

3. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS SOCIALES ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL.

EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIONES DE LOS ACUERDOS DE ESTAS JUNTAS.

TRES SUPUESTOS CONCRETOS DE REPRESENTACIÓN.

*Resoluciones de 27 de febrero y 3 de marzo de 1986 (B. O. del E. de 19 de marzo).*

*Primera Resolución.*—En el recurso interpuesto por el Notario de Madrid don José María de Prada González contra la negativa del Registrador Mercantil número 3 de esta capital a inscribir una escritura de constitución de sociedad anónima en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que en escritura autorizada por el Notario de Madrid don José María de Prada González el día 25 de noviembre de 1982, don Antonio Molina Blasco, don Angel Sánchez Díaz, don Juan José Montoro Llop y don José María de la Pisa Pino, este último en nombre propio y en representación de doña Margarita Pino Gutiérrez, constituyeron la Compañía Mercantil «Tecnomática, S. A.», otorgando luego con fecha 6 de abril de 1983, y ante el mismo Notario, una escritura complementaria de la anterior;

Resultando que presentadas ambas escrituras en el Registro Mercantil número 3 de Madrid, fue calificada la primera con nota del tenor literal que sigue: Denegada la inscripción del documento que antecede, escritura de constitución de «Tecnomática, S. A.», autorizada por el Notario de ésta don José María de Prada con fecha 24 de noviembre de 1982, que se presenta acompañada de otra complementaria autorizada por el mismo Notario el pasado 6 de abril, por observarse en esta última los siguientes defectos: 1.º Ejecutar en la misma el que dice ser Presidente de una Junta general acuerdos de la misma cuando tal órgano, al no haber sido inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, no existe, conforme resulta de los artículos 6.º y 9.º de la Ley de Sociedades Anónimas. 2.º Aun en el supuesto de poder actuar dicho organismo antes de la existencia, la certificación de los acuerdos que se ejecutan está expedida por los Presidentes y Secretario de la Junta general, cargos que no aparecen inscritos a favor de ninguna persona en el Registro, ni de cuyo ejercicio da fe el Notario autorizante, ni se acredita en otra forma adecuada. 3.º Aun cuando —en el negado supuesto de validez de la Junta celebrada— se alegara que en la persona del compareciente y certificante don José María de la Pisa Pino concurre la calidad de Administrador único, ni en el instrumento ni en la certificación manifiesta el mismo actuar en tal condición, en cuyo caso tal simple declaración hubiera bastado para la expedición por sí solo de la certificación y aun para formular las declaraciones resultantes de la escritura sin necesidad de ella. La presente nota ha sido redactada con la conformidad de mis cotitulares de Registro.—En Madrid, a seis de mayo de mil novecientos ochenta y tres.—El Registrador.—Firma ilegible;

Resultando que por el Notario autorizante se interpuso recurso gubernativo en base a las siguientes razones: que no es defendible la tesis:

de que, antes de ser inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, no existe la Junta general como órgano de la sociedad, y, por tanto, no puede reunirse y tomar acuerdos, y ello por los argumentos siguientes: *a)* la inscripción en el Registro de la escritura de constitución de la sociedad es obligatoria, pero el efecto de la inscripción es dotar a la sociedad de personalidad jurídica, mientras que los efectos entre partes surgen con la escritura; *b)* coherente con lo anterior, la propia Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 7.º, permite a los gestores de la sociedad realizar determinados actos y contratos incluso en nombre de la propia sociedad antes de la inscripción en el Registro, reconociendo su validez, si bien subordinada su eficacia a la ulterior aceptación de la sociedad; también la misma ley no sólo autoriza, sino impone a los fundadores la obligación de realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la sociedad en el Registro, lo que precisamente se ha realizado en el presente caso; *c)* lo anterior es perfectamente concorde con la tesis de que, aun antes de la inscripción, los socios quedan vinculados por el contrato social y pueden, por tanto, tomar acuerdos conducentes a resolver los problemas de la sociedad, ya sean como el presente, previos a la inscripción, ya de carácter urgente; *d)* los socios, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11, y a la vista de la nota breve y sin mayores garantías puesta por el Registrador en la copia de la escritura presentada, acordaron constituirse en Junta universal y modificar los estatutos para adaptarlos a lo señalado por aquel funcionario; *e)* sorprendentemente, en la propia nota del Registrador, al indicar cuál hubiera sido la forma correcta de actuar, parece olvidarse del defecto que se está examinando, y señala que la alegación de la calidad de Administrador en el certificante «hubiera bastado para la expedición por sí solo de la certificación y aun para formular las declaraciones resultantes de la escritura sin necesidad de ella»; que en cuanto al segundo defecto parece apuntar que Presidente y Secretario de una Junta universal designados en la propia Junta carecen de facultades certificantes si por el Notario no se da fe de que están en el ejercicio legítimo de sus cargos, que ni el Notario puede ni está obligado a dar fe de la anterior circunstancia, lo que se argumenta con base en los siguientes puntos: *a)* dado lo establecido en el artículo 61 de la Ley, en ausencia de Presidente y Secretario del Consejo de administración, la Junta tiene facultades para nombrar Presidente y Secretario de cada Junta, y aceptando la anterior no puede negarse que el Secretario de la Junta es el depositario del poder certificante, y son sus afirmaciones las que sirven de base al otorgamiento de la escritura, primero, e inscripción registral, después, sin que quepa trasladar al Notario ni en todo ni en parte esta facultad certificante; *b)* si lo que se pretende es que el Notario dé fe de que el Presidente y Secretario que firman la certificación la hacen en uso legítimo de sus facultades de Presidente y Secretario, lo que está exigiendo es un imposible, ya que cuando se trata del Presidente y Secretario del Consejo de administración hay, además de los efectos derivados de la publicidad registral, una notoriedad real que permite al Notario dar fe por notoriedad de que dichos Presidente y Secretario se hallan en el ejercicio de su cargo, pero muy distinta es la situación en el supuesto, legal y estatutariamente admitido, de que el Presidente y Secretario sean designados en una Junta y para esta sola Junta, lo que no puede ser acreditado por la fe pública del Notario salvo en el supuesto de que

hubiese asistido; c) en ningún precepto de nuestra legislación se exige que se acredite fehacientemente la condición de Presidente y Secretario de la Junta general a efectos de certificar los acuerdos de la Junta cuando se recogen estos acuerdos en escritura pública; que, en cuanto al tercer defecto, como no se refiere a la escritura en sí, sino a una posible alegación del recurrente, que no se realiza, no se entra a contestarlo;

Resultando que el Registrador Mercantil dictó acuerdo en que mantenía la calificación recurrida, y alegaba: que mientras que la sociedad no quede inscrita no puede considerarse existente, careciendo de órganos y menos de posibilidades de funcionamiento de éstos; que la lógica aconseja que los propios otorgantes otorguen directamente, o mediante apoderamiento, escritura de rectificación como fundadores, pero no acudiendo a la actuación de órganos sociales; que autorizar una escritura basada en una certificación expedida por dos personas cuya identidad personal es legítima, por cuyas condiciones de haber ejercido los cargos de Presidente y Secretario de cierta Junta general sólo resultan de sus manifestaciones, debe considerarse, cuando menos, una ligereza; que el real ejercicio de las funciones es difícil de acreditar cuando se trata de órganos de Juntas concretas, pero no imposible; no se puede prescindir de ello alegando dificultades, y en tal caso es deber del Registro exigir los testimonios o documentos procedentes que complementen la deficiente escritura o actuación notarial; que en la escritura complementaria el compareciente no alega ni su condición de Administrador ni la de Presidente de la Junta, aunque del texto del acta resulta que en este último concepto, por lo que precisa los oportunos poderes, no se puede admitir que implícitamente actúe como Administrador, sobre todo teniendo en cuenta la perspectiva del recurrente que acepta la posibilidad de Juntas generales antes de la inscripción de la sociedad, pues el otorgante puede haber cesado como tal;

Vistos los artículos 6.º, 7.º, 11, 21, 28, 61 y 76 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1951; las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1964 y 31 de mayo de 1969, y las Resoluciones de este Centro de 24 de febrero de 1970 y 16 de junio de 1973, 8 de febrero de 1979 y 3 de septiembre de 1980;

Los fundamentos jurídicos se contienen en las «considerandos que se recogen en el anterior comentario a esta misma resolución, que se dan por reproducidos. En consecuencia, la Dirección General acordó revocar el acuerdo y la nota adversa del Registrador Mercantil número 3 de Madrid.

*Segunda Resolución.*—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona don José Villaescusa Sanz contra la negativa del Registrador Mercantil de Sevilla a inscribir una escritura de cese y nombramiento de cargos, autorizada por el recurrente;

I. *Hechos.*—Resultando que mediante escritura otorgada por el Notario de Barcelona don José Villaescusa Sanz el día 27 de julio de 1984, de elevación a públicos de acuerdos sociales, la Compañía Mercantil «Plaza Janés,

Sociedad Anónima Distribuidores Sevilla, S. A.», acepta la dimisión del anterior y nombra nuevo Administrador único a don Jochen Imhoff, compareciente de la escritura, el cual se halla especialmente facultado para este otorgamiento, «por acuerdo de la Junta universal y extraordinaria de accionistas celebrada el día 12 de julio de 1984, según certificación librada el mismo día por el Secretario, don Andrés Gómez Núñez, como Secretario, con el visto bueno del Administrador don Jochen Imhoff, cuyas firmas reputo legítimas, que me entrega y protocolizo con esta matriz...»; que la anterior certificación contiene, además de la anterior, el siguiente acuerdo: «Primero: Hacer constar que, de acuerdo con los Estatutos sociales, han sido nombrados Presidente y Secretario de la Junta don Antonio Comas Baldellou, Administrador de la sociedad, y don Andrés Gómez Núñez, en nombre y representación de 'Printer, Industria Gráfica, S. A.', accionista de la sociedad, respectivamente, que aceptan la designación»;

Resultando que presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Sevilla, fue calificada con nota del siguiente tenor literal: «Suspendida la inscripción del precedente documento, por observarse el siguiente defecto subsanable: comparecer en el otorgamiento de la escritura el nuevo Administrador de la sociedad sin acreditar ante el señor Notario su cualidad de tal o aseverarse éste, en otro caso, que aquél o el Secretario certificante y el Presidente de la Junta que visa se hallan en el ejercicio legítimo de los cargos. Todo ello de acuerdo con el artículo 23 del Código de Comercio; los artículos 4.º, 44, 86 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil; los artículos 165 y 166 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de 29 y 30 de noviembre de 1955.—No se toma anotación preventiva por no solicitarse.—Esta nota se extiende con la conformidad de mi cotitular.—Sevilla, a veinte de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.—El Registrador.—Firma ilegible»;

Resultando que el Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó que, de dicha nota, y de acuerdo con el artículo 55 del Reglamento del Registro Mercantil, impugna los dos extremos siguientes: 1.º La exigencia de aseverarse por el Notario que el Presidente y el Secretario de la Junta se hallan en ejercicio legítimo de sus cargos cuando el título que se pretende inscribir es una escritura pública; y 2.º La necesidad de que el nuevo Administrador tenga que acreditar su cualidad de tal, ya que no interviene en la escritura como Administrador, ejercitando alguna de las facultades que la Ley y los Estatutos sociales confieren a los Administradores, sino como mero ejecutor de un acuerdo de la Junta general, facultado expresamente para ello; que, en cuanto al extremo primero del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil permite la inscripción del nombramiento de Administrador que haya aceptado el cargo en Junta general mediante cualquiera de los siguientes documentos: a) testimonio notarial del acta de la Junta; b) certificación del acta de la Junta, expedida por el Secretario y visada por el Presidente, cuyas firmas deberán ser legitimadas mediante testimonio notarial específico en que se exprese, además, el ejercicio legítimo de los cargos; y c) escritura pública que acredite las circunstancias del nombramiento y la aceptación del designado; que al no especificar el citado artículo el modo de acreditar tales circunstancias, en la práctica se otorga la escritura en base a los acuerdos de la Junta general, mediante incorporación a la matriz de la correspondiente certificación, con firmas

que el Notario autorizante considere legítimas; que frente a esta tesis tradicional el señor Registrador Mercantil exige que el Notario acredite que Secretario y Presidente de la Junta se hallan en el ejercicio legítimo de sus cargos, siendo tal exigencia contraria a Derecho por las siguientes razones: 1.ª, porque nos encontramos ante un supuesto de escritura pública de nombramiento de cargo (art. 108, núm. 3, del Reglamento del Registro Mercantil), no ante un caso de inscripción de nombramiento de Administrador por simple certificación del acta de la Junta (art. 108, núm. 1, b, del Reglamento del Registro Mercantil), cuyos requisitos no se pueden aplicar analógicamente al supuesto anterior; 2.ª, porque la tesis del señor Registrador conduce al absurdo de exigir mayores requisitos a la escritura pública que al testimonio por exhibición del Libro de actas de la sociedad, caso en el que ni hace falta acreditar el ejercicio de los cargos de Presidente y Secretario, ni legitimar las firmas que constan en el libro; y 3.ª, porque es posible inscribir en el Registro Mercantil cualquier circunstancia excepcionalmente importante para la sociedad, en base a un acuerdo de la sociedad, certificado por el Secretario y visado por el Presidente, siempre que se hayan cumplido los requisitos legales, entre los cuales no se encuentra que el Notario dé fe de ejercicio legítimo de dichos cargos; que la razón por la que el legislador no exige la expresión del ejercicio legítimo de los cargos en el caso del artículo 108, 3, del Reglamento del Registro Mercantil no es otra que la de la imposibilidad material de que el Notario pueda acreditarlo; en cuanto a las Resoluciones de 29 y 30 de noviembre de 1955, que no son aplicables a este caso, puesto que ni la legislación vigente al tiempo de dictarse las resoluciones contempladas aisladamente la posibilidad de escritura pública a que se refiere el actual 108, número 3, del Reglamento del Registro Mercantil, ni el supuesto era semejante al aquí debatido, pues se trataba de un testimonio notarial del certificado del acta de la Junta; en cuanto al extremo segundo de la nota —que haya comparecido el Administrador de la sociedad sin acreditar su cualidad de tal—; que el nuevo Administrador comparece no en virtud de su cargo, ni en el ejercicio de facultades que la Ley o los Estatutos le confieren, sino como mero ejecutor de un acuerdo de la Junta general; que aun cuando se admitiese que la Junta general sólo puede ejecutar sus acuerdos a través de un órgano de administración debidamente inscrito tal doctrina no podría aplicarse a este caso, puesto que la sociedad no tiene ningún Administrador en ejercicio de su cargo inscrito en el Registro Mercantil;

Resultando que el señor Registrador Mercantil dictó acuerdo manteniendo en todos sus extremos la nota recurrida, y expuso: que si el Administrador no comparece en su calidad de tal, sino como mero ejecutor del acuerdo de la Junta, por exigencia del artículo 1.280 del Código Civil, en relación con el número 6 del artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, su comparecencia requerirá el correspondiente poder, como reconocen las Resoluciones de 9 de junio y 3 de septiembre de 1980; que la comparecencia del señor Imhoff como Administrador se deduce de su intervención en nombre de la sociedad, ya que, de no haberlo entendido así la nota hubiera sido denegatoria —por ausencia de poder debidamente inscrito— y no de suspensión; que el problema planteado en este recurso se reduce a determinar si el propio Administrador único puede comparecer como tal en representación de una sociedad, usando para ello de una certificación expedida por quien se dice haber sido designado Secre-

tario de la Junta que adoptó el acuerdo relativo al nombramiento de aquel Administrador, que es, además, quien estampa su visto bueno en la misma, pese a haberla presidido el Administrador cesante; que, pese al error material sufrido en la redacción de la nota —al hablar de Presidente que visa en lugar de Administrador que visa—, el sentido de aquélla no se altera, pues expresa que o bien el Administrador acredita su cualidad de tal, o bien, en otro caso, el Notario debe no sólo legitimar las firmas, sino aseverar que el Secretario certificante y el Administrador que visaba le constaba se hallaban en el ejercicio legítimo de sus cargos; que el laconismo del artículo 108, número 3, del Reglamento del Registro Mercantil ni puede interpretarse como una reforma o derogación de las normas notariales contenidas en los artículos 165 y 166 del Reglamento Notarial, sino, al contrario, una remisión a ellas, por ser un terreno que escapa al contenido de aquél, sin que todo lo cual suponga la exigencia de mayores requisitos para la escritura que para el testimonio por exhibición como declaran las resoluciones invocadas en la nota; que aunque el principio de tracto sucesivo no juega en el ámbito mercantil con la intensidad que en el hipotecario, ello no puede llevarse al extremo de desconectar totalmente el Registro Mercantil de un relativo enlace, situación que no se da en el presente caso, pues ni el Secretario nombrado por la Junta, que expide la certificación, ni el nuevo Administrador que la visa tienen ni han tenido, según el Registro, ningún cargo en la sociedad, por lo que, ante la ausencia de ese mínimo enlace, el Notario deberá hacer constar que le constaba el ejercicio legítimo del cargo por el compareciente o por los certificantes del acuerdo, o bien, en su defecto, haberse asegurado de ello con vistas del Libro de actas;

Vistos los artículos 23 del Código de Comercio; 61 y 62 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; 4.º, 44, 86 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956; 165 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de este Centro de 17 de julio de 1956, 27 de marzo de 1957, 21 de septiembre de 1984, 31 de enero de 1985 y 27 de febrero de 1986;

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Considerando que en este recurso hay que resolver si es inscribible el acuerdo social adoptado en Junta universal en el que se acepta la dimisión del Administrador único de la sociedad, y se designa en su lugar para este cargo a otra persona que lo acepta, y que es quien comparece a otorgar la escritura pública correspondiente y en donde se protocoliza la certificación del Libro de actas relativo a este acuerdo que aparece expedida por el Secretario de la Junta y visada por el nuevo Administrador único designado, mientras que en la Junta celebrada aparecería presidida por el Administrador único que iba a dimitir.

Considerando que como ya tiene declarado este Centro directivo en el acta redactada como punto final de todo el proceso de formación de acuerdos sociales hay que distinguir, en primer lugar, su contenido, referido a los hechos presenciados por el autor del documento al redactarla, y esta función corresponde realizarla al Secretario de la Junta que —o bien designado por los Estatutos o bien por los accionistas— asiste al Presidente (art. 61 de la Ley);

Considerando que igualmente es función del Secretario certificar de los acuerdos sociales que figuran en el Libro de actas, tanto si correspon-

den a la época en que ocupa el cargo como a otras anteriores, y todo ello en virtud de un uso mercantil —acompañado del visto bueno del Presidente, normalmente el actual—, quien al atestiguar la verdad del contenido de lo redactado por el primero añade una garantía más a la veracidad y exactitud del contenido del mencionado Libro de actas;

Considerando que en el presente caso, según el acta protocolizada y unida a la escritura pública de cese de Administrador único y nombramiento de otro nuevo para sustituirle, aparece presidiendo la Junta en que se adoptaron estos acuerdos, el Administrador que presentó la dimisión, mientras que la certificación expedida en relación a este acuerdo lo está por el mismo Secretario de la Junta que continúa en su cargo y visado por el nuevo Administrador único, en lugar del dimitido, lo que es posible dado que siempre la certificación es un acto formal posterior al acuerdo, que transcribe el contenido del Libro de actas, y que habrá de ser expedida y visada por quienes en ese momento estén legitimados para realizarlo;

Considerando que, tal y como se ha declarado en las Resoluciones de 31 de enero de 1985 y 27 de febrero de 1986, y resumiendo su contenido, al no corresponder en nuestro Derecho la redacción del acta a un funcionario público (art. 61 LSA), es al Presidente y Secretario a quien corresponde la facultad de certificar, sin que el Notario pueda sustituirles en esta función, ni tampoco de que fueron elegidos para esa sola Junta, salvo cuando expresamente se les haya llamado con esa finalidad y asistido a la misma, así como tampoco puede aseverar que tanto el Presidente como el Secretario se encuentran en el ejercicio de sus cargos al certificar los acuerdos sociales, pues es algo que escapa a su percepción, y, por otra parte, salvo en el caso muy concreto (núm. 1, b, art. 108 del Reglamento del Registro Mercantil) que no es el supuesto concreto, presente, no hay disposición legal alguna que imponga al fedatario esta obligación;

Considerando, por último, que es también doctrina de este Centro la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Mercantil del cargo de Administrador, y la no inscribibilidad de los actos que pueda otorgar hasta tanto se verifique aquélla, quedando a salvo cuando se trate de actos internos de la sociedad, para los que el nombramiento de Administrador es eficaz desde su aceptación (art. 72), si bien aun en estos casos la omisión de la previa inscripción constituye un defecto subsanable mediante la presentación de los documentos adecuados en el Registro Mercantil;

Considerando, no obstante, que no hay que olvidar que en este supuesto singularísimo de existencia de un Administrador único quedaría paralizada la sociedad por falta de inscripción de su órgano de gestión, si no se admitiera que el propio y único designado —nombramiento válido (art. 72 de la Ley)— y con plenos efectos en la esfera interna no pudiera comparecer ante Notario, para que a través de la correspondiente escritura pública pudiese tener acceso a su designación al Registro Mercantil, y quedar en este aspecto normalizada la situación de la sociedad,

Esta Dirección General ha acordado revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

COMENTARIO.—El azar o la necesidad ha reunido estas dos resoluciones en un mismo *BOE*, y la recepción expresa de la primera por la segunda facilita un comentario simultáneo de los puntos en contacto, que son los dos últimos.

I. El primer problema planteado es, pues, el de la posible actuación de los órganos sociales antes de la inscripción de la sociedad anónima en el Registro Mercantil.

1. Es éste un tema ínsito en el debate sobre las sociedades «irregulares» que parece prestarse a la especulación, habida cuenta la dedicación que ha merecido a la doctrina, y respecto del que las tesis pueden contarse por autores. (Pueden verse los Manuales de GARRIGUES, LANGLE, BROSETA, RUBIO, URÍA y GIRÓN TENA; los Estudios de CÁMARA, y trabajos específicos como SUÁREZ LLANOS: «Sociedad anónima en formación. Efectos de la escritura antes de la inscripción registral», en *RDP*, 1964, pág. 680; «La sociedad en constitución», de Francisco VICENT CHULIA, en *RCDI*, número 518, enero-febrero 1977; «La validez de los actos y contratos otorgados por las sociedades mercantiles antes de su inscripción en el Registro Mercantil», por Luis FIGA FAURA, en *RDN*, núm. 96, abril-junio 1977; «La gestión de negocios de la sociedad anónima en proyecto y en constitución», de Jaime MOREY UMBERT, en *RCDI*, núms. 545, 551 y 558, años 1981, 1982 y 1983, y «La sociedad anónima no inscrita. Régimen jurídico de los actos y contratos celebrados en su nombre», de Ricardo ALONSO GARCÍA, *Cuadernos Civitas*, 1986.)

Quizá porque de ahí se sigue la dificultad de hallar soluciones generales válidas para los distintos supuestos, quizá por lo que supone de economía para mi limitada capacidad, entiendo que debe fijarse previamente, en términos muy concretos, el objeto del recurso: una Junta general, universal, de una sociedad anónima no inscrita acuerda modificar sus Estatutos (art. 17), con objeto de subsanar un defecto apreciado en su calificación por el Registrador Mercantil. Se trata, pues, de una relación interna de los intervinientes en el negocio de constitución —en un sentido amplio, si se quiere—, y una relación de autoorganización que modifica el primitivo contenido negocial —forzadamente si también se quiere— en cuanto al elemento institucional de la persona jurídica en creación, utilizando los propios mecanismos orgánicos previstos para esa persona jurídica.

La distinción doctrinal entre el aspecto contractual y el institucional a la hora de la constitución de la sociedad, esto es: el objeto o finalidad del contrato es dar vida a la sociedad; el objeto o finalidad de los Estatutos es dotar a aquélla de vida orgánica, no obsta a que se defienda el carácter negocial de los Estatutos, tanto a la hora de su creación —forman parte del contrato, se integran en la escritura— como después cuando sirven para reglamentar la vida corporativa. La vinculación de los futuros accionistas puede fundamentarse tanto en la publicidad como en la Ley general —interés general *versus* interés particular—, no propiamente en el consentimiento tácito de los fundadores.

Es, pues, ajena al objeto del recurso la discusión más querida por la doctrina acerca de la relación de la sociedad no inscrita —en proyecto, en constitución, irregular, de hecho...— con los terceros, entendiéndose por tales todos aquellos no intervinientes en el negocio de constitución que son «parte» de alguna relación jurídica contraída con la sociedad. Y esta extrañeza obedece no tanto al hecho de que incuestionablemente difícil

será que las relaciones de una sociedad no inscrita con terceros sean objeto de recurso gubernativo contra el Registrador Mercantil —aunque en el fondo sea la esencia del Registro Mercantil la que esté en discusión: coexistencia de hecho entre apariencia y publicidad, sustitución de la publicidad real por la oficial, publicidad y publicación... (v. el sugestivo trabajo, sobrado de agresividad, de FIGA FAURA citado)—, como a la circunstancia unánimemente admitida por la doctrina de la diferencia de los intereses en juego —y aun dentro de ella con profundas matizaciones en función de circunstancias subjetivas: la voluntad permanente o no de operar al margen del Registro Mercantil, la buena o mala fe acerca de sus pronunciamientos; e incluso objetivas: la conciliación de los artículos 2.º y 3.º del RRM y 24 y 29 del Código de Comercio, la presunción de conocimiento de la no inscripción que conlleva la carga de la consulta del Registro.

El apunte de expresados problemas tiende, pues, a sentar el principio de la imposibilidad de sentar principios generales válidos con independencia de los concretos intereses en disputa; y si se me permite, animar a los publicistas «creadores» en la difícil tesitura de recoger la primera Directiva.

El informe del Notario descansa sustancialmente en la idea de la efectividad *inter partes* de la escritura social; sin embargo, no da la razón de que de ahí se siga la posibilidad de utilizar los órganos de la sociedad en creación más que a través de la referencia al artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas, que regula los actos y contratos realizados por los gestores de la sociedad en nombre de ésta antes de su inscripción; por otra parte, parece considerar esencial el carácter universal de la Junta para la actuación que realiza.

El Registrador aduce la conclusión, contundente y tristemente esterilizadora, de que si la sociedad no existe no existen órganos sociales, añadiendo que «la lógica aconseja» sean los propios otorgantes quienes formalicen escritura de rectificación, y al calificar como consejo de la lógica lo que en verdad es la única salida que queda a los accionistas, se descubre un cierto complejo de culpa ante la infranqueabilidad del obstáculo de la falta de personalidad jurídica.

En el vistos de la Dirección son atinentes a este punto los artículos ya clásicos 6.º, 7.º, 11, 21 y 28 de la Ley de Sociedades Anónimas; las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1964 y 31 de mayo de 1969, y las Resoluciones del mismo Centro de 24 de febrero de 1970 y 16 de junio de 1973.

CÁMARA (v. obra citada, 2.ª ed., pág. 203) resume así expresadas sentencias: «La sociedad no inscrita, aunque carente de personalidad jurídica, es válida entre los socios y les vincula. La obligación que el artículo 13 impone a los fundadores de hacer todo lo necesario para obtener la inscripción de la sociedad implica que ésta antes de la inscripción es válida. De este artículo se desprende, dice el Supremo, no sólo la validez inicial del contrato, sino la obligación que pesa sobre los otorgantes de llenar los requisitos necesarios para su plena virtualidad.»

Sin embargo, difícilmente puede concluirse de ellas que los órganos sociales se manifiesten antes de la inscripción de la sociedad. De hecho, en la primera el razonamiento del Alto Tribunal descansa en que «todos los socios tuvieron conocimiento del contrato celebrado y lo ratificaron», y la segunda viene a decir que los fundadores quedan obligados por la

escritura a la realización de cuantos actos fueren necesarios para la debida constitución, no pudiendo ninguno de ellos desligarse de los compromisos contraídos so pretexto de una «no inscripción», que le es tan imputable como a los restantes socios.

La Resolución de la Dirección General de 24 de febrero de 1970 admitió la inscripción de una sociedad anónima que, con arreglo a lo establecido en el artículo 3.º de sus Estatutos sociales, dio comienzo a sus operaciones en fecha anterior al otorgamiento de la escritura de constitución; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

La Resolución de la Dirección General de 16 de junio de 1973 admitió la inscripción de una escritura por la que el Consejo de administración de una sociedad delegaba sus facultades en uno de los consejeros y que fue autorizada antes de la fecha en que se inscribió la constitución de esa sociedad en el Registro Mercantil.

La Dirección explica en el primer considerando que el recurso se plantea a efectos doctrinales, resume en el segundo la cuestión debatida —en términos más amplios, según puede verse, de los que yo he creído de rigor—, recoge en el tercero la tesis en defensa de la nota y la combate en los considerandos cuarto y quinto.

Sorprende, por de pronto, que se utilice para ello el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas, que es precisamente uno de los más firmes apoyos de la doctrina que defiende la imposibilidad de actuación de los órganos sociales antes de la inscripción, pues habla de contratos celebrados «en nombre de la sociedad» y no «por la sociedad», y califica de «gestores» a los que actúan en tales. Así, EMILIANO CANO («Los mandatarios verbales en la constitución de sociedades y en la Junta constituyente», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, págs. 1244 y 1246), quien remacha: «El ente social no existe hasta que tal inscripción se produce, y, por tanto, no cabe hablar de voluntad social, sino de actos de los gestores o de los fundadores.»

Es, pues, en el considerando quinto donde la Dirección centra su postura: «la circunstancia de que la sociedad no adquiere personalidad jurídica hasta que la escritura de constitución no se haya inscrito en el Registro Mercantil no puede ser valorada tan excesivamente que impida a los órganos sociales —que ya han sido designados junto con toda la organización interna de (*sic*) la propia escritura fundacional— adoptar acuerdos antes de aquel momento... si bien bajo la condición de que esta última (la inscripción) se logre».

Se apunta, pues, el Centro directivo a modernas consideraciones en torno al valor y alcance de la «persona jurídica», que vienen a poner coto a la desmesura de una simple ficción. Sobre la sólida base de los estudios de Federico DE CASTRO y de PUIG BRUTAU, FIGA FAURA (*ob. cit.*, pág. 94) expresa: «la personalidad jurídica es poco menos que un *flatus vocis* en el que se engloban fenómenos de muy diversa naturaleza y alcance. La personalidad jurídica es un simple expediente técnico con el cual o bien se unifica hacia el exterior un grupo humano, o bien se erige o constituye un centro abstracto de conexión de relaciones jurídicas. Los efectos de la utilización de tal expediente técnico están, en cada caso, determinados por la normativa jurídica de la que, dada su variedad, no puede inferirse, por inducción, ninguna formulación general».

Partiendo del mismo contenido de atribución de personalidad jurídica,

CÁMARA (*ob. cit.*, pág. 217) había anticipado el contenido de la resolución: «tampoco parece imposible que los órganos sociales tomen decisiones, con trascendencia corporativa, cuando se ha superado el primer estadio de la fase fundacional, o al tiempo de alcanzar éste, *sub conditione* de que la inscripción se logre», y en nota a pie de página admite que la primera Junta general a que deben someter su nombramiento los Administradores nombrados en el acto fundacional (art. 15 LSA) se celebre antes de la inscripción.

Así pues, como ya he adelantado, la Dirección prescinde de toda distinción entre partes y terceros para establecer una posibilidad general de actuación de los órganos sociales, sabedora sin duda alguna de que la sociedad va a ser inscrita en el Registro Mercantil. Así, en el caso concreto que nos ocupa se articula un curioso silogismo: A) Es válido si se inscribe. B) Debe inscribirse. C) Luego es válido.

A mi modo de ver, y respecto de los terceros —esto es, los no intervinientes en el negocio de constitución que se vinculan a la sociedad como parte de alguna relación jurídica—, es dudoso que pueda afirmarse la validez *ab initio* de los acuerdos corporativos de la sociedad en constitución. Lo que no quiere decir que dichos actos no puedan existir, porque es ridículo negarse a la realidad. La publicidad del Registro Mercantil no es tan maximalista que haga inexistentes los hechos. Un hecho existe o no existe como fenómeno aprehensible sin que los libros puedan afirmar o negar —todo lo más, recoger— su existencia. Cosa bien distinta es que ese hecho se entienda, en la configuración normativa realizada por el legislador, como válidamente emanado por una sociedad anónima (debidamente constituida), pero ello no conduce a concluir que esos hechos —aun no queridos por el legislador— carezcan de eficacia. Evidentemente, la actuación de hecho del órgano social —sea el de administración, sea la Junta— tendrá una trascendental importancia por lo que supone de alteración de los intereses en presencia, a la hora de resolver en justicia un conflicto planteado por la actuación irregular de una sociedad. Incluso habrá que precisar entonces si la apariencia creada por esa sociedad (?) reviste tal entidad que, a los ojos del tercero el acto emana de una sociedad anónima (debidamente constituida), o si conoce la situación de «pendencia» en que se encuentra, arrostrando sus consecuencias. En este sentido, la inscripción de la sociedad no constituye ni condición para la validez de la actuación del órgano social, ni tan siquiera condición para su eficacia; es simplemente el respiro de que la actuación irregular de la sociedad no se va a plantear al cerrarse el círculo de los intereses en juego.

(Insisto en lo de «actuación irregular» porque no me es dable entrar en imposibles deslindes entre la presociedad, sociedad en proyecto, sociedad en constitución, sociedad irregular, sociedad de hecho, la imposible sociedad anónima irregular... Para mí que el legislador no ha querido que la sociedad «actuara» hasta tanto no estuviera inscrita en el Registro Mercantil; otra actuación debe calificarse de anómala en la mente del legislador, y a partir de aquí la casuística es tan desbordante que creo conveniente evitar los principios generales, como no sean los de equidad y justicia.)

Por ello pienso que deben limitarse las consecuencias de la doctrina de la Dirección a la cuestión que estrictamente la origina: una cuestión interna y exclusiva de los socios —constituyentes de la sociedad.

Parece razonable que los socios, con independencia de que la sociedad que pretenden crear haya adquirido o no personalidad jurídica, utilicen los mecanismos corporativos de aquélla para resolver los problemas que les atañen como miembros; y que si esos acuerdos han de trascender al exterior se haga por los mecanismos de representación a los que voluntariamente se han sometido en la escritura pública. No hay duda, por otra parte, de que el trasfondo de la relación societaria es una comunidad de bienes (arts. 1.665 CC y 116 CCo), y se encuentran ejemplos de que cuando esa comunidad adquiere un cierto carácter organizativo (así, la propiedad horizontal) se manifiesta a sí misma y hacia el exterior a través de sus órganos, aun careciendo de personalidad jurídica.

Además, no parece contrario a la Ley de Sociedades Anónimas que la fundación simultánea se realice en una especie de tracto continuado. La fractura que existe entre el artículo 11, *h*), y el resto de la normativa sobre aquélla da pie a ello, como puso de relieve Tirso CARRETERO (v. sus «Comentarios a la Resolución de la Dirección General de 16 de junio de 1973», en *RCDI*, núm. 499/1973): «si en el acto constitutivo no se designan las personas de los Administradores tendrá que haber una Junta general sin convocatoria (¿quién convocaría?), al amparo del artículo 55».

No ha repugnado a la doctrina esa posibilidad en la fundación sucesiva —quizá por la inercia del término—, en la que se ha admitido la existencia de nuevas Juntas, posteriores a la llamada por la Ley «constituyente» —que han de reunir los requisitos de mayoría y *quorum* exigidos por el art. 22 LSA—, aunque para ello acuda a la ficción de considerarlas continuación de la primera, aplicando analógicamente el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas (así, CÁMARA, GIRÓN TENA).

Como precisa CÁMARA (*ob. cit.*, pág. 535, nota al pie): «No se debe exagerar el alcance de la expresión 'en un solo acto' que aparece en el artículo 9.º de la Ley de Sociedades Anónimas para caracterizar la fundación simultánea. En rigor, lo que se propone el precepto es contraponer este tipo de fundación a la fundación sucesiva 'por suscripción pública de las acciones'. La norma, pues, debe entenderse en el sentido de que el requisito de la unidad de acto se predica de la suscripción y en su caso desembolso del capital social, exigible en la fundación simultánea y de imposible cumplimiento en la fundación sucesiva.»

De las dos resoluciones antes citadas del vistos sólo la segunda constituye en puridad precedente de la presente.

La referencia a la de 24 de febrero de 1970 no creo tenga otra virtualidad que la de despejar, hasta cierto punto, una duda o, más bien, una omisión de lo que era presupuesto inexcusable para resolver en tan amplios términos como hace la Dirección: saber cuál era la fecha de comienzo de las operaciones fijado en la escritura.

Es estrictamente la Resolución de la Dirección General de 16 de junio de 1973 la base de la ahora comentada. Y me produce íntima satisfacción comprobar que mi lectura de la misma coincide con la del añorado Tirso CARRETERO (*ob. cit.*, pág. 1522): afirma la Dirección «que la falta de personalidad jurídica de la sociedad antes de la inscripción la impide asumir obligaciones frente a tercero en ese período anterior; pero no impide los actos de regularización del régimen interno de la sociedad»; y más abajo: «lo importante es ver si el Centro directivo, aunque con consideraciones insuficientes, acierta en lo fundamental al separar los negocios de la sociedad con el exterior de aquellos otros que se dirigen a conformar cons-

titucionalmente la sociedad misma, los cuales pueden y casi deben otorgarse antes de la inscripción de la sociedad».

E incluso pudieran citarse otras resoluciones que se mueven en la misma dirección. Así, la de 22 de febrero de 1980 admitió que la sociedad, a cambio del precio de compra de locales para ella antes de su inscripción, adjudicara a los gestores un número de acciones equivalente a su importe, «ya que hay actos que son presupuesto necesario para poder constituir la sociedad y que de exigir la previa existencia formal de ésta no podrían ser realizados». En el fondo, por lo que hacía estrictamente al ámbito del Registro Mercantil, se planteaba un problema de aportación que, de prosperar la tesis contraria, haría tambalear, por educación al absurdo, la consagrada naturaleza constitutiva de la inscripción de la sociedad anónima.

Y aun la Resolución de 13 de julio de 1984, que consagra la llamada «Junta general constituyente» para el nombramiento de Administradores en la escritura fundacional, criticada por la doctrina (v. Emiliano CANO, *ob. cit.*, y Salvador MÍNGUEZ SANZ, Comentario en *RCDI*, núm. 571, noviembre-diciembre 1985), azuzada por las consecuencias poco respetuosas para el espíritu, como mínimo, del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. (No puede darse validez a una Junta general antes de la erección de la persona jurídica como ínsita en un proceso constitutivo, y a la hora de los efectos concluir que no es acto constitutivo.)

El mismo VICENT CHULFA (*ob. cit.*, págs. 103 y sigs.), que con anterioridad a la expresada resolución criticaba la práctica notarial que ésta viene a consagrar («en realidad, la Junta general, como órgano social, no existe antes de la inscripción de la sociedad anónima en el Registro»), páginas atrás recogía la de 16 de junio de 1973 para afirmar que los Administradores nombrados en Junta constituyente —aunque después lo refiere a cualquier clase de fundación— «no pueden iniciar la explotación del objeto social antes de la inscripción de la sociedad. Pueden, sin embargo, como verdadero órgano social, celebrar otros negocios de su competencia, como la delegación de funciones o facultades y el apoderamiento, ya que éste constituye un acto interno de autoorganización que no implica relación con los terceros».

No obstante, como ya se habrá observado, existe un importante matiz diferencial en el caso ahora resuelto. Se trata por descontado de una relación de autoorganización, pero que modifica el primitivo contenido negocial. En un sentido propio puede decirse que el negocio es alterado por quien no ha sido parte en su creación. Algo apunta el Registrador Mercantil, pero con tan poco brío que lamentablemente pasa en silencio.

CÁMARA (*ob. cit.*) es el único, que yo haya visto, que trata directamente el problema, y como el caballo de Atila deja poco espacio para el espiguelo. Sigámosle, pues.

En la página 205, por nota al pie, deja caer «que igualmente la Junta, cumpliendo los requisitos necesarios para la modificación de Estatutos, puede corregir los defectos que en ellos haya advertido el Registrador, salvo que, excepcionalmente, la rectificación exija unanimidad», desarrollándolo en la 527 y siguientes.

Distingue CÁMARA entre menciones necesarias: arts. 11, 3, LSA, y 102 RRM; y menciones potestativas: las establecidas voluntariamente. De las menciones necesarias la única cuya falta acarrea la nulidad del contrato es el objeto social; las demás o bien pueden ser integradas acudiendo a

mecanismos interpretativos —son las que llama menciones pseudonecesarias: plazo y forma de convocar y constituir Juntas, parte del capital social no desembolsado y modo en que han de satisfacerse los dividendos pasivos, duración, domicilio y fecha de comienzo de las operaciones— o, en todo caso, la posibilidad de completar el contrato, entendida como simple subsanación, equivale, si efectivamente se completa, a estimarlo retroactivamente perfeccionado.

En el supuesto de que los Estatutos sean susceptibles de ser completados, tratándose de fundación simultánea, será necesario el consentimiento de todos los accionistas, lo que es perfectamente congruente con el carácter contractual del acto constitutivo; no obstante, cuando se trate de la omisión de menciones pseudonecesarias o susceptibles de ser fijadas por vía interpretativa, podría quizá ser suficiente el acuerdo mayoritario adoptado con los requisitos exigidos para la modificación de Estatutos.

En cuanto a la nulidad de las menciones potestativas —por contravenir alguna disposición legal de carácter imperativo—, salvo que de los propios Estatutos resulte otra cosa y aun cuando pudiera imaginarse que la cláusula nula era esencial para el accionista que sin ella no habría entrado a formar parte de la sociedad, admite que la mayoría en oportuna Junta, aun antes de la inscripción, modifique la mención estatutaria nula.

Resume así su pensamiento: «La necesidad del convenio entre los fundadores para que los Estatutos nazcan postula, como antes hemos sostenido, que ante un texto estatutario incompleto sea necesario el consentimiento de todos los fundadores para completarlos. Porque unos Estatutos incompletos, es decir, unos Estatutos que no contengan todas las menciones necesarias, no son todavía Estatutos. Mas si se trata de la nulidad de una mención potestativa, la desaparición de la misma no nos sitúa ante unos Estatutos incompletos, sino frente a unos Estatutos distintos.»

El único cabo que CÁMARA no amarra es precisamente si el necesario consentimiento de todos los fundadores puede expresarse en la práctica mediante la voluntad unánime manifestada en Junta universal, aunque sea en base a la presunción de identidad que resulta de la prohibición del artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas. (En este Registro provincial condenado «tal vez con el tiempo a ser orillado como recipiente reducido y falto de calidad que no permite ni siquiera el ensayo del arte de la buena cocina» no he leído el trabajo de M. BROSETA y F. VICENT *La prohibida transmisión de acciones antes de la inscripción de la sociedad anónima en el Registro Mercantil*, Valencia, 1975, del que quizá pueda extraerse otra conclusión.)

No cabe negar, pues, al ilustre Notario su ecuanimidad y su esfuerzo, de los que habrá que hacer buen acopio ante las circunstancias de cada caso concreto, evitando los apriorismos ante temas que, por mor de una ley megalómana, no pasan de ser a los ojos perplejos de la mayoría de los socios de la mayoría de las sociedades una enojosa e indescifrable traba.

2. No cabe cerrar este punto sin hacer una brevísima referencia al último inciso de la nota del Registrador, cuando dice que la simple declaración del compareciente de actuar como Administrador único «hubiera bastado para la expedición por sí solo de la certificación y aun para formular las declaraciones resultantes de la escritura sin necesidad de ella».

El Notario no deja de aprovechar la dicción literal de la frase para sorprenderse del descuido del Registrador. Dando por supuesto que «ella» se refiere a la certificación (o aun a la Junta), en cualquier caso parece

difícil defender que no existe Junta, pero sí órgano de administración; y surgen otros problemas en los que no es dable entrar, ya que la imprecisión de los datos puede llevar a conclusiones erróneas. Sería muy interesante conocer exactamente el «pretendido defecto» —palabras de la Dirección— atribuido al artículo 17 de los Estatutos, para estudiar si es posible encomendar la interpretación de los Estatutos al órgano de administración, y aun si puede extenderse a correcciones o rectificaciones que no alteren los contenidos, y aun si sobra todo lo que hasta aquí he escrito.

II. La segunda de las cuestiones que se plantean —segundo de los defectos de la primera nota y único de la segunda— se refiere en un sentido amplio al ejercicio de la fe social. Cuestión ésta que, en palabras de la Dirección, «apenas ha sido objeto de atención por la doctrina y no ha originado decisiones jurisprudenciales de particular interés». Aunque ello evidentemente es así (en cuanto a doctrina, tratan más de la Junta que de la fe social los trabajos de J. F. DUQUE sobre la lista de asistentes en la RDM de 1962, y «El acta de la Junta general de accionistas. Su aprobación y efectos», de Cirilo MARTÍN RETORTILLO, en ADC, 1954; reflexiones —breves, lamentablemente— de J. M. PIÑOL AGUADÉ, «Normas, doctrina y usos en la representación de las anónimas», BCNR, núm. 100, marzo 1975; de E. CANO, «Los Estatutos de la sociedad anónima. Sus problemas más frecuentes», en BCNR, núm. 171, septiembre 1981, y Pedro AVILA ALVAREZ, «La calificación mercantil de la representación documental», en *Curso de conferencias sobre Registro Mercantil*, ICNRP, 1971; y recientemente sobre «Legitimación de las certificaciones o acuerdos de la Junta general [o Consejo]. Artículo 108 RRM», de J. A. RUIZ RICO, en RCDI, núm. 567, marzo-abril 1985), y aunque cabría completar el esquema aludiendo a la inexistencia de normativa en la legislación, en la que tan sólo se hallan vaporosas referencias de refilón, sin embargo es indudable que toda la actuación de la sociedad gira en torno a, o más bien se apoya en, dicho ejercicio y que causa no pocos quebraderos a los Registradores Mercantiles, temerosos del quebranto. «Afortunadamente —nos reconforta PIÑOL AGUADÉ (v. ob. cit., pág. 258)— no hemos comprobado se nombrara a Barabás Presidente de un Consejo, ni sabemos de ninguna sociedad que se haya encontrado disuelta o emitiendo obligaciones sin tener el menor conocimiento de ello, salvo por los asientos del Registro.»

1. El primer aspecto, y probablemente el único en la intención de los Registradores, versa sobre la extensión de la fe notarial respecto a las firmas de los certificantes del acuerdo social.

Las manifestaciones de los Notarios recurrentes son de legítima defensa: es imposible la legitimación que se pide en el supuesto de que la propia Junta haya procedido al nombramiento de cargos, y además la regla 3.ª del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil no lo exige cuando la inscripción se realice en virtud de escritura pública. El Notario del segundo recurso arguye para remachar que es posible inscribir en el Registro Mercantil cualquier circunstancia excepcionalmente importante para la sociedad, en base a un acuerdo de la sociedad, certificado por el Secretario y visado por el Presidente, siempre que se hayan cumplido los requisitos legales, entre los cuales no se encuentra que el Notario dé fe de ejercicio legítimo de dichos cargos. Tan obvia afirmación parece desconocer la situación fáctica y mental del Registrador Mercantil que se dispone, a regañadientes según se ve, a publicar en la hoja de la sociedad el acuerdo del que se certifica y que se documenta por per-

sonas que la misma hoja no publica tengan algo que ver con aquélla; lo que no sucede en los casos a los que alude el Notario en que la Junta, para la plasmación de su acuerdo, se valdrá del representante de la sociedad, orgánico o voluntario, previamente inscrito.

Los peligros de esta desconexión entre el Registro y el certificado latén en los acuerdos de los Registradores Mercantiles, quienes intentan demostrar que la constancia del ejercicio legítimo del cargo es factible a través de «los testimonios o documentos procedentes» (primer acuerdo) o por «haberse asegurado de ello con vistas del Libro de actas» (segundo acuerdo). De donde se desprende que no es ajena a ellos la convicción de la imposibilidad de acreditar un «hecho» —nombramiento en Junta— si no es por su percepción, y su preocupación porque el Notario, más próximo a los interesados y con mayor capacidad de maniobra, «se esfuerce» en la mayor garantía de la certificación. La inclusión en la nota de calificación por el Registrador Mercantil de Sevilla de dos resoluciones anteriores a la reforma del Reglamento del Registro Mercantil es suficientemente expresiva.

Las reticencias de los Registradores Mercantiles son comprensibles cuando, como en este caso, su calificación opera en cierto modo sobre el vacío. Cuando la estructura organizativa de la sociedad se ve alterada en base a las manifestaciones de dos (una) personas de las que lo único que se sabe es que sus nombres corresponden a sus firmas, es legítima la duda de que el documento goce —como exige la primera de las resoluciones— de la «máxima certeza», de tal modo que el acto ingrese «con las mayores garantías de exactitud, dadas las presunciones de veracidad y legitimación contenidas en los artículos 1.º a 3.º del Reglamento del Registro Mercantil».

La Dirección General acoge, como era de prever, los argumentos de los recurrentes; y digo como era de prever sin otra doble intención que la de expresar que probablemente sea ésta, mal que nos pese, la única vía práctica en tanto se produce la reclamada e imprescindible regulación de la fe social y del Libro de actas.

Sorprende, en cualquier caso, cómo la Dirección, después de exigir la máxima certeza al documento inscribible, se decanta sin más, y sin lamentaciones, por exonerar al Notario de todo deber en la garantía de la certificación; y singularmente cómo se pasan por alto las Resoluciones de 29 y 30 de noviembre de 1955, expresamente incluidas por el Registrador Mercantil de Sevilla en la propia nota, que ni tan siquiera son citadas en el vistos. (Por cierto que el contenido de éstos irá apareciendo a lo largo del comentario, siendo quizá farragoso un intento ahora de resumen.)

La inteligencia de expresadas resoluciones era, sin embargo, esencial a los términos del recurso; primero, por constituir el precedente directo e inmediato del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, y segundo, porque parecen prestarse a lecturas diversas, y así fueron citadas en apoyo de su tesis por el Notario en el recurso que dio origen a la Resolución de 30 de enero de 1985, a la que luego habré de referirme y que es la auténtica madre de las presentes.

El último de los considerandos de las dichas resoluciones, después de excluir de la exigencia de la escritura pública el acuerdo en que se manifieste la voluntad social de designar a un determinado Administrador, concreta: «siendo, por tanto, documento bastante, para el caso de

quienes aceptaron en el seno de la Junta, en primer lugar y según el citado artículo 66, párrafo 2 (LSA), el testimonio notarial del acta, por exhibición del libro correspondiente con las garantías que ofrece, por su intermediación, dicho libro, previsto en el artículo 33 del Código de Comercio; y, en segundo lugar, también la certificación del acta por el Secretario de la Junta con el visto bueno del Presidente, legitimadas ambas firmas por testimonio notarial específico de legitimación, que incluya la consideración del ejercicio legítimo del cargo por quien lo expide, nunca, en cambio, el simple testimonio por exhibición que, como el que ha sido calificado —único que debe ser tenido en cuenta en el recurso, conforme a los arts. 75 y 76 RRM—, no incluya dicha legitimación o la afirmación hecha por el Notario de que el certificado está debidamente expedido y, consiguientemente, no añada una superior calidad a la intrínseca del documento testimoniado».

Así pues, lo querido, salvo en el supuesto del testimonio por exhibición del Libro de actas, era un juicio del Notario sobre el valor de la certificación que le otorgara una «superior calidad». Sin embargo, difícilmente puede deducirse de ahí que esta exigencia de la certificación no opera cuando el acuerdo se solemniza en escritura pública. A lo sumo puede decirse que la resolución no asume la cuestión, y más bien me inclino a pensar que en la mente de la Dirección estaba que ningún Notario solemnizaría públicamente un acuerdo de no constarle la legitimación de los firmantes de la certificación.

Así entendido, cobra perfecto significado el punto 3.º del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, cuando admite la inscripción del nombramiento de Administrador en virtud de «escritura pública que acredite las circunstancias del nombramiento...» Parece, pues, correcto entender que no cumplen el precepto aquellas escrituras que se limiten a solemnizar un acuerdo y no consten fehacientemente de ella las circunstancias del nombramiento; a menos que se entienda que el juicio de capacidad que realiza el Notario respecto del compareciente incluye la legitimación con que actúa y por ende la legitimación de los que le designan, y es dudoso pensar que los Notarios quieran pechar con esa carga.

Por otra parte, si la legitimación es imposible para la escritura también lo será para la certificación, y no resulta convincente concluir que ésta sólo será utilizable cuando pueda ser utilizada. El Reglamento sitúa las tres vías en un mismo plano. Las resoluciones comentadas no se hacen eco de la cuestión; la evidencia de la imposibilidad es el argumento protector (?) de la escritura; las certificaciones quedan abandonadas a la suerte de un ulterior recurso.

Y este silencio es tanto más sorprendente cuanto que la Resolución de 30 de enero de 1985 —antecedente directo y citado por ser idéntico el supuesto— intentó una benévola interpretación del apartado b) del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, exonerando a los Notarios de aquella carga, a mi juicio no demasiado infundada, al reducir la legitimación a la recepción de una manifestación: «... la práctica notarial y registral ha venido aceptando como medio de acreditar la circunstancia del apartado b), artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, a través de una interpretación acorde con la finalidad del precepto, y equiparar la situación de representación orgánica propia de toda persona jurídica con los casos de representación voluntaria, en donde el fedatario no puede aseverar que el poder conferido se encuentra en vigor

al otorgarse el acto por ser una circunstancia que escapa a su percepción, y por eso se limita a dar cumplimiento a lo ordenado en los artículos 164 y 166 del Reglamento Notarial, todo ello unido a la legitimación derivada de la presentación del título acreditativo de la representación por el Aporado que supone la presunción de encontrarse el mismo vigente, y en este sentido es como ha de entenderse la exigencia del referido artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que una interpretación rigurosamente literal del precepto conduciría a un imposible.»

Sin embargo, la equiparación es más que dudosa. El representante de la sociedad —sea orgánico o voluntario— presentará al Notario el título del que deriva su representación, convenientemente inscrito en principio; realizará las manifestaciones sobre la subsistencia de ese título y posteriormente la publicidad registral y la buena fe del tercero consumarán el acto. En el supuesto de nombramiento de Administradores, la manifestación opera no sólo sobre la subsistencia —hechos negativos—, sino asimismo sobre la existencia del propio título de representación. Demasiado viaje para tan pequeña alforja.

J. A. RUIZ RICO (v. *ob. cit.*) ha estimado la espiral de la legitimación hasta cerrar el laberinto. Para salir de él, a juicio de la doctrina, hay que caminar hacia la profesionalización del fedatario social o hacia el mayor control y rigor en la llevanza del Libro de actas, cuya sola existencia es mucho suponer en las sociedades precisamente abundantes en Juntas universales, y aun en su caso, «dado el nulo control en su diligenciamiento judicial, acudiendo a Presidentes y Secretarios de Juntas, la posibilidad de fraudes no es excluible» (PIÑOL AGUADÉ, *ob. cit.*).

No es hora de analizar ese libro tal como ha quedado tras la reforma del Código de Comercio (Ley de 21 de julio de 1973), no tanto por la dispersión como por el hecho de que puede reducirse a un «se llevará», pero sí recalcar que la única posible garantía pasa por su exhibición. Claro es que en este caso el Notario probablemente recurra a testimoniar directamente el libro conforme al apartado a) de tan repetido artículo 108.

La conclusión paradójica es que la escritura pública aparece como válvula de escape ante la dificultad de formalizar simples documentos privados, y aun cuando al Notario recurrente (segundo recurso) le parezca «absurdo exigir mayores requisitos a la escritura pública que al testimonio por exhibición del Libro de actas de la sociedad», a mí me parece lamentable que la garantía del Notario no derive de su autoridad y de su misión de fehaciencia, sino del delito de falsedad en documento público. (Amén de que tampoco sería atrevimiento pensar que la falsedad se cometa en los asientos registrales.)

2. Quizá la simultánea resolución de recursos planteados en tan distintas fechas obliga a la Dirección a resolver previamente algo que propiamente nadie había alegado: si las certificaciones aparecen expedidas por aquellos a quienes corresponde hacerlo.

Aun cuando las certificaciones son expedidas por personas diferentes —concretamente el visado lo hace en el primer recurso el Presidente de la Junta, y en el segundo, en el que resulta de los hechos que la certificación es expedida precisamente en el mismo día que la Junta celebrada lo hace el Administrador nombrado en la Junta— los Registradores no hubieran opuesto obstáculo alguno de haber acreditado el Notario su ejercicio legítimo.

De entrada, pues, el tema se presta a la opinión y supone en realidad un reflejo de las múltiples combinaciones que en la práctica se producen y se vienen admitiendo. En rigor, ni la Ley de Sociedades Anónimas ni, con mayores reservas, el Reglamento del Registro Mercantil atribuyen a cargo alguno la facultad de certificar los acuerdos sociales. De hecho, las resoluciones comentadas son abundantes en palabras como: «normalmente», «habitualmente», «uso mercantil», «uso mercantil prolongado en el tiempo»... El artículo 61 de la Ley de Sociedades Anónimas nos dice escuetamente quiénes serán Presidente y Secretario de las Juntas, y el artículo 62 establece las formas de aprobación y la eficacia del acta aprobada; el artículo 24 de la misma, no citado, sí encomienda a Presidente y Secretario de la Junta constituyente en la fundación sucesiva la autorización del acta de aquélla, pero ni dice nada de las certificaciones ni existen otras personas que pudieran autorizarla, ni aquélla se incorpora por naturaleza a un libro. El artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, apartado 1, letra *b*), abunda en el presupuesto de que es a la Junta a la que corresponde nombrar los Administradores; está pensando obviamente en «cargos» estables cuya legitimación fuera factible no en personas que asumen ocasionalmente «funciones», y tampoco dice que sean expresamente aquellos que presidieron la Junta en la que se produjo el argumento, argumentos todos tan endeble como los de aquellos que pretenden elaborar la teoría de la fe social sobre tan escueta dicción literal.

De todos modos creo que la primera de las resoluciones peca de no haber intentado la construcción de una teoría general, de tal modo que, aun cuando la segunda cita expresamente a la primera, viene en el fondo a desdecirla o cuanto menos a ampliarla.

Si quisiera intentarse esa construcción se debería partir, a mi modo de ver, de la equiparación que, con técnica notarial, realiza Pedro AVILA (v. *ob. cit.*, págs. 81 y sigs.) entre el acta y la matriz y la certificación y la copia.

Que el acta es equiparable a la matriz obrante en el protocolo —Libro de actas— no cabe duda después de las Resoluciones de la Dirección de 23 de julio y 11 de agosto de 1958, de 16 de noviembre de 1961 y de 11 de marzo de 1980, que se adscriben a aquella doctrina que exige la aprobación del acta antes de la inscripción de los acuerdos en el Registro Mercantil —entendiendo que el «podrá» del art. 62 LSA se limita a las dos formas de aprobación que prevé, corrigiendo la viciosa práctica de someter la aprobación del acta a la siguiente Junta—, y puesto que el acta no puede vivir fuera del libro más que en circunstancias verdaderamente excepcionales (así, Resolución de la Dirección General de 11 de febrero de 1970). (Podría, en consecuencia, considerarse viciosa la práctica de la certificación de «acuerdos» en abstracto y toda otra que no se hiciera por referencia al Libro de actas que implicara no tanto la existencia del libro como la aprobación del acta por su incorporación a aquél.)

La autorización del acta y su llevanza al libro corresponden, pues, única y exclusivamente a los Presidente y Secretario de la Junta, bien sean «estatutarios» —designados nominativamente o por referencia al órgano de administración—, bien elegidos concretamente por y para la Junta de que se trate.

Las certificaciones de las actas del libro serán expedidas en consecuencia por aquellos a quienes incumba la exteriorización de la sociedad,

a cuya custodia queda confiado aquél —legitimación por la posesión, si se quiere—. No es descabellado afirmar que las funciones —que no cargos, palabra dotada de un sentido de estabilidad— de Presidente y Secretario de la Junta se extinguen con ésta. Pensar que conservan la facultad certificante de la Junta que han presidido, no obstante las vicisitudes del tiempo, parece ciertamente anómalo.

Por lo tanto, las certificaciones se expedirán por: el Secretario, con el visto bueno del Presidente de la sociedad —o de la Junta—, orgánicamente establecidos en los Estatutos; el Secretario, con el visto bueno del Presidente del Consejo de administración; uno de los Administradores con el visado del otro; el Administrador único por sí solo.

Aunque en la doctrina pese, quizá en demasía, la literal dicción del artículo reglamentaria, ésta se soslaya en la práctica admitiendo las certificaciones expedidas por el Administrador (ver las atinadas observaciones de E. CANO, *ob. cit.*, págs. 877 y sigs.), y ejemplo claro es el segundo de los recursos, en el que la certificación se expide además en el mismo día de celebración de la Junta.

Encomendar la fe social a un órgano permanente tiende a la estabilidad y profesionalización de su ejercicio, objetivos de la doctrina como mejora de aquélla, y responde a la práctica cada vez más frecuente de nombrar Secretarios no consejeros y de reunir las funciones de Secretario y Letrado asesor. Podría decirse que de este modo el título de la representación y la representación misma coinciden en el propio órgano, lo que posibilita en mayor medida la obstrucción por éste de la voluntad social; sin embargo, puesto que la Junta carece de mecanismos propios de exteriorización de su voluntad, o, dicho más propiamente, ésta corresponde al órgano de administración-representación, el riesgo de disputa es intrínseco a la sociedad y la Junta, como expresión de la voluntad social, posee resortes para hacer desaparecer el obstáculo.

Por otra parte, la solución contraria conlleva el mayor riesgo de la pluralidad de ejercientes de la fe social. En el fondo, y prescindiendo ahora de las actuaciones «accidentales» o «en funciones», éste era el problema que se ventilaba en el aireado asunto «Koipe» (Resolución de la Dirección General de 21 y 24 de septiembre de 1984). Certificación del Secretario de la Junta *versus* certificación del Secretario del Consejo. La Dirección, con regate de fino estilista, resolvió que no eran contradictorias, sino complementarias.

Evidentemente, el recuerdo a Juan Palomo que va apuntaba PIÑOL AGUADÉ (v. *ob. cit.*) es más que posible. Pero, como dice E. CANO (v. *ob. cit.*), es inaceptable centrar la garantía en el número de las personas implicadas: «no es tan importante el número de firmas, sino la garantía que las mismas suponen». No creo por ello que deba causar tantas preocupaciones la Resolución de la Dirección General de 22 de febrero de 1980: «aun no estando establecido en ningún precepto con carácter general el que las certificaciones de los acuerdos sociales sean expedidas por el Secretario con el visto bueno del Presidente, en algún caso concreto tanto la Lev (art. 24) como el Reglamento del Registro Mercantil (art. 108, b) establecen que se expidan formalmente de esta manera, con lo cual se acomodan al criterio general establecido en otras disposiciones legales, y se garantiza a través del visado presidencial la idoneidad y legitimidad de quien aparece ejerciendo el cargo de Secretario». Forzoso es decir que el Notario defensor del artículo estatutario desechado partió de la dis-

tinción, antes propugnada, entre el acta —matriz— y la certificación —copia—. No creo que la Dirección venga a desconocer implícitamente esa posibilidad; de la lectura del considerando transcrito se desprende fácilmente que se piensa en el ejercicio estable de un cargo, y no ocasional de una función.

Como tampoco creo que la expresada resolución venga a alterar la doctrina sentada por las de 17, 25 y 26 de abril de 1972; si bien normalmente las certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas deben expedirse por el Secretario con el visto bueno del Presidente, es indudable que cuando ambos cargos recaen en una misma persona no cabe negar validez a las certificaciones expedidas sólo por ella; y si, como ocurre en el presente caso, el Secretario-Presidente es a la vez el Administrador único de la sociedad, tampoco puede decirse que exista incompatibilidad para que, con este último carácter, ejecute el acuerdo social. En el fondo aquella resolución lo que viene a decir es que cuando existan Presidente y Secretario «orgánicos» —de la sociedad o del Consejo—, el visado del primero no es materia negociable.

III. El tercer tema que surge de las resoluciones comentadas hace referencia a la representación de la sociedad. Hay que limitarse a tres supuestos concretos que se apuntan por aquéllas.

1. Ya hemos dicho que el tercer defecto contenido en la nota del Registrador en el primer recurso no se entiende demasiado bien. Literalmente parece referirse a que el Administrador por sí solo, alegando su calidad de tal, hubiera podido realizar lo que la Junta universal no podía hacer, y en este sentido es entendido por el Notario, quien, después de sorprenderse de la contradicción, arguye con lógica que no es propiamente un defecto, sino una respuesta anticipada a una posible alegación que no realiza.

Interpretado el defecto así, no cabe duda que el acuerdo del Registrador altera en cierto modo el sentido de la nota al precisar que el compareciente no alega su condición de Administrador ni la de Presidente de la Junta.

La Dirección dedica a este defecto un solo considerando, el último, en el que, después de calificarlo de «expresamente formal» y «carente de trascendencia en este caso concreto», deja sentadas dos afirmaciones aparentemente sorprendentes.

La primera es que «el ejecutor del acuerdo... es el Presidente de la Junta, a quien se encarga cumplimente el acuerdo social».

El tema de la representación orgánica ha dado lugar a múltiples resoluciones en época reciente (31 de marzo de 1979, 9 de junio y 3 de septiembre de 1980, 6 de septiembre de 1982, 29 de septiembre de 1983, 30 de enero y 4 de marzo de 1985; alguna de ellas objeto de más profundos comentarios, en los que se precisa su concepto y caracteres y se aporta importante bibliografía: así, Ricardo EGEA, Resolución de 31 de marzo de 1979, en *RCDI*, núm. 538, mayo-junio 1980, y José Manuel GARCÍA GARCÍA, misma resolución, recogidos en sus sentencias comentadas del Tribunal Supremo. Derechos reales e hipotecario).

Fundamentalmente, las resoluciones citadas, más que a establecer el concepto de representante orgánico —en el sentido de precisar qué personas físicas se incardinan en la sociedad de tal modo que puede decirse que ésta obra por sí misma—, tiende a regular sus consecuencias respec-

to de personas en que aquélla se da por entendida: principalmente, inaplicación de los artículos 1.280 y 1.713 del Código Civil. De aquellas pocas que tratan de fijar su ámbito es la citada en los vistos de 3 de septiembre de 1980, que, partiendo del precepto estatutario: «para representar a la sociedad tendrán que firmar dos de los tres Gerentes», resuelve que no puede comparecer uno solo de ellos a ejecutar un acuerdo de la Junta en virtud de una certificación del acta de ésta.

Con este antecedente es difícil que se pueda concluir que la persona designada por la Junta como su Presidente puede comparecer en calidad de tal a formalizar exteriormente los acuerdos de aquélla. El calificativo «orgánica», como *tertium genus* de las representaciones, no puede hacernos olvidar que el sustento es ostentar la representación de la sociedad; con la denominación de orgánica se corre el peligro de asociar inconscientemente la representación al órgano y colegir, con evidente desmesura, que cualquiera de éstos ostenta aquélla. El Presidente ocasional de una Junta puede calificarse, con muy buena voluntad, de órgano, pero nunca de representante.

Por otra parte, en la práctica se produce un cierto desenfoque de la cuestión hacia el título de la representación; se dice: el representante voluntario opera en virtud de poder —documento público—; el representante orgánico, en virtud de certificación del acuerdo —documento privado—; siendo así que el énfasis debe ponerse en el ámbito de la representación: en la voluntaria corresponde estrictamente al poderdante; en la orgánica el ámbito «mínimo» queda predeterminado por la Ley (artículos 11 LSRL y 76 LSA), escapando a la competencia del poderdante. De aquí se sigue que el órgano que adopta un acuerdo puede encomendar, en el certificado que acredite aquél, su plasmación hacia el exterior en el oportuno documento público, bien al representante orgánico, bien al Apoderado voluntario a quien se hubiere conferido la facultad de representar a la sociedad.

Incluso puede afirmarse que al Presidente del Consejo de administración, en defecto de otra previsión estatutaria, como representante nato del mismo, corresponde elevar a públicos los acuerdos de aquél o de la Junta sin necesidad de delegación alguna en el certificado acreditativo del acuerdo. Y lo mismo cabría concluir en el caso de Administrador único si se me permite decir, sin mayores explicaciones, que en el espíritu del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, no obstante la dicción literal del segundo inciso del primer párrafo, está excluir la disociación entre administración y representación. En la práctica se ha consagrado el sistema de «delegación» en la certificación como dudosa fórmula de elección entre los miembros del Consejo.

2. La segunda afirmación es que, aunque no lo manifieste expresamente, coincide en la persona del ejecutor del acuerdo la de Administrador único de la sociedad, y en su carácter de órgano de administración social es al que corresponde llevar a cabo la ejecución de lo acordado.

Las particularidades del caso planteado llevan a la Dirección a sentar esta conclusión, que difícilmente podrá generalizarse. Una cosa es que el compareciente exprese (arts. 164 y sigs. RN) el título de su representación, aun cuando por la naturaleza de aquél quepa calificar ésta de orgánica, y otra cosa muy distinta es la innecesariedad de que, como antes se ha visto, la certificación acreditativa del acuerdo redunde en la atribución de su exteriorización en la persona-representante orgánico.

Deja, pues, la Dirección abierto el problema de si la omisión del título de representación en la escritura constituye mero problema reglamentario o si es defecto que impide la inscripción, singularmente cuando de los libros del Registro resulte legitimado el ejecutor del acuerdo para la comparecencia que realiza. Me inclino a pensar que el principio esencial de buena fe, en cuanto al desconocimiento de vicisitudes extrarregistrales, es exigible a todos los intervinientes, e impone en todo caso al representante la exhibición de su título y la manifestación de su creencia en la subsistencia de la representación.

3. La última afirmación sentada procede del segundo recurso: el Administrador no inscrito puede comparecer ante Notario a fin de procurar la inscripción de su nombramiento.

Parte, en principio, la Dirección de la distinción entre la esfera interna y la externa en cuanto a la actuación del Administrador no inscrito, recogiendo el sentir de las Resoluciones de 17 de julio de 1956 y 27 de marzo de 1957, expresamente citadas en los vistos, que establecieron que no es admisible la comparecencia ante Notario del Administrador no inscrito, salvo cuando se trate de actos internos de la sociedad para los que el nombramiento de Consejero es eficaz desde su aceptación (art. 72 LSA), si bien, aun en estos casos, la omisión de la previa inscripción constituye un defecto subsanable mediante la presentación de los documentos adecuados en el Registro Mercantil.

Sin embargo, si se compara el penúltimo considerando de la resolución comentada con el sentir de estas últimas se aprecia una alteración sustancial. De hecho en la presente resolución no se observa diferencia alguna entre los aspectos interno y externo de la actuación del Administrador no inscrito, que quedan en ambos casos sometidos al requisito de la previa inscripción, al dar por sentada la posible comparecencia ante Notario para otorgar actos relativos a la esfera externa, lo que era objeto de singular prohibición en las resoluciones precedentes.

En el fondo la Dirección viene a consagrar las profundas analogías que la aplicación práctica del artículo 95 del Reglamento del Registro Mercantil tiene con las del manifestamente ignorado artículo 313 de la Ley Hipotecaria.

F. C. B.

NOTA DE LA REDACCIÓN.—La primera de estas resoluciones ha sido comentada, como se puede ver, por nuestro colaborador Ricardo EGEA IBÁÑEZ, en páginas anteriores.

Aunque haya el riesgo de repetición, insertamos el nuevo comentario de Fernando CANALS, porque enlaza dos resoluciones en un estudio común, tal como lo publicamos. Este es el motivo de la duplicidad.