

REGISTRO MERCANTIL

2. ES INSCRIBIBLE—UNA VEZ INSCRITA LA SOCIEDAD Y SU CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN—LA ESCRITURA POR LA QUE SE PROTOCOLIZA EL ACUERDO DE ÉSTE, POR VIRTUD DEL CUAL SE DELEGAN EN UN CONSEJERO LAS FACULTADES DE REPRESENTACIÓN Y LA MAYOR PARTE DE LAS ORDINARIAS DE GESTIÓN, AUNQUE EL ACUERDO Y LA ESCRITURA DE NOMBRAMIENTO DE CONSEJERO DELEGADO SEAN ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD Y DEL CONSEJO, YA QUE SE TRATA DE UN ACTO DE REGULACIÓN DEL RÉGIMEN INTERNO DE LA SOCIEDAD QUE NO HA DE CONSIDERARSE INCLUIDO EN EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY.

Resolución de 16 de junio de 1973 (B. O. del E. de 10 de julio).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Madrid, por el Notario don José Antonio Torrente Secorun, el 22 de mayo de 1972, se constituyó la Compañía Mercantil «Tecnileasing, S. A.», en la que consta que en la misma fecha se celebró Junta universal, nombrando el primer Consejo de Administración y la aceptación por los nombrados, escritura que fue presentada en el Registro Mercantil el día 1 de septiembre de 1972 e inscrita el 27 de octubre del mismo año, y por otra escritura, autorizada por el mismo fedatario el 27 de julio de 1972, se protocolizó y elevó a documento público un acuerdo adoptado el 16 de junio anterior por el Consejo de Administración, con asistencia y voto favorable de la totalidad de los componentes del mismo, en virtud del cual se delegaban en determinado consejero las facultades de ostentar la representación jurídica de la Sociedad y la mayor parte de las ordinarias de gestión.

Presentada en el Registro Mercantil de Madrid primera copia de esta última escritura, fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del presente documento por el defecto insubsanable de realizarse la delegación de facultades objeto del mismo en el consejero del Consejo de Administración con anterioridad a la presentación de la escritura fundacional en el Registro Mercantil, y atribuirse en dicho documento facultades representativas de una Sociedad que al no hallarse inscrita tiene sin terminar su proceso constitutivo y por ello no adquirido el rango de persona jurídica, criterio sustentado que se apoya en lo dispuesto en los artículos 6 en relación con el 9 de la ley, estimándose que en ese tipo de Sociedad los designados como administradores en la escritura social no adquieren legalmente dicho carácter ni quedan investidos de la función administrativa, en sentido técnico jurídico, hasta que la citada escritura quede inscrita en el Registro Mercantil. Realizada ya al presente la inscripción de la Sociedad, la aprobación por la misma de

la delegación objeto del documento se considera suficiente para que la referida delegación sea inscrita en este Registro.»

El Notario autorizante de la escritura—que formalizó por razones de urgencia la ratificación requerida por el Registro para la inscripción, que quedó hecha—interpuso, a efectos exclusivamente doctrinales, recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: que la nota supone una inconsecuencia en el criterio del Registrador, puesto que en igual situación se encuentra el acuerdo de la Junta general universal nombrando—en la misma escritura fundacional—los componentes del Consejo de Administración, ya que dicho acuerdo se tomó el 22 de mayo de 1972, fecha anterior a la presentación de la escritura constitucional en el Registro Mercantil, que tuvo lugar el 1 de septiembre, lo que no fue obstáculo para que se practicase en su día la inscripción correspondiente; que generalizando más se puede decir que todo acuerdo que venga a completar o coronar el proceso social con el nombramiento de Consejo, determinación de puestos rectores y delegación de facultades tendrá, sin excepción, la característica de haber sido adoptado, tomado o realizado con anterioridad a la presentación de la escritura de constitución de la Sociedad en el Registro Mercantil; que para adaptarse a las ideas sobre este particular contenidas en la nota habría que actuar con extrema rapidez, presentando la escritura en el Registro el mismo día en que se toman los acuerdos, y si el tiempo se cuenta por minutos, siempre precederá el acuerdo a la inscripción registral; que en la práctica no sucede así, sino que basta, para poder inscribir los acuerdos que se tomen, con que esté abierta la correspondiente hoja registral; que la nota recurrida tiene un concepto muy estricto y reducido de lo que en buena terminología se llama proceso constitutivo de una Sociedad; que la fundación simultánea lo es si se establece comparación con el laborioso proceso de la fundación sucesiva, pero tal simultaneidad no quiere decir que sea instantánea, sino que puede realizarse con un breve espaciamiento temporal; que la nota carece también de fundamento legal y los preceptos alegados no conducen al resultado pretendido; que según el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, y, sin embargo, si, por ejemplo, una Sociedad se constituye en escritura de 1 de enero y el nombramiento y aceptación de cargos el mismo día o el siguiente, retrasándose la presentación en el Registro hasta el 15 de febrero por causa de la liquidación fiscal, resultará que el citado acuerdo está adoptado mes y medio antes de la presentación de la escritura en el Registro Mercantil; que el razonamiento vale lo mismo para el nombramiento de consejeros que para la designación de un consejero-delegado, puesto que no existe diferencia sustancial entre ambos supuestos ni la nota pone su acento en este punto, sino que mantiene una tesis con carácter general, y que, finalmente, la nota trata de extraer consecuencias no derivadas, en buena interpretación, de los artículos 6 y 9 por ella invocados, puesto que en toda interpretación hay que rechazar cualquier criterio que conduzca al absurdo, debiendo tenerse en cuenta el elemento lógico tanto como el sistemático.

Los cotitulares del Registro Mercantil acordaron mantener la calificación impugnada por los siguientes fundamentos: que en el proceso formativo de la Sociedad Anónima se distinguen claramente dos momentos diferenciados: el otorgamiento de la escritura social y la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, fórmula que tiene su expresión legal en el artículo 6 de la ley, cuando afirma que la Sociedad Anónima se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, añadiendo que desde ese momento la Sociedad tendrá

personalidad jurídica; que el empleo de las palabras «desde ese momento» elimina totalmente para los comentaristas las dificultades que había mostrado la exégesis de los artículos 116 y 119 del Código de Comercio; que en orden a la calificación técnica de la sustancia jurídica existente a partir del otorgamiento de la escritura hasta su inscripción en el Registro, puede afirmarse que aun siendo evidente que el artículo 6 atribuye a la inscripción carácter constitutivo, esto no puede llevar a la afirmación de que mientras tanto la escritura es como si no existiese, pues, evidentemente, sus efectos obligacionales entre los otorgantes son innegables (artículos 13, 26 y 27 de la ley y sentencias de 6 de febrero de 1964 y 31 de mayo de 1969); que hay que hacer constar que, en el supuesto contemplado, los contratos que se celebren por la Sociedad interpartes antes de su inscripción sólo pueden ser aquellos que tengan por objeto el funcionamiento de la futura Entidad (compra o amueblamiento de locales, adquisición de maquinaria, arrendamientos, transportes, contratación de servicios, etc.), habiendo sido asimilada por la doctrina tal actuación a la gestión de negocios en favor de un futuro tercero y, en consecuencia, no quedando obligada la Sociedad sino cuando, de acuerdo con el artículo 7, los acepte o ratifique; que aun cuando, en principio, parece que las operaciones de una Sociedad Anónima deben dar comienzo cuando su proceso constitutivo esté determinado por haberse inscrito la escritura en el Registro Mercantil, es práctica corriente consignar en las escrituras sociales que la Sociedad dará comienzo a sus operaciones en el día del otorgamiento de aquélla, produciéndose, como consecuencia, que la sustancia jurídica existente desde el otorgamiento de la escritura hasta su inscripción registral adquiera mayor densidad, pero sin que produzcan su plena eficacia hasta que la Sociedad, una vez constituida con personalidad jurídica, con conocimiento de causa, se decida por la aceptación o repudio de los actos o contratos realizados en el intermedio; que analizando como cuestión previa la teoría del órgano aplicada a las Sociedades Anónimas, resulta eliminada la relación contractual, debiendo configurarse como un acto unilateral de atribución de poderes a un sujeto físico para que actúe en nombre de la persona jurídica, de conformidad con lo que establezcan los estatutos sociales, sin perjuicio de que los consiguientes efectos no se produzcan hasta la aceptación del cargo; que una cosa es la relación interna de los órganos de gestión, y otra, sus facultades representativas de cara al exterior—artículos 72 y 76 en relación con el apartado *h)* del número 3 del artículo 11 de la ley—; que también es de tener en cuenta la distinción formulada por la doctrina entre el órgano y el portador de tal cualidad, a la que se puede encontrar base en nuestra legislación—artículos 15; 21, letra *c)*, y 71 de la ley—; que, según la ley, la gestión y representación de la Sociedad corresponde al Consejo de Administración, y tratándose en el presente caso de una delegación de facultades otorgada por un Consejo nombrado en la escritura fundacional, pero realizada en documento posterior y sin que se hubiese presentado en el Registro la primera—por tanto, antes que la Sociedad adquiriese el rango de persona jurídica—, se hace preciso abordar frontalmente la argumentación del recurrente, lo que pondrá de manifiesto la inconsistencia de la misma; que las afirmaciones del recurrente de otorgarse trato distinto a los acuerdos de la Junta y del Consejo de Administración cuando son adoptados en la escritura fundacional o en reunión posterior, pero antes de la presentación en el Registro de la escritura social, que por carecer de defectos se inscribió dentro del plazo de vigilancia del asiento de presentación, carecen de fundamento, siendo lo que ocurre que hasta que se inscribe la escritura en el Registro, el Consejo de Administración no adquiere legalmente tal carácter; que, en consecuencia, las personas designadas administradores en la escritura

social no tienen tal condición hasta que la escritura fundacional se inscribe en el Registro, consiguiendo desde esa fecha el rango de consejeros provisionales, dado que su nombramiento ha de ser sometido a la aprobación de la primera Junta general, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley; que completando lo expuesto hay que afirmar que cuando por la escritura fundacional se establece que la Sociedad dará comienzo a sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura o en cualquier otra fecha anterior a la de su inscripción en el Registro, los contratos celebrados por delegación o en representación del Consejo antes de la inscripción y referentes al tráfico de la empresa quedan también sometidos a lo dispuesto en el artículo 7 de la ley, habiendo declarado, en este sentido, la Resolución de 27 de febrero de 1970, que tales contratos alcanzarán plena eficacia si el proceso constitutivo llega a feliz término y la Sociedad los ratifica en tiempo hábil, con lo que pone de manifiesto la consideración de gestores que la ley asigna a las personas que en nombre de la Sociedad contrataron con ella; que al establecer el artículo 6 de la ley que la Sociedad Anónima, desde el momento de la inscripción, tendrá personalidad jurídica, evidencia que a partir de tal fecha tendrá plena capacidad, tanto en la esfera interna como en la externa, pudiendo realizar en esta última toda clase de actos y negocios jurídicos; que así lo reconocen unánimemente la doctrina y la jurisprudencia; que, en consecuencia, ha de concluirse de modo necesario que no existiendo la Sociedad como persona jurídica antes de su inscripción registral, los actos realizados en representación de la misma durante el período que se extiende desde el otorgamiento de la escritura social hasta su inscripción en el Registro Mercantil, en la esfera externa han de ser considerados jurídicamente inexistentes, que es lo que se ha hecho en el presente caso; que si el Registrador, en el ejercicio de su facultad calificadora, no hubiese cerrado con su nota denegatoria el acceso al Registro de la referida escritura se habría habilitado al Consejo de una apariencia de título que le permitiría realizar una serie de operaciones jurídicas, con los incontables perjuicios que tal situación podría acarrear; que los motivos de índole económica incoados por el recurrente, al referirse al atraso que con frecuencia se produce en la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, no puede ser tenido en cuenta en un enjuiciamiento técnico jurídico de la cuestión debatida, máxime cuando pueden ser paliados con la presentación en el Registro de la copia de la escritura, sin perjuicio de su retirada inmediata a efectos de la satisfacción del referido impuesto, con lo cual dispondrían de un plazo de sesenta días hábiles para otorgar los documentos que estimasen procedentes, los cuales serían inscribibles si la escritura de constitución lo fuere dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, que incluso podría ser ampliado; que si con anterioridad a la fecha de inscripción de la escritura social en el Registro Mercantil ni existe sujeto de derecho, ni órganos de la persona jurídica, ni, por consiguiente, posibilidad de actuar, se llega al resultado ineludible de considerar como defecto insubsanable el realizarse la delegación de facultades en un miembro del Consejo de Administración, en fecha anterior a la presentación de la escritura fundacional en el Registro Mercantil, atribuyéndola potestades representativas de una Sociedad que al no hallarse inscrita tiene sin terminar su proceso constitutivo; que por lo expuesto, las referencias hechas en la nota a los preceptos legales que cita, no pueden considerarse en modo alguno extemporáneos ni se trata de extraer de ellos consecuencias no derivadas de una buena interpretación de los mismos, como se dice en el escrito de interposición del recurso; que si en la nota se ha empleado la palabra «realizar», no ha sido por ignorar la existencia de otros términos de más frecuente uso, como otorgar o conferir, pero se ha preferido el vocablo

utilizado por estimarlo más expresivo y de sentido más plástico; que nada arguye en pro de la tesis del recurrente la cita del artículo 62 de la ley, porque, como ha quedado debidamente demostrado, los administradores y, por tanto, los miembros del Consejo de Administración nombrados en la escritura social no adquieren legalmente tal carácter hasta que, por la inscripción de la misma en el Registro, la Sociedad se configura como sujeto de derecho, dado que anteriormente no existe posibilidad de aceptar un cargo desprovisto del contenido legal que la ley le asigna; que en el caso de tratarse de administradores nombrados con posterioridad a la inscripción en el Registro de la escritura fundacional, a los que parece referirse específicamente el precepto comentado, se trata de supuestos que caben fuera del área de las cuestiones planteadas en este recurso; que al establecer nuestro Código civil, en su artículo 1.259, que los contratos celebrados en nombre de otros por quien no tenga su autorización o representación legal serán nulos, a no ser que los ratifique la persona a cuyo nombre se otorguen antes de ser revocados por la otra parte; ha de reconocerse que el citado precepto expresa con mayor o menor fortuna la esencia de la ratificación, que después de algunas vacilaciones ha sido perfilada con sentido técnico por la jurisprudencia, de cuyas declaraciones se desprende la inexistencia del acto hasta que la ratificación no aporte el consentimiento de la persona en cuyo nombre se celebró el acto jurídico; que en el caso presente no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 7, que admite una aceptación tácita, debiendo hacerse contar que si la delegación de facultades ha de ser otorgada en escritura pública, la misma forma debe observarse en su ratificación, y que por el Registro se ha seguido un criterio abierto en orden a la determinación del órgano social a quien corresponde otorgar la ratificación, por lo cual el Registrador se limitó a considerar en la nota la exigencia de la aprobación por la Sociedad (1).

Y la Dirección General (2) acuerda revocar la nota del Registrador en base a los cuatro siguientes considerandos:

Doctrina de la Dirección.—Este expediente plantea la cuestión de si procede o no 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 de constitución de esa misma Sociedad en el Registro Mercantil.

La documentada argumentación del funcionario calificador acerca del carácter constitutivo que tiene la inscripción de Sociedades en el Registro Mercantil no es puesta en tela de juicio por el recurrente, ya que el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, confirmado, además, por el 9, claramente lo establece e indica que hasta ese momento la Sociedad no tendrá personalidad jurídica, con la consecuencia de que los contratos concluidos en su nombre antes de la inscripción, de conformidad con el artículo 7, sólo serán válidos si la propia Sociedad los acepta dentro del plazo de tres meses a partir de aquella fecha mediante la oportuna ratificación.

Ello no obstante, esta norma del artículo 7, que tiende a evitar que hasta tanto la Sociedad haya nacido se vea en el trance de asumir obligaciones que puedan ser exorbitantes, contraídas por los gestores, a los que por eso se hace solidariamente responsables, no parece deba ser extendida a supuestos no comprendidos dentro de la prevención legal, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un acto de regulación del régimen interno de la Sociedad, con señalamiento de las facultades que han de

(1) Ante la dificultad de sintetizar el denso contenido de los alegatos del Notario recurrente y del informe de los Registradores, especialmente de éstos, se ha optado por transcribir completos los cuatro resultandos de la Resolución.

(2) VISTOS: los artículos 6.º, 7.º y 9.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

corresponder a uno de los administradores, y en el que el lugar adecuado puede ser la propia escritura de fundación simultánea de la Sociedad, en la que los socios fundadores constituidos en Junta universal acuerdan ya los nombramientos y funciones que han de corresponder a los futuros administradores, así como las restantes normas por las que la Sociedad puede gobernarse, y que forzosamente han de autorizarse antes de la inscripción, ya que ésta es—y no podía ser de otra manera—la pauta seguida en el mismo artículo 6 de la ley, al señalar como primer escalón la escritura pública, en la que se indique el régimen de la Sociedad, y después la inscripción en el Registro Mercantil.

El hecho de que la delegación de facultades no se haya realizado en la misma escritura de constitución, no es obstáculo para que verificada con posterioridad, y por idéntica razón, pueda tener acceso al Registro una vez esté ya inscrita la escritura fundacional.

COMENTARIO.—Si observamos la brevedad del vistos y que los tres únicos artículos de la Ley de Sociedades Anónimas que en él se citan no resuelven directamente el problema planteado, hemos de deducir que su solución debe encontrarse en los principios generales del Registro Mercantil y, en concreto, de los reguladores del efecto de la inscripción, como constitutiva de la personalidad jurídica de la Sociedad. Se trata de buscar cuál ha de ser la calificación jurídica de un acto de nombramiento de consejero delegado por un Consejo de Administración realizado después de otorgada la escritura de constitución y de designación del Consejo, pero antes de su inscripción en el Registro Mercantil, para deducir si el nombramiento de consejero delegado es tan ineficaz como para resultar no inscribible, ni siquiera después de inscrita la Sociedad y el Consejo de Administración delegante, o si el vicio jurídico de que adolece es susceptible de sanación por la mera inscripción de la Sociedad y de su Consejo.

Pero la controversia planteada en el recurso no llega a adquirir el cariz de un duelo entre dos tesis doctrinales, porque mal puede hablarse de duelo cuando tan diferentes son las armas empleadas: el Notario recurrente apenas maneja otra que el tosco mazo del sentido común, con el que trata de asestar contundentes golpes; los Registradores, manejando con habilidad el florete de la jurisprudencia de conceptos, tocan repetidamente al contrario con su completa argumentación, basada en el carácter constitutivo de la personalidad jurídica que legalmente tiene la inscripción de la Sociedad y de sus órganos.

La Dirección concede la victoria al recurrente en breves considerandos, y concretamente en uno (el tercero), en el que afirma 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, como aquel en que se señalan facultades de uno de los administradores, ya que ésta es la pauta seguida por el artículo 6 de la ley al señalar como primer escalón la escritura, en la que se indica el régimen de la Sociedad, y después, la inscripción en el Registro.

Es posible que este considerando, casi único, sea insuficiente para desvirtuar la documentada argumentación del funcionario calificador (son palabras del segundo considerando), y en especial, la meticulosa que se hace cuando trata de los nombramientos o delegaciones de facultades que extravasan el acto fundacional, aunque en ocasiones se inscriban con él, por ir en él contenidos. Pero 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 constitucionalmente la Sociedad misma, los cuales pueden y casi deben otorgarse antes de la inscripción de la Sociedad.

Debemos aclarar que aunque la Dirección habla de actos de regularización del régimen «interno», para nada está tocando la distinción entre gestión (aspecto interno) y representación (aspecto externo), sino que se está refiriendo a los actos de estructuración de los órganos y de designación o nombramiento de titulares de los órganos, todos previos, tanto a los actos de gestión como a los de representación realizados por los órganos.

La verdad es que la Ley de Sociedades Anónimas no ha estado muy afortunada en la regulación del proceso constitutivo en cuanto a la estructuración de los órganos y nombramiento de los titulares. Por un lado, prevé el nombramiento de administradores (personas físicas portadores de la cualidad de órgano) en el mismo acto constitutivo (art. 72), y por otro, parece desear que los estatutos no contengan más que la determinación y la estructuración de los órganos, dejando la determinación y nombramiento de las personas físicas titulares del órgano a la Junta general (arts. 11, *h*), y 71). El artículo 15 de la ley es insuficiente para aclarar las dudas originadas por el cambio que el artículo 11, *h*), y concordantes representaba en relación con el régimen más simple y elemental del artículo 151, circunstancia 3.ª, del Código de Comercio. Más bien complica el problema con la opción que concede, pues 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, y si se designan, no está muy claro si esta designación es acto constitutivo (72), escritura social (15), estatutos, acuerdo de Junta general universal o acuerdo del Consejo previamente nombrado si se trata de consejero delegado (3). Es claro que la práctica ha solucionado muchas de las imprecisiones del texto legal, pero siempre quedan resquicios para la duda allí donde la imprecisión no es tanto de la letra como de los mismos principios. Ejemplo de ellos es nuestro caso y los esfuerzos que en él han de hacer los Registradores informantes para explicar que no era incongruente el haber inscrito el nombramiento de los consejeros y rechazar la inscripción del consejero delegado, aunque el nombramiento de unos y otro fue anterior a la inscripción de la escritura social.

En efecto, el golpe más efectivo del Notario recurrente es el de tachar de incongruente la calificación registral que admite la inscripción del acuerdo de la Junta general nombrando los consejeros e incluido en la misma escritura constitucional y rechaza la del acuerdo de delegación de facultades del Consejo. Si antes de la inscripción no hay Consejo que pueda delegar, porque todavía no hay Sociedad, tampoco hay Junta general que pueda nombrar consejeros. Completa su argumentación afirmando que de los artículos 6 y 9 de la ley no cabe extraer el fundamento de la nota, porque debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo, y que, por el contrario, el artículo 72 es claro y claramente aplicable en cuanto concede efectos al nombramiento de administrador (sin distinción entre consejeros y consejeros delegados) desde su aceptación.

En realidad, la interpretación que dan los Registradores a los artículos 6 y 9 no conduce al absurdo, sino que podemos decir que es la más sencilla, lógica y elemental: si no hay Sociedad antes de la inscripción, no hay Consejo de Administración, y mal puede hacer delegaciones quien no ha nacido. Precisamente por simple y elemental y no por absurda es por lo que hay que examinar esta interpretación con cuidado. En cuanto al artículo 72, apartado 2.º, de esta ley es manejado en forma poco decisiva por el Notario recurrente, pero no mucho más por los Registradores. Ni aquél nos convence de que la inscripción de los administradores se mantiene dentro de los límites de la inoponibilidad del artículo 29 del Código de Comercio, ni éstos intentan demostrar que tal inscripción, como parte

(3) Confunde todavía más el problema la letra *h*) del artículo 102 del Reglamento del R. M.

integrante de la inscripción de constitución, tiene necesariamente que verse dotada, como ésta, de efectos constitutivos, limitándose a dar por supuesto que los administradores no adquieren legalmente tal carácter en tanto la sociedad no esté inscrita.

Lo que sí puede conducir al absurdo es el llevar a sus últimas consecuencias el carácter constitutivo de la personalidad jurídica de la inscripción, si es cierto que la escritura de constitución para ser inscribible basta que exprese la designación del órgano u órganos que han de ejercer la administración, sin necesidad de designar la persona o personas físicas titulares de estos órganos. Así, por ejemplo, no cabe hablar de aportación ni de desembolso sin unas personas físicas que reciban e ingresen en la caja social las cosas aportadas o el metálico desembolsado. En rigor, los artículos 8 y 9 de la ley implican cierta contradicción, pues si no cabe inscribir antes del desembolso, siempre tendrá que haber representantes de la sociedad para recibir el desembolso antes de la inscripción. Personalidad fiscal antes de la inscripción no hay duda que existe, al menos, para el vigente texto refundido del impuesto de transmisiones, que no ha visto problema en obligar al pago, a título de contribuyente en la Constitución, a la propia Sociedad (art. 67, d)), naturalmente, aún no inscrita. Luego veremos la solución de los Registradores a este problema del período, largo en ocasiones, en que la escritura se encuentra en la oficina liquidadora.

No hay duda de que el acuerdo de los cotitulares del Registro Mercantil de Madrid pierde mucho dentro del corsé del cuarto considerando de la Resolución, que somete al martirio del punto y coma los trece considerandos del acuerdo de los Registradores. Destacaremos los más importantes, criticándolos a la vez, sin que esta crítica suponga en ningún momento anulación del argumento esgrimido (4).

El artículo 6 de la ley, que no considera terminado el *iter* constitutivo de la Sociedad hasta el momento de la inscripción. La Dirección escamotea una cita de GARRIGUES-URÍA que contenía el considerando del acuerdo, según el cual la Sociedad se *concibe* como contrato y *nace* como persona jurídica por la inscripción. Los Registradores no pueden quejarse de tal escamoteo, porque si en Derecho toda definición es peligrosa, más peligrosa aún es toda metáfora, y si entendemos concebida la Sociedad desde la escritura, bien cabe pensar que por aplicación de la regla *nasciturus pro jam natus habetur...* se pueden obtener consecuencias beneficiosas para la tesis defensora de la Sociedad irregular y la cita se vuelve contra ellos. En realidad, en el nacimiento de la persona moral no caben metáforas traídas de la concepción y el nacimiento de la persona física.

La calificación técnica de la sustancia jurídica existente en el período siempre transitorio (pues el engendro de la Sociedad irregular ha de estimarse eliminado por la ley) que va desde la escritura a la inscripción (artículo 7), no conduce a negar todo valor a la escritura, pues como Sociedad «interpartes» sus efectos obligacionales son innegables (ley, jurisprudencia y doctrina); pero estos efectos son tan menguados, que se reducen a las obligaciones impuestas a los fundadores, que aún no son socios y que otorgan los contratos preparatorios como gestores de negocios en favor de persona futura y que no obligan a la Sociedad hasta que los ratifique, conforme al artículo citado. Menguados efectos de la Sociedad «interpartes», que no se alteran a pesar de la práctica habitual (admitida por la Resolución de 24 de febrero de 1970) de fijar la fecha de

(4) No quiero ocultar que el equipo de comentaristas intentó en caso tan significativo redactar un comentario que llevaría la rúbrica colectiva por consecuencia de haberse conseguido unanimidad de criterio. Se desistió de ello, pues ante la existencia de posturas contradictorias se me encomendó la "papeleta", por ser mi posición, en cierto modo, intermedia.

la escritura como el comienzo de las operaciones de la Sociedad (5). Aquí ya se empieza a querer cerrar los ojos (ya veremos que no sin razón) a que el artículo 7 no sólo convalida con ciertos requisitos los contratos concluidos en nombre de la Sociedad antes de su inscripción en el Registro (apartado 1.º), sino que parece admitir otros actos de los gestores antes de la inscripción sin someterlos al requisito de la aceptación por la Sociedad: los necesarios para la constitución (apartado 2.º). Si estos actos del apartado 2.º han de ser materiales, en oposición a los contractuales del apartado 1.º; si debe ser otra la línea divisoria de ambos apartados, y si podía incluirse en este 2.º apartado el acto de delegación por el Consejo de Administración aún no inscrito, son cuestiones dudosas; pero no lo es que el acuerdo debió ser más claro en el enmarque del acto de delegación calificado, dentro de la regulación legal de los actos de la Sociedad Anónima en formación.

Continúa luego el acuerdo con una serie de consideraciones en torno a la teoría del órgano en la modalidad recogida por la ley (acto unilateral de nombramiento, no contrato), en torno a la posibilidad de que se separen los órganos de gestión y de representación y en torno a la distinción entre órgano y titular del órgano y a la reunión en el Consejo de Administración de facultades, tanto de gestión, relativas a la vida interna de la Sociedad, como de representación, relativas a la externa. Todas estas consideraciones van, sin duda, orientadas a destacar la trascendencia del acto de delegación en el consejero, que al convertir al delegado en órgano social tenía que resultar del acto constitutivo o, en otro caso, debía ser designado por un Consejo de Administración registrado. Pero lo cierto es que no consiguen el anhelado *touchée*, sólo convencen al convencido, y en rigor sólo vienen a insistir, con distintas formulaciones, en la idea de que no puede delegar el Consejo de Administración, que por virtud del principio de inscripción constitutiva todavía no es Consejo de Administración.

Pasa luego el acuerdo a abordar frontalmente el escrito de recurso y con ello se colocan a la defensiva para demostrar:

a) Que no hay calificación incongruente: Cuando los acuerdos de la Junta general universal o del Consejo se recogen en la escritura fundacional (nombramientos de cargos, delegaciones), se inscriben con ella porque, aunque toda esa actuación extravasa del acto puramente fundacional, se conecta con él de modo inmediato y con él se inscribe, pero sin efecto retroactivo y sin que los nombramientos y delegaciones tengan de momento inmediata eficacia legal, porque el Consejo nombrado no adquiere carácter de tal hasta la inscripción.

En mi opinión, es el pasaje más discutible del acuerdo. Pero no podía ser de otra manera, ya que cuando la ley contiene una fractura todo es opinable, y no hay duda de que existe una fractura entre el artículo 11, *h*), y el resto de la normativa legal de la fundación simultánea, máxime cuando el propio artículo 11 se complace en separar acto constitutivo y estatutos. La práctica de esa primera Junta universal en el mismo acto notarial de otorgamiento del pacto social no es suficiente para despejar las incógnitas (6). Pero nos parece que si la designación de personas de-

(5) Ver la Resolución de 24 de febrero de 1970 en el número 479 de esta Revista (julio-agosto de 1970), págs. 1001 a 1004.

(6) La circunstancia nueve del artículo 2.328 del Código civil italiano tiene una imprecisión parecida a la de nuestro artículo 11, *h*), pues dice: "el número de administradores y sus poderes y facultades, indicando cuáles entre ellos tienen la representación de la sociedad". El 2.380 contiene normas recogidas en nuestros artículos 71 y 73. Y el 2.383 dice que: "el nombramiento de los administradores corresponde a la Junta general, excepción hecha de los primeros administradores, que son nombrados en el acto constitutivo. Vemos, pues, que la duda sobre el nacimiento efectivo de la S. A., en que no hay designación de personas físicas en el acto constitutivo, le venía a nuestra Ley *ab origine*. La estructuración de los órganos en dos momentos que admite nuestro artículo 71 procede del Código italiano. El derecho francés, siempre más a ras de tierra, dice:

terminadas para el Consejo o la de un consejero delegado son actos que extravasan del puramente fundacional (porque éste se limita, conforme al art. 11, a estructurar los órganos), no está muy claro que deban pasar al Registro sin preocuparse de que la Junta no es Junta, ni el Consejo, Consejo, cuando «se aprovecha» la comparecencia para escritura de constitución, y, en cambio, cuando se hace en escritura posterior, el criterio sea el contrario.

Es verdad que, como afirman los Registradores, del artículo 6 y de la sentencia de 6 de febrero de 1964 se desprende que, en la esfera externa, la Sociedad no inscrita no existe y los actos realizados en representación de la misma son inexistentes en tanto ésta no se inscriba y aquéllos se ratifiquen. También es verdad que si la delegación se inscribiese, se habilitaría al consejero delegado de una apariencia de título, que le permitiría realizar en serie multitud de operaciones inexistentes en la esfera jurídica. Pero lo que no nos demuestran los Registradores es que la delegación en sí (que es cosa distinta de los contratos del delegado realizados en uso de la misma) pertenezca a la esfera externa de la Sociedad, la única que está supeditada a que la personalidad jurídica nazca. Tampoco nos prueban que se trate de inexistencia distinta si los administradores se designan con ocasión de la escritura constitutiva o al día siguiente; tampoco varían los peligros que se apuntan respecto a contratación en serie con terceros antes de la inscripción, ya se contrate por el Consejo o por el consejero en el que se delegó; ni aquél ni éste serán órganos antes de la inscripción.

Esto debe saberlo el tercero y su cautela para no contratar con ningún órgano de la Sociedad no inscrita debe ser la misma en cualquier caso. Lo que se discute es si al tercero le da igual que el proceso interno de estructuración de la Sociedad y de sus órganos competentes para el acto y de nombramiento de las personas físicas titulares de los órganos se haya realizado de una vez o en dos momentos sucesivos. Al tercero, lo que verdaderamente le importaría es que el Registro le despejara el problema del artículo 15, pero esto es harina de otro costal y, en principio, no solamente parece que respecto al tercero no hay inconveniente en que todo el proceso de estructuración y designación de órganos, aun anterior a la inscripción primera, pueda llegar al Registro por su orden de fechas y ordenación de facultades, sino que acaso lo injusto y peligroso sea negar acceso al segundo (consejero delegado) después de haber dado paso al primero (designación de consejeros), a pesar de que esta actuación de la junta extravasaba del acto puramente fundacional.

b) Que no es argumento la dilación que supone el pago del impuesto, porque siempre cabe presentar la escritura en el Registro retirándola para liquidación, y de esta manera, al considerarse como fecha de la inscripción la del asiento de presentación, si serían correctos e inscribibles los actos de la Sociedad posteriores a la presentación y anteriores a la inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 33, 2.º, del Reglamento (aplicación del principio registral del art. 24 de la Ley Hipotecaria). Dispondría así la Sociedad de un plazo de sesenta días hábiles, que incluso podría ser ampliado por otros ciento veinte, conforme al último apartado del artículo 51 del Reglamento. El juego de estos dos artículos del Reglamento hacen, en efecto, perfectamente viable, como los Registradores mantienen, que la presentación en el Registro sea la primera diligencia inmediatamente posterior al otorgamiento de la escritura, cosa que, por otra parte, es también lo que quiere la Ley de Sociedades Anónimas, como demuestra su artículo 26, especialmente en su apartado 2.º, cuando parece

“Los primeros administradores o los primeros miembros del Consejo de vigilancia y los primeros comisarios de cuentas serán designados en los Estatutos” (art. 88 de la Ley de Sociedades). La duda de interpretación del 2.383 del italiano queda suficientemente despejada.

establecer el orden en el que los otorgantes deben hacer la presentación en los Registros y solicitar la liquidación de los impuestos. Este artículo 26 se cita en el visto del acuerdo del Registrador y en algún considerando, pero inexplicablemente no se insiste, en su apartado 2.º, en el considerando en el que era más oportuno. No es necesario insistir, y acaso por ello tampoco los Registradores lo hicieron en este pasaje, en la clara intención del Código de Comercio respecto a la inmediata presentación de la escritura en el Registro: artículos 119 y 120.

c) Que no es extemporánea la alegación en la nota de los artículos 6 y 9 de la ley, puesto que antes de la inscripción (de la presentación) no hay sujeto de derecho, ni órganos, ni posibilidad de actuar una personalidad inexistente. Y nada significa en contra el artículo 72 de la ley: a) porque los administradores nombrados en la escritura no lo son hasta la inscripción, habiendo de considerarse como fecha de la aceptación la de inscripción, puesto que antes no existe posibilidad de aceptar un cargo desprovisto del contenido legal; b) porque los nombrados posteriormente caen fuera del supuesto discutido. Como ya dijimos antes, este precepto es manejado un poco precipitadamente por ambas partes.

Estiman, por último, los Registradores:

d) Que la delegación hecha por el Consejo es inexistente, pues ésta es la calificación que la jurisprudencia concede al contrato celebrado a nombre de otro sin su autorización o representación hasta que lo ratifique (art. 1.259 del Código). Pero ni es del todo clara la aplicación del artículo 1.259 ni muy segura la calificación de inexistencia para el contrato ratificable con efectos retroactivos. No debemos olvidar la importante corriente doctrinal que hace de la inscripción constitutiva una mera *conditio iuris* del negocio inscribible sin incidencia ninguna en la existencia y validez del negocio mismo (7).

e) Que no es aplicable la doctrina del artículo 7 de la ley ni posible deducir de él que con la inscripción (nacimiento de la Sociedad) se actúa una aceptación o ratificación tácita por la Sociedad de la delegación hecha por el Consejo: a) por no tratarse de un contrato, sino de un negocio de atribución de facultades; b) porque esta delegación de facultades se prolonga hacia el futuro, hasta el cese o revocación, y c) porque no cabe ratificación tácita de actos que exigen una forma documental determinada. A los dos primeros argumentos cabe oponer que precisamente la libre revocación del negocio unilateral de apoderamiento hace menos peligrosa la convalidación o sanación por la ratificación tácita de la sociedad o por la mera inscripción de ésta, que en el contrato bilateral celebrado con un tercero, en principio irrevocable, y en cuanto al tercer argumento haría falta contrastarlo con el análisis de la jurisprudencia, que ha llegado a admitir la posibilidad de aceptación tácita (por *facta concludentia*) de los contratos celebrados antes de la inscripción (sentencias de 7 de junio de 1968, 31 de mayo de 1969 y 5 de junio de 1972). Tampoco cabe terminar la discusión, sobre si el artículo 7 de la ley es aplicable, sin ninguna referencia a la distinción doctrinal entre actos necesarios para la constitución de la Sociedad (regidos por el apartado 2.º del artículo y por el 28) y demás contratos celebrados por los gestores en nombre de ella (regidos por el apartado 1.º). Al menos, hasta cierto punto parecen encuadrables en el primer grupo todos los actos tendentes a terminar la estructuración orgánica de la Sociedad.

Hasta aquí el análisis crítico de los argumentos aducidos por cada parte y de las consideraciones que han conducido al Centro Directivo

(7) LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, 2.ª ed., Zaragoza, 1957, páginas 154 y ss.

a revocar la nota del Registrador y el acuerdo de los Registradores. Creo que a nada conduciría hacer interminable el comentario entrando en el proceloso mar de las discusiones doctrinales sobre los efectos de la inscripción de constitución de Sociedad, sobre la naturaleza de la Sociedad en formación y sobre la posibilidad de la Sociedad mercantil irregular. Se trata, además, de temas en los que todos los lectores de esta Revista pueden darme lecciones por mi resistencia a complacerme en construcciones de jurisprudencia elegante, en las que aliados el método conceptual con la costumbre contra ley se socava poco a poco la originaria voluntad del legislador, que puso su vista en la justicia general y en la seguridad jurídica.

Si conseguimos saltar por encima de ese mar de discusiones sin naufragar en su oleaje y nos encaramos con el problema, que es lo que, en definitiva, importa, ¿cómo solucionarlo? La primera idea que surge es la de intentar aplicar criterios de otras inscripciones registrales constitutivas. El paralelo entre la facultad dispositiva del derecho real y la de delegar es algo forzada, pero no tanto si solamente se trata de buscar el papel que la publicidad desempeña. ¿Cuál debe ser la calificación del Registrador ante una escritura de cesión de crédito hipotecario otorgada antes de inscribirse la hipoteca, pero presentada después que la escritura de hipoteca? Creo que la cesión del crédito hipotecario no inscrito (que al otorgarla es cesión de mero crédito personal), se convierte automáticamente en verdadera cesión de crédito hipotecario en el momento de inscribirse la hipoteca y es desde entonces inscribible, incluso aunque cedente y cesionario desconozcan ese momento. Pero para creer esto es preciso no sólo partir de que el crédito es lo principal y la hipoteca lo accesorio, sino adscribirse a la posición de los tratadistas alemanes, que conceden menos relevancia a la inscripción en el conjunto *Einigung-Eintragun* y más enérgicos efectos reales al *Einigung* formal (emitido en instrumento judicial o notarial), aun no inscrito, por interpretar que el «estar vinculadas las partes» desde el acuerdo formal, como literalmente dice el parágrafo 873, 2.º, del B. G. B., quiere decir tener limitado el transmitente el derecho de disposición. Pero si hemos de creer a ENNECERUS, cuando el acuerdo precede a la inscripción, en tanto ésta no se verifica, el adquirente no ha obtenido aún derecho alguno y no podrá, por ende, cederlo ni gravarlo (8). Imposible extendernos aquí sobre las varias posiciones doctrinales en torno a ese enigmático apartado 2.º del parágrafo 873 del B. G. B. De todas maneras, cualquiera que fuese la solución en materia de inscripciones constitutivas de Derecho inmobiliario, tampoco caben analogías precipitadas, porque aunque la función básica de toda inscripción registral, incluso cuando se la hace constitutiva, resida en la protección de los terceros, no cabe perder de vista que la publicidad de la Sociedad excede del campo de los terceros (contratantes con la Sociedad), extendiéndose a velar por los intereses de los socios, que en muchos aspectos son «cuasi terceros».

El Derecho francés contiene un precepto más tajante que los artículos 6 y 7 de nuestra ley. Conforme al artículo 5 de la Ley de Sociedades de 24 de julio de 1966, «las Sociedades mercantiles gozarán de la personalidad jurídica a partir de su inmatriculación en el Registro Mercantil... Las personas que hayan actuado en nombre de una Sociedad en formación, antes que ésta haya adquirido el goce de la personalidad moral, están obligados solidaria e ilimitadamente por los actos realizados, a menos que la Sociedad, después de haber sido regularmente constituida e inmatriculada, no ratifique los compromisos suscritos. Estos se reputan entonces haber sido suscritos originariamente por la Sociedad». Esta ratificación después de la inscripción era la que los Registradores pretendían,

(8) ENNECERUS-WOLFF, *Derecho de Cosas*, I, Barcelona, 1936, págs. 203 y 206 a 208.

pero hay que tener en cuenta que el Registrador francés recibe una solicitud de inmatriculación, una de cuyas circunstancias es el «nombre, apellido y domicilio personal de los socios o terceros que tienen poder de gestión, administración o dirección, o de las personas que tengan el poder general de obligar a la Sociedad, los miembros del Consejo de Vigilancia de las Sociedades por Acciones y de los comisarios de cuentas, con fecha y lugar de nacimiento de todos ellos». Parece, pues, que al Registrador no debe preocuparle el procedimiento escriturario (único o plural) por el que se haya obtenido la lista de gestores, administradores o directivos, ni debe plantearse ningún problema doctrinal de distinción entre órganos, titulares del órgano y órganos delegados: todos los actos jurídicos encaminados a la conformación estructural de la Sociedad y sus órganos pueden y hasta deben ser anteriores a la solicitud de inmatriculación, ya sea la constitución con llamada pública a la inversión o sin ella.

Con todo lo dicho parece que, aunque sin gran seguridad, me inclino a favor de la solución del Centro Directivo. Efectivamente, creo que, en el orden regular de las cosas, el que la inscripción sea constitutiva de la personalidad jurídica de la Sociedad no es razón suficiente para considerar inexistente y no inscribible, ya nunca, el acto de delegación del Consejo de Administración otorgado antes de la inscripción de la Sociedad. Era necesario probar algo más: que sea también constitutiva de la facultad de delegación del Consejo la inscripción de éste. La prueba de esto podía venir indirectamente por un precepto que inexplicablemente no es citado ni alegado por los Registradores: el artículo 95 del Reglamento. Si los Notarios no deben admitir ningún documento de los comprendidos en el artículo 86 (entre los que está el de nombramiento de administradores) sin que conste su inscripción, cuando en vista de ellos hubieren de autorizar cualesquiera otros (la escritura de autenticación de la delegación), debiendo hacer constar en éstos la inscripción de aquéllos, es porque el Reglamento considera algo más que obligatoria la inscripción de todos los actos a que se refiere el artículo 86, pues el rechazo por el Notario del documento no inscrito presentado para el otorgamiento del acto derivado del primero es más propio de la inscripción constitutiva que de la meramente obligatoria, en la cual lo procedente no es el rechazo, sino la puesta en movimiento del mecanismo sancionador del incumplimiento del mandato legal. Pero no es del caso averiguar en qué sentido es obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil ni por qué extrañas circunstancias se tiene tan olvidado el artículo 95.

Pero si en el orden regular de las cosas, es decir, tratándose de la Sociedad Anónima en formación, pensando en que los sucesivos actos van a ser rápida y sucesivamente presentados en el Registro obedeciendo el mandato legal de inscripción obligatoria, la solución del Centro Directivo acaso sea la más razonable, aunque vulnere el espíritu y casi la letra del artículo 95 del Reglamento; la rigurosa postura adoptada por los Registradores venía impuesta como un arma más de combate contra la Sociedad irregular, cosa muy distinta de la Sociedad en formación. Ya hemos hecho alusión al dudoso y extraño sentido en que la inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria. En el Derecho comparado no es fácil encontrar inscripciones obligatorias sin obligación de procurar la inscripción los funcionarios autorizantes, ni sanciones (multas, etc.) a los otorgantes por el incumplimiento de la obligación de inscribir en plazo. En nuestro excepcional sistema, Sociedad en formación y Sociedad irregular presentan en la práctica idéntica faz al exterior y es difícil saber cuándo la falta de inscripción es mero retraso o decidido propósito de irregularidad (9). Lo más nefasto para cualquier Registro público no es que se

(9) Por varias razones el plazo de treinta días de los artículos 26 de la Ley y 93 del Reglamento no es decisivo para la distinción.

queden fuera algunos o muchos actos o derechos inscribibles, sino que se puedan inscribir cuando y siempre que convenga. El fantasma de la Sociedad irregular era lo que preocupó a los Registradores. Si la práctica jurídica se desliza por la pendiente de la Sociedad irregular, la distinción entre actos de estructuración interna de la Sociedad y contratos con el exterior desaparece, porque a todos se les irá extendiendo la benevolente consideración de no inscritos, pero inscribibles si hace falta, y la publicidad registral desemboca en el caos, y en determinadas circunstancias la búsqueda de la justicia del caso obligará a los Tribunales a desfigurar el claro sentido de las normas registrales. El rígido, y acaso exagerado, criterio de los Registradores no dejaba de ser razonable cuando el fantasma de la Sociedad irregular de primero y segundo grado pretende tomar cuerpo y vida terrena a través de las complacencias y concesiones doctrinales.

T. C. G.