, si la sociedad fija una de sus explotaciones principales en el extranjero podría quedar sin nacionalidad española, a pesar de estar constituida en España y tener todas las restantes explotaciones principales en territorio español.

Continuando con el examen de los preceptos de tipo general establecidos en el Anteproyecto, nos corresponde examinar el artículo 12 en su párrafo primero, cuando dispone que el número de fundadores no podrá ser inferior a tres. En el Anteproyecto de 1979 tal número se fijaba en cinco, respondiendo al criterio antes expuesto de limitar la forma de la sociedad anónima para las sociedades de gran envergadura económica, con lo que se excluía de tal modalidad a las típicas sociedades familiares que deberían revestir la forma de sociedades limitadas. Sin embargo, las numerosas presiones y críticas hechas a tal norma, así como a la cifra de capital antes expresada, han hecho que la comisión redactora del mismo haya desistido de la exigencia de tal número de fundadores para mantener el señalado por la Ley vigente. Sin embargo, como hemos visto, subsiste la excepción de las sociedades estatales, etc., ahora ampliada a los supuestos de sociedades dominantes, pero lo cierto es que no se comprende (como tampoco en el régimen actual) que el número de socios no se haya reducido a dos. El concepto de sociedad sólo exige el que varias personas se unan para conseguir un fin y éste también se da cuando son dos socios. Todos los restantes tipos de sociedad permiten que sean dos los socios, y la excepción es la sociedad anónima, y si la razón es la reserva de esta forma social a las sociedades de gran envergadura, es claro que tres es una cifra insuficiente, por lo que habríamos de reconocer que el texto de 1979 respondía más a esta finalidad, pero es que además el texto del Anteproyecto está reconociendo la validez de la sociedad de dos socios cuando en su artículo 32, f), nos dice que «la nulidad de la sociedad deberá declararse judicialmente y sólo por las siguientes causas: ... 5.º Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores en el caso de la pluralidad de éstos exigida por el artículo 12, 1, de esta Ley».

Claramente se deduce que la voluntad de dos socios da lugar a una sociedad válida; la exigencia del tercero de poco sirve si su falta de voluntad en constituir la sociedad no produce ningún efecto. Mucho más lógico hubiese sido el que el número se hubiese fijado en dos, con lo que la armonización entre ambos preceptos se habría logrado y no se daría situación tan anómala como la de exigir tres personas para a continuación reconocer que con dos también es válida la sociedad.

Como también resulta anómalo el número 4 del referido artículo 32, f), al disponer que también debe declararse la nulidad «por la incapa-

cidad de *todos* los socios fundadores», poco consecuente con el antes comentado número 5, ya que impide que sea declarada nula una sociedad en la que todos los fundadores menos uno sean incapaces. Lo cierto es que el texto ha creado una gran confusión en cuanto al número de socios, pues del artículo 12 se deduce la necesidad de tres, del 32, f), 5.º, de dos y del 32, f), 5.º, y del párrafo segundo del 12 de solamente uno. Sería deseable una mejor concordancia entre los preceptos de un mismo texto legal. Y no se diga que en estos supuestos de nulidad existiría una apariencia formal de tres socios, pues si el requisito del artículo 12 en su párrafo primero es un requisito de validez, la comprobación de que no se cumple debe tener como resultado en todo caso la nulidad. Y ello si contar con que el número 4 no hace referencia a si tal incapacidad se refiere a la existente al tiempo del otorgamiento de la escritura, que debe ser la interpretación lógica, o también a la sobrevenida con posterioridad, que también queda dentro del precepto tal como aparece redactado. Con tal redacción, además, la fe notarial, en orden al juicio de capacidad de los otorgantes, queda bastante deteriorada desde el momento en que el legislador juzga posible, como supuesto normal, que el Notario no advierta que ninguno de los comparecientes es capaz. Ello lo que supondría realmente es un Notario incapaz, y ciertamente no es esta la situación real del Notariado español, cuerpo de prestigio y competencia reconocidas.

Y puesto que estamos comentando, aunque sea incidentalmente, lo relativo a las causas de nulidad del artículo 32, f), sería olvido lamentable no hacer referencia a alguna de las causas restantes que el precepto recoge, aunque sólo sea para señalar la total inutilidad de la comprendida en el número 3, por aparecer subsumida en la del número 1, ya que si no se ha otorgado la escritura es claro que no puede expresarse en ella las circunstancias a que hace referencia el número 3, y si se otorgó vuelve a presumir el texto la ignorancia supina del Notario al no constar en la escritura datos tan fundamentales como los que enumera, y si se otorgó e inscribió entonces la presunción de ignorancia alcanza también al Registrador que inscribió con omisiones tan fundamentales, y ello sin olvidar que hace surgir la duda de si sería inscribible una escritura de constitución que contuviese exclusivamente las circunstancias expresadas en dicho número 3, ya que sería válida la constitución. Naturalmente la tesis es insostenible, dado el contenido del artículo 14, tan prolijo en la expresión de los requisitos que ha de contener la escritura, más, como decimos, resulta anormal que sólo la omisión de alguna de las circunstancias comprendidas en el número 3 dé lugar a la nulidad omitiendo por ejemplo la determinación del órgano de administración y representación que es fundamental para el funcionamiento de la socie-

dad, y, en cambio, recoge como tal el no expresar la cuantía del capital que incluso podría deducirse de las aportaciones de los socios. Más adelante nos ocuparemos de la causa del número 1, por venir vinculada al problema relativo al momento en que se entiende constituida la sociedad.

Siguiendo con el comentario que nos merecen estos preceptos generales, hay que señalar la inutilidad del párrafo segundo del artículo 7 cuando dispone que «la inscripción de la escritura de constitución y la todos los demás actos relativos a la sociedad, podrán practicarse previa justificación de que ha sido solicitada la liquidación de los impuestos correspondientes». El precepto nace anacrónico. La norma resultaba útil en el Anteproyecto de 1979, mas hoy carece de sentido. Establecido el régimen de autoliquidación en nuestro Derecho la solicitud de liquidación ya implica el pago, aunque éste sea susceptible de revisión por la oficina liquidadora competente, y ahora, ampliado tal sistema por la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, aún resulta más inútil, incluso para supuestos tan excepcionales como serían las donaciones a sociedades, sin que, por otra parte, el citado precepto deje de plantear algunas dudas interpretativas, como serían si tal solicitud sólo sería suficiente para inscribir en el Registro Mercantil o también valdría para la inscripción en el Registro de la Propiedad, pues la agilidad que se desea para los actos mercantiles no tiene tanta transcendencia en la inscripción en el Registro de la Propiedad, así como también resalta el hecho de que tal norma se haya establecido sólo para las sociedades anónimas, como si las limitadas no fuesen sociedades, o si la rapidez no fuese necesaria en estas últimas, únicas en que hasta la entrada en vigor del texto de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones se echaba de menos un precepto de tal contenido, pues siendo inscribibles en el Registro Mercantil los actos de transmisión de participaciones sociales la inscripción se demoraba extraordinariamente cuando la transmisión era por causa de sucesión o donación, ya que la comprobación de valores y aprobación del expediente de liquidación dilataban enormemente la fecha del pago del impuesto, con la consiguiente distorsión entre los socios que publicaba el Registro y los existentes en la realidad, mas instaurado el régimen de autoliquidación en tal materia la inutilidad del precepto comentado es total, a lo cual contribuye también el que en la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Limitadas se ha suprimido la necesidad de la inscripción en el Registro Mercantil de las cesiones de participaciones sociales, a nuestro juicio desacertadamente.

Por último, abordamos ahora, dentro de esta primera parte, un tema realmente importante, lamentando que el proyecto de reforma no haya

resuelto claramente el tema que planteamos, que es el de que se entiende por acto constitutivo, o sea, si éste se limita al otorgamiento de la escritura o si, por el contrario, finaliza con la inscripción en el Registro Mercantil, cuestión que ya suscitó posturas contrapuestas en el texto vigente (*vid.* GARRIGUES en sus *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* y CÁMARA en sus *Estudios de Derecho Mercantil*) y que ahora subsiste porque el anteproyecto contiene las mismas imprecisiones que el texto vigente.

Lo primero que salta a la vista es la imprecisión en la terminología empleada, así, el artículo 32, *f*), 5.º, nos habla de «acto constitutivo»; el 7.º, 2; el 8.º; el 14; el 16, 2; el 19, y el 32, *f*), 1.º, nos hablan de «escritura de constitución», y el artículo 11 nos dice que «la sociedad se entenderá constituida cuando se haya inscrito en el Registro Mercantil»; postura en la que abunda el artículo 18 al hablar de «acciones *antes de la constitución*» para referirse a la emisión de éstas, así como a los pactos de transmisión de las mismas después de la escritura y antes de la inscripción en el Registro Mercantil. La cuestión no es baladí por cuanto los artículos 14, 3.º; 32, *d*), y 32, *e*), del propio Anteproyecto establecen unos plazos a computar «desde la constitución», lo que obliga a determinar con exactitud cuándo se produce ésta, y porque es norma general en la mayoría de los Estatutos sociales expresar que «la sociedad dará comienzo a sus operaciones el día de su constitución», lo que deja en nebulosa si tal día es el del otorgamiento de la escritura o el de la inscripción en el Registro Mercantil.

Tres artículos resultan fundamentales para resolver esta cuestión: el artículo 7 en su párrafo primero, al expresar que «la sociedad se constituirá mediante escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil y desde este momento adquirirá personalidad jurídica. Una vez inscrita, no tendrán la consideración de pactos sociales, ni perjudicarán a terceros los que se mantengan reservados entre los socios». El artículo 8, al disponer que «de los actos y contratos celebrados por la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado». Y, por último, el artículo 11, cuando dice que «la sociedad puede fundarse en un solo acto por convenio entre los fundadores o en forma sucesiva por suscripción pública de las acciones. En uno y otro caso la sociedad se entenderá constituida cuando se haya inscrito en el Registro Mercantil».

Lo primero que llama la atención es el hecho de que el legislador habla de «escritura de constitución». Normalmente se habla de escrituras de compraventa, de donación, de hipoteca y, sin embargo, aquí no se habla de escritura de sociedad o escritura social, sino de escritura de constitución. Un examen superficial nos llevaría a afirmar que ello es porque la constitución se realiza simplemente por el otorgamiento de

la escritura y que el segundo requisito, la inscripción, sólo determina el nacimiento de la personalidad jurídica. La cuestión, que ya se planteaba con el texto vigente, no aparece claramente resuelta ni por la doctrina ni por la jurisprudencia y es una pena que el legislador no haya aclarado la cuestión dada la enorme transcendencia de la precisión de tal circunstancia. Por nuestra parte ya abordamos la cuestión en relación con el texto vigente en nuestro trabajo «El artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas», en esta misma REVISTA, número de marzo-abril de 1979, y en el libro homenaje a TIRSO CARRETERO, *Los mandatarios verbales en la constitución de sociedades y en la junta constituyente*, en el sentido de considerar que el acto constitutivo termina con la inscripción y que no es suficiente la escritura por sí sola, mas vamos ahora a contemplar cómo puede resolverse la cuestión a la luz de los preceptos contenidos en el Anteproyecto, antes citado, si bien como del artículo 8 nos ocuparemos ampliamente más adelante, debemos ahora estudiar los otros dos relativos a esta materia.

El artículo 7, en el párrafo primero, recoge literalmente el texto vigente, exigiendo los dos requisitos de escritura e inscripción, ambos en paridad de exigencia y determinando que la personalidad se adquiere en este último momento. La doctrina ya se había pronunciado en el sentido que propugnamos (véanse trabajos citados) y del mismo modo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en reiteradas Sentencias, entre las que son de destacar las de 6 de febrero de 1964, 31 de mayo de 1969, 26 de mayo de 1973, 6 de marzo de 1981 y 13 de marzo de 1985, manifiesta que «la doctrina científica y jurisprudencial conviene en el carácter constitutivo de la inscripción, antes de la cual la sociedad carece de personalidad jurídica a los efectos prevenidos en los artículos 35, número 2; 36 y 38, párrafo 1.º, del Código Civil; luego la sociedad no existe como tal y no se producirán relaciones vinculantes en contratos que a su nombre se realicen, cuya validez se subordina a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que no significa que la imposibilidad de hablar de una sociedad anónima irregular suponga nulidad de la escritura que contiene el negocio plurilateral, sino que la situación de interinidad del ente en vías de formación surte otros efectos, como es la obligación de gestionar la inscripción que se impone a los fundadores en los artículos 13 y 27 de la Ley de Sociedades Anónimas, pero ese complejo jurídico *inter partes* no puede ser calificado de social en el sentido de que corresponda a una sociedad anónima imperfecta».

Como vemos, la doctrina del Tribunal Supremo es contundente, configurando a la sociedad en esa etapa previa a la inscripción como un ente en vías de formación, sin que el complejo jurídico surgido entre

las partes pueda ser considerado como social, descartando la posibilidad de la sociedad anónima irregular, dado el carácter constitutivo de la inscripción, siendo el efecto fundamental la obligación de los fundadores de gestionar la inscripción.

Esta jurisprudencia es plenamente aplicable al texto del Anteproyecto, dada la identidad de redacción que hemos comprobado. Igualmente confirman la bondad de esta postura el artículo 7, al establecer que del cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de la inscripción responderán quienes los hubieren celebrado, precepto que sería ilógico si se reconociese de algún modo la existencia de la sociedad en tal período, y el artículo 11, al disponer que «la sociedad *se entenderá constituida* cuando se haya inscrito en el Registro Mercantil». En el Anteproyecto, además de los textos citados, otros dos artículos refuerzan la posición apuntada: el artículo 18, al configurar como «acciones antes de la constitución» las que se emitan antes de la inscripción, y el artículo 32, f), en su número 1.º, al considerar como causa de nulidad el no haberse inscrito la sociedad en el Registro Mercantil, por lo que, evidentemente, si la sociedad puede ser declarada nula es que sólo existía una apariencia de sociedad, o, como nos decía el Tribunal Supremo, era una situación de interinidad, o, como dice en otras de las citadas, un estado de presociedad, lo cual no implica que no existan relaciones entre quienes otorgaron la escritura, pero tales relaciones no pueden ser consideradas como relaciones sociales, y así lo confirma el inciso segundo del párrafo primero del artículo 7, cuando señala que «una vez inscrita no tendrán la consideración de pactos sociales, ni perjudicarán a terceros, los que se mantengan reservados entre los socios». Como vemos, el precepto no atiende sólo a los efectos respecto de terceros ocasionados por la publicidad registral, sino que incluso respecto de los propios socios dispone que no tendrán la consideración de pactos sociales, o, lo que es lo mismo, que tanto para socios como para terceros no hay más contenido que el que refleja la inscripción, ya que es en este momento, como dice el artículo 11, cuando se entiende constituida la sociedad.

Recientemente, una resolución motivada por nota del que suscribe, la de 22 de enero de 1988, ha reforzado la tesis que sostenemos determinando que el acto constitutivo termina con la inscripción, lo que implica la imposibilidad de los órganos sociales para actuar como tales antes de la inscripción, salvo aprobación posterior, después de inscrita, por la Junta general, dejando a salvo los actos de naturaleza interna para los cuales ya fue admitida tal posibilidad de actuación en Resolución de 27 de febrero de 1986. Más adelante, al examinar el artículo 8 del Anteproyecto, volveremos sobre dicha Resolución.

Y para terminar con esta primera parte destinada a los preceptos generales sólo nos resta señalar la incorrecta expresión del número 1 del artículo 32, f), relativo a la nulidad, dado que los restantes números han quedado examinados a lo largo de lo expuesto, cuando dispone que la nulidad de la sociedad deberá declararse por no haberse otorgado la escritura de constitución o no haberse inscrito ésta en el Registro Mercantil, pues hubiese sido suficiente expresar como causa simplemente la falta de inscripción, ya que ésta engloba a la anterior por cuanto si no hay escritura tampoco puede haber inscripción, y, por otra parte, resulta difícil aplicar una causa de nulidad cuando ni tan siquiera existe la apariencia de sociedad que implica la existencia de la escritura. No obstante, el precepto tiene su utilidad al menos como confirmatorio de la tesis que hemos sostenido en orden al acto constitutivo al colocar en situación de paridad (ya que la falta de cualquiera de ellos da lugar a la nulidad), los dos requisitos de escritura e inscripción que exige para la constitución el artículo 7 antes comentado.

**B) ACTOS REALIZADOS EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD
ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS MISMAS
EN EL REGISTRO MERCANTIL**

Entramos en el estudio de los actos y contratos realizados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, materia con indudable repercusión en los Registros de la Propiedad, por cuanto la Ley y el Anteproyecto prevén la posibilidad de realizar los mismos en este período anterior a la inscripción y, es preciso examinar, cuando se trata de adquisiciones de inmuebles, qué requisitos han de concurrir para que tales adquisiciones tengan acceso al Registro de la Propiedad. Idéntica importancia y repercusión tiene el problema de los poderes otorgados en nombre de la sociedad en tal período y que pueden servir para tales adquisiciones.

La materia aparece regulada en el artículo 8 del Anteproyecto, cuyo contenido es el siguiente:

«1. Del cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes del otorgamiento de su escritura de constitución o antes de su inscripción en el Registro Mercantil responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado.

2. Después de su inscripción la sociedad quedará obligada al cumplimiento de los actos y contratos celebrados con anterioridad, así como al pago de los gastos ocasionados hasta obtenerla, si resultasen indispensables para su constitución, se aceptasen por ella dentro del plazo

de tres meses desde su inscripción o si hubiesen sido estipulados, dentro de sus facultades, por las personas a tal fin designadas por todos los socios. En estos supuestos cesará la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado anterior, salvo pacto en contrario».

Existen sensibles diferencias entre el artículo 7 de la Ley vigente y el artículo comentado, entre las que podemos destacar las siguientes: *a)* la Ley vigente sólo se refiere a los contratos, mientras el Anteproyecto engloba también a los actos; *b)* el texto actual sólo contempla los realizados entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción, mientras el Anteproyecto comprende a los anteriores al otorgamiento de la escritura; *c)* el artículo 7 actual nos dice que es la «validez del contrato la que queda supeditada a la inscripción y a la aceptación por la sociedad, mientras el Anteproyecto expresa que la sociedad «quedará obligada al cumplimiento» de tales actos y contratos, y *d)* el texto vigente sólo contempla la aceptación por la sociedad, mientras el Anteproyecto recoge tres supuestos diferentes que obligan a la sociedad, el ser indispensables para su constitución, la aceptación por la sociedad o el que hubiesen sido estipulados dentro de sus facultades por las personas a tal fin designadas por todos los socios.

La primera de las diferencias apuntadas tiene una notoria importancia, especialmente por lo que se refiere a los poderes otorgados por el órgano de administración antes de la inscripción de la sociedad, ya que con el texto vigente era discutida la cuestión de si tales poderes requerían para su validez la aceptación por la sociedad dentro de los tres meses siguientes a la inscripción, requisito que sólo sería exigible si se reconocía su carácter de contrato, mientras que no lo precisarían si se configurasen como actos unilaterales. La distinción entre mandato y poder no es clara, dividiéndose las opiniones, pues hay quien sostiene que son cosas distintas y quien afirma que el segundo no es más que la forma del primero, predominando actualmente la teoría de que el poder no es más que el mandato representativo, sin que ello excluya el que pueda existir representación sin mandato, como sucede en los casos de representación legal u orgánica.

En nuestro Código de Comercio ya encontramos el artículo 244 que nos dice que «se reputará comisión mercantil el mandato...». El título de la sección 2.^a del título III nos habla «de otras formas del mandato mercantil», y el artículo 281, que encabeza dicha sección, nos dice que «el comerciante podrá constituir *apoderados* o *mandatarios* generales o singulares», con absoluta equiparación de ambas figuras. El artículo 282 nos dice que el factor habrá de tener «poder» de la persona por cuya cuenta haga el tráfico, y ya hemos visto por el epígrafe de la

sección que el factor no es más que una forma de mandato. Insiste el artículo 290 en el término al hablar de «los poderes conferidos a un factor...» y el 291 nos lo confirma al expresar que «los actos y contratos ejecutados por el factor serán válidos respecto de su *poderdante*». Así pues, para el legislador mercantil es clara la unión entre mandato y poder. El segundo no es más que la expresión formal del primero, o sea, el documento en que se plasma aquél.

En el mismo sentido, la Resolución de la Dirección General de 31 de marzo de 1979 cuando en su considerando octavo nos dice que «para determinar las facultades que ostenta el *apoderado* habrá que estar a los términos del *mandato* conferido con aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 1.712 y 1.713» (preceptos estos últimos del capítulo del mandato en el Código Civil), y en el mismo considerando, al final, añade: «salvo que se trate del mandato mercantil en donde de conformidad con lo establecido en los artículos 281, 283, 284 y 286 del Código de Comercio...», que, como hemos visto, equiparan ambas figuras, máxime por cuanto la citada Resolución se refiere precisamente a un supuesto de apoderamiento mercantil, como resulta de su considerando séptimo, al expresar que «al tratarse de un supuesto de apoderamiento que supone la realización por una tercera persona de las facultades que le ha conferido el órgano social en virtud del poder correspondiente...», con lo que claramente se observa que la Dirección General, tratándose de un supuesto de poder, declara aplicable las normas del mandato civil o la del mercantil, según los casos.

Sentada tal vinculación, de lo que no cabe duda es de que el mandato, tanto civil como mercantil, es contrato por cuanto el Código de Comercio regula la materia en los artículos citados comprendidos en las secciones 1.ª y 2.ª del título III del libro II, que trata «De los *contratos* especiales de comercio», y el Código Civil lo regula en los artículos 1.709 y siguientes contenidos en el libro IV, dedicado a los contratos.

Así pues, la necesidad de aprobación por la sociedad de tales poderes resulta evidente y así lo reconoce expresamente la Sentencia de 9 de marzo de 1981, relativa a un poder para pleitos, al decir que «la sentencia que declara que el apoderamiento conferido para comparecer en juicio se otorgó por persona jurídica inexistente por no estar inscrita todavía la sociedad anónima en el Registro Mercantil, cosa que ocurrió un año después, no interpreta erróneamente los artículos 6 y 7 de la Ley de Sociedades Anónimas y debe ser sostenido en el recurso porque: a) la falta de inscripción de una sociedad anónima, aunque vincule a los socios y sea válida ante ellos, implica, según el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, la inexistencia de la sociedad para

terceros y carece para éstos de nacionalidad, de domicilio, y no puede demandar ni su demanda en juicio; b) el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas permite la ratificación de tales actos, siempre que sean aceptados dentro de los tres meses siguientes a partir de la inscripción, ratificación que no se probó en la instancia se produjera ni de modo expreso ni tácito, y c) al no ratificarse el poder a Procurador, la sociedad compareció en la instancia sin poder hacerlo por carecer de personalidad». Posteriormente la Sentencia de 15 de diciembre de 1986 ha refrendado esta doctrina.

Recientísimamente la Dirección General de los Registros, en la Resolución citada de 22 de enero de 1988, ha confirmado la postura ya apuntada en la de 31 de marzo de 1979, al confirmar la necesidad de la aprobación por la sociedad de un poder conferido por el administrador social antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y, tras afirmar que el proceso constitutivo acaba con la inscripción y que antes de ésta la sociedad no está debidamente constituida, confirma que el poder, que generalmente trae su causa del mandato, deviene por la aceptación en un negocio contractual que no puede ser sustraído a la necesidad de la aceptación por la sociedad que exige el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo cual ya había sido reconocido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1981, declarando, a su vez, que el poder no constituye acto de naturaleza interna de la sociedad, como lo sería el nombramiento de administradores, sino externo, con lo que desecha los argumentos del Notario recurrente.

Pues bien, con el texto del Anteproyecto estas dudas quedan resueltas por el legislador, ya que éste no se refiere sólo a los contratos, sino también a los actos, con lo que, tanto las actividades de naturaleza contractual como las demás realizadas por determinadas personas antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, quedan sujetas a los requisitos que posteriormente el precepto exige para que la sociedad quede obligada a su cumplimiento.

La segunda diferencia apuntada estriba en que el texto vigente sólo contempla los concluidos antes de la inscripción, mientras el Anteproyecto la amplía a los realizados antes del otorgamiento de la escritura o antes de su inscripción en el Registro Mercantil. La doctrina ya se había manifestado en el sentido de entender aplicable el requisito de la aceptación tanto para unos como para otros, ya que dentro de los concluidos antes de la inscripción caben todos, y la Dirección General en su Resolución de 24 de febrero de 1970, al admitir que la fecha de comienzo de operaciones pueda ser anterior a la del otorgamiento de

la escritura avalaba esta postura que el Proyecto ahora aclara definitivamente sometiendo a igual régimen a unos y otros.

La tercera diferencia parece tener mayor importancia, ya que el texto vigente nos dice que es «la validez» del contrato lo que queda supeditado a la inscripción y a la aceptación por la sociedad, mientras que el texto del Anteproyecto sólo se refiere a la obligación de la sociedad de cumplir tales actos y contratos después de la inscripción si se dan los requisitos que a continuación establece. A nuestro modesto criterio, es más acertado el texto vigente que el propuesto, pues aparte de que ambos nos llevan a las mismas conclusiones, o sea, a que el pago de los gastos necesarios ocasionados para la inscripción han de ser satisfechos por la sociedad y que el cumplimiento de los demás precisa la aceptación por la Junta general, sin embargo, el texto vigente, al referirse a la validez, es más conforme al artículo 1.259 del Código Civil, que sanciona con nulidad los actos realizados a nombre de otro, sin estar expresamente autorizado o sin tener su representación legal, salvo la ratificación posterior. De este modo ambos preceptos resultan perfectamente concordados, pues si no se da la ratificación tales contratos no son válidos.

¿Por qué se ha cambiado un texto que parecía correcto? Con ello entramos en la última de las diferencias apuntadas. Pues sencillamente porque la Ley vigente sólo contempla como supuesto que convalida tales actos el de aceptación por la sociedad dentro de los tres meses siguientes a la inscripción, mientras que el texto del Anteproyecto admite también la obligatoriedad de su cumplimiento, incluso sin la referida aceptación, cuando resultasen indispensables para su constitución o si hubiesen sido estipulados, dentro de sus facultades, por las personas a tal fin designadas por todos los socios, supuestos que, al no darse el requisito de la ratificación, habría que considerar nulos, con la contradicción que supone el que actos nulos hayan de ser de cumplimiento obligatorio.

Sin embargo, no obstante esta loable finalidad, hay que reconocer que este párrafo segundo del artículo 8 no ha estado demasiado afortunado en su redacción y plantea demasiados problemas de interpretación. Así pues, prescindiendo del tema de los gastos necesarios hasta la inscripción que tanto el texto vigente como el Anteproyecto imponen a la sociedad, surgen otros problemas relativos a los actos y contratos realizados en tal período.

La primera cuestión lo es la relativa al diferente tratamiento que se observa según que la fundación sea simultánea o sucesiva, pues mientras en la simultánea la sociedad va a quedar obligada al cumplimiento de tales actos si se da alguno de los tres supuestos que contempla el

artículo 8, sin embargo, el artículo 32, 2, sólo admite el que la sociedad asuma las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores siempre que su gestión haya sido aprobada por la Junta general a que se refiere el artículo 25 o que los gastos (no los contratos) hayan sido necesarios. Si tenemos en cuenta que esta Junta general del artículo 25 es anterior a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil resulta evidente que para tales actos ya no se requiere la concurrencia de ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 8, ya que el 32 impone la obligación de cumplirlos sin más requisito que una aprobación que es anterior a la inscripción. Así pues, el artículo 8 sólo será aplicable para aquellos actos y contratos realizados en nombre de la sociedad después de la Junta constituyente del artículo 25 y anteriores a la inscripción, pero no para los anteriores a tal Junta, para los que, tratándose de fundación sucesiva, no se precisa más requisito que el expresado.

Otro problema grave en relación con el Registro de la Propiedad lo plantea la existencia de los tres casos que contempla el párrafo segundo del artículo 8 comentado. Así, si pensamos en un acto de adquisición de inmuebles realizado en tal período, supuesto relativamente frecuente por cuanto a veces la adquisición de una fábrica cuya explotación va a constituir la actividad social no puede dilatarse hasta concluir todos los trámites necesarios para dejar constituida legalmente la sociedad, surge la duda de cómo puede apreciar el Registrador la concurrencia de alguno de dichos requisitos. No plantea problema alguno el de la aceptación por la sociedad coincidente con el régimen vigente, pero sí, en cambio, el de los dos supuestos restantes. Así, refiriéndonos al primero de ellos, o sea, el de que tales actos sean indispensables para su constitución, ¿cómo puede el Registrador apreciar si tal adquisición es o no indispensable para su constitución? ¿Qué sucederá si las personas que lo realizan consideran que es indispensable y el Registrador opina que no lo es? ¿Cuáles son los actos indispensables para la constitución? Verdaderamente actos indispensables para la constitución no lo son más que la voluntad de constituir la sociedad, el otorgamiento de la escritura, la aportación y la inscripción, pero ninguno de ellos supone actos y contratos realizados en nombre de la sociedad, sino para constituir la sociedad, y a lo más supondrán gastos necesarios, pero la adquisición de un inmueble, incluso cuando éste vaya a ser el objeto de la actividad social podrá suponer un contrato necesario para la explotación social, pero no para la constitución. Con ello queda vacío de contenido el término «contratos» utilizado en el precepto. Mas aún admitido el que tales actos o contratos sean indispensables para la constitución, ¿puede el Registrador de la Propiedad inscribirlos sin que

recaiga una declaración de la sociedad de concurrir tal circunstancia? Mucho nos tememos que en relación con el Registro de la Propiedad el precepto sea letra muerta, pues los Registradores exigiremos la aceptación por la sociedad, única forma de que la actuación sea correcta ante la imposibilidad de calificar la necesidad de la adquisición y formalmente para que aparezca cumplido el artículo 1.259 del Código Civil.

No menos complicado resulta la aplicación del restante supuesto contemplado en el citado artículo, o sea, el de que hubiesen sido estipulados, dentro de sus facultades, por las personas a tal fin designadas por todos los socios. En este supuesto debemos distinguir dos etapas diferentes. La primera, la de actos o contratos realizados antes del otorgamiento de la escritura, y la segunda, los realizados entre la escritura y la inscripción. En la primera etapa la cuestión es complicadísima, pues tales personas necesariamente habrán de coincidir con las que después aparezcan como socios, lo que implicará la aportación de la escritura de constitución de la sociedad para comprobar su identidad. Mas ¿en qué forma habrán de ser designadas tales personas y cómo ha de formalizarse la concesión de tales facultades? No parece posible otra solución que la del poder notarial. Pero aún dándose estas circunstancias ¿serán inscribibles tales actos de adquisición en el Registro de la Propiedad sin la aprobación por la sociedad? Entiendo que no.

No podemos olvidar que los socios, personas físicas, son entes jurídicos distintos de la sociedad. El poder conferido por los socios no es un poder conferido por la sociedad y, por consiguiente, los actos realizados con tal poder sólo obligan al poderdante como persona individual, pero en modo alguno puedan obligar a persona distinta como es la sociedad, y, por tanto, en la realización de tales actos el apoderado no podrá alegar que actúa en nombre de la sociedad como exige el párrafo primero del artículo 8, sino en nombre de la persona física que le confirió el poder, con lo que en este supuesto el precepto carecerá de aplicación, y, sin embargo, el artículo dispone que la sociedad vendrá obligada al cumplimiento de los actos así realizados. Jurídicamente la tesis es insostenible por infracción manifiesta del artículo 1.259 del Código Civil, mas lo que sucede es que este tercer supuesto no está pensado para la etapa (añadida hoy en el Anteproyecto), anterior al otorgamiento de la escritura de constitución, sino para la segunda, o sea, la que media entre la escritura y la inscripción, y responde al cambio de criterio que en lo relativo a la designación de los primeros administradores contempla el Anteproyecto. El legislador impone ahora que en la escritura de constitución aparezcan designados los administradores sociales, como claramente expresa el número 6 del artículo 14 y el artículo 19, mientras

el texto vigente se limitaba a exigir la designación del órgano u órganos encargados de la administración, aunque no se designasen las personas que los integrasen. Tal situación con el nuevo texto ya no es posible, como claramente resulta de los textos citados al disponer que en la *escritura* se expresarán las *personas* que inicialmente se encarguen de la administración y representación social, y esas personas, según el artículo 19, son los primeros administradores que deben ser designados en la escritura de constitución y que someterán su nombramiento a la aprobación de la primera Junta general que se celebre.

Desaparecen, por tanto, las dudas que en orden al nombramiento de administradores surgían con el texto vigente motivadas por la defecuosísima redacción del artículo 72, cuando habla de administradores designados en el acto constitutivo, ya que ahora no se habla de tal, sino de la escritura, y, consecuentemente, se elimina también la corruptela tan extendida de nombrar a los administradores fuera del acto constitutivo, pero dentro de la propia escritura social, para soslayar el plazo del nombramiento y la necesidad de la aprobación por la primera Junta general que imponen los artículos 15 y 32 de la Ley vigente; corruptela duramente criticada por F. VICENT CHULIÁ en su *Compendio crítico de Derecho mercantil* (primera edición, tomo I, pág. 22), pero que *obiter dicta* había sido reconocida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974 y posteriormente por la Resolución de la Dirección General de 13 de julio de 1984, cuyo comentario ya hicimos en el trabajo citado contenido en el libro homenaje a TIRSO CARRETERO al que nos remitimos (págs. 1244 y sigs.).

Limitada, pues, la aplicación de la norma del artículo 8 a esta segunda etapa, el precepto, como decimos, cobra sentido, aunque sea criticable la forma de que se expresa, ya que en vez de decir «por las personas a tal fin designadas por todos los socios» debió expresar «por las personas designadas administradores en la escritura social». De este modo la obligatoriedad del cumplimiento de lo realizado por tales personas resulta lógica, ya que las mismas serán los representantes legales de la sociedad y su actuación dentro de las facultades conferidas, pero la actuación se realizaría en representación de la sociedad y no de los socios, acomodándose a lo dispuesto en el párrafo primero del propio artículo 8 cuando se refiere a actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad.

Corroborar la opinión que sostenemos el artículo 9 del Anteproyecto cuando, al regular los efectos de la falta de inscripción, sujeta los bienes aportados a la sociedad y sus frutos al cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de las personas a que se refiere el artículo ante-

rior, de donde resulta evidente por la expresión inicial del mismo precepto al decir «cuando la escritura de constitución no se inscribiese en el Registro Mercantil dentro del año de su otorgamiento...» que la base para su aplicación es la existencia previa de la escritura, y, además, porque lo sujeto son los bienes aportados a la sociedad y mal pueden conocerse los bienes aportados sin la escritura en que consten tales bienes.

C) CUESTIONES QUE PLANTEA EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA

Pasamos ahora al estudio de la tercera fase, o sea, las cuestiones que plantea el otorgamiento de la escritura en orden a la inscripción en los Registros de la Propiedad, en la que examinaremos las dos cuestiones siguientes:

- a) Aportación de bienes inmuebles en el acto del otorgamiento de la escritura social.
- b) Los derechos de tanteo y retracto respecto de los inmuebles aportados a la sociedad.

Respecto al primer punto, el problema se plantea en orden a la esfera *de calificación* del Registrador de la Propiedad. Resulta evidente, y así lo ha sancionado repetidamente la Dirección General (Resoluciones de 9 de febrero de 1943 y 2 de abril de 1986), que existen materias que calificadas por el Registrador Mercantil no pueden ser abordadas nuevamente en la calificación del Registrador de la Propiedad, sino que éste ha de aceptarlas necesariamente.

La aportación es un elemento esencial en el contrato de sociedad y la Dirección General, en Resolución de 23 de mayo de 1952, ya estableció que los Registradores Mercantiles han de extremar el celo en la comprobación de la realidad de las aportaciones. Ciertamente que esta recomendación era inoperante en la mayoría de los casos por cuanto las aportaciones dinerarias en ningún caso recibían control alguno. El Anteproyecto, como ya hemos apuntado, subsana esta falta exigiendo se acrediten ante el Notario (ver art. 14, 3.º), y en cuanto a los inmuebles se estableció en el texto vigente, y subsiste en el Anteproyecto, la obligatoriedad de un informe, valoración y comprobación por los administradores, sin que se entreguen títulos definitivos hasta que ésta se haya realizado, aunque la Resolución de 5 de julio de 1982 minimizó este requisito. Mas el problema estriba especialmente en si el Registrador de la Propiedad debe calificar la capacidad y representación del

aportante cuando este requisito ya ha sido calificado por el Registrador Mercantil, o si, por el contrario, debe limitarse a comprobar los obstáculos que surjan del Registro.

Creemos que en tal materia que va suponer atribuir efectos respecto a tercero de titularidades dominicales distintas de la creación del ente social la calificación en materia de capacidad del aportante ha de ser total, y para ello nos basamos en algo tan fundamental como es la distinta esfera de actuación del Registro Mercantil y del Registro de la Propiedad en lo que es el objeto de la inscripción. En el Mercantil se inscribe la sociedad, o sea, la persona jurídica, en el de la Propiedad lo único que se inscribe es la titularidad de los bienes. El error en la calificación del Registrador Mercantil no puede propiciar la inscripción del bien en el Registro de la Propiedad cuando el defecto es detectado por éste. Ciertamente que la mayoría de los efectos de esta naturaleza se advierten precisamente por el contenido del Registro, así, por ejemplo, finca aportada por quien en el Registro no aparece como titular, aportación de bien ganancial sin consentimiento del cónyuge, aportación por quien tiene limitada la capacidad por suspensión de pagos, concurso, quiebra, interdicción, etc. (no olvidemos que en el Registro Mercantil no existe el libro de incapacitados y que la inscripción de los comerciantes individuales es voluntaria). En todos estos casos el Registrador Mercantil puede no tener los elementos suficientes para calificar acertadamente y es lógico que el de la Propiedad pueda denegar o suspender la inscripción, lo cual no comporta necesariamente la inexistencia ni nulidad del contrato social por cuanto la Ley prevé elementos sustitutivos cuando falta la aportación o ésta es de menor valor que lo señalado (ver art. 32 LSA), más aún en aquellos casos en que tal circunstancia no surge del Registro, creemos que el Registrador puede calificar subsanando el error del titular mercantil, así, por ejemplo, menor emancipado sin el complemento de capacidad o sujeto a tutela indebidamente representado, aportación por representante de sociedad sin facultades suficientes, etc.

Es demasiado trascendente la materia como para que el Registrador de la Propiedad pueda, a sabiendas, inscribir no obstante haber observado el defecto. En el Registro Mercantil ello puede suponer la anulación de la aportación de un socio, su complemento o la reducción del capital, pero en el de la Propiedad nacería una titularidad viciada de cuya responsabilidad difícilmente escaparía el Registrador. Las Resoluciones de 21 de mayo de 1935 y 24 de diciembre de 1948 confirman el criterio expresado.

En este punto cobra especial relieve el artículo 14 del Anteproyecto en su número 3.º, cuando en su párrafo segundo dispone que «cuando

el desembolso se efectúe total o parcialmente, mediante aportaciones no dinerarias, deberá expresarse, además, su valor y si los futuros desembolsos se harán en metálico o en nuevas aportaciones *in natura*». Como de los desembolsos pendientes de tales bienes nos ocuparemos más adelante, hemos de examinar aquí exclusivamente lo relativo al valor del bien. El Anteproyecto pone especial énfasis en garantizar la realidad de las aportaciones, como lo prueba el artículo 32, *c*), tanto respecto a las aportaciones dinerarias como a las no dinerarias. Sin embargo, respecto a estas últimas el procedimiento arbitrado resulta excesivamente complicado y dilatará enormemente el otorgamiento de la escritura contra el principio de agilidad para la creación de sociedades, dado que exige que se incorpore a la escritura un informe «elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Juez que, bajo su responsabilidad, identificarán el bien o bienes objeto de la aportación, sus características, su valor y los criterios utilizados para obtenerla». Habida cuenta de la acumulación de trabajo que hoy pesa sobre los organismos judiciales la necesidad de acudir al Juzgado para que éste designe uno o varios expertos que identifiquen y valoren los bienes, como decimos, dilatará enormemente la constitución, lo cual se agravará si en vez de un solo experto el Juez designa varios, y aún más si éstos no se ponen de acuerdo en orden a su valoración, ya que, al tratarse de un solo informe, pero hecho por varios expertos no se establecen normas para la resolución de discrepancias ni plazo alguno para su elaboración.

A nuestro juicio, la exigencia es excesiva y hubiere sido suficiente acompañar el informe elaborado por un experto designado por los propios otorgantes, ya que la garantía de la valoración radica en la competencia del experto y no en la forma de la designación, y además porque esta valoración es meramente provisional y revisable, según dispone el artículo 32, *d*), que establece dos posibilidades de revisión: la realizada por los administradores dentro de los cuatro meses a contar desde la constitución, y la que compete al Juez a petición de cualquier accionista que previa designación judicial de un perito que revise la realizada por los administradores o la asignada para tales bienes en la escritura de constitución decidirá cuál de las dos valoraciones es la justa.

Resulta, pues, anómalo que se exija *a priori* la intervención judicial para la designación de expertos cuando existen las dos revisiones a que hemos hecho referencia que acaban con resolución judicial, máxime cuando, al no excluir una a la otra, puede resultar que el experto designado por el Juez *ab initio* sea el mismo que designe para la revisión, con lo que ambos informes coincidirán necesariamente y no se habrá conseguido más que entorpecer la constitución de la sociedad.

Es de resaltar en esta materia el número 4.º del artículo 32, *d*), al disponer que «hasta que esta revisión no se realice o transcurra el plazo en que pueda solicitarse, los accionistas aportantes no podrán obtener los títulos definitivos de las acciones». Lo primero que se observa al leer tal apartado es que hace referencia a «esta revisión», sin concretar a cuál de ellas se refiere, ya que el precepto contiene dos, mas con sentido lógico debe referirse a la segunda, ya que ésta sólo puede solicitarse después de transcurridos los cuatro meses señalados para la primera, y, de admitirse que se refiriese también a la de los administradores, se podrían entregar los títulos definitivos de las acciones, con su posibilidad de transmisión, a pesar de que tales acciones podrían quedar anuladas si en el segundo plazo los accionistas ejercitan su derecho a revisar la valoración. Con esta postura el legislador se ajusta a la posición del Registrador en la Resolución de 5 de julio de 1982, que, siguiendo la doctrina de la Resolución de 8 de abril de 1981, exigió la determinación de las acciones entregadas en pago de las aportaciones no dinerarias y que fue revocada por la Dirección General, mas nos parece más acertada, y así parece confirmarlo la redacción del Anteproyecto, la tesis que sostuvimos en tal recurso por cuanto «esta revisión», al expresarse en singular, sólo puede referirse a una y el demostrativo «ésta» se refiere al antecedente más próximo que es la judicial a que se refiere el apartado 3 precedente, con lo que hasta que tal revisión judicial no se realice o transcurra el plazo para solicitarla no se podrán entregar los títulos definitivos y habrá que determinar las acciones que correspondan en pago de tales aportaciones, sin que nos parezca acertada la tesis mantenida en la citada Resolución de que la aprobación de la valoración realizada por los administradores en la propia escritura de constitución facultase para la adjudicación de los títulos definitivos, y, por ende, desapareciese la obligación de determinar las acciones correspondientes a tales aportaciones, por cuanto en el texto del Anteproyecto se concede la facultad de revisión «haya o no verificado los administradores la revisión citada en el apartado anterior».

Por último, hay que apuntar que conforme al número 6 del artículo 32, *d*), si de la revisión resulta que el valor de los bienes aportados es inferior a la cifra inicialmente asignada a las aportaciones, de entre las opciones que el precepto contiene interesa, a los efectos del Registro de la Propiedad, la que se concede al socio de separarse de la sociedad, en cuyo caso la sociedad reducirá su capital en la medida correspondiente, con lo que será la escritura de reducción de capital con restitución del bien aportado al socio que se separa el título adecuado para

la inscripción en el Registro de la Propiedad del bien aportado a favor del aportante.

Queda sin resolver el problema, ya planteado en el régimen actual, de qué sucederá si en la Junta que haya de acordar la reducción no se reúnen los quórum necesarios para su constitución válida o el acuerdo no obtiene la mayoría precisa, así como también el de si una vez adoptado, y dada la necesidad de cumplir lo dispuesto en el artículo 101, a), 2, en orden a la protección de los acreedores, alguno de éstos se opone a la ejecución del acuerdo de reducción, y es que resulta difícilmente armonizable el *derecho* de separarse con el *derecho* de la sociedad a acordar la reducción y con el *derecho* de los acreedores a oponerse a la reducción. Es una pena que el Anteproyecto no haya resuelto una cuestión que ya se da en el régimen actual, y la verdad es que no consideramos demasiado acertada la facultad de separarse que concede el precepto, máxime por cuanto con la intervención de peritos y la resolución judicial existen garantías suficientes de una correcta valoración sin lesión ni para el aportante ni para la sociedad, admitir tal derecho supone o bien la necesidad de aceptar una valoración superior a la real, determinada por el aportante, o bien colocar a la sociedad en una situación que, como vemos, puede ser insoluble ante la necesidad de reducir el capital y la imposibilidad de tomar tal acuerdo o de llevarlo a efecto una vez acordado, con lo que se da el contrasentido de que o se vulnera el derecho de separación o se produce un desequilibrio en el patrimonio social.

En cuanto al *tanteo y retracto* arrendaticio urbano en los supuestos de aportación de bienes inmuebles de tal naturaleza a la constitución de sociedades parece en principio no aplicable el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a la aportación a sociedad, por cuanto ésta no puede equipararse al concepto de venta o cesión solutoria de que habla la Ley, y así lo corroboró la Sentencia de 12 de marzo de 1964, sin embargo, la de 30 de noviembre de 1973, en un supuesto de aportación en un caso de aumento de capital, lo consideró aplicable basándose en que el negocio de aportación no es una permuta *porque este negocio jurídico consiste en el cambio de cosa por cosa y aquí lo verdaderamente transmitido fueron las acciones que es un signo que representa al dinero y se halla incluido en el artículo 1.445 del Código Civil*. Esta sentencia es criticada por la doctrina (véase, CÁMARA, en *Estudios...*, tomo I, pág. 285) no sólo por la indebida equiparación entre aportación y compraventa, sino porque en determinados casos la aportación inmobiliaria puede ser la razón determinante de la propia ampliación de capital por necesidades de la sociedad, con lo que el ejercicio del retracto, aunque se sustituya el bien por el valor, deja a la sociedad sin el

inmueble que precisaba. Añade la sentencia «que de negarse el retracto en caso de aportación de una finca arrendada, al ampliarse el capital en una sociedad anónima se burlarían por tales sociedades las disposiciones sobre el retracto sustituyéndose el sistema de venta por el de aportación de fincas, lo que supondría la utilización, prohibida por el artículo 9 de la Ley, de un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa en fraude de la misma». Nos encontramos ante un supuesto que tendrá que ser resuelto por nuevas sentencias o resoluciones, dada la discrepancia entre ambas sentencias, si bien el propio Tribunal marcó en la última el que habría que diferenciar los supuestos de constitución y los de aumento, lo cual no parece demasiado lógico, y posiblemente la idea del fraude no sea suficiente para justificar la negativa a la inscripción, ya que éste sólo puede ser apreciado por los Tribunales y no por el Registrador. Lo que desde luego no puede ser argumento para dispensar del requisito es el hecho de que el Registrador Mercantil no haya exigido la notificación al arrendatario, pues el requisito, si es aplicable, lo es para inscribir en el Registro de la Propiedad y no en el Mercantil.

Cuando se trata de fincas rústicas, el problema aparece resuelto, por cuanto el nuevo Reglamento, en su artículo 89, contempla específicamente el supuesto de aportación a sociedad y ya no caben paliativos, hay que exigir su cumplimiento, así como la manifestación de no haber hecho uso en los últimos seis años de la facultad de recuperar la finca.

D) ACTOS REALIZADOS DESPUÉS DE CONSTITUIDA LA SOCIEDAD

Entrando en el estudio de los actos realizados durante la vida de la sociedad, contemplaremos los siguientes supuestos:

1. *Administradores sociales: sus facultades*

En este punto hay que señalar que el anterior anteproyecto, que constituía una reforma total de la Ley de Sociedades Anónimas, regulaba esta materia con mayor amplitud que la Ley vigente; sin embargo, la falta de desarrollo de la Directiva quinta, que afecta a esta materia, ha hecho que el legislador español reduzca el anteproyecto a las materias ya resueltas en la CEE, por lo que tales cuestiones quedan relegadas a una reforma posterior. Por consiguiente, sólo dedica un artículo, el 76, a regular esta materia. Sin embargo, como este anteproyecto parcial recoge literalmente al anterior en las materias reguladas, debemos mencionar al menos que las formas previstas, según el artículo 88 del Anteproyecto de 1979, y que posiblemente estarán en la reforma

futura, son: Administrador único, dos o más administradores solidarios, dos o tres administradores con facultades conjuntas, Consejo de administración con mínimo de tres y máximo de once miembros y un Consejo de vigilancia y una dirección unipersonal o colegiada.

Las novedades que presenta esta regulación podemos resumirlas así: Se reconoce la posibilidad de la administración mancomunada sin formar Consejo con tres administradores, posibilidad que estaba vedada en la legislación vigente, según claramente reconoce unánimemente la doctrina y el propio legislador en la exposición de motivos de la Ley de Sociedades Anónimas y en el artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil, y aunque la Dirección General la admitió en Resoluciones de 4 y 5 de octubre de 1983, con una argumentación poco convincente, como ya expuse en mi comentario a tales Resoluciones en el *Boletín del Colegio de Registradores* de diciembre de 1982, sólo podía admitirse en los supuestos de hecho contemplados en las mismas, o sea, el de dos administradores, con lo que ahora la posibilidad alcanza el supuesto de tres. Se impone el mínimo lógico para actuación colegiada de tres miembros, contra la Resolución de 9 de mayo de 1978, que admitió el Consejo de dos miembros, y se limita el máximo de consejeros a once, eliminando la libertad de regulación que en este aspecto establece el artículo 71 de la Ley vigente, e instaura el sistema de Consejo de vigilancia y dirección unipersonal o colegiada, previsto en las legislaciones extranjeras, y que resulta útil en sociedades de gran envergadura. Por último, establece que los Estatutos han de optar por *una* de las expresadas formas de administración, con lo que rechaza la postura sostenida por la Resolución de 26 de noviembre de 1981, al admitir que en los Estatutos se establecieran distintas formas de administración en forma alternativa, doctrina que, en su día, ya juzgamos errónea, como expusimos en el citado trabajo y en el recurso que motivó la citada resolución.

El texto del Anteproyecto, como decimos, sólo recoge para la inmediata reforma un artículo, el 76, que resulta de un contenido interesantísimo: «La representación de la sociedad en juicio o fuera de él corresponde a los administradores y se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social determinado en los Estatutos». Comparando este precepto con el artículo 76 actual observamos lo siguiente:

1.º Que la representación social siempre está atribuida a los administradores, cualquiera que sea la forma de administración elegida, y ello para resolver las dudas planteadas en el régimen vigente que atribuye la representación al Consejo y, en defecto de éste, establece que la representación se regirá por lo dispuesto en los Estatutos y en los

acuerdos de la Junta general, con lo que se planteaban una serie de problemas, unos resueltos y otros no, dada su deficiente redacción, como lo eran si las palabras «en defecto de éste» (el Consejo) se referían a los supuestos en que existiendo Consejo y designado éste no podía actuar, bien por no reunir el número mínimo previsto en los Estatutos, por caducidad, etc., o si, por el contrario, tales palabras se referían al supuesto en que se hubiese optado por un órgano de administración distinto del Consejo. Si se sostiene lo primero, resulta absurda la remisión que se hace a los Estatutos, ya que éstos regularán el Consejo y no los casos de no existencia, y si se sostiene lo segundo, resulta también absurda la remisión a los acuerdos de la Junta general, ya que dejaría en manos de la Junta no sólo la designación de un órgano distinto al estatutario, a pesar de hallarse reunida la Junta, sino también la extensión de las facultades en una materia que es de regulación estatutaria.

El texto propuesto resuelve estos problemas al atribuir la representación en todo caso a los administradores genéricamente, sin distinguir la clase de órgano establecido.

Y en cuanto a la extensión del ámbito de la representación, lo es en cuanto a todos los actos comprendidos en el objeto social determinado en los Estatutos. Aquí la reforma cambia el texto vigente, que se refiere a los asuntos pertenecientes al giro y tráfico de la empresa por el de actos comprendidos en el objeto social, a nuestro juicio mucho más precisa, ya que la regulación actual ha motivado una serie de fluctuaciones en la interpretación de lo que se entiende por giro y tráfico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General no siempre concordes y en muchos casos contradictorias, como vamos a tener ocasión de examinar someramente.

Sin embargo, previamente debemos delimitar qué se entiende por actos comprendidos en el objeto social y el alcance representativo de los administradores según los propios Estatutos sociales, y aquí la doctrina y la jurisprudencia marchan de acuerdo cuando se trata de conceptos generales, lo cual ya no sucede cuando se trata de actos concretos y así como principios generales son comúnmente admitidos:

a) Que el contenido mínimo de las facultades representativas son los actos relativos al giro y tráfico, u objeto social, según el Anteproyecto, por lo que cualquier limitación respecto a éstos es nula.

b) Que ello no limita la facultad de la sociedad para realizar cualquier tipo de actos o contratos, sino la competencia del órgano a realizarlos, que en los casos en que excede de los de giro y tráfico será la Junta general y no el órgano de administración.

c) Que el contenido de las facultades de los administradores pue-

de ser ampliado en los Estatutos sociales, por lo que siempre habrá que estar a éstos (ver Resolución de 2 de octubre de 1981).

A pesar de la claridad de las premisas sentadas, sin embargo, cuando se desciende a los supuestos de hecho, la cuestión se complica enormemente. La primera duda surge por lo que hemos de entender por giro y tráfico social. La Dirección General de los Registros, en Resoluciones de 17, 25 y 26 de abril de 1972, parece equiparar giro y tráfico a objeto social cuando en el segundo considerando de la primera, reiterado por las otras, nos dice «que una de las finalidades que cumple la necesidad de determinar el objeto social en los Estatutos de la sociedad anónima, es precisamente la de que dicho objeto social concrete el límite de las facultades de representación de los administradores, al establecer el artículo 76 de la citada Ley que la representación de la sociedad en juicio y fuera de él corresponde al Consejo de Administración» y que «en todo caso la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa», *expresión esta última que debe entenderse sustancialmente equiparada a la de objeto social*.

En el mismo sentido podemos señalar la de 13 de abril de 1981, en la que, atribuida al órgano administrador la facultad de participar en otras empresas o sociedades, la considera admisible al disponer que «la facultad reconocida al Consejo de Administración en el artículo 23, e), de los Estatutos sociales es perfectamente posible, ya que, como es obvio, hay que entenderla —al igual que el resto de actos que se contienen en el mismo apartado e)— dentro de los límites del objeto social establecido en el artículo 4 de los Estatutos».

Sin embargo, la Resolución de 2 de octubre de 1981 parece apuntar conclusiones diferentes y más radicales, aunque resuelve la cuestión, a nuestro modesto juicio, desacertadamente, pues, tras recoger en los considerandos séptimo, octavo, noveno y décimo la doctrina general que antes hemos resumido (especialmente en el noveno), sin embargo, en el undécimo nos dice «considerando que los criterios que se han pretendido observar para determinar de una manera objetiva si el acto se encuentra o no comprendido dentro del objeto social —como podría ser la concreción de dichos actos en los Estatutos sociales, y entender que sólo los allí enumerados serían los únicos que pueden llevar a cabo los administradores o el criterio de la exorbitancia del acto en relación a su capital social— no puede ser tenido en cuenta de una manera absoluta por el Registrador, sino como un indicio o factor más a tener presente en la calificación, ya que por anticipado es imposible prevenir en unos Estatutos todos los actos que pueden ser necesarios para el logro del objeto social, y tampoco el criterio cuantitativo delimita en tér-

menos absolutos esta cuestión, por lo cual, y teniendo en cuenta además (artículo 3, 1.º, CC) que las normas se han de interpretar con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo a su espíritu y finalidad y que esta realidad nos muestra una universal tendencia a proteger el tráfico mercantil, lo que, unido a que, como ya se ha indicado, «no es la clase de acto en sí mismo lo que ha de tenerse en cuenta para saber si está o no comprendido dentro del ámbito del giro o tráfico de la empresa, hay que concluir que ponderados todos los factores y que salvo que el acto sea claramente contrario al objeto social habrá en principio de procederse a su inscripción».

Aquí ya se nos dice que no hemos de contemplar la clase de acto realizado, sino si éste está en *clara contradicción con el objeto social*, lo cual resulta tan difícil como comprobar si está dentro del giro y tráfico, la cuestión se vuelve de positiva en negativa, pero estamos en el mismo punto, y para mayor confusión la resolución declara no inscribible la hipoteca a que se refiere el recurso, a pesar de que el objeto social era «la adquisición o construcción de fincas urbanas para su explotación en forma de arriendo, sin perjuicio de que conforme a las disposiciones legales que establecen y regulan las exenciones y bonificaciones fiscales aplicables a la sociedades cuya actividad sea la indicada, pueda *accidentalmente enajenar fincas que formen parte de su patrimonio o realizar eventualmente otras operaciones* o actividades siempre que no se desvirtúe el objeto social justificativo de dichas exenciones o bonificaciones».

Verdaderamente resulta difícil comprender que constituir una hipoteca sobre una finca en una empresa dedicada a la construcción sea un acto claramente contrario al objeto social, pues lo normal es que una constructora recabe préstamos para la construcción que satisfará con el importe de los arrendamientos concertados, lo cual facilita las adquisiciones futuras y las propias realizaciones de obras, sin olvidar además que el artículo 20 de los Estatutos atribuía al Consejo la facultad de *prestar las garantías, afianzamientos o avales* que puedan ser necesarios para *el cumplimiento del objeto social*, y, además, en el apartado g) la de «vender o enajenar, *hipotecar y contratar en general sobre toda clase de bienes, muebles o inmuebles*».

La Dirección no captó la verdadera cuestión de fondo del problema, excelentemente apuntada por el Registrador, ya que la hipoteca se constituía por la sociedad no en garantía de una deuda de la sociedad, sino de una deuda ajena, lo cual, de hecho, implicaba un acto a título gratuito a favor de la sociedad garantizada que naturalmente no podía estar comprendida dentro del giro y tráfico de la hipotecante, con lo que desvirtuaba el objeto social, pero la resolución, en

vez de acudir a este claro defecto, apela a un argumento totalmente insostenible, recogido en el considerando decimosegundo, al decirnos que «aún cuando está autorizado a hipotecar, según el apartado g) del mismo artículo, tal facultad hay que relacionarla con el más singular precepto estatutario del artículo 2, en el que, tras establecer que el objeto exclusivo de la sociedad es la adquisición o construcción de fincas urbanas, se indica que *accidentalmente pueda la sociedad enajenar inmuebles sin modificar los Estatutos y por simple acuerdo de la Junta general*, por lo que al envolver la hipoteca una posible enajenación forzosa del inmueble haya que entenderla incluida dentro de los actos que necesitan este previo acuerdo social en tanto no se modifiquen los Estatutos para adecuarlos a la nueva realidad surgida tras la entrada en vigor del Real Decreto de 25 de febrero de 1977».

Curiosa la interpretación que el Centro Directivo da al artículo 2 de los Estatutos, relativo al objeto social, mezclando frases que están en párrafos diferentes para que sea precisa la actuación de la Junta en las enajenaciones de inmuebles. Nada más lejos del texto estatutario. El párrafo que habla de las enajenaciones sólo exige, como hemos visto por su transcripción literal antes efectuada, «que no se desvirtúe el objeto social justificativo de las exenciones o bonificaciones». La intervención de la Junta no está en tal párrafo, sino en el siguiente, relativo a materia distinta, cuando nos dice tras el punto: «Mediante justificación de no haber sido obtenida la necesaria concesión por el Ministerio de Hacienda, o previa renuncia de los beneficios fiscales obtenidos la sociedad podrá también dedicarse, sin modificación de sus Estatutos y *por simple acuerdo de la Junta general*, a la *compraventa de fincas rústicas* o urbanas y a la explotación de las mismas bajo cualquier modalidad jurídica».

El artículo es claro; el objeto social señalado en el primer párrafo se establece para la obtención de los beneficios fiscales concedidos para tal actividad, mas si tales beneficios fiscales no se obtienen o bien renunciando a ellos la actividad social será, además de la expresada, la compraventa y explotación de fincas rústicas y urbanas, y ello por simple acuerdo de la Junta general, sin modificación estatutaria que ya está prevista. Como vemos, este acuerdo de la Junta es de ampliación de objeto y genérico para todos los actos de tal naturaleza no para un acto concreto —la hipoteca— que contempla el supuesto de hecho. La mezcla de los dos párrafos, hecha en el considerando de la Dirección, da un resultado que en nada se parece a lo que establece el precepto estatutario.

La resolución comentada contiene unas contradicciones palpables y evidentes. ¿Cómo se puede sostener que para cualquier enajenación se

requiere acuerdo de la Junta cuando el artículo relativo a las facultades de los administradores autoriza en el apartado e) para prestar garantías, afianzamientos y avales, y el g) para vender o enajenar, hipotecar, etc.? Lo único que puede impedir que el administrador realice estos actos es que sean contrarios al objeto social, mas entonces la contradicción con el objeto no está en el hecho de la posible enajenación, sino en que ésta lo sería en garantía de una deuda ajena. Y aún así chocaría con el apartado e), antes expresado.

Así pues, una resolución que según su considerando octavo afirma que las facultades del órgano de administración puedan ser ampliadas bien en los Estatutos o por la Junta, y que en el décimo afirma que las normas se han de interpretar con arreglo a la realidad social existente al tiempo de su aplicación, y esa realidad «nos muestra una universal tendencia a la protección del tráfico mercantil», acaba cayendo en la más estricta realización del simple objeto social, a pesar de que las facultades de los administradores están ampliadas, según hemos visto, y no obstante el estar la facultad de hipotecar inscrita no admite su actuación, y ello en base al artículo del objeto social desvirtuado en su interpretación, como hemos visto.

Mas pronto la Dirección General va a cambiar de criterio, pues si examinamos la Resolución de 11 de febrero de 1983 nos encontramos con un poder concedido por un administrador que otorga al apoderado la facultad de afianzar y dar garantías por otros y dar y tomar dinero a préstamo con o sin interés, actos que no estaban específicamente enumerados entre sus facultades estatutarias. El Registrador señaló como defecto el que tales actos eran *contrarios al giro y tráfico social*, ya que envolvían la posibilidad de actos gratuitos y como tales no mercantiles, y el afianzamiento de deudas ajenas y los préstamos sin interés eran actividades que nada tenían que ver con el objeto social y que, según la Resolución de 2 de octubre de 1981, excedían del ámbito en el que el administrador tenía que actuar.

Pues bien, la Resolución dio un paso más hacia adelante al expresar en su último considerando que «no es *la clase de acto* en sí mismo lo que ha de tenerse en cuenta, sino si con ellos *se alcanza la finalidad del objeto social*». Es claro y evidente que en ningún acto ni contrato se expresa la finalidad que se persigue con él, así nadie expresa en la escritura que compra por qué va a dedicar el local a gimnasio o qué dona para anticipar la herencia. La finalidad perseguida queda en la mente de los contratantes, pero normalmente no aparece recogida en el contrato, por lo que si esa finalidad es la que ha de servir como determinante para decidir si se ajusta o no al giro y tráfico será imposible al Registrador calificar tal materia, ya que éste podrá comprobar si la

naturaleza objetiva del acto se acomoda al objeto social, mas no si la finalidad subjetiva tiende a realizar actos conducentes a su consecución.

Sin embargo, no parece ser ésta la postura más reciente del Tribunal Supremo que en su Sentencia de 10 de julio de 1987, con ocasión de un aval prestado por una sociedad en favor de otra en su Fundamento de Derecho tercero nos dice que «en el caso de la demanda quiso establecerse un órgano de administración provisto de los poderes más amplios (todo cuanto no esté atribuido a la Junta general por los Estatutos o por mandato de la ley). Con todo la representación *no puede desconectarse de ese giro y tráfico* dentro del objeto social», y añade, «sus administradores, conjuntamente sólo están facultados para esas operaciones y las que con ellas se relacionan, *pero no para afianzar operaciones cuyo interés es ajeno a la sociedad*». Era necesario para la validez del aval el que en los Estatutos figurara *la concreta facultad de avalar o la de afianzar en términos generales lo que no ocurre*».

Marcada discrepancia entre ambas doctrinas: la Dirección General, admitiendo la facultad de avalar, aunque no esté especificada en los Estatutos. El Tribunal Supremo, por el contrario, no la admite y exige que conste en ellos. Resulta evidente que no hay más jurisprudencia, según el Código Civil, que la del Tribunal Supremo, pero las Resoluciones obligan a los Registradores. Difícil solución a adoptar en cada caso ante tal discrepancia, que no es la única vez que sucede, colocando a los Registradores en difícil postura, dada la posible responsabilidad.

No obstante, en esta materia podemos señalar que la postura más prudente será no admitir la actuación cuando la facultad no aparezca expresada entre las del órgano administrador, salvo que objetivamente, y dada la naturaleza del objeto social los actos realizados encajen dentro de la actividad social. Esto nos lleva como consecuencia a exigir en las escrituras cuando se actúa en representación de sociedades la expresión del objeto social, circunstancia que ya ha corroborado la Dirección General en Resolución de 31 de marzo de 1986, aunque como veremos también con cierta confusión.

En el caso contemplado en la citada resolución se trata de una compraventa de inmuebles entre dos sociedades y en ambos Estatutos aparecen los órganos de administración investidos de las facultades de adquirir y enajenar inmuebles. En la vendedora, por mención expresa entre las facultades del administrador, y en la compradora, por ser su objeto la actividad inmobiliaria. El Registrador suspende la inscripción por falta de expresión del objeto social que permita determinar el ámbito de actuación de sus representantes. El Presidente de la Audiencia revocó la nota de calificación y declaró inscribible la escritura una vez efectuada la acreditación de las facultades del administrador de la com-

pañía vendedora y el objeto social de ambas compañías y la Dirección General revoca el auto apelado. Así en términos tan simplistas como se expresa la Resolución da la sensación de que da la razón al Registrador, pues si el Presidente revocó la nota del Registrador y la Dirección General revoca el auto del Presidente parece que deba valer la nota. Sin embargo, no es así; se trata simplemente, como se deduce de los considerandos de la misma, de una defectuosa expresión del auto de la Dirección General que debió expresar que revoca el auto del Presidente sólo en cuanto a la necesidad de acreditar las facultades del administrador y objeto social y lo confirma en cuanto al carácter de inscribible de la escritura, mas lo importante es examinar la doctrina recogida en ella y destaca el considerando tercero que se acerca a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1987 al expresar «que la necesidad de hacer constar el objeto social es inevitable en todos aquellos supuestos en que el administrador actúa en nombre de una sociedad, pues sus facultades, salvo que estén ampliadas, se concretan como mínimo a los actos que estén comprendidos dentro del giro y tráfico de la empresa y, por ello, el Registrador ha de tener a la vista esta importante circunstancia...», y añade en el cuarto «que estas facultades mínimas e ilimitadas de los administradores, comprendidas dentro del objeto social (art. 76, 2.º, LSA) no impiden que puedan serles ampliadas a otros actos que excedan del giro y tráfico de la empresa, *bien por tenerlas conferidas en los Estatutos* o bien porque lo autorice la Junta general, y esto es lo que sucede en el presente caso, «en donde se advierte en los Estatutos de la sociedad vendedora que el administrador se encuentra facultado para comprar, vender, gravar, dividir y realizar cualquier acto de riguroso dominio sobre toda clase de bienes de la sociedad y lo mismo en cuanto a la entidad compradora...».

Por último, hay que citar la Resolución de 18 de mayo de 1986, relativa a esta materia. Nos encontramos nuevamente con un supuesto de constitución de sociedad en la que interviene el órgano de gestión de otra sociedad con objeto distinto, si bien de los Estatutos resulta que tal órgano tiene facultades para «adquirir, comprar y disponer por cualquier título de toda clase de bienes de la sociedad, *suscribir contratos* o convenios de cualquier naturaleza».

La sociedad ya constituida que interviene como socio se dedica a «*la administración de patrimonios propios o ajenos, la asesoría de empresas, la auditoría de estados financieros y demás actividades análogas*». La que se constituye dedicada «*al alquiler de fincas urbanas, construcción de edificios y operaciones con ello relacionadas, como adquisición de terrenos, urbanización, parcelación, uso, arrendamiento y venta de aquéllos en su conjunto o por departamentos*», y la Dirección

General en su considerando cuarto nos dice que esta cuestión «pone de relieve una vez más la importancia del objeto social dentro del campo societario, ya que a través de la suscripción de acciones en el momento fundacional por una sociedad o su participación mediante compra de otras sociedades puede llegarse a modificar indirectamente el objeto social de la sociedad operante, cuando la nueva creada en que se participe tiene un objeto social distinto o extraño al de la primera, con vulneración del principio según el cual toda modificación del objeto social debe ser acordada en Junta general (art. 84 LSA) y sobre todo porque se privaría al socio disidente de ejercitar el derecho de separación (artículo 85, 4.º) que la misma Ley le reconoce».

Sin embargo, en el caso concreto la Resolución admite tal constitución de sociedades no basándose en las facultades del administrador de «suscribir contratos de cualquier naturaleza» que ostenta en los Estatutos y que podrían englobar a la constitución de sociedad como tal contrato que es, aunque la importancia que supone la creación de una personalidad jurídica distinta, como es la sociedad, haga aceptar con cierto recelo el que se considere comprendido dentro de una mención tan genérica como la que resulta de la escritura, sino en la circunstancia de ser la inversión en una cantidad poco importante en relación con el capital social y en el hecho más importante, a nuestro modesto juicio, *de que la que se crea tiende a conseguir fines análogos a los de la propia sociedad*, con lo que la Dirección General vuelve en cierto modo a la postura de la Resolución de 13 de abril de 1981, antes citada, en la que el objeto social vuelve a revestir especial importancia, y así lo pone de manifiesto la propia Resolución en su considerando octavo cuando expresa que «el objeto de una sociedad constituye su razón de ser y delimita las atribuciones del órgano representativo, pero no puede calificarse con criterio estrecho, que impediría a una sociedad sin tener que modificar sus Estatutos, a través de una nueva que a *tales fines se crea, obtener logros análogos a sus fines —en este caso concreto, relacionados con la administración del patrimonio propio o ajeno—* decididos por el órgano de gestión, todo lo cual no ha de confundirse con la ampliación de operaciones reguladas en el artículo 86, y en el presente caso sigue inalterado el objeto o fin primordial de la sociedad fundadora y no es importante su aportación —80.000 pesetas— en relación con el volumen de capital con que cuenta para sus fines...».

Podrá parecernos o no acertada la interpretación que la Dirección General da a la expresión «administración de patrimonios propios o ajenos», que está dentro del objeto de la fundadora para entender que ella posibilita al órgano de gestión y representación para constituir otra sociedad, con lo que la inversión realizada pasa a ser administrada como

patrimonio propio por la fundadora y, por tanto, comprendida dentro del giro y tráfico, interpretación que, personalmente, nos parece muy forzada y fuera de contexto, ya que nos llevaría a la posibilidad de constituir sociedades de cualquier objeto, más el hecho de que la Dirección General trate de incardinar la nueva en el objeto de la existente, en vez de acudir a las facultades expresas del órgano de administración da un mayor realce a la postura de que el objeto social es no sólo importante en los supuestos en que las facultades del administrador son genéricas, sino incluso en aquellos en que aparecen enumeradas, pero sin que el acto concreto se concrete específicamente, como sucede en este caso.

Ello nos lleva, tratando de armonizar la jurisprudencia expresada, a las siguientes conclusiones en esta materia:

1.^a Que cuando los Estatutos guardan silencio respecto a las facultades del órgano de gestión y representación o simplemente les atribuyen las facultades de giro y tráfico es preciso exigir expresamente la consignación del objeto social en la escritura, pues es el único elemento con que cuenta el Registrador de la Propiedad para calificar si entra dentro de sus facultades la del acto que realiza.

2.^a Que cuando los Estatutos enumeran las facultades del administrador y la que éste realiza está específicamente concretada tal mención no es necesaria, aunque parezca contraria a esta tesis la Resolución de 2 de agosto de 1981.

3.^a Que cuando el acto no está específicamente señalado, pero puede entenderse comprendido dentro de una expresión genérica como «contrato», «gravamen» u otra similar debe, por prudencia, exigirse igualmente la expresión del objeto.

4.^a Que no se puede prescindir en estos casos dudosos de la importancia de la inversión, aunque este elemento resultará difícilmente calificable, habida cuenta de que si normalmente no se expresa el objeto, mucho menos se hace respecto a la cifra del capital social, aunque esta mención resulte obligatoria para las adquisiciones onerosas realizadas durante el primer año de vida social si exceden de la décima parte del capital social.

5.^a Que cuando se trate de constitución de sociedades, dado que en éstas cabe que la aportación sea de inmuebles cobra especial importancia la mención del objeto social, pues aún comprendida esta facultad entre las específicamente atribuidas al órgano de representación, la conexión entre el objeto o fines de la antigua y la nueva parecen elemento importante, según la interpretación de la Dirección General en las comentadas resoluciones.

Por último, cabe resaltar que lo expuesto es aplicable cuando actúan los órganos legales de representación de la sociedad, mas cuando se trate de representantes voluntarios hay que estar a los términos del poder concedido, por lo que si específicamente no aparece la facultad ejercitada no procede la admisión de su actuación, aunque pudiese entenderse comprendida dentro del objeto social o con finalidad tendente a la consecución de los fines sociales, ya que hay que estar al documento del que resulte tal representación, si bien en los supuestos en que el poder se limita a expresar que se confiesen al apoderado las mismas facultades que al administrador, salvo las indelegables, la interpretación ha de ser idéntica al supuesto del propio administrador (ver Resoluciones de 29 de noviembre y 11 de octubre de 1983).

Con el nuevo texto del artículo 76 vuelve a ser determinante el objeto social por cuanto se ha eliminado la referencia al giro y tráfico para referirse al objeto, mas, sin embargo, como veremos más adelante, la limitación sólo actúa en la esfera interna.

Veamos ahora las modificaciones introducidas en estas cuestiones por la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas.

Aparece regulada la materia en el nuevo artículo 76, como hemos visto, cuyo primer párrafo hemos examinado en relación con la jurisprudencia, pero es interesante el párrafo segundo, que dice: «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 no será suficiente por sí sola para constituir esta prueba». Se recoge aquí la orientación del artículo 11 de la Ley de Sociedades Limitadas y la Resolución de 16 de diciembre de 1981.

Lo primero que salta a la vista de esta redacción es la diferencia con el anterior anteproyecto total de la ley que regulaba la materia en el artículo 99, y que decía: «Será ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores.

«También quedará obligada la sociedad por aquellos actos que sin estar comprendidos en el objeto social sean realizados por los administradores dentro del giro o tráfico que de hecho realice la sociedad.»

Notorias son las diferencias entre ambos textos, ya que el anterior obligaba a la sociedad por los actos realizados fuera del objeto social, pero dentro del giro y tráfico que de hecho realizaba la sociedad. Aquí la prueba para que la sociedad quedase obligada consistía en justificar

que la sociedad realizaba actividades distintas de las que estatutariamente constituían su objeto, y justificada tal circunstancia se producía su responsabilidad.

En el texto del Anteproyecto actual la norma general es más extensa aparentemente, pues se refiere a los actos realizados incluso cuando sean ajenos al objeto social (tanto de derecho como de hecho), mas las excepciones condicionan mucho tal principio, que parecía querer acoger la doctrina de la protección del tráfico mercantil frente a terceros a que ya aludía la Resolución de 2 de octubre de 1981, antes examinada, pues permite que la sociedad pueda probar que los terceros sabían que tales actos excedían del objeto social o que dadas las circunstancias no podían ignorarlo.

Cierto que el tráfico mercantil queda notablemente protegido por cuanto el simple hecho del traslado de la prueba a cargo de la sociedad ya supone un gran fortalecimiento de la posición del tercero. En principio todo acto realizado por los administradores obliga a la sociedad, y probar que los terceros sabían o que no podía ignorar la extralimitación del administrador puede resultar prueba notoriamente dificultosa, tal como lo plantea el Anteproyecto, por mor de lo dispuesto en el último inciso, al expresar que: «La publicación de los Estatutos no será suficiente por sí sola para constituir esta prueba».

Este inciso es francamente criticable, y lo es más en el contexto de la propia redacción del Anteproyecto. La publicidad en los actos mercantiles es algo importantísimo, en la que descansa la seguridad del tráfico mercantil, y tanto el Código de Comercio como el Anteproyecto, al regular la materia del Registro Mercantil y lo relativo al *Boletín del Registro Mercantil* dan grandes efectos a esta publicidad (véanse los artículos 16, 21, 24, 26 y 30 del Código de Comercio, tal como los regula el Anteproyecto de reforma parcial de la legislación mercantil, del que forma parte el de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo artículo 76 comentamos), y resulta anómalo que la seguridad que implica la publicidad quede ahora totalmente desvirtuada por este inciso al disponer que la *publicación* del objeto social (publicación que constará no sólo en el Registro Mercantil, sino también en el *Boletín del Registro Mercantil*) no supone presunción del conocimiento del objeto social por parte de los terceros que contratan con la sociedad y precisa, además, de otra prueba específica de que conocían la extralimitación de los administradores. Queda sin sentido el artículo 24 del *Código de Comercio en la redacción contenida en el propio Anteproyecto cuando nos dice que* «las escrituras y demás actos y documentos de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones, sólo serán oponibles por la sociedad a los terceros de buena fe después de la

publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*». La contradicción resulta palpable, ya que este precepto dispone el que sean oponibles los actos realizados por la sociedad frente a terceros de buena fe por la publicación en el *Boletín del Registro Mercantil*, mientras que el 76 sostiene que la publicación de los Estatutos no tiene tal efecto, exigiendo una prueba, como vemos, distinta y harto difícil, cuando de no existir tal inciso final en el precepto la publicación en el *Boletín* quedaría incluida en el hecho de que dadas las circunstancias los terceros no podrían desconocer tal extralimitación. El Registro Mercantil queda menoscabado en su función de seguridad; el artículo 76 con tal redacción favorece a los terceros de mala fe y ningún beneficio produce al tráfico mercantil, que debe resultar amparado por la única institución destinada a su protección.

También resulta criticable que los efectos de publicidad frente a terceros deriven del hecho de la publicación en el *Boletín* y no de la inscripción en el Registro Mercantil, que ve minimizados sus efectos en favor de la publicación, que, necesariamente, será de un contenido más somero e incompleto que el asiento registral. La única justificación que tiene tal norma es el hecho de su mayor difusión, más aún esto es hoy menos importante, dada la posibilidad de manifestaciones o certificaciones solicitadas por correo que proporcionan un contenido más completo y exacto del que puede proporcionar el extracto publicado, por lo que no dudamos en pedir ya la supresión del expresado párrafo.

Otra cuestión a resaltar es el diferente sentido que tiene la norma del Anteproyecto con relación a la de la legislación actual, pues mientras ésta lo que trata de garantizar es el contenido mínimo inderogable de las facultades de giro y tráfico en los administradores sociales, las dos redacciones de los proyectos de reforma se ven claramente dirigidas a la protección del tráfico mercantil, y con mucho más vigor la última, por cuanto el de 1979 lo único que garantizaba eran las actuaciones del giro y tráfico social bien el de derecho que constaba en los Estatutos, bien el de hecho que efectivamente realizase la sociedad, pero en ningún caso quedaba obligada la sociedad por los actos ajenos al objeto social, con lo que la publicación de éste recibía una importancia extraordinaria. El Anteproyecto actual extiende esta obligación incluso a tales actos, sin más posibilidad de excluirlos que la prueba del efectivo conocimiento de la extralimitación por los administradores.

La medida, no obstante, resulta tímida, pues si lo que prima es la protección al tercero, en el tráfico mercantil la sociedad debería quedar obligada por los actos de los administradores en todo caso, sin necesidad de prueba alguna, y ello por una razón de principio, que es la de que el órgano de administración es la propia sociedad. Aquí parece latir

en el fondo la idea, ya anticuada, de que el órgano de representación es un mandatario de la sociedad, por lo que en determinados supuestos de extralimitación del mandatario el mandante no debe quedar obligado, mas en la posición actual, tanto de las leyes como de la jurisprudencia y la doctrina, esta tesis está superada, los administradores son órganos sociales, no apoderados de ésta, y, por tanto, todo lo que realizan lo hace la sociedad, y si la Junta general (no la sociedad) estima que la actuación de ese órgano es incorrecta, facultades tiene para sustituirlo, pero nada le exime de su culpa *in eligendo*, por lo que debe responder de lo realizado por aquéllos. Lo contrario supondría algo así como si la persona física no respondiese de lo que hace su brazo como órgano de aquélla.

No obstante, el paso dado, aunque insuficiente, hemos de considerarlo loable por cuanto favorece a los terceros que contratan con la sociedad y simplifica enormemente la función calificadora del Registrador, ya que, en principio, hemos de partir del supuesto general de que todo lo hecho por los administradores obliga a la sociedad, por cuanto la posible impugnación por extralimitación conocida del uso de las facultades de aquéllos es cuestión que ha de resolverse judicialmente y, por tanto, escapa de la esfera de actuación del Registrador.

2. Adquisiciones onerosas realizadas durante los dos primeros años siguientes a la constitución:

Otra cuestión importante dentro de esta esfera de actuaciones sociales durante la vida de la sociedad es la reforma del artículo 32 de la vigente Ley en orden a las adquisiciones onerosas. El nuevo precepto que aparece bajo el número 32, *e*), dispone lo siguiente: «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 de la décima parte del capital social. Con la convocatoria de la Junta deberán ponerse a disposición de los accionistas un informe elaborado por expertos independientes y otro por los administradores.

No será de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior a las adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad, ni a las que se verifiquen en Bolsa o en subasta pública.»

Bastantes novedades introduce el nuevo precepto. La primera de ellas es la ampliación del plazo dentro del cual actúa, que en la legislación vigente es de un año, mientras el Anteproyecto lo fija en dos. La segunda, que tal aprobación ha de ser previa, requisito que no exige el texto vigente, lo que en la práctica se traducía en aprobación posterior.

La tercera, la de que además del informe de los administradores se exige otro de expertos independientes, informes que han de ponerse a disposición de los socios con la convocatoria. Y, por último, que tales requisitos no son aplicables a las adquisiciones realizadas en Bolsa o subasta pública, ni cuando se trate de adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad.

La crítica que merece el proyecto no puede ser demasiado favorable. Ya su finalidad resulta poco clara, por cuanto presumir el fraude en la valoración de los bienes adquiridos en los dos primeros años siguientes a la constitución es anómalo, aunque el precepto guarde similitud con el de alguna legislación extranjera, incluso en el plazo. Las leyes no han de presumir el fraude, esto es una cuestión a resolver en los Tribunales, aunque nuestro legislador sea bastante aficionado a estas soluciones, pero es que la medida adoptada es de tan poca efectividad que la norma prácticamente no sirve para nada más que para entorpecer el tráfico mercantil, aparte de que la redacción, como ya sucedía con su antecesor, no es demasiado afortunada.

Veamos su contenido. Nos dice como el anterior: «Las adquisiciones de bienes a título oneroso *realizadas por la sociedad...*». Ya es criticable el hablar de *realizadas* en participio pasivo, pues ello implica que la adquisición ya ha sido hecha, pero a nadie se le oculta que ello es incorrecto, incluso con el texto vigente, pues si la adquisición ya ha sido hecha y después la Junta general no la aprueba habría que llegar a la conclusión de que tal adquisición no la realiza la sociedad, sino los administradores que otorgan el contrato, pero es que además en el texto propuesto se dice que esta aprobación ha de ser *previa*, lo cual concierne muy mal con él «realizadas». Una cosa es que la adquisición haya de ser «autorizada» o «acordada» por la Junta general, lo cual se traduce necesariamente en un acto previo a realizar por la Junta general, y otra que haya de ser «aprobada», pues en puridad terminológica aprobar supone dar el asentimiento a algo ya hecho. Si la Junta previamente aprueba la adquisición, lo que hace realmente es acordar la adquisición del bien y resulta anómalo hablar de aprobación.

Mas esta aprobación previa ¿elimina la posibilidad del fraude? Evidentemente, no. Salvo supuestos excepcionadísimos, los administradores sociales se eligen entre los socios constituyentes, y de ahí que si el fraude se podía dar en el acto del otorgamiento igual se daría en la Junta de aprobación que podía realizarse al día siguiente, e incluso diríamos que en el mismo acto, siguiendo la, a nuestro juicio, errónea doctrina de la Dirección General de que en la propia escritura de constitución se puede distinguir por los otorgantes entre lo que es acto constitutivo y la Junta general que procede a nombrar administradores y a aprobar la

valoración de las aportaciones no dinerarias. Ya la Resolución de 8 de abril de 1981 admite que no es preciso diferenciar las acciones que se entregan en pago de acciones suscritas en virtud de aportaciones no dinerarias cuando en la escritura de constitución se aprueban las valoraciones, con lo que el aportante de tal naturaleza recibe títulos definitivos desde el otorgamiento de la escritura. El fraude, si lo hay, se consuma exactamente igual que si el precepto no existiese.

Pero es que además la norma entorpece la actuación social, ya que el hecho de que se realice una adquisición de inmuebles recién constituida la sociedad es algo normal y lógico. Cuando se constituye una sociedad, salvo otras finalidades no confesables, lo es porque una persona sola no puede afrontar el coste de una actividad o no quiere por sí sola asumir el riesgo que la misma supone. En estos casos lo primero es reunir el dinero necesario para emprenderla y lo inmediato adquirir los bienes necesarios para su desarrollo, bien sean locales, fábricas, maquinaria, etc. Paralizar la actividad hasta que se reúna la Junta general que «apruebe» la adquisición no es más que dilatar su puesta en marcha, aumentar los gastos que la inactividad supone, agotar la paciencia del posible vendedor o incluso perder la oportunidad surgida, y todo ello en aras de eliminar un posible fraude en la valoración que igualmente puede darse en las adquisiciones realizadas transcurridos los dos años y que por otra parte tienen su protección adecuada en la responsabilidad de los administradores actuantes y en las garantías que exige la ley para su valoración.

Subsiste igualmente en el texto propuesto que el plazo se computa «desde su constitución», con lo que sigue quedando en nebulosa, que es lo que entiende por constitución, o sea, si se refiere a la escritura o a la inscripción en el Registro Mercantil, lo que ya con el texto vigente creó discrepancia entre CÁMARA y GARRIGUES, que sostienen posturas contrapuestas. Nos inclinamos por la tesis de la inscripción, como ya hemos expuesto anteriormente, avalada por copiosa jurisprudencia recentísima del Tribunal Supremo que manifiesta que en ese estadio previo a la inscripción hay «presociedad» y que la principal obligación que surge es la de obtener la inscripción, sin que pueda hablarse de sociedad anónima irregular.

También se pone de manifiesto la falta de cuidado en la redacción del precepto en el hecho de que habiéndose corregido esta defectuosa redacción en otros artículos del Anteproyecto no se corrige en éste.

Así, el polémico artículo 72, relativo a los administradores nombrados en el acto constitutivo ha quedado eliminado por cuanto el artículo 14, 6.º, del Anteproyecto exige, además, de los órganos de administración que resultan del artículo 5.º, *h*), «las personas que inicial-

mente se encarguen de la administración y representación», lo que confirma el artículo 19 al expresar que «los *primeros* administradores *que deben ser designados* en la *escritura de constitución* someterán su nombramiento a la aprobación de la primera Junta general que se celebre». Como vemos, ya no se habla como hace el artículo 72 de administradores nombrados en el acto constitutivo, sino de *primeros* administradores y la Junta general ha de aprobar (aquí el término aprobar sí se utiliza correctamente) tales nombramientos, con lo que se elimina la posibilidad de que tal Junta se haga en la propia escritura de nombramiento, ya que no se habla de acto constitutivo, sino de escritura.

La ampliación a dos años del plazo no hace más que agravar el problema apuntado, restando agilidad a cualquier tipo de adquisición inmobiliaria que exceda de la décima parte del capital.

No se conforma con tales dificultades el artículo citado, sino que añade alguna novedad como es la de además del informe de los administradores ha de haber otro elaborado por «expertos independientes» que se pondrá a disposición de los accionistas «con la convocatoria». No es precisamente un dechado de perfecciones la norma, pues exige un informe de expertos sin concretar quiénes ni cuántos, y dispone que se pondrá a disposición de los accionistas «con la convocatoria», como si ésta se pusiese a disposición de los socios. Pero es que, además, si tal informe ha de estar hecho cuando se hace la convocatoria, ello implica que, previamente, los administradores han de buscar los expertos, darles un plazo para que realicen la valoración, que éstos a su vez resuelvan las discrepancias que puedan existir entre ellos, ya que la Ley exige «un» informe, no varios, y además que no sea hecho por un solo experto, sino por varios, y todo ello retrasará aún mucho más esa posible adquisición importante para la sociedad.

Y nos resta la excepción introducida en el precepto, o sea, que tal aprobación no es necesaria cuando se trata de adquisiciones realizadas en Bolsa, subasta pública o adquisiciones comprendidas en operaciones ordinarias de la sociedad. Aunque la subasta pública no sea precisamente una garantía de valoración real y en la mente de todos está el *affaire* de los «subasteros», pese a que el legislador considere como buena tal valoración, como sucede con las adquisiciones en Bolsa, lo que ya no parece tan claro es lo que ha querido expresar con la frase «operaciones ordinarias». ¿Qué debemos entender por operación ordinaria? ¿El giro y tráfico social? Ya hemos visto la dificultad que entraña establecer su contenido, no siempre resuelto con fortuna por la Dirección General y los Tribunales; mas ¿quién ha de decidir si se trata de operación ordinaria? Necesariamente habrán de ser los administradores, pues si la consideran como tal no convocarán la Junta ni harán

el informe prevenido. Mas ¿qué sucede si después los socios o parte de ellos estima que no se trata de operación ordinaria?

¿Y si es el Registrador, cuando se trata de inmuebles, el que estima que no se da tal circunstancia? ¿Cómo se repone la situación a la aprobación previa? Ya no cabría más que la ratificación por la Junta, con lo que el precepto pone de manifiesto su propio fallo, ya que la excepción es lo suficientemente oscura como para plantear numerosos problemas.

Con lo expuesto es suficiente para comprobar que lo mejor hubiera sido la supresión del precepto, ya que la práctica ha demostrado su escasa aplicación, siempre soslayada por certificaciones de Juntas generales ficticias y quedando, en cambio, sin abordar el problema de las adquisiciones realizadas dentro del primer año, cuyo valor de adquisición excede con mucho de la cifra del capital social frecuentes en la práctica, dado que los capitales de constitución suelen ser ficticios en la mayoría de los casos.

De todo ello se deduce claramente que el precepto es entorpecedor y su redacción inadecuada.

3. Entrando en el estudio *del desembolso pendiente con aportaciones no dinerarias* es importante la modificación de la regulación del Anteproyecto cuando establece el artículo 14 que «se determinará su naturaleza, valor y contenido, la forma y procedimiento de efectuarlas, con mención expresa del plazo de su desembolso, que no podrá exceder de cinco años desde la constitución de la sociedad». Aquí, salvo resaltar lo prolijo de las circunstancias exigidas a más del informe que expresamente impone el artículo 32, c), del Anteproyecto surge el problema del *plazo* expresado en tal precepto. Mucho nos tememos que la exigencia de tal plazo quede convertida en una declaración de buena voluntad. ¿Qué efecto producirá su incumplimiento? ¿El Registrador Mercantil debe negarse a inscribir si la Junta o el Consejo acepta la aportación fuera de plazo? ¿Puede el Registrador de la Propiedad negarse a inscribir si el desembolso se ha hecho constar en el Mercantil? Preguntas todas ellas que a nuestro juicio han de tener una respuesta negativa. El incumplimiento del plazo podrá provocar la responsabilidad de los administradores y la correspondiente reacción de la sociedad, que podrá, conforme al artículo 47, h), exigir su cumplimiento, proceder ejecutivamente contra el mismo socio que incumple su obligación o enajenar las acciones por cuenta del moroso, lo cual necesariamente implica que en ningún caso este plazo imposibilita el que tal aportación se realice fuera de él, por lo que su inclusión en la Ley es desacertada al no establecer sanción alguna para el incumplimiento, salvo que por no poderse ven-

der las acciones se anule la acción y se reduzca el capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya percibidas.

4. Por último, aunque el Anteproyecto contiene muchos más supuestos que abordar en relación con el Registro de la Propiedad, vamos a terminar examinando el problema que plantean las ampliaciones de capital con aportaciones no dinerarias, entre las que entran las de aportación de inmuebles y para cuyo estudio son importantes los artículos 84, 90, 91 y 99 del Anteproyecto.

El primero de los citados preceptos se refiere a los requisitos generales para la modificación de Estatutos, que en su número 4 expresa que «en todo caso el acuerdo se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil...». El artículo 90, en su número 1, declara aplicable a los aumentos los requisitos antes expresados. El artículo 91 dispone que:

1. Cuando para el aumento hayan de realizarse aportaciones no dinerarias será preciso que al tiempo de la convocatoria de la Junta se pongan a disposición de los accionistas en la forma prevista en el artículo 84, apartado 1, número 3.º, una Memoria de los administradores en la que se describan con detalle las aportaciones proyectadas, el nombre del aportante, el número y el valor nominal de las acciones que hayan de entregarse y las garantías adoptadas según la naturaleza de los bienes en la que la aportación consista, y un informe en que se describan y valoren las aportaciones proyectadas, elaborado bajo su propia responsabilidad por un experto independiente con título que le habilite al efecto.

2. A esta clase de aportaciones se aplicará lo dispuesto en los artículos 14, párrafo 3.º; 32, c), y 32, d).

Por último, el artículo 99, bajo el epígrafe «Inscripción en el Registro Mercantil de la ejecución del aumento de capital», dispone:

1. Será aplicable a los aumentos de capital lo dispuesto en el artículo 14, 3.º, de la presente Ley, debiendo inscribirse en el Registro Mercantil la ejecución de dicho acuerdo.

2. Los suscriptores quedan obligados a hacer su aportación desde el momento mismo de la suscripción, pero pueden pedir la resolución de dicha obligación y exigir la restitución de las aportaciones realizadas si, transcurridos seis meses desde que se abrió el plazo de suscripción, no se hubiesen presentado para su inscripción en el Registro los documentos acreditativos de la ejecución del aumento de capital. Si la falta de presentación de los documentos a la inscripción fuere imputable a la sociedad podrá exigirse también el interés legal.

3. Sólo a partir de la inscripción de la ejecución del acuerdo del aumento podrá hacerse constar la nueva cifra de capital social en los documentos de la sociedad».

No dudamos en calificar de torturante para la sociedad la regulación de los aumentos de capital con aportaciones no dinerarias establecida en el Anteproyecto, que dificultará gravemente su posibilidad, a pesar de que el artículo 96, 2.º, parece propiciar su realización al excluir el derecho de suscripción preferente cuando se trate de tal tipo de aportaciones, mas la regulación es tan confusa, complicada, reiterante, contradictoria y en algunos casos con soluciones tan desorbitadas, que, como decimos, va a desembocar en su eliminación.

Nada hay que oponer a lo dispuesto en los artículos 84 y 90, que se limitan a exigir escritura e inscripción para tales acuerdos, mas los problemas surgen cuando entramos en los dos preceptos restantes. El artículo 91 para los acuerdos de aumento y el 99 para la ejecución de tales acuerdos.

Respecto al primero de ellos, independientemente de algún defecto de redacción, como el de hablar de garantías *adoptadas*, en vez de garantías *a adoptar*, ya que antes del acuerdo ningún derecho ostenta la sociedad sobre los bienes de nadie, pues se ignora si el aumento va a ser acordado por la Junta, salta a la vista como primer problema el derivado de las mutuas remisiones entre los preceptos implicados, a veces con regulaciones no concordantes. Así, el artículo 91 exige una Memoria de los administradores en que se describan detalladamente los bienes, el nombre del aportante, el número y el valor nominal de las acciones a entregar y las garantías adoptadas, así como un informe en que se describan y valoren elaborado por un experto independiente, con título que le habilite. Mas el número 2 de dicho precepto expresamente dispone que a estas aportaciones se aplicará lo dispuesto en los artículos 14, 3.º, y 32, c) y d). La remisión al artículo 14, 3.º, ya resulta de poca utilidad, por cuanto la exigencia del valor ya consta también en el artículo 91 y el resto de la regulación o se refiere a las dinerarias o a los desembolsos futuros. Pero es que además el artículo 14, 3.º, se remite al número 1 del 32, c), mientras el 91 se remite a todo el 32, c). Claro que en este caso parece que el error deriva del artículo 14 y no del 91, pues tal como aparece redactado no sería aplicable a las aportaciones no dinerarias en el momento de la constitución lo dispuesto en el número 2 en orden a la evicción y saneamiento, lo que evidentemente es absurdo, mas con relación al informe ya surgen contradicciones, pues el 32, c), habla de uno o varios expertos, mientras el 91 sólo de uno; el 32 dice que habrán de ser designados por el Juez, cir-

cunstancia que no aparece en el 91; el 32 exige que consten los criterios utilizados para obtener la valoración que no aparece en el 91; el 32 no exige título adecuado, circunstancia que sí recoge el 91, y, por último, el 32 ordena que el informe se incorpore a la escritura, mientras el 91 silencia tal requisito.

La más grave de las discordancias será la de la designación del experto, ya que las restantes parecen ser fácilmente soslayables, bien por su exigencia cumulativa, bien mediante la designación de un solo experto; mas la determinación de si la designación del experto la debe realizar el Juez o los administradores convocantes es más conflictiva, aunque si algún sentido ha de tener la remisión del número 2 del artículo 91 no habrá más remedio que acudir de nuevo al Juzgado y realizar una tramitación dilatoria para un supuesto de hecho que puede no llegar a acaecer si la Junta no adopta el acuerdo, con los consiguientes gastos y demoras, y ello a pesar de que el propio artículo 91 declara también aplicable el 32, *d*), con todo el cúmulo de revisiones y garantías en él establecidas que hacen innecesarias las previas que el 91 establece.

Más preocupante resulta el contenido del artículo 99, el cual no contento con las remisiones que resultan de los artículos antes citados reitera de nuevo, que será aplicable a los aumentos de capital lo dispuesto en el artículo 14, 3.º, sin tener en cuenta que el propio artículo 99 no se refiere al aumento de capital propiamente dicho, sino a la ejecución del acuerdo, como claramente se deduce del epígrafe del precepto, y de su propio contenido, al disponer en su número 1 que debe inscribirse en el Registro Mercantil la *ejecución* de dicho acuerdo. Aquí se consolida una práctica tradicional en los Registros Mercantiles, que venía propiciada por el artículo 89 de la Ley vigente y el artículo 116 del Reglamento Mercantil, de inscribir tanto el acuerdo de aumento como la ejecución del mismo, si bien modalizando tales inscripciones, cuando se referían sólo al aumento, haciendo constar que la nueva cifra de capital no surtiría efecto hasta que se hiciese constar el desembolso del mismo, práctica que ahora sanciona explícitamente el número 3 del precepto comentado. Mas el verdaderamente conflictivo es el número 2 del artículo, y especialmente en sus relaciones con el Registro de la Propiedad cuando se trate de inmuebles, ya que quedando obligados los suscriptores a hacer su aportación *desde el momento mismo de la suscripción* surge el problema de cuál será el título para inscribir tal aportación a nombre de la sociedad, lo cual queda resuelto si la suscripción se produce en el mismo acto de la Junta, que acuerda el aumento, ya que entonces, al elevar a escritura pública la certificación del acuerdo de aumento aparecerá también la aportación del bien, sin más que exigir como requisito adicional la comparecencia en la escritura del aportante,

ya que el juicio de capacidad, fe de conocimiento, etc., no pueden quedar sometidos exclusivamente al arbitrio de la Junta, sino a la intervención del Notario y calificación del Registrador, mas el supuesto se complica cuando la suscripción y correlativa aportación se realiza con posterioridad, para lo cual será precisa una nueva escritura con comparecencia del aportante y transcripción del acuerdo social.

Mas no acaban con ello los problemas, pues surge el de si tales aportaciones, que pueden ser varias, con diferentes aportantes, pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad antes de la inscripción en el Registro Mercantil de la ejecución del acuerdo de ampliación. Entra en juego aquí la posible aplicación del artículo 383 del Reglamento Hipotecario. Sabido es que la mayoría de la doctrina ha interpretado este precepto en el sentido de que la frase «sin haberse practicado la que corresponda en el Registro Mercantil» se refiere a la escritura de constitución de sociedad, pero sin que sea necesario, una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, esperar para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos posteriores, a la inscripción previa de los mismos en el Mercantil, e incluso en algún caso concreto como el de emisiones de obligaciones con garantía hipotecaria ha de inscribirse previamente en el Registro de la Propiedad la hipoteca, dado que sus datos han de hacerse constar en los títulos de la emisión, mas esta interpretación no deja de plantear cuestiones en el caso que nos ocupa, por consecuencia de la redacción del precepto comentado. Veámoslas:

1.^a Partiendo del supuesto de que la aportación se inscribió en el Registro de la Propiedad antes del otorgamiento de la escritura de ejecución del acuerdo de ampliación de capital, por existir varios aportantes de esta naturaleza o por tratarse de ampliación acordada en parte con aportación dineraria y en parte con aportación inmobiliaria, constando sólo la de uno o varios, pero no la total ejecución, lo que impide otorgar esta última escritura. ¿Cuál será el título para inscribir a nombre del aportante el bien transmitido a la sociedad transcurridos los seis meses desde que se abrió el período de suscripción? Resulta evidente en tal supuesto que no puede haberse presentado en el Registro Mercantil la escritura de ejecución del acuerdo, por lo que el aportante puede exigir, según dispone el artículo 99, 2, la restitución de las aportaciones realizadas, con lo que se precisará al menos una certificación del órgano de administración social acreditativa de no haberse completado el desembolso del aumento ni su presentación al Registro, y de su comparecencia en escritura pública para formalizar la restitución a favor del aportante.

2.^a ¿En qué situación queda el aumento de capital si se procede a

tal restitución? El acuerdo de aumento fue correcto y legal, y la sociedad, de acuerdo con el artículo 32, c), número 2, tiene derecho a exigir la entrega a los restantes obligados a realizar las aportaciones derivadas de la suscripción; mas, sin embargo, mientras se tramitan los procedimientos oportunos se ve obligada a restituir, con lo que cuando las restantes aportaciones se produzcan faltará la del primer aportante. ¿Se puede obligar a éste que cumplió totalmente sus obligaciones a que nuevamente aporte, o, por el contrario, debe quedar reducido el capital en la cuantía restituida?

Téngase en cuenta que en este supuesto no parece aplicable el artículo 98 del Anteproyecto, que permite fijar el aumento en la cantidad efectivamente suscrita si así se hubiese previsto, ya que en el supuesto que comentamos partimos del supuesto de que la suscripción total sí ha existido.

3.^a La facultad de exigir la restitución se concede aun cuando se hubiese verificado íntegramente la suscripción y desembolso, siempre que los documentos acreditativos de la ejecución del acuerdo no se presenten para su inscripción en el Registro dentro de los seis meses desde que se abrió el plazo de suscripción. Aparte del problema que plantea el hecho de que el plazo de suscripción puede ser, de conformidad con el artículo 95, 1, del Anteproyecto, el que los administradores concedan sin más cortapisa que la de que no podrá ser inferior a un mes, lo que supone que puede ser superior a los seis meses de que habla el artículo 99, con lo que dado que estos seis meses se computan desde que se abrió el período de suscripción puede suceder que resulte imposible, dentro de los límites del propio acuerdo, el que se formalicen tales documentos en tal período, surge igualmente el problema de en qué situación queda el aumento de capital. El acuerdo fue válido, los socios suscribieron y desembolsaron, no se presentan los documentos en plazo y los suscriptores, todos o algunos, reclaman la restitución, ¿queda sin efecto el aumento acordado? Esto deja en manos de los administradores la viabilidad de los aumentos de capital, ya que les bastaría con no realizar la presentación en el Registro Mercantil para que el acuerdo de la Junta se venga abajo. Ciertamente se podrá exigir su responsabilidad, pero ello no salva la necesidad de la sociedad de llevar a cabo el aumento y, por otra parte, su efectividad dependerá de la situación patrimonial de los administradores.

4.^a Se exige la simple presentación de los documentos en el Registro Mercantil, no la inscripción de los mismos, con lo que la posible calificación denegatoria no concede la posibilidad de exigir la restitución, ya que la presentación sí tuvo lugar, con lo que se obliga al recurso o a instar la nulidad de los acuerdos para obtenerla, y, por otra parte,

resulta contradictorio tal precepto con el artículo 97, g), del propio texto que se refiere a la fecha en que haya sido *inscrita* en el Registro Mercantil la ejecución del acuerdo de aumento de capital, como igualmente resulta contradictorio el que el artículo 97, g), permita fijar el plazo para exigir la restitución libremente, mientras que el 99, sin tener en cuenta esa libertad, señala los seis meses referidos.

Ante tal cúmulo de problemas, que pueden verse agravados en los supuestos de desembolsos parciales, creemos que la aplicación del artículo 383 del Reglamento Hipotecario debe sustraerse a la interpretación tradicional y optar por la tesis contraria, o sea, que sea requisito previo la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de ejecución del acuerdo de aumento de capital para poder inscribir en el Registro de la Propiedad la aportación de los bienes a favor de la sociedad, aunque ello comporte el riesgo de que aparezcan embargos sobre los mismos en tanto no accedan al Registro tales documentos, riesgo que igualmente existe en la actualidad, dado que entre el acuerdo de ampliación y la formalización documental del mismo siempre existe un período en el que tal situación puede producirse, aunque lo que quizá fuese deseable sería una redacción más afortunada del precepto comentado. Esperamos que en la discusión del Anteproyecto realizada en las Cortes se dé solución a los múltiples problemas planteados.

* * *

Después de pronunciada esta conferencia, el proyecto de reforma de la legislación mercantil, publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, de 5 de octubre de 1987, ha sufrido algunas alteraciones en el texto definitivamente presentado a las Cortes Generales de fecha 22 de abril de 1988, que afectan a algunas de las cuestiones expuestas en la misma, por lo que quedaría incompleto este modesto trabajo si no hiciésemos referencia a las mismas, aunque lo sea brevísimamente y al solo efecto de no inducir a confusión al lector.

La primera, y muy importante, a nuestro juicio, ha sido la supresión en el artículo 1.º de la frase «salvo en los supuestos previstos por la presente Ley», que conlleva lógicamente la del inciso final de los artículos 12 y 13 que regulaban el supuesto de accionista único. Los redactores del proyecto al fin se han dado cuenta de que el supuesto de accionista único es contradictorio con el concepto de sociedad, aparte de que cuando se trataba de sociedades dominantes provocaba unos supuestos de posibles fraudes verdaderamente graves, por lo que ha optado por su supresión, volviendo a la redacción original de la Ley de Sociedades Anónimas, así pues, el supuesto de accionista único vol-

vería a presentarse como situación transitoria, pero sin espaldarazo legal, con los mismos problemas que antes planteaba y que ya abordamos en nuestro trabajo «Juntas de único socio» en el *Boletín del Colegio* de diciembre de 1982, siendo de resaltar que dado que el proyecto definitivo ha regulado las causas de disolución en el nuevo artículo 150, también se ha suprimido la contenida en el Anteproyecto de 1979, relativa a quedar la sociedad con un número de socios inferior al exigido para su constitución.

En el artículo 4.º desaparece el apartado 2, que señalaba que el valor nominal de la acción sería de 500 pesetas o múltiplo de esta cifra, con lo que se cambia radicalmente la postura del Anteproyecto anterior, pues se pasa de establecer un mínimo al nominal de la acción al sistema proporcional recogido en el artículo 33, 4, al disponer que «el valor nominal de las acciones en ningún caso podrá ser superior al cociente que resulte de dividir por 100 la cifra del capital social», desapareciendo el tope mínimo y estableciendo un máximo variable en función de la cifra de capital social. El cambio favorecería la posibilidad de acoplar el nominal de las acciones al capital en los supuestos de reducción por pérdidas para restablecer el equilibrio entre patrimonios y capital social, el tope máximo proporcional favorecerá la posibilidad de transmisión de las acciones, muy dificultosa cuando el nominal es excesivamente alto, por lo que igualmente hemos de calificar esta reforma favorablemente.

Iguualmente en relación a este artículo 4.º, que fija la cifra mínima de capital, la disposición transitoria tercera ha tenido en cuenta el problema que apuntábamos, relativo a las sociedades laborales que difícilmente iban a poder asumir los aumentos importantes de capital a que se les obligaba, dada su imposibilidad de transformarse en sociedades limitadas, y así, además de la ampliación a tres años para la adaptación, en lugar de los dos que establecía el Anteproyecto anterior en la disposición transitoria segunda, ahora se regula específicamente lo relativo a tal tipo de sociedades, llegando el período de adaptación para las de capital inferior a 4.000.000 hasta el 31 de diciembre de 1996, facultándoles, por una sola vez, para realizar tales aumentos con cargo total o parcial a las cantidades que hubiesen sido destinadas en ejercicios anteriores a dotar el fondo especial de reserva regulado por el artículo 17 de la Ley 15/1986, de 25 de abril. Subsiste el problema, no obstante, respecto a las sociedades que tuviesen un capital superior a 4.000.000 de pesetas, mas evidentemente el problema es menor. Lástima, en cambio, que el Proyecto no haya tenido en cuenta a su vez, ya que reformaba el artículo 12, que la exigencia de que el número de socios sea de tres, ya que ello choca también con la Ley de Sociedades Anónimas

Limitadas, por cuanto, al no poder ostentar ningún socio más del 25 por 100 del capital social, el mínimo de socios en este tipo de sociedades ha de ser cuatro, cifra que podía haberse adoptado con carácter general.

En el artículo 13, antes 14, por la ya citada supresión del 13, relativo al accionista único, se elimina el inciso final del apartado g), que establecía: «Las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, caso de que existan, deberán igualmente mencionarse en los Estatutos». Tal supresión puede inducir a confusión, dado que parece implicar que ya no se precisa tal constancia, mas, sin embargo, no es así, por lo que la supresión es a todas luces desacertada, ya que los artículos 47, b) y f), del Anteproyecto anterior disponen que «sólo serán válidas frente a la sociedad las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los Estatutos», lo que nos lleva, dado que el artículo 45, d), exige la constancia en el título de la acción de «las restricciones a su libre transmisibilidad», a la existencia de dos tipos de restricciones, unas que afectan a la sociedad, o sea, las que aparecen en los Estatutos, y otras que no le afectan, las que simplemente resultan del título, con la consiguiente confusión en orden a los posibles adquirentes de las mismas.

El artículo 17 (antes 18) sufre una sustancial reforma, acertada, a nuestro juicio, pues una cosa es que las acciones no puedan ser transmitidas antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, ya que hasta ese momento no existe la constitución, como lo demuestra el epígrafe que encabeza tal artículo al decir «acciones antes de la constitución», y otra que no exista la emisión de acciones que se realiza normalmente con la suscripción del capital y, por tanto, al tiempo del otorgamiento de la escritura, así pues la redacción actual no impide la emisión de la acción, como sucedía en el texto anterior, y lo que prohíbe es «la puesta en circulación de las acciones *emitidas*». Igualmente se suprime en dicho precepto, por innecesario y perturbador, el párrafo 2, ya que permitía que en los Estatutos se estableciesen disposiciones que afectasen a la sucesión.

El artículo 32, d), del Anteproyecto anterior, que regulaba la posibilidad de revisión de las valoraciones de las aportaciones no dinerarias, desaparece, a nuestro juicio también acertadamente, a pesar de la opinión contraria de alguno de los redactores del Proyecto, pues, tal como apuntábamos en la conferencia, si se adoptan las garantías que el texto establece en orden a la valoración, identificación, correspondencia con las acciones a emitir como contrapartida, y todo ello realizado por expertos independientes designados por el Juez, resultaba ab-

surdo que los administradores pudiesen revisar tales valoraciones sin título alguno de capacidad y más aún que cualquier accionista pudiese pedir también la revisión, para lo que nuevamente el Juez habría de designar un perito, que perfectamente podía ser el designado anteriormente a la constitución, con la consiguiente reproducción del informe anterior, que volviese a revisar la valoración. La precaución era lógica en el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas vigente, por cuanto ninguna garantía se exigía al tiempo de la constitución en orden a la realidad y valoración de las aportaciones, pero resulta innecesaria y reiterativa en el régimen del Proyecto.

Igualmente se han introducido en el Proyecto artículos relativos a la impugnación de acuerdos sociales, disolución, etc., pero debemos resaltar, por su importancia, dado que viene a resolver los numerosísimos problemas y discusiones que había planteado su predecesor, la del artículo 72 de la Ley, que no aparecía en el Anteproyecto anterior, aunque sí en el del año 1979. Y tiene especial importancia la regulación introducida para los Registradores Mercantiles, dado que, como ya reconocía nuestro subdirector general, ANTONIO PAU, en su conferencia «La Dirección General de los Registros y del Notariado y la Jurisprudencia Registral», pronunciada en el Colegio Nacional de Registradores el día 13 de diciembre de 1985, publicada por el mismo Colegio en 1986 bajo el título de *Propiedad, urbanismo, Derecho comunitario europeo y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado* (página 335), colocaba a los Registradores en el difícil dilema de inscribir actos nulos, según reconocía la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la consiguiente responsabilidad del Registrador, o no seguir la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General, manteniendo cada vez un recurso a fin de quedar exento de responsabilidad por tal actuación.

En el Proyecto actual el artículo 72 dispone:

«1. Los administradores no podrán ejercer su cargo por un plazo mayor de cinco años y podrán, sin embargo, ser reelegidos por períodos de igual duración máxima.

»2. El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, haciéndose constar el nombre o denominación social, la edad, el domicilio y la nacionalidad.»

Dada la importancia que para los Registradores de la Propiedad tiene en orden a los actos sobre inmuebles, la circunstancia de la vigen-

cia del cargo de tales administradores nos creemos obligados a realizar un breve estudio del referido precepto, ya que de haber existido en el Anteproyecto también hubiese sido materia de la conferencia.

Los redactores del Proyecto han tratado de resolver las dudas que planteaba la interpretación del actual artículo 72 y las han resuelto en el sentido que manifestaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 10 de junio de 1978 y 30 de junio de 1981, frente a la doctrina de la Dirección General, manifestada en las Resoluciones de 9, 11 y 13 de junio de 1980; 15 de septiembre y 24 y 26 de noviembre de 1981, y 25 de febrero y 1 de marzo de 1983. Nuestra opinión en tal materia es sobradamente conocida y no vamos ahora a insistir en la bondad de los argumentos que defendía la tesis ahora refrendada por el Proyecto, pero sí vamos a comentar brevemente el texto propuesto en orden a su aplicación a los Registros de la Propiedad.

En primer lugar debemos resaltar, como ya lo hicimos en los acuerdos que motivaron las Resoluciones de 24 y 26 de noviembre de 1981, que el precepto no fija un plazo de duración a los nombramientos de administradores, sino simplemente una prohibición de que los nombramientos excedan del máximo señalado. Ello implica necesariamente el que los Estatutos o el nombramiento han de señalar el plazo de duración (Resolución de 23 de julio de 1984) y, conforme a la doctrina que se deduce de la Resolución de 24 de noviembre de 1981, los Estatutos, en cumplimiento de la letra *h*) del artículo 13 del Proyecto (concordante con el mismo apartado del artículo 11 vigente), al exigir que conste «el modo de proveer las vacantes que se produzcan», y del artículo 73 del texto vigente, han de establecer el sistema de renovación parcial cuando el órgano administrador sea el Consejo de administración, y ello porque, como ya sosteníamos en el acuerdo citado, y confirmó la Dirección General, la frase no puede referirse a otra materia, por cuanto es evidente que las vacantes que se produzcan sólo pueden proveerse por nombramiento de la Junta general (art. 71 de la Ley) o por el Consejo de modo provisional (art. 73) y sería absurdo que el legislador exigiese la constancia en los Estatutos de lo que ya dice la Ley, por lo que tal frase se está refiriendo claramente al modo de proveer las vacantes en el sistema de renovación parcial, que sí es de libre establecimiento en cada sociedad, tanto en orden al número de consejeros a renovar como en los plazos, uno o varios, parciales de renovación. Esta es materia sujeta al principio dispositivo de libertad de pacto y los Estatutos quedan en libertad para su regulación.

Por consiguiente, los Registradores de la Propiedad hemos de cuidar, cuando intervienen los administradores sociales, no sólo el hecho de que se nos exprese la fecha del nombramiento, sino también la duración

prevista para el cargo, circunstancia que pocas veces aparece en las escrituras, ya que la presunción de que dura cinco años no existe, dado que los Estatutos pueden haber establecido un plazo menor, sin que tampoco, respecto a tales cargos, sirva la presunción de vigencia que se da respecto a los apoderados cuando éstos exhiben el poder, ya que al contrario de lo que sucede con los apoderados a los administradores no se les puede retirar la copia en virtud de la cual actúan como órganos sociales, tal como prevé el artículo 1.733 del Código Civil para los apoderados, por cuanto su nombramiento puede resultar de la propia escritura de constitución social, o de testimonio del acuerdo de nombramiento o de simple certificación del mismo, pues todos estos documentos son hábiles para ello, según el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil. En cambio, queda ya perfectamente claro que si la fecha de un nombramiento es anterior en más de cinco años al momento de la actuación, ésta es inadmisibile.

Otra cuestión a aclarar es que el plazo del nombramiento ha de computarse desde el momento en que la Junta lo acuerda y no desde la fecha de la aceptación, a pesar de que el precepto disponga, como ya lo hace el texto actual, que el nombramiento de los administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación, pues una cosa es que el administrador puede actuar desde el momento en que acepta, y no antes, y otra que se cuente su duración desde este momento. De aceptarse este segundo momento como inicio del cómputo el sistema de renovación parcial que han de prever los Estatutos quedaría totalmente inoperante, ya que si un consejero dilata su aceptación, y dado que el cómputo, según la Resolución de 21 de mayo de 1986, es de fecha a fecha, y no hasta la primera Junta general, su retraso motivaría la alteración del sistema de renovación estatutario, por lo que los plazos son los mismos para todos los consejeros que integran cada grupo, independientemente de que hayan aceptado en fechas diferentes.

Cuestión importante también es que no obstante la aceptación, a los efectos de otorgar documentos a inscribir en el Registro de la Propiedad han de acreditar la inscripción de su nombramiento en el Registro Mercantil, ya que la falta de este requisito, según la doctrina de la Dirección General, constituye defecto subsanable (Resolución de 3 de marzo de 1986).

Conviene resaltar que el hecho de que la presentación del nombramiento en el Registro Mercantil se realice después de los diez días a que se refiere el apartado 2 del artículo comentado, no afecta para nada a la validez de sus actuaciones, ello podrá suponer una responsabilidad para los administradores que incumplan tal mandato, pero en

nada obsta a la validez del nombramiento ni de la actuación derivada del mismo.

Sin embargo, es criticable la redacción dada a la parte final del apartado 1 del citado artículo, cuando nos dice que podrán ser reelegidos «por períodos de igual duración máxima». A nuestro juicio, al precepto le sobra la palabra «máxima», pues si los Estatutos han establecido el período de duración, lo cual es obligatorio, ya que, como decimos, el artículo 72 sólo establece una prohibición y no un plazo, las reelecciones lo serán por períodos iguales al inicial y no por el máximo de cinco años, lo cual sólo sucederá cuando los Estatutos hayan señalado como plazo el de cinco años.

También es de resaltar que entre las circunstancias ha de consignarse la edad, lo cual ya lo exigía el artículo 108 del Reglamento, surgiendo la duda de si tal expresión implica expresar el número de años o basta simplemente con manifestar que es mayor de edad, como se deduce del artículo 158 del Reglamento Notarial, si bien este último precepto ya deja a salvo la necesidad de expresar el número de años cuando fuese indispensable para el acto o contrato, lo cual parece excesivo en el caso que nos ocupa, máxime por cuanto el propio Proyecto, al regular la materia en sociedades limitadas, omite la expresión de tal circunstancia, con lo que queda en contradicción con el Reglamento, que la exige en el artículo 121.

Por último, hay que tener en cuenta la alteración de la numeración de los artículos en el Proyecto actual, ya que la conferencia responde al texto publicado en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores* de octubre de 1987.

Barcelona, 12 de junio de 1988.

EMILIANO CANO FERNÁNDEZ
Registrador de la Propiedad de Barcelona 14