

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por SALVADOR MÍNGUEZ SANZ

II. DERECHO MERCANTIL

LOS PRIMEROS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD NOMBRADOS EN JUNTA GENERAL UNIVERSAL DE SOCIOS, CELEBRADA FUERA DEL ACTO CONSTITUTIVO, NO ESTÁN SOMETIDOS A LA LIMITACIÓN TEMPORAL DEL ARTÍCULO 72, 1.º, DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

(Resolución de 13 de julio de 1984.)

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Sevilla don RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ contra la negativa del Registrador Mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de constitución de Sociedad Anónima, en virtud de apelación del recurrente:

Resultando que en escritura autorizada por el Notario de Sevilla don RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ el día 10 de marzo de 1983, se procedió a la constitución de la Compañía Mercantil «Industrias Detergentes Esterilizantes Alimenticias, Sociedad Anónima», procediéndose al nombramiento de don JOSÉ MANUEL OJEDA MANZANO como Administrador único de la citada Sociedad y estableciéndose en la estipulación cuarta lo siguiente: «Los mismos tres socios, dando a este acto el carácter de Junta General y Universal de socios, acuerdan por unanimidad que el Órgano de Administración quede integrado por un Administrador único, para cuyo cargo nombran a don JOSÉ MANUEL OJEDA MANZANO, que queda investido de todas las facultades prevenidas para el cargo en los Estatutos sociales. El nombrado acepta el cargo y declara no afectarle ninguna causa de incapacidad o incompatibilidad. Hace constar que efectúan el nombramiento fuera del acto constitutivo, por lo que el nombrado no quedará

afecto a la limitación de plazo a que se refiere el artículo 72 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas»; y expresándose en el artículo 21 de los Estatutos que «los cargos de administrador o de Consejeros tendrán una duración indefinida, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas para los nombrados en el acto constitutivo, de que la propia Junta general de socios señale plazo al efectuar el nombramiento y de la facultad de este mismo Órgano de remover a los nombrados en cualquier momento. En el supuesto de que se señalase plazo al efectuar el nombramiento, el mero transcurso del mismo no producirá el cese de los nombrados, sino que los mismos continuarán en sus cargos hasta la celebración de la primera Junta general»;

Resultando que presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona fue calificada con nota del tenor literal que sigue. No admitida la inscripción del precedente documento por adolecer de los siguientes defectos: 1.º Infringir la estipulación cuarta de la escritura de constitución el párrafo primero del artículo 72 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, y ser contradictorio con el artículo 21 de los Estatutos sociales. 2.º Infringir el citado precepto de los Estatutos los artículos 71 y 72 de la aludida Ley de Sociedades Anónimas, por ser nulos los nombramientos por tiempo indefinido, según tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 3 de mayo de 1956, 3 de diciembre de 1964, 10 de junio de 1978 y 30 de junio de 1981. La presente nota se extiende con la conformidad de mis cotitulares. Barcelona, 30 de diciembre de 1983.—El Registrador (Firma ilegible);

Resultando que el Notario autorizante de la escritura calificada interpuso recurso gubernativo y alegó: Que el apartado 2.º de la nota calificadora tiene idéntico contenido y es del mismo tenor literal que los puntos segundos de las notas calificadoras objeto de los dos recursos que concluyeron con sendas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 25 de febrero y 1 de marzo de 1983; que, dada la identidad del presente recurso y lo resueltos por las resoluciones citadas, el Notario recurrente se limita a invocar las argumentaciones contenidas en las mismas; que el apartado 1.º de la nota calificadora considera que la estipulación 4.ª de la escritura infringe el párrafo 1.º del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo cual no es así, porque este artículo se refiere a los Administradores nombrados en el acto constitutivo y en la estipulación referida expresamente se dice que se realiza el nombramiento en Junta general fuera del acto constitutivo; que tampoco comparte el recurrente la pretendida existencia de contradicción entre esa estipulación 4.ª y el artículo 21 de los Estatutos, pues este artículo señala claramente dos posibilidades —nombramiento en acto constitutivo y nombramiento en Junta general— y la estipulación 4.ª se limita a acogerse a la segunda de las opciones; que el Registrador Mercantil parece plantear que el nombramiento de Administrador único efectuado en la cláusula 4.ª de la escritura no puede ser otra cosa que un nombramiento efectuado en acto constitutivo, en contra de lo cual cabe objetar: a) que la Ley autoriza que la escritura de constitución simultánea de Sociedad Anónima no contenga la designación de los componentes del Órgano de Administración; b) que, en con-

secuencia, el nombramiento de los Administradores puede constar en escritura aparte, que puede otorgarse en cualquier momento: Un mes, un día, una hora o un minuto después de la escritura de constitución; c) que el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas permite distinguir perfectamente entre el nombramiento efectuado en el acto constitutivo por los fundadores y el realizado en Junta general por quienes ya son socios; sólo al primero le es aplicable la obligación de someter su nombramiento a la aprobación de la primera Junta general; que la nota calificadora deniega la inscripción total de la escritura, rechazando la petición expresa de inscripción de la constitución de la Sociedad, con denegación en su caso de la inscripción de las cláusulas discutidas; que tal petición tiene como fundamento la disposición adicional 4.ª del Reglamento del Registro Mercantil, que declara la aplicación supletoria de las disposiciones del Reglamento Hipotecario, sin que pueda alegarse, para fundar negativa a esta solicitud, la esencialidad de las cláusulas cuya inscripción se deniega con respecto al título, y ello por las siguientes razones: 1) la estipulación 4.ª contiene exclusivamente el nombramiento de Administrador único y la aceptación del cargo de la persona nombrada; y 2) el artículo 21 de los Estatutos sociales contiene la determinación de la duración del cargo de los Administradores en diferentes soluciones alternativas, lo que supone una circunstancia no exigida por los artículos 11, 3.º, h), de la Ley de Sociedades Anónimas, y 102, h), del Reglamento;

Resultando que el Registrador Mercantil de Barcelona dictó acuerdo reformando parcialmente la nota de calificación, en el sentido de consignar de una manera expresa el carácter de insubsanable de los defectos advertidos, y manteniendo, en consecuencia, los defectos advertidos, haciendo las siguientes alegaciones: Que el Notario recurrente parece atribuir al Registro el origen del perjuicio que el retraso en inscribir produce a los interesados; cuando la escritura fue calificada inmediatamente después de la primera calificación, y la imposibilidad de inscripción parcial que pretende el recurrente —con base en el art. 434 del Reglamento Hipotecario— no puede tener lugar por la propia naturaleza de los Estatutos, que al formar un cuerpo único sólo pueden reproducirse por transcripción literal, entrañando la pretensión del Notario recurrente un acto de modificación estatutaria que exigiría el cumplimiento de los requisitos del artículo 8.º de la Ley de Sociedades Anónimas; que el carácter de los defectos observados se subsana por vía de reforma; que la estipulación 4.ª de la escritura rechazada infringe el artículo 72, 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, pues el nombramiento de Administrador se efectúa en el mismo acto constitutivo de la Sociedad, como se desprende de la dicción literal de la citada estipulación al emplear la expresión «dando en este acto...»; que este «acto» no puede ser otro que el constitutivo, con lo que se infringe claramente lo dispuesto en el artículo 72, 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas; que la duración del cargo de Administrador es un tema que causa perplejidad a los Registradores Mercantiles, habida cuenta de la discordancia entre las doctrinas de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo; que dos razones fundamentales llevan al Registrador informante a sostener este recurso: La propia convicción jurídica de que

el espíritu de la Ley es totalmente opuesto a los nombramientos de Administradores por tiempo indefinido y la necesidad de salvaguardar la responsabilidad del Registrador; que da por reproducidos los considerandos de las numerosas Sentencias del Tribunal Supremo que son contrarias a los nombramientos de Administradores por tiempo indefinido; que la redacción estatutaria rechazada en la nota de calificación vulnera el derecho que otorga el artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues la renuncia a aquél sólo podrá hacerse por quien ostente la titularidad del derecho en el momento en que éste nazca y haya de ejercitarse; que ante el silencio del legislador sobre la duración del cargo de Administrador nombrado con posterioridad al acto constitutivo ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 3.º del Código Civil; que invoca la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, y esa realidad social ha sido tenida en cuenta en el anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas, que establece el plazo limitado para todos los nombramientos;

Vistos los artículos 3.º y 4.º del Código Civil, 11, 15, 71, 72, 73 y 75 y disposición transitoria novena de la Ley de 17 de julio de 1951, las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1956, 22 de octubre de 1974, 10 de junio de 1978 y 30 de junio de 1981 y las Resoluciones de este Centro de 18 de abril de 1958, 9, 11 y 13 de junio de 1980, 15 de septiembre, 24 y 26 de noviembre de 1981 y 25 de febrero de 1983;

Considerando que en este recurso se plantea una cuestión idéntica a la decidida en varias resoluciones de este Centro, citadas en los vistos, y en las que se declaró que en el plazo de duración temporal establecido en el artículo 72, 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas es de aplicación únicamente a los Administradores designados en acto constitutivo, tal como señala este artículo, y que por faltar los presupuestos de aplicación del artículo 4, 1.º, del Código Civil no es procedente extender esa limitación temporal a aquellos Administradores nombrados con posterioridad a aquel acto, y todo ello en base a la argumentación recogida principalmente en las Resoluciones de 25 de febrero y 1 de marzo de 1983, que no es necesario repetir;

Considerando que la segunda cuestión implica si en los supuestos en que la escritura fundacional contiene el acuerdo de los socios reunidos en Junta universal, y en el que como primer acto de la Sociedad recién constituida, designan la persona o personas encargadas de la gestión social, y éstas aceptan el cargo, cabe entender en estos casos que el nombramiento de Administrador ha sido realizado en el mismo acto constitutivo, y en consecuencia habría de aplicar la limitación temporal establecida en el artículo 72 de la Ley;

Considerando que la expresión «acto constitutivo» se está refiriendo al contrato de Sociedad pactado entre los socios y que aparece insito en la escritura de constitución de la Sociedad Anónima (cfr., entre otras, la disposición transitoria de la Ley), y en la que las estipulaciones contenidas por los socios obligan a éstos, como efecto natural del propio contrato, y por esos los artículos 1.692 del Código Civil, 132 y 148 del Código de Comercio, respectivamente, para las sociedades civiles, colectivas y comanditarias establecen la irrevocabilidad del nombramiento de Administrador realizada en el contrato social, norma que tiene su

fundamento en el de que al estar hecha la designación en el acto constitutivo —contrato social— forma parte de las condiciones del mismo y su cumplimiento está sobre la voluntad de las partes, por lo que sólo si renuncian o incurren en causa legítima de revocación pueden ser privados del ejercicio de sus funciones;

Considerando que para evitar que al constituirse una Sociedad Anónima, y como pacto del contrato social pudiera establecer un nombramiento de Administrador con carácter irrevocable —como ocurre en los anteriores tipos de sociedad—, el artículo 72 de la Ley limitó, en caso de que así sucediera, el plazo de duración del cargo a un máximo de cinco años, pero este claro fundamento legal no puede ampliarse a otros supuestos no comprendidos y a los que no debe afectar la limitación, y por eso cuando la designación es hecha por el órgano social —artículo 11, h), de la Ley, que puede en cualquier momento proceder a su separación *ad nutum* y sin limitación alguna—, artículo 75, falta la base justificativa de la presunción legal limitadora del plazo del ejercicio del cargo;

Considerando que la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974, que resolvió la impugnación de una cláusula de contenido idéntico a la aquí cuestionada, manifiesta que «en el caso presente no se lleva a cabo la designación de los Administradores propiamente en el acto fundacional, sino a continuación, aunque se recoja en la misma escritura», y este nombramiento hecho en Junta que tiene el carácter de universal excluya a los expresados nombramientos de la rígida aplicación del plazo limitativo de cinco años para ejercer el cargo que establece el párrafo primero de invocado precepto del artículo 72 de la Ley.

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

COMENTARIO

Es una Resolución con tal densidad de contenido, con tantos problemas, con tantas aristas que necesitaría otro comentarista mucho más avezado. Como una simple aproximación a su estudio y sólo por un deber de obediencia corporativa me lanzo a su examen como a una piscina: de cabeza. Cuatro cuestiones se me ocurre que pueden tratarse en la Resolución: 1.º—Actuación de la Sociedad a través de sus órganos antes de su transformación en persona jurídica por la inscripción en el Registro Mercantil. 2.º—Naturaleza y examen de la llamada Junta General Universal Constituyente. 3.º—Alcance de la limitación temporal impuesta por el artículo 72, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas a los administradores nombrados en el acto constitutivo. 4.º—Aplicación del artículo 434 del Reglamento Hipotecario al desistimiento de pactos estatutarios. Conscientemente soslayo la problemática de la temporalidad del cargo de administrador y la posibilidad de su nombramiento por tiempo indefinido que tiene enfrentados doctrinalmente, de una parte al Tribunal Supremo (Sentencias de 3 de mayo de 1956, 10 de junio de 1978 y 30 de junio de 1981) y de otra a la Dirección General (Resoluciones de 9, 11 y 13 de junio de 1980; 15 de septiembre y 24 de noviembre de

1981, y 25 de febrero y 1 de marzo de 1983) y que nos sume a los Registradores Mercantiles en gran perplejidad cuando nos enfrentamos con la obediencia a nuestra Dirección y con la sumisión a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente de derecho. Creo que el tema ya ha sido lo suficientemente debatido.

1.º *Actuación de la sociedad a través de sus órganos antes de su transformación en persona jurídica por la inscripción en el Registro Mercantil.*

Creo que el Registrador, mediatizado por el problema del carácter temporal del cargo de Administrador, no centró la nota sobre el aspecto que me parece más importante, aspecto que la Dirección soslaya a su vez: Me refiero al problema de si la Sociedad puede o no puede actuar por sus órganos —Junta, Consejo— antes de su inscripción en el Registro Mercantil. El tema no es nuevo jurisprudencialmente. La Dirección se ocupó tangencialmente de él en la Resolución de 16 de junio de 1973, que consideró inscribible —una vez inscrita la Sociedad y su Consejo de Administración— la escritura por la que se protocolizó un acuerdo del Consejo, en el que se delegan en un Consejero las facultades de representación, aunque el acuerdo y la escritura de nombramiento de Consejero-Delegado eran anteriores a la inscripción de la Sociedad y del Consejo, en base a que se trataba de un acto de regulación del régimen interno de la Sociedad que no debía considerarse incluido en el artículo 7 de la Ley (1).

Admitió, pues, implícitamente, el Centro Directivo que los órganos corporativos —Junta, Consejo— puedan actuar válidamente antes de la inscripción de la Sociedad, aunque la eficacia quede supeditada a la inscripción. Se basó la Dirección en que si bien la falta de personalidad jurídica de la Sociedad, anterior a la inscripción, le impide asumir obligaciones frente a tercero, en ese período anterior, no le veda los actos de regularización del régimen interno de la Sociedad.

Quizá el defecto de la Dirección esté en el considerando tercero de la Resolución, cuando señala que el lugar adecuado para el nombramiento de Consejero-Delegado discutido debía ser la propia escritura de fundación simultánea de la Sociedad, en las que los socios fundadores se constituyen en Junta General para fijar los nombramientos y funciones que han de corresponderles. Reconoce o no se plantea, mejor dicho, el problema de la validez de esas Juntas, centrando su resolución en el problema de la validez de la posterior escritura de delegación de facultades.

El Notario, en su informe, desde su óptica, apuntó el problema cuando tachó de incongruente la calificación registral que admitió la inscripción del acuerdo de la Junta General nombrando los Consejeros e incluido en la misma escritura fundacional —cuando la Sociedad, claro está, no estaba inscrita— y rechazó el acuerdo de delegación de facultades del Consejo.

Es ahí donde está el núcleo del problema, en la validez de esta Junta,

(1) Puede verse un magistral comentario a esta resolución del llorado TIRSO CARRETERO GARCÍA en RCDI, núm. 499, 1973, págs. 1517 y ss.

celebrada al tiempo del acto fundacional y que, anticipamos, no creemos que sea válida. Lo que nos llevaría al segundo de los problemas, a saber: La naturaleza de la llamada Junta General Universal constituyente en la práctica notarial. Pero vayamos por partes.

En la Resolución que ahora comentamos también la Dirección da por supuesto la posibilidad de reunir la Junta General, aunque esta vez se declare que se hace «fuera del acto constitutivo» y para fundamentar su resultado recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974, que también debemos someramente examinar anticipando que adolece del mismo silencio respecto al problema que yo reputo básico.

Se trataba de la validez de una Junta convocada por un Administrador que fue nombrado en la Junta Universal Constituyente celebrada al tiempo de otorgar la escritura fundacional, según la práctica notarial habitual, y cuya validez se impugnó en base a que habían transcurrido más de cinco años desde su nombramiento y, por tanto, había caducado por el párrafo 1.º del artículo 72 de la Ley. La Junta se convocaba a los solos efectos de ratificar la actuación de los Administradores y reelegirlos.

Para declarar válida la Junta, Junta que era justo declarar válida en virtud de la jurisprudencia de intereses, pues de otro modo la Sociedad no podía seguir funcionando, fuerza el Tribunal Supremo sus argumentos y en base a distinguir entre Administradores nombrados dentro o fuera del acto constitutivo, considera que sólo se aplica la limitación del artículo 72 a los primeros y declara vigente el cargo de Administrador y válida, pues, la Junta por él convocada.

Hay que anticipar inmediatamente que luego la jurisprudencia ha virado ciento ochenta grados y ha declarado temporal el cargo de Administrador no sólo para los primeros nombrados, sino en todo caso. Por otra parte, la validez de la Junta hubiera podido fundamentarse en la subsistencia *de facto* de los administradores con cargo caducado a efectos de convocar Juntas para ratificar actuaciones y reelegir o elegir administradores y poner fin a situaciones de sociedades sin órganos, por el principio básico de la conservación de la empresa. Doctrina que, con gran acierto, ha sido recogida por la Dirección en Resoluciones de 24 de junio de 1978, 24 de mayo de 1974 y 12 de mayo de 1978.

No entra la Sentencia de 22 de octubre de 1974, como tampoco hizo la Resolución de 16 de junio de 1973 y como tampoco hace la de 13 de julio de 1984, que ahora comentamos, a examinar la validez de la Junta celebrada al tiempo o fuera del acto constitutivo, pero antes que la sociedad se halle inscrita en el Registro, que creemos que es el tema medular de la cuestión. Y no es que no nos preocupe el hecho de que pueda quedar al arbitrio de los socios fundadores, al otorgar la escritura social, la decisión respecto a la duración y el contenido del acto constitutivo, sino que como consideramos nulas tanto unas Juntas como otras, siempre que se hayan celebrado antes de que la Sociedad se haya inscrito, la cuestión puede quedar soslayada.

La Ley, al regular las condiciones necesarias para que las sociedades anónimas se conviertan en personas jurídicas, es terminante: Su personalidad comienza desde que se practica la inscripción en el Registro Mercantil. Como señalan las Sentencias de 6 de febrero de 1964, de 31

de mayo de 1969 y de 26 de mayo de 1973, la Sociedad no inscrita, aunque válida y vinculante entre los socios, carece de personalidad jurídica. La importante Sentencia de 6 de marzo de 1981 señala que la inscripción de la escritura fundacional en el Registro tiene la condición de requisito constitutivo, y en tanto no se cumpla, la Sociedad carece de personalidad jurídica a los efectos de los artículos 35, 2.º; 36 y 37 del Código Civil y, por tanto, sigue diciendo la Sentencia, «en nuestro ordenamiento jurídico no es posible admitir la figura de la Sociedad Anónima irregular». En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1985 establece que «la inscripción de la escritura fundacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo y en tanto no se cumpla, la Sociedad carece de personalidad a los fines previstos en los artículos 35, 2.º; 36 y 38, 1, del Código Civil...», «y de otro lado no es permitido admitir en nuestro ordenamiento positivo la figura de una Sociedad Anónima irregular».

Las personas jurídicas necesitan para actuar la capacidad de obrar y para conseguir sus fines de la existencia de unos órganos que crean, emiten y ejecuten su voluntad (2).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1965 señala la distinta configuración del órgano y del representante y la Sentencia de 1 de mayo de 1945 señala que el nacimiento de todo ente social, con personalidad distinta de los asociados, impone siempre la necesidad de instituir órganos representativos mediante los cuales pueda actuar.

La Ley de Sociedades Anónimas trata de la Junta y de los Administradores en el Capítulo IV, bajo la rúbrica órganos de la Sociedad.

GARRIGUES y URÍA (3) definen los órganos sociales como las «personas físicas o pluralidad de éstas a las que su Ley faculta para decidir sobre asuntos sociales, manifestando la voluntad de la Sociedad y para desenvolver en general la actividad de ésta».

CÁMARA (4) distingue entre lo que llama pre-sociedad (Sociedad que todavía no se ha constituido en escritura pública o Sociedad que se ha constituido irregularmente) y la Sociedad ya escriturada, pero no inscrita. Considera que la Sociedad, una vez escriturada, cuenta con órganos cuyas facultades están perfiladas por la Ley o por el propio acto fundacional y que pueden actuar válidamente antes de la inscripción con eficacia supeditada a esta inscripción, pero sin necesidad de aceptación posterior.

Ahora bien, como la Sociedad no adquiere personalidad jurídica hasta la inscripción, es de esta falta de personalidad de donde debemos extraer consecuencias. Si no hay persona jurídica no puede haber órganos de actuación, ya que los órganos no son sino los instrumentos de que se valen las personas jurídicas para conseguir sus fines.

Es el nacimiento de la persona jurídica que surge con la inscripción el que determina el nacimiento del órgano, puesto que, como ya señalaban los Registradores Mercantiles en su defensa de la nota en la Resolución de 16 de junio de 1973, la teoría del órgano, aplicable a las Sociedades Anónimas, debe partir de rechazar toda relación contractual debiendo configurarse como un acto de atribución de poderes a un

(2) Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, págs. 403 y ss.

(3) GARRIGUES y URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, págs. 559 y ss.

(4) CÁMARA: *Estudios*, págs. 226 y ss.

sujeto físico para que actúe en nombre de las personas jurídicas. Personas jurídicas que como vemos sólo surgen después de la inscripción.

Así pues, y según opinan GARRIGUES y URÍA (5), «como la Junta es, en todo caso, un órgano de la persona jurídica social, difícilmente podrá entenderse constituida cualquier clase de Junta, incluso universal, antes de que la Sociedad haya alcanzado la personalidad jurídica».

Por otro lado, si se admite la licitud de las Juntas Generales Universales anteriores a la inscripción de la Sociedad habría que aceptarse, lógicamente, la licitud de las Juntas no universales, lo que parece un absurdo.

Hay que concluir que hasta que la persona jurídica no haya nacido al mundo del Derecho, no nacen sus órganos. Es un simple conglomerado de personas físicas, unidas por lazos contractuales que deben actuar conjuntamente o a través de los mecanismos de la representación, y de órganos no nacidos no se pueden generar sino actos nulos y, por tanto, no convalidables.

Las anteriores afirmaciones nos llevan como lógica consecuencia al segundo de los problemas.

2.º *Naturaleza y examen de la llamada Junta General Universal constituyente.*

Para centrar el tema no resistimos transcribir las palabras de VICENT CHULIA (6): «Aún tiene menos fundamento la práctica notarial de hacer constar en la escritura que se reúne la Junta General Universal con la presencia de todos los socios, por primera vez, para designar el primer Consejo de Administración...». En realidad, la Junta General, como órgano social, no existe antes de la inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro. No creemos que pueda trasladarse a ella la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1973, antes citada, que reconoce a los Administradores una capacidad actual de autoorganizarse antes de hallarse inscrita la Sociedad. Admitir esto sería contrario al sentido de la Ley cuando se refiere a los «Administradores designados en el acto constitutivo» (artículo 72, como excepción a la regla general del artículo 71 de que son elegidos en Junta General), bien entendido que acto constitutivo es el «convenio entre los fundadores», como dice el artículo 9, o la «escritura social» del artículo 14, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas. Por otro lado, si se admite su nombramiento por la Junta General «Universal», anterior a la inscripción de la Sociedad, habría de aceptarse, lógicamente, también por una Junta General no Universal. A esta conclusión, evidentemente, no querrían llegar los Notarios. Pero tan órgano es una Junta como otra. Esta cláusula, pues, formalmente nula, sólo puede admitirse como válida por conversión, es decir, calificándola más que como un acuerdo de Junta General Universal como un nuevo pacto social o escriturario en el acto constitutivo en la medida en que se adopta por unanimidad de todos los socios.

(5) *Ob. cit.*, pág. 360.

(6) FRANCISCO VICENT CHULIA: «La Sociedad en constitución», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, pág. 886.

CANO (7) cree que el artículo 15, al exigir la aprobación, por la primera Junta General que se celebre, de los Administradores designados en la escritura social y teniendo en cuenta que al otorgamiento de la escritura social deben concurrir todos los socios fundadores, está diciendo sencillamente que no pueden reunirse en Junta porque si no lo sencillo sería reunirse en las Juntas y sobraría la posterior aceptación hecha por las mismas personas normalmente si no se ha producido ninguna transmisión de acciones, opina que la denominación de Junta Constituyente es desacertada porque «ni es Junta, ni constituye nada».

No es Junta porque, como ya vimos, no puede haber Junta antes de la inscripción y no es constituyente porque, a falta de la inscripción, la Sociedad se constituye antes, al otorgarse el contrato social».

Se trata de una práctica notarial que, como reconoce CÁMARA (8), hace inoperante el artículo 15 de la Ley.

Creo que los preceptos de la Ley no pueden hacerse superfluos mediante una práctica contraria, ya que la costumbre es fuente de derecho sólo en defecto de Ley aplicable (art. 1, 3, del CC) y que las normas deben interpretarse para ser aplicadas ensamblando unos preceptos con otros y teniendo como norte la idea de que el legislador no hace preceptos vanos de contenido.

De los artículos 15, 71 y 72 resulta una regla general: la designación de los Administradores es competencia de la Junta General. Por excepción, el artículo 15 permite a los fundadores designar administradores en el acto constitutivo, pero con la limitación de someter su nombramiento a la aprobación de la primera Junta General que se celebre. La razón de esta excepción está en la imposibilidad de que los Administradores sean nombrados, conforme a la regla general, por la Junta, porque ésta no puede celebrarse hasta que, con el nacimiento de la Sociedad mediante su inscripción en el Registro, nazcan sus órganos. Además, deben nombrarse Administradores para que, como señalan GARRIGUES y URÍA (9), la Sociedad no quede sin Administradores en el tiempo que medie entre la inscripción y la primera reunión de la Junta General. Finalmente, y como la convocatoria de la Junta debe hacerse por los Administradores de la Sociedad, conforme al artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas, si no hubiesen Administradores designados debería recurrirse, para poder celebrar dicha Junta, al procedimiento excepcional de convocatoria del artículo 57 de la Ley, si no pudiera reunirse con carácter universal (art. 55 de la Ley).

De este modo quedan armonizados todos los preceptos de la Ley, y eso no significa que consideremos acertada la necesidad de aprobación por parte de la Junta, pero el precepto está ahí. CAMY (10) considera la limitación como desafortunada e inútil. Por lo pronto, la Junta General siempre tiene la facultad de apartar a los Administradores nombrados en el acto constitutivo en cualquier momento, conforme dispone el artículo 75 de la Ley. Además, aunque se piense que la base personal con que nace la Sociedad es provisional y que pronto aumentará con la

(7) EMILIANO CANO FERNÁNDEZ: «Los mandatarios verbales en la constitución de Sociedades y en la Junta constituyente», en *Estudios en homenaje a Tirso Carretero*. Pendiente de publicación.

(8) CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, nota a pie de la pág. 596.

(9) GARRIGUES y URÍA: *Ob. cit.*, pág. 279.

(10) BUENAVENTURA CAMY: *Derecho Mercantil Registrable*, pág. 256.

admisión de nuevos socios, que es a quienes deberá corresponder el nombramiento de Administradores, la existencia de esa misma posibilidad de apartados en cualquier momento hace que la necesidad de ratificación sea poco comprensible. Hay que tener en cuenta, finalmente, que no garantiza nada porque el nombramiento se ha hecho por todos los socios y por unanimidad.

3.º *Alcance de la limitación temporal impuesto por el artículo 72, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas a los Administradores nombrados en acto constitutivo.*

Tres son los argumentos en que justifica la Dirección su tesis de no considerar sujetos a la limitación del artículo 72 a los Administradores designados en la Junta General y Universal de socios celebrada fuera del acto constitutivo:

1.º Interpretación restrictiva del acto constitutivo que identifica con contrato de Sociedad. 2.º Considerar que la *ratio* de la limitación temporal del artículo 72 está en evitar los efectos irrevocables de las cláusulas contractuales, que sólo pueden modificarse de común acuerdo por todos los contratantes. 3.º El criterio sentido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974.

La Ley de Sociedades Anónimas habla del acto constitutivo en el artículo 72 y luego ya no le vuelve a nombrar para nada. La doctrina en general suele identificar acto constitutivo bien con contrato social, como aquí hace la Dirección, bien, con un sentido más formalista, con escritura de constitución o fundacional.

CANO (11), tras criticar que se deje al arbitrio de los otorgantes la extensión o finalización del acto constitutivo y aunque reconoce que la noción de acto constitutivo es confusa, cree que el acto constitutivo termina con la inscripción en el Registro en base a los artículos 6 de la Ley de Sociedades Anónimas y 5 de la Ley de Sociedades Regulares Limitadas y sobre todo a la inexistencia del concepto de Sociedad Anónima irregular que recoge la doctrina (GARRIGUES-URÍA, SUÁREZ-LLANOS) y últimamente y de una manera rotunda el Tribunal Supremo en las Sentencias de 6 de marzo de 1981 y de 13 de febrero de 1985, que hemos visto.

PEDRO MIROSA MARTÍNEZ (12), en un documentadísimo y, por muchas razones, magnífico trabajo, piensa que es inútil elaborar una noción del acto constitutivo por considerarla extraña al sistema legal español y considera que la dicción «Administradores designados en el acto constitutivo» debe tomarse a beneficio de inventario y sin más sentido que el someter al plazo de cinco años a los primeros Administradores, sea cual fuere el instante y la forma en que hubiesen sido nombrados.

Sostiene, con brillantez de argumentos, que no se puede identificar el acto constitutivo con el negocio jurídico que da nacimiento a la Sociedad —contrato social en la dicción de la Dirección General—, ya que el negocio social surge entre los socios-fundadores, mientras que el nom-

(11) EMILIANO CANO FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*

(12) PEDRO MIROSA MARTÍNEZ: «Temporalidad del cargo de Administradores de Sociedades Anónimas», *RJC*, núm. 1/1985, págs. 119 y ss.

nombramiento de Administradores será un negocio distinto con sujetos distintos, bien de la Sociedad únicamente (teoría del acto unilateral de proposición), bien entre la Sociedad y los Administradores (teoría del contrato, bien mandato, bien arrendamiento de servicio) (13). Y esto es así, sigue diciendo MIROSA, a pesar de que el artículo 15 faculta a los fundadores para nombrar a los primeros administradores, puesto que el nombramiento continúa siendo un negocio jurídico distinto. Lo único que hacen los fundadores es «constituir una declaración de voluntad imputable a la Sociedad que todavía no ha nacido».

Sostiene que tampoco puede identificarse acto constitutivo con escritura social, porque no hay ninguna razón para que según aparezca o no hecho el nombramiento en la escritura social o fuera de ella, someterlo o no a la limitación temporal, porque entonces el artículo 72 sería fácilmente burlable y resultaría en la práctica ilusorio.

Consecuentemente, si el nombramiento de Administradores es siempre un negocio diferente de la fundación social, se haga en el «acto constitutivo» o fuera de él, en la misma escritura social o en documento diferente, todos los primeros Administradores están sometidos a la limitación temporal.

En cuanto a la *ratio* del artículo 72, la Resolución que comentamos parece encontrarla en el deseo del legislador de evitar los efectos irrevocables de las cláusulas contractuales. Así pues, si el nombramiento se hace fuera del contrato social, ya no hay motivo para someterlo a limitación. Creemos que esta no es la *ratio* del precepto. El artículo 75 consagra la libre revocabilidad de los Administradores en cualquier momento por la Junta General, sin hacer distinciones de si han sido nombrados dentro o fuera del acto constitutivo (15). El Tribunal Supremo, en Sentencia de 31 de mayo de 1975, declaró nula una cláusula que condicionaba la revocación o mayorías reforzadas. De otra forma y dándole la vuelta al segundo considerando de la Dirección, los Administradores nombrados en el acto constitutivo podrían ser irrevocables durante el plazo para el que fueron nombrados dentro de los cinco años. Y esto no es así, claro. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de febrero de 1967, estableció claramente que la libre separación de los Administradores por la Junta General afecta a los designados en el acto constitutivo (16).

Finalmente, fundamenta la Dirección la Resolución en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974, que ya hemos examinado. No parece muy adecuado invocar jurisprudencia del Tribunal Supremo para justificar la postura de la Dirección, porque la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es muy otra, como ya hemos visto.

EMILIANO CANO (17) aporta otro argumento en favor de la limitación temporal para todos los primeros Administradores nombrados dentro o fuera del acto constitutivo: La disposición adicional 9.ª de la Ley de

(13) GARRIGUES y URÍA: *Ob. cit.*, II, pág. 26.

(14) *Ob. cit.*, pág. 120.

(15) La Resolución de 8 de junio de 1972 parece que admitió la posibilidad de que los Estatutos contuviesen el nombramiento de Administradores y que en este caso fuese necesaria la previa modificación estatutaria para proceder a su separación. Ver comentario a la misma de EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO en *RCDI*, 1972, núm. 493, pág. 1350.

(16) CÁMARA, pág. 596, al comentar la Sentencia del Tribunal Supremo, considera que la generalización del criterio haría inoperante el artículo 72, 1.ª, de la Ley de Sociedades Anónimas.

(17) EMILIANO CANO FERNÁNDEZ: «Comentarios a la Resolución de 9 de junio de 1981», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, septiembre 1980, pág. 827.

Sociedades Anónimas que señala que «los Administradores de Sociedades Anónimas constituidas con anterioridad a la presente Ley, nombrados en la escritura de constitución y que lleven tres o más años en el ejercicio de sus funciones, deberán poner su cargo a disposición de la Junta General en el plazo de seis meses siguientes a la publicación de la presente Ley». La disposición no es sino un intento de armonizar la legislación anterior, que permitía, el nombramiento por tiempo indefinido, con la limitación temporal del artículo 72, que en un principio era de tres años en el anteproyecto. Modificado, en la definitiva redacción, el plazo del artículo 72, no se modifica el de la disposición transitoria. Pero así y todo, si a los primeros Administradores (los nombrados en la escritura de constitución), válidamente nombrados por tiempo indefinido se les hubo de aplicar la limitación temporal de la disposición transitoria 9.ª no hay ninguna razón para que la limitación temporal no afecte a los primeros Administradores nombrados ahora, aunque lo sean «fuera del acto constitutivo».

Así pues, todos los primeros Administradores están sujetos a la limitación temporal. De otro modo, de un lado se dejaría al arbitrio de los socios la temporalidad, de otro habría que añadir el artículo 72, 1.ª, junto con el artículo 15, a la lista de los artículos derogados *de facto* por práctica en contrario.

La ratio del precepto ha de verse en la suspicacia con que la Ley ve a los primeros Administradores nombrados, por su posible inexperiencia de una parte y por el desconocimiento que los demás socios electores tienen de su forma de actuar. En realidad han sido nombrados sin saber si en la práctica acertaron en su elección. Al limitar el plazo de su nombramiento se puede recapacitar y corregir el nombramiento que no haya recaído en personas idóneas. De otro modo, también se podría revocar a los Administradores, claro está, pero al no estar previsto legalmente la necesidad de recapitulación, implicaría de hecho una censura tácita. La Ley quiere, pues, que se reconsidere el nombramiento, pero sin la gravedad que tal reconsideración adquiriría de no estar prevista legalmente. Finalmente, hay que apuntar que el anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 19 establece que los primeros Administradores deben ser designados en la escritura de constitución, con lo que acabará con esta práctica viciosa.

4.ª *Aplicación del artículo 434 del Reglamento Hipotecario al desistimiento de pactos estatutarios.*

No entra la Dirección en el examen de esta cuestión, que el Notario invoca en su recurso y el Registrador rechaza en su defensa de la nota, y es una lástima, porque el tema es importante. La disposición adicional 4.ª del Reglamento del Registro Mercantil establece que en las «materias no previstas en este Reglamento, en cuanto no se opongan a él, serán aplicables como supletorias las disposiciones del vigente Reglamento Hipotecario» y en virtud del precepto es práctica común y habitual la aplicación del artículo 434 del Reglamento Hipotecario en la realidad práctica y cotidiana de los Registros Mercantiles, al menos en lo relativo al contenido contractual de la escritura.

En este sentido, la Dirección, en su Resolución de 16 de diciembre de 1981, y en su último considerando admite la aplicación del artículo 434, 2 y 3, del Reglamento Hipotecario, sin justificar su aplicación y sin mayores distinguos.

Es lástima que el supuesto de hecho de la Resolución no nos puede servir plenamente, ya que se refiere a una Sociedad Limitada donde en el contenido de la escritura de constitución no hay una distinción entre lo que pudiéramos llamar contrato de Sociedad y los Estatutos (art. 7 de la Ley de Sociedades Regulares Limitadas).

Para la Sociedad Anónima, su Ley, en su exposición de motivos, distingue claramente estos dos aspectos cuando dice que «se ha seguido el esquema de la práctica mercantil española que incorpora los Estatutos a la escritura notarial de fundación. Pero se ha cuidado de separar el contenido propio de los Estatutos del contenido propio de la escritura como conceptos diversos...». El artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas igualmente separa los dos aspectos e igualmente el artículo 101 del Reglamento del Registro Mercantil.

De todos estos preceptos, la doctrina distingue, en el acto constitutivo, el contrato y los estatutos. Mediante el primero se crea un patrimonio común, que ha de ser el soporte de la actividad social y al cual se limita la responsabilidad de la Sociedad. Por el segundo se organiza la vida corporativa de la persona jurídica que va a nacer.

Dejando a un lado la controversia doctrinal sobre la naturaleza contractual o no de los Estatutos, es claro que los Estatutos tienen un aspecto normativo evidente que produce por de pronto varias consecuencias: a) Su aplicación a personas que no fueron sujetos del contrato originario. b) La posibilidad de que sean modificados sin consentimiento unánime conforme al procedimiento regulado en el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas. c) Su interpretación por las normas de interpretación de la Ley, en lugar de las de interpretación de los contratos, según sostiene parte de la doctrina (18).

Surge, pues, la duda de si el 434 puede aplicarse tanto al aspecto contractual como al estatutario o sólo al primero.

Los Registradores Mercantiles de Zaragoza (19) plantean el problema con absoluta nitidez cuando afirman: «Creemos que la aplicación del artículo 434 del Reglamento Hipotecario está en cierto modo condicionada por una distinción, de modo que puede encajar sin dificultades en la parte, digamos, contractual de la escritura, mientras que es cuestionable, a nuestro juicio negativamente, su aplicación a la vertiente estatutaria.

Así pues, el problema tiene dos aspectos: Por un lado, su aplicación al contenido contractual que no plantea más problemas que los generales de las exégesis del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, que fue modificado por Real Decreto 3215/82, de 12 de noviembre, que, sin reformar en lo sustancial la normativa existente, mejora la redacción y reúne en un sólo párrafo, el 4.º, lo que disponían los apartados 2 y 3 de la re-

(18) CÁMARA considera inaceptable este criterio. *Ob. cit.*, pág. 525.

(19) Notas sobre el artículo 434 del Reglamento Hipotecario aportadas como documentación para estudio en las reuniones de Registradores Mercantiles, por los de Zaragoza, PEDRO FERNÁNDEZ BOADO y JOSÉ LUIS BATALLA.

dación anterior, y de otro su aplicación a los que los Registradores de Zaragoza llaman «vertiente estatutaria».

En el primer aspecto, la posibilidad de desistimiento parcial, no implica que el presentante pueda exigir su aplicación indiscriminada, sino que es el Registrador, luego de calificar el título, quien decide si se puede aplicar el procedimiento y recaba para ello el consentimiento del interesado o del presentante o si, por el contrario, por afectar a un pacto esencial, cuya supresión alteraría el contenido contractual, requiere la rectificación otorgada por todos los contratantes. Como señalan los Registradores de Zaragoza, cuando la supresión de un pacto sea de tal naturaleza que su eliminación altere el contenido global del contrato de una manera esencial no se podrá solicitar el desistimiento, aunque sea solicitado por todos los socios-contratantes, sino que se precisará un documento subsanatorio del anterior que recoja la nueva voluntad que se ha conformado.

PEDRO AVILA (20), que ha estudiado recientemente el tema, considera que «la conformidad no es una panacea para cualquier pacto defectuoso». La contradicción entre dos cláusulas no se salva eliminando una que acaso es la que motivó el contrato o la «expresión sin claridad suficiente» (artículo 44 RRM), de algún pacto no se remedia eliminándolo. Será objeto de la calificación registral acudir al desistimiento parcial o solicitar escritura de rectificación.

El desistimiento ha de hacerse por el presentante o por el interesado a cuyo favor ha de practicarse la inscripción; pero si la inscripción ha de practicarse a favor de las dos partes parece que que ambas deberán desistir, dice AVILA.

En Sociedades, ¿será el presentante o podrá ser cualquiera de los otorgantes quien pueda desistir? La constitución de la Sociedad Anónima requiere escritura pública e inscripción (arts. 6 y 9 de la Ley de Sociedades Anónimas). En ninguno de ambos preceptos se determina quién ha de hacer la presentación y en qué plazo ha de hacerse. Es el artículo 26 el que faculta a todos los otorgantes para hacer la presentación en el plazo de treinta días. A los efectos del artículo 434 parece ser que por el carácter plurilateral del contrato de Sociedad en principio no serán cada uno de los socios fundadores otorgantes de la escritura social quienes puedan desistir, sino sólo el presentante quien por el hecho de la presentación se entiende como mandatario de todos los otorgantes. El artículo 45 del Reglamento del Registro Mercantil faculta al presentante o a cualquiera de los interesados para subsanar defectos, pero para desistir parcialmente, siguiendo la tesis de AVILA, no estarán legitimados cualquiera de los futuros socios porque el pacto afecta a todos ellos. Por esto es muy útil la práctica notarial que como cláusula de estilo incluye un poder recíproco entre los otorgantes para subsanar la escritura y los Estatutos, por causa de la calificación registral, pues evitará todos los problemas de legitimación para desistimientos parciales.

Queda, finalmente, por examinar la aplicación del artículo 434 del Reglamento Hipotecario a los pactos estatutarios. La Dirección, en la Resolución de 16 de diciembre de 1981, no hizo ninguna apreciación que

(20) PEDRO AVILA ALVAREZ: *Comentarios a las Reformas Hipotecarias de 1982-1984*.

nos permita inducir nada y ya hemos dicho que el supuesto de hecho es poco sugerente.

PEDRO FERNÁNDEZ BOADO (21) cree que el pacto tenía contenido contractual y no estatutario, de acuerdo con su tesis, y opina que el desistimiento parcial no es aplicable a los Estatutos porque éstos son un conjunto de normas que constituyen la Ley social y que tienen un carácter unitario e interdependiente, considerando que es imposible que el presentante, pueda por vía del artículo 434, cambiar el modelo de Sociedad diseñado por las partes.

Yo estoy conforme con este criterio cuando el desistimiento parcial produzca estos efectos por tratarse de pactos que afecten al contenido mínimo de los Estatutos (art. 11 de la Ley de Sociedades Anónimas) o bien por tratarse de «pactos lícitos y condiciones especiales» (art. 11, 5.º, de la Ley de Sociedades Anónimas) que marquen el modelo social, pero en los supuestos en que se trate de pactos que no produzcan estos efectos o se trate de meros pactos secundarios, es más que dudoso que se tenga que aplazar o no verificar la inscripción de la Sociedad en base a la existencia de defectos, algunas veces dudosos y mínimos, cuando no hay ninguna duda ni sobre la existencia de la *afectio Societatis* ni sobre las líneas maestras del modelo social elegido. Y esto, claro, está dentro del ámbito de calificación que se ha indicado antes.

Por otro lado, existe un indudable efecto práctico de rapidez, necesario en un Derecho como el de Sociedades, y parece absurdo tener que recurrir a la voluntad de todos los otorgantes —difícil de obtener a veces y dilatoria siempre— para rectificar un pacto no esencial.

Otro problema que se plantea en esta materia lo apunta el Registrador en su defensa de la nota, cuando señala que el desistimiento estatutario supondría de hecho una modificación parcial de los Estatutos sin cumplir los requisitos del artículo 84 de la Ley. Ahora bien, hay que tener en cuenta que si el contrato no es modificable sin consentimiento unánime de los contratantes y se acepta el desistimiento, con mayor motivo se podrá aceptar el desistir en materia cuya modificación no exige esa unanimidad, sino sólo determinadas mayorías. Además, ya vimos que el desistimiento debía de hacerse por todos los socios o por el presentante que se reputa mandatario de todos.

El último problema será el de los derechos de los socios disconformes con el desistimiento, que solamente se podrán dirigir, si ellos personalmente no prestaron su consentimiento, contra el presentante-mandatario que se excedió en su encargo.

Finalmente, por el derecho de separación que el artículo 85 de la Ley concede a los socios, en caso de modificaciones en el objeto social, los desistimientos en materia de objeto social, deberán ser objeto de una calificación extremadamente rigurosa.

(21) *Ob. cit.*