

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANÓNIMA: NOMBRAMIENTO DE CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.—Es INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE SEPARACIÓN DE ADMINISTRADORES Y NOMBRAMIENTO DE NUEVO CONSEJO, AUN CUANDO NO FIGURASEN EN EL ORDEN DEL DÍA DE LA JUNTA CONVOCADA, QUE SOLAMENTE INDICABA LA APROBACIÓN O CENSURA DE LA GESTIÓN SOCIAL, PUES LA SEPARACIÓN PUEDE TENER LUGAR EN CUALQUIER MOMENTO DE LA VIDA DE LA SOCIEDAD, Y EL SUBSIGUIENTE NOMBRAMIENTO DE CONSEJO NO ES MÁS QUE UNA CONSECUENCIA OBLIGADA DE LA ANTERIOR DECISIÓN. (Resolución de 13 de marzo de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 1 de abril de 1974.)

Hechos.—Resultando que por escritura de 4 de febrero de 1972 se constituyó la Compañía Mercantil HORPO, S. A., que fue inscrita en el Registro de Barcelona; que por acuerdo del Consejo de Administración se convocó Junta general ordinaria, que tendría lugar el 8 de junio de 1973, con el siguiente orden del día:

1.º Examen del ejercicio de 1972. Memoria, balance y cuenta de pérdidas y ganancias. Aprobación, en su caso, y aplicación de resultados. 2.º Aprobación o censura de la gestión. 3.º Designación de accionistas censores de cuentas para el ejercicio de 1973 (titulares y suplentes). 4.º Ruegos y preguntas. 5.º Aprobación del acta de la Junta, o, en su caso, nombramiento de interventores"; que oportunamente se publicaron anuncios de la convocatoria en el "B. O. del E." correspondiente al 18 de mayo anterior y en el "Diario de Barcelona" del 22 del mismo mes; que la Junta tuvo lugar el día señalado y en el local previsto, con asistencia de 3.145 acciones de las 4.000 existentes y que representaban el 78,62 por 100 del capital desembolsado, adoptándose con el voto favorable de 2.397 acciones (el 71,21 por 100 de los asistentes y 59,92 por 100 del capital desembolsado) el acuerdo de separar a los cuatro administradores que integraban el Consejo de Administración: don Jesús Rodríguez Bueno, don Jaime Llaneras Fuster, don Antonio Elcano Reta y don Luis Sagüés Amorena, nombrándose para sustituirlos un nuevo Consejo de cinco miembros, compuesto de la siguiente forma: "Don Jaime Llaneras Fuster, como presidente; doña Trinidad Pérez Navarro, doña Mercedes Usechi Mayo y don Jesús Rodríguez Bueno, vocales consejeros, y don Luis Sagüés Amorena, como Vocal Secretario. Todos ellos de nacionalidad española. Por plazo de diez años, cesando dos, por sorteo, a los cinco; "que los señores Llaneras y Sagüés, presentes en el acto, aceptaron sus cargos manifestando no comprenderles ninguna incompatibilidad; que se delegó en estos dos consejeros, indistintamente, para que "en representación de la Junta general comparezcan ante Notario y eleven a escritura pública los acuerdos tomados en dicha Junta general, susceptible de inscripción en el Registro Mer-

cantil"; y que, en cumplimiento de este acuerdo, don Jaime Llaneras Fuster otorgó el 12 de junio de 1973, ante el Notario de Barcelona, don Vicente Coca y Coca, la correspondiente escritura;

Resultando que presentada en el Registro primera copia del citado documento fue calificado con la siguiente nota: "Examinado este documento, acompañado de un ejemplar del "B. O. E." número 119, de 18 de mayo de 1973, y de otro del periódico de Barcelona "Diario de Barcelona", del día 22 de los mismos mes y año, se deniega su inscripción por infringirse el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que en la convocatoria de la Junta general, cuyos acuerdos se formalizan en la precedente escritura, no se consigna entre los asuntos a tratar el nombramiento de nuevo Consejo de Administración, lo que se lleva a efecto en la propia Junta. El defecto se estima insubsanable, no procediendo anotación de suspensión";

Resultando que don Jaime Llaneras Fuster interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el problema que se plantea consiste en dilucidar la forma de reemplazar a los Administradores cesados por una Junta general usando de la facultad que le confiere el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas; que consecuencia de la facultad de destitución que corresponde a la Junta en cualquier momento sin necesidad de que tal extremo conste en el Orden del día (Resolución de 26 de febrero de 1953) es el derecho de reemplazar a los destituidos en el mismo acto, ya que, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971, los Administradores constituyen un órgano necesario, no sólo para el funcionamiento sino para la existencia misma de la sociedad; que en los casos de remoción íntegra de un Consejo —o en la hipótesis de un administrador único—, de no atribuirse la facultad de nombrar reemplazantes, jamás podría convocarse una Junta posterior; que en un caso casi análogo, la Resolución de 24 de junio de 1968, para que la Sociedad no quedase sin administradores, acudió a la figura de los administradores de facto; que aunque la Ley establece en su artículo 53 que en el anuncio de la convocatoria se harán constar todos los asuntos que hayan de tratarse en la Junta, el 73 dispone que si durante el plazo para el que fueron nombrados los Administradores se produjeren vacantes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta general que se pronunciará sobre los nombramientos hechos; que si tales vacantes se produjeren después de publicada la convocatoria de una Junta y antes de que ésta se celebre, la misma podría ratificar las designaciones realizadas constituyendo el supuesto una excepción a la regla general del artículo 53; que con mayor razón si las vacantes se producen en la misma Junta por motivos de utilidad o conveniencia, en situaciones que aconsejen la destitución o dimisión en bloque de toda la Junta anterior, la exigencia de convocatoria de nueva Junta constituiría un entorpecimiento que podría dificultar la buena marcha de la Sociedad, sin que sea admisible, por el contrario, la alegación de que una minoría pueda apoderarse por sorpresa de la dirección de una sociedad, ya que siempre quedaría a los socios mayoritarios el recurso de pedir la inmediata suspensión de los acuerdos perjudiciales, mediante la vía del número 4 del artículo 70; y que la simple lectura de la escritura calificada y certificación que la acompaña pone de manifiesto que la Junta se celebró en primera convocatoria, los acuerdos se tomaron por gran mayoría

de socios y de capital, de los cuatro administradores cesados fueron reelegidos, etc., todo lo cual despeja cualquier recelo o suspicacia que pudiera existir sobre protección de minoría, habiendo transcurrido, por otro lado, con exceso, el término que la Ley concede a los accionistas disidentes o ausentes para impugnar los acuerdos tomados, todo lo cual demuestra la clara admisión por la unanimidad de los accionistas en las decisiones adoptadas;

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que el tema tiene su base en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas junto con su jurisprudencia interpretativa y constituye su precedente el artículo 2.383 del Código Civil italiano, sobre sustitución de administradores, parcialmente analizado por la doctrina de autores y tribunales, que generalmente no han tocado la cuestión del nombramiento de los reemplazantes, salvo la Sentencia de 1971, en que apoya su argumentación el recurrente; que con los debidos respetos, estima que los razonamientos de la citada Sentencia descansan en una base falsa: La imposibilidad de existencia y subsistencia de una sociedad sin administradores, cuando, evidentemente, el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas es permisivo de tal situación, siendo perfectamente constatable el gran número de sociedades anónimas que funcionan con administradores caducados, fallecidos o dimitidos e incluso hacen su vida normal mediante poderes conferidos a gerentes o apoderados; que aun cuando dicha Sentencia hubiera estimado equivalentes existencia y vida normal, lo cierto es que sus deducciones en orden al nombramiento de administradores reemplazantes deben estimarse conceptuales, dogmáticas y abstractas, ya que habrían prescindido de analizar a fondo el dispositivo montado por la Ley de Sociedades Anónimas para el único supuesto de administradores de conducta censurable, llegando a unas conclusiones teóricas formalistas que impiden encajar sus conclusiones generales y la cobertura jurídica que crea, con la riqueza de manifestaciones que la vida ofrece y en numerosos supuestos los daños podrían ser superiores a los beneficios que se pretendían obtener para los intereses protegidos; que si una página de historia vale por un libro de lógica puede examinarse el ejemplo de una Junta anodina que se celebre en segunda convocatoria, con asistencia de un 21 por 100 de socios en que un 11 por 100 constituye una minoría inquieta y peligrosa que aprovechando la coyuntura procede a remover los administradores y nombrar otros antes de que la mayoría pueda actuar eficazmente, imprimiendo rumbos funestos a la vida social, de imposible reparación; que aunque a tales conclusiones no pueda llegarse en el supuesto concreto que motiva la escritura denegada, sí podría originarlos en muchos casos una generalización lógica y artificiosa de la misma, con mengua y descrédito del dispositivo legal montado para casos de emergencia; que en muchas ocasiones, una sociedad acéfala es más conveniente para los intereses de los socios que otra con administradores nombrados precipitadamente, tal vez por minorías, con miras contrapuestas a las de la empresa; que fácilmente, por la vía de la convocatoria judicial que señala el artículo 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, puede restablecerse la normalidad de la vida social, sin perjuicio de aceptar el criterio de algún tratadista, según el cual, en caso de desaparición de los administradores es la propia Junta la encargada de la administración que inmediatamente debe convocar nueva Junta general con objeto de cubrir las vacantes producidas; que la excesiva interpretación del recurrente puede plan-

tear graves problemas difíciles de resolver sin específica regulación legal, pudiendo señalarse como ejemplo los del plazo de ejercicio de los nuevos administradores, renovación parcial del Consejo, imposibilidad práctica de agruparse las minorías en la forma prevista por el Decreto de 29 de febrero de 1952, etcétera; que la abusiva interpretación por el recurrente del artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas se amplía aún más al no limitarse a sustituir a los Administradores, sino que por añadidura la Junta amplía su número, designando a quién cubrirá la plaza creada y estableciendo un puesto vocal-secretario, sin que nada de ello figure en el Orden del día señalado para la celebración de la repetida Junta; que todo ello constituye una utilización del artículo 75 de la Ley para fines no procedentes, como son la destitución de un solo administrador, o quizá con mayor exactitud la renovación y ampliación del Consejo bajo la apariencia de una revocación de Consejeros, lo que en sentido técnico no encaja en el mencionado precepto; que no procede dedicar especial atención a los argumentos del recurrente sobre designación provisional o dimisión en bloque de Consejeros, por carecer de sólida base de discusión, como igualmente su afirmación de haberse consolidado los acuerdos al no haber sido impugnado en plazo legal, pues tal posibilidad cuenta a partir del momento de la inscripción, aún pendiente; y que, finalmente, llama la atención sobre la importancia jurídica del problema planteado, que según se decida en uno y otro sentido puede producir diferentes consecuencias, sentando un trascendental criterio en el mundo de las sociedades anónimas.

Doctrina.—“Considerando que el objeto del recurso se concreta en determinar si en la Junta general de una sociedad anónima—estatutariamente configurada con un Consejo de Administración con un máximo de seis vocales—, convocada, según el Orden del día, para “aprobación o censura de la gestión social”, entre otros puntos, puede acordar la separación de sus cuatro administradores, y con exclusión efectiva del vocal que de hecho ejercía funciones de secretario, nombrar nuevo Consejo de cinco, en el que se integran tres de los componentes del anterior, uno de ellos con título de vocal-secretario.”

“Considerando que “la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta general”, conforme declara terminantemente el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto que para la legalidad del acuerdo no exige siquiera la existencia de una justa causa, consecuencia todo ello de la nota de revocabilidad que caracteriza el nombramiento de los administradores, y ninguna coyuntura mejor para ello que el debate sobre “aprobación o censura de la gestión social”, número 2 del Orden del día de la Junta general debidamente convocada por la Compañía Mercantil “HORPO, S. A.”, y a la que asiste un 78,62 por 100 del capital desembolsado, cifra superior al *quorum* legal.”

“Considerando que esta facultad de destitución, singular o plural, de los miembros del Consejo, que corresponde tan ilimitada y sin condicionamientos de ninguna clase a la Junta legalmente convocada y constituida, lleva aparejada, y no por meras motivaciones “conceptuales, dogmáticas y abstractas”, la de restablecer, sin aplazamientos no obligados, la normalidad social, con la integración del órgano de administración dentro del marco estatutario, en este caso, con la designación de nuevo Consejo, compuesto de número no superior a seis miembros, incluido el secretario, cargo ahora formalmente establecido, todo en virtud

de una votación con *quorum* también superior al legal y que, en definitiva, representa un 52,92 por 100 del capital desembolsado.”

“Considerando que hacia este sentido, más bien realista dentro del espíritu de la Ley respetuoso con la voluntad social, se han pronunciado las Resoluciones citadas de 26 de febrero de 1953 y 24 de junio de 1968 y más concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971, fallo cuya autoridad trata de desvirtuar el celo de la calificación con unos argumentos que, si en efecto, acertarían en calificar el acto social cuestionado como de “destitución de un solo administrador y renovación y ampliación del Consejo”, no resultan convincentes en puntos esenciales, cual el que el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas sea permisivo de una situación de vacancia del Consejo de Administración, con amenazantes daños producidos por la agresión de minorías “inquietas y peligrosas”, a que podría llegarse con “una generalización lógica y artificiosa” de la escritura objeto de la calificación registral, siendo así que, dentro de los límites legales, el acuerdo de la Junta contemplado vale por el peso democrático de unas mayorías de votos superiores a la fijada por la Ley y frente al cual una minoría disidente o ausente, si lo estimare contrario a la Ley, opuesta a los Estatutos o lesiva a los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas, tiene términos hábiles para impugnarlo con arreglo al artículo 67 de la repetida Ley de Sociedades Anónimas.”

Esta Dirección General ha acordado revocar la Nota del Registrador.

Consideraciones críticas.—Las dos grandes ideas que se discuten en el presente caso podrían concretarse de la siguiente forma: a) Si es o no necesario expresar en la convocatoria la separación de administradores, pese al artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas. b) Si puede nombrarse nuevo Consejo de Administración como consecuencia obligada de dicha separación. En apoyo de las dos tesis contrapuestas que inevitablemente advienen al recurso se esgrimen argumentos de mucha fuerza. La parte recurrente, que es a la que se le niega el acceso del nombramiento al Registro, da contundentemente una razón definitiva: la facultad de destitución que corresponde a la Junta, conforme al artículo 75, la tiene en cualquier momento, sin necesidad de que tal extremo conste en la orden del día (Resolución de 20 de febrero de 1953). Como consecuencia obligada de esta decisión surge el derecho de reemplazar a los destituidos en el mismo acto, por tratarse de un órgano necesario no sólo para el funcionamiento, sino para la existencia misma de la sociedad.

Por su parte, el Registrador que califica el documento entiende que de prosperar esa idea podría darse el caso de que en una determinada Junta la minoría de una sociedad pudiera aprovechar la coyuntura y nombrar unos administradores, antes de que la mayoría pudiera actuar eficazmente, lo cual, en el caso de generalizarse, podría poner en descrédito el dispositivo legal montado para casos de emergencia.

Expuestas sustancialmente las dos razones fundamentales que las partes alegan y sabiendo de antemano el resultado a que la Dirección nos conduce, creemos que estas notas pueden dividirse en esos dos problemas sobre los que parece girar el recurso en el que prevalece la idea de la simultaneidad de actos.

A. *Facultad de separación de los administradores*

Visto a "toro pasado" se hace necesario comentar cómo la nota del Registrador era lo suficientemente afortunada para denunciar el incumplimiento de un artículo de la Ley de Sociedades Anónimas. Conforme al artículo 53 era preciso que el anuncio de la convocatoria de la Junta exprese todos los asuntos que han de tratarse, incluidos el nombramiento de nuevos administradores.

Lo que sucede es que al caso se le dio la consideración de "acto reflejo" y consecuencia necesaria del que previamente se había efectuado y para que el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas no exige ningún requisito. Es decir, se tuvo la habilidad suficiente para no discutir el incumplimiento de un requisito legal, sino para destacar una facultad omnímoda de la Junta, basada en la revocabilidad del cargo de administrador, y deducir como consecuencia una "excepción" al artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Lo que cabe preguntarse ante los hechos que nos relata el recurso si de verdad hubo separación de *todos* los administradores o se utilizó ese medio legal para burlar el cumplimiento del artículo 53, el cual quedará siempre burlado si en vez de acudir al sistema de "renovación", utilizamos el de "separación". Hay poca base para pensar en la necesidad de una "separación" total, cuando en el mismo acto se "conservan" a tres de los consejeros, se excluye a uno y se nombran dos nuevos. ¿Era separación o era renovación?

Garrigues y Uría ("Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", Tomo II, página 87), precisan estas dos figuras de renovación y separación, entendiendo que la primera sólo puede ser "parcial" para dar cumplimiento al artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas, mientras que la segunda es sin límites, parcial o total. "La renovación es un sistema y la separación es una medida imprevista". La separación se produce en cualquier momento "y suele obedecer a causas graves que obligan a prescindir de uno, de algunos o de todos los administradores en defensa de los intereses sociales".

Sin descender aún al caso que los hechos relatan, la diferencia que se apunta es muy interesante, pues una de las consecuencias legales que supone la "temporalidad" del cargo de administrador, viene compensada, por así decirlo, con la del principio de "reelección" (artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas). Entiendo, aunque ésta sea una afirmación gratuita, que ese principio de "reelección" está pensado por el legislador para el caso de "renovación" de Junta en base de la temporalidad del cargo, pero nunca para el caso de separación del administrador, ni para el de dimisión de Consejeros (artículos 75 y 77 de la Ley de Sociedades Anónimas). La "reelección" se sitúa con simultaneidad en el precepto que habla de "temporalidad", pero no se repite cuando se otorga a la Junta la facultad de separar, aislar, prescindir del consejero (artículo 75), ni cuando se regula el derecho de dimisión (artículo 77 de la misma Ley). ¿Cabe en estos casos admitir el principio de reelección? Creo que la separación del consejero funciona en todos aquellos casos en los que por no poder entrar en juego el supuesto de "renovación" urge en defensa de los intereses sociales prescindir de los servicios de un consejero o de varios o de todos, sin que éstos se avengan inicialmente a presentar la dimisión de su cargo. Si por esa serie de razones que reclaman el interés social no puede esperarse a la fecha de re-

novación parcial de la Junta, es inadmisibile que se opere con simultaneidad una separación y una "reelección" de consejeros *separados*. No hubiera hecho falta separar a estos consejeros para luego volverlos a nombrar, cosa que hubiese sido necesaria en el caso de "renovación", pues el límite temporal de su mandato ofrece una doble disyuntiva: o caduca su mandato y finaliza su gestión, o en base de la reelección se confirma su nombramiento y se prolonga su puesto. De ahí que la reelección sólo cabe, en buen discurrir jurídico, que entre en juego en el caso de finalización del plazo para el que fue nombrado un consejero.

El presente caso en su relato de hechos es lamentable. Tres de los consejeros son eliminados del Consejo de Administración a través del mecanismo de la "separación" y por el juego imperativo del artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas y cuando podía pensarse que esa eliminación era definitiva, en la misma Junta que se les elimina se les "vuelve a nombrar" o se les "reelige", que viene a ser lo mismo. Sólo se confirma una "separación" del otro consejero y se hacen firmes dos nombramientos sin el cumplimiento del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas. Si en el ánimo de la Junta existía la idea de confirmar en esos cargos a los tres consejeros dichos, cabe preguntar ¿Para qué dimitirlos previamente y luego volverlos a nombrar? La respuesta no puede ser más clara; para evitar la aplicación del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas. Secundar esta intención "ilegal" me parece un serio atentado al principio de legalidad.

B. *Separación de consejeros y simultaneidad de nombramiento de los nuevos*

Aceptando la configuración del supuesto de hecho como un caso claro de "separación" de consejeros era difícil luchar—con argumentos convincentes—contra la conclusión final a la que el recurrente y la Dirección llevaban: los administradores constituyen un órgano necesario no sólo para el funcionamiento, sino para la existencia de la misma sociedad.

En estos comentarios—un tanto apresurados por urgencias de publicación—no he tenido tiempo de consultar con paciencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971, en la que parece residir toda la fuerza argumental de la parte recurrente, pero conforme a la misma parece ser innecesario que conste en el orden del día "el derecho a *reemplazar* a los destituidos en el mismo acto". Es curioso cómo la palabra reemplazar viene a ser distinta de la de reelegir y si parece lógico y jurídicamente aconsejable, como dice la Dirección General, que la destitución lleva aparejada la de restablecer, sin aplazamientos no obligados, la normalidad social, con la integración del órgano de administración dentro del marco estatutario, no parece muy ortodoxo basar este restablecimiento en el juego de la "confirmación" de cargos y no en el mecanismo del "reemplazamiento" de los destituidos.

Con esto queremos destacar algo de lo que alegaba el Registrador de la Propiedad Mercantil en torno a la Sentencia de 1971 y era su inaplicabilidad al caso presente. No era preciso, como decía el Registrador, aludir al artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas y a la serie de sociedades anónimas que funcionan con administradores caducados, fallecidos o dimitidos, sino hacer un fuerte intento de situar paralelamente los hechos que la Sentencia reflejaba con

ese criterio de "reemplazo" y los que en el caso presente ofrece de "confirmación" de cargos, para evitar confusiones y analogías peligrosas.

Siento pereza por consultar las dos Resoluciones que el recurrente y luego la Dirección aducen para defender la solución que se le da al caso, pero del relato de los hechos puede deducirse claramente que juegan poco papel en el presente caso. La excepción al artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas—aparte de la del artículo 73 de la misma para el caso de vacantes del Consejo de Administración—es claramente el supuesto del artículo 75 de la misma Ley con su facultad de separación de administradores, pero ya hemos visto que pueden existir muchas dudas en torno a lo que debemos entender por "separación" si, como en el presente caso, se simultanea con la "confirmación" de cargos. De otra parte la exigencia de la Resolución de 24 de junio de 1968 de convertir a los administradores como "de facto" en evitación de que la sociedad careciese de los mismos, es solución que tampoco cabe aplicar al presente supuesto, pues era innecesaria y abusiva la utilización de la "separación" de esos administradores que habían de ser confirmados luego en el cargo.

La última parte del considerando cuarto de la Resolución está destinada a contestar con cierta dureza la actitud del Registrador y su "celo de la calificación", negando que con la postura que se mantiene pueda llegarse a esa "generalización lógica y artificiosa" de que el Registrador hace gala. Efectivamente que hay en el caso de hecho unas mayorías con peso democrático aplastante y que esas minorías, disidentes o ausentes, hubieran podido utilizar la impugnación de los acuerdos sociales, conforme al artículo 67, pero una cosa es esta idea y otra ampararse en un mecanismo legal para dar por incumplido otro requisito legal, estableciendo al mismo una excepción que posiblemente no estuvo en la mente del legislador.

Con esta solución—y ésta es la generalización peligrosa—el mecanismo de la separación debe sustituir de hecho y de derecho a la idea de renovación de cargos del Consejo de Administración, pues mientras la primera no exige convocatoria especial ni señalamiento de circunstancia en el orden del día, la segunda sí lo exige por el juego genérico del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas. Es más, incluso el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas—con su interpretación de que producida la vacante de consejero entre convocatoria de Junta general y celebración de la misma, no exige precisión especial en el orden del día—puede perfectamente suplirse con el criterio expansivo y sanatorio de la "separación".

El alcance de estas y otras posibles consecuencias es—creo yo—lo que irataba de evitar con su calificación el Registrador de la Propiedad, pero a la hora del balance equitativo de soluciones ha prevalecido el criterio contrario. A mi entender hubo más obsesión en dar al nuevo nombramiento de consejeros una simultaneidad derivada de la "separación" que precisar el alcance que podía tener establecer una nueva excepción al artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando el supuesto en sí no era de verdadera "separación" y sí de "renovación" parcial del Consejo.

Mantener a todo trance el otorgamiento de una escritura que llevaba en sí el vicio inicial del incumplimiento de un artículo de la Ley de Sociedades Anónimas, construyéndolo como un supuesto de "separación", tuvo que desembocar inevitablemente en esta solución. Entiendo que otra cosa hubiese sucedido si

el informe registral en vez de aceptar el supuesto de “separación” hubiese discutido su problemática y hubiese podido razonar su inexistencia. De “lege ferenda” puede tomarse el supuesto como caso a contemplar en una posible modificación legislativa y entender que—a diferencia de los poderes—aquí el “orden del día” puede no ser exhaustivo.

SOCIEDAD ANÓNIMA: ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN.—NO ES INSCRIBIBLE LA CLÁUSULA ESTADUTARIA EN LA QUE LA ACCIONISTA, VIUDA DE ACCIONISTA, QUE CONTRAIGA NUEVO MATRIMONIO DEBERÁ TRANSMITIR TODAS SUS ACCIONES A DETERMINADAS PERSONAS, PORQUE ELLO SUPONE SU EXCLUSIÓN TOTAL DE LA SOCIEDAD, LO QUE EVIDENCIA QUE SE TRATA DE ALGO MÁS QUE DE UNA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DE LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES, QUE ES CONTRARIA AL ARTÍCULO 1.255 DEL CÓDIGO CIVIL. (Resolución de 15 de marzo de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 1 de abril de 1974.)

Hechos.—Resultando que por escritura autorizada en Zaragoza el 29 de diciembre de 1972, ante el Notario don David Mainar Pérez, se constituyó por la viuda e hijos de Pellicer la compañía Mercantil TALLERES PELLICER, S. A., nombrándose presidente a la viuda, doña Eulogia García Ara, y vicepresidente, secretario y vicesecretario, a los restantes socios, sus hijos, don Mariano, don José Antonio y don Santos Pellicer García, los dos primeros casados y soltero el último; que el artículo 7 de los Estatutos Sociales dice que “Podrá realizarse libremente la enajenación o venta de acciones, entre accionistas exclusivamente por igual número entre todos ellos, y las que resten en exceso, serán sorteadas entre los mismos. La mujer, viuda de accionista, seguirá disfrutando de la propiedad de sus acciones y del usufructo de viudedad de las que sean propiedad de los herederos del causante, pero no podrá enajenarlas ni transmitir las por herencia a otras personas, fuera de sus hijos o de los demás accionistas y en este último caso, a partes iguales, sorteando el exceso entre los mismos. La mujer viuda de accionista que contraiga nuevo matrimonio, deberá transmitir todas sus acciones a sus hijos y, a falta de éstos o de su no aceptación, a los demás accionistas a partes iguales, sorteando entre los mismos las que excedan de la igual distribución. El precio será el expresado por el vendedor, y, a falta de conformidad con los adquirentes, será fijado por dos peritos designados, uno por el transmitente y otro por el presunto adquirente, y si entre estos peritos no hubiese tampoco acuerdo, se fijará el precio por un tercero designado por sorteo, entre dos peritos, nombrado uno por cada uno de los primeros peritos, sin que pueda transcurrir más de un mes entre las designaciones y el peritaje. En los casos de transmisión “mortis-causa” de las acciones y cuando los herederos sean personas distinta de aquella de libre transmisión inter-vivos o de los hijos del causante, deberán tales herederos presentar dentro del plazo de seis meses, después de ocurrir el óbito de su causante, los documentos que acrediten su condición de heredero y los títulos representativos de las acciones, ante el Consejo de Administración, que lo notificará a los demás accionistas que puedan ejercer el derecho preferente adquisición, en la forma, plazos y precios establecidos en las transmisiones inter-vivos. Si en las transmisiones inter-vivos o mortis-causa, ningún accionista hiciera uso del derecho de adquisición pre-

ferente, podrá la sociedad en el plazo de un mes ejercer tal derecho, al solo efecto de amortizar las acciones con la consiguiente reducción del capital. Si algún accionista no quiere adquirir la parte proporcional de acciones que le pertenezca, las rechazadas, serán adquiridas por los demás accionistas, a partes iguales y sorteando entre los mismos las que sobran de la distribución igualitaria. Toda transmisión efectuada sin observar los precedentes requisitos privará a las acciones de los derechos políticos y económicos atribuidos por las Leyes y estos Estatutos"; que según el artículo 9 "Ningún accionista podrá, sin previa autorización del Consejo, pignorar en todo o en parte, ofrecer en garantía o comprometer en otras empresas, las acciones suscritas ni, en general, constituir derecho real sobre ellas"; que conforme al artículo 15, que trata de la asistencia y desarrollo de las Juntas sociales, "En cuanto al número de asistentes o representados a las Juntas y a la formación de mayorías de capital y accionistas para la validez de los acuerdos, se estará a lo dispuesto en la legislación vigente. La asistencia a las Juntas, podrá hacerse directamente por los accionistas o por sus representantes en virtud de escrito, incluso privado, pudiendo conferirse la representación solamente a accionistas, salvo en los supuestos de representación legal"; y que con arreglo al artículo 16, "La Junta general será presidida por el presidente del Consejo de Administración o accionistas que lo represente, asistido del secretario, quienes ostentarán, por tanto, el cargo de presidente y secretario de la Junta. Los acuerdos se transcribirán en el libro de actas, que serán firmados por el presidente y secretario obligatoriamente y deberán ser extendidos y aprobados a continuación de su celebración. Las reuniones tendrán lugar en el domicilio social, salvo las Juntas universales, o sea, las celebradas sin previa convocatoria por acuerdo unánime de todos sus accionistas o sus representantes";

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Presentado el documento a las once horas del día de hoy, bajo el número 895, al folio 186 vuelto del Tomo 18 del diario de presentación, SE DENIEGA su inscripción por los siguientes defectos: a) El párrafo 3.º del artículo 7.º de los Estatutos, porque ha de regirse la Compañía que se constituye, más que el establecimiento y una limitación en la transmisión de las acciones, lo que estatuye es, por vía de una condición resolutoria, la exclusión del socio de la Compañía, condición que se entiende como contraria a la moral y a las buenas costumbres y, por lo tanto, implícita en el artículo 1.255 del Código civil. b) Que al condicionar, en el artículo 9.º de dichas normas estatutarias, la validez de la pignoración, compromiso o constitución de un Derecho Real de las acciones de la Compañía, a la autorización del Consejo de Administración y no establecer, por el contrario, el sometimiento del mecanismo de la ejecución prendaria, al juego de los derechos preferenciales adquisitivos del artículo 7.º de dichas normas, es evidente que tal autorización, dependiente únicamente de la voluntad del Consejo de Administración, es una verdadera y absoluta prohibición de disponer, abiertamente rechazada por la jurisprudencia, por el espíritu de la Legislación vigente y por la doctrina, amén de resultar contraria a la naturaleza del título-valor. c) Si bien conforme al artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas es factible la delegación o representación del accionista en la Junta general a favor de otra persona, con las limitaciones, que dicho artículo establece, sin embargo,

dado el origen electivo del cargo de presidente del Consejo de Administración —bien en acto constitutivo o en Juntas generales posteriores al mismo— y sus especiales funciones en las referidas Juntas se considera que, su función, no es delegable, como lo confirman, además, las fuentes de donde emana dicho nombramiento, y que enumera el artículo 61 de la repetida Ley de Sociedades Anónimas. Los defectos apuntados se estiman como insubsanables, por lo que no procede extender anotación de suspensión, que, por otra parte, no ha sido solicitada”.

Resultando que los otorgantes de la escritura interpusieron recurso de *reforma y subsidiariamente gubernativo* contra la anterior calificación, alegando: que discrepan del criterio del Registrador en cuanto estima que en el artículo 7 de los Estatutos se establece una condición resolutoria contraria a la moral y buenas costumbres: que en el citado artículo no se prohíbe a la viuda de un socio fallecido que contraiga nuevo matrimonio, lo que evidentemente sería contrario a la Ley, a la moral y a las buenas costumbres, sino que mediante una cláusula limitativa se cierra el paso a la introducción en la sociedad de un extraño no contratante a través de su matrimonio con la viuda de un socio fallecido; que tal limitación está autorizada por el párrafo 5.º del artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el 46 de la misma Ley, 1.255 del Código civil y 116 del de Comercio; que la sociedad constituida, aunque adopta la forma de anónima es, en realidad, una entidad familiar “*intuitu personæ*”, constituida entre la madre y sus hijos de doble vínculo; que pensar que a causa de esta condición la viuda de un socio fundador pudiera incurrir en una situación real de inmoralidad, es tanto como temer que un socio, limitado en sus facultades de enajenación pudiera suicidarse al no disponer de las cantidades líquidas que conseguiría en una libre venta de sus acciones; que por igual razón habría de tacharse de inmoral la pérdida del usufructo viudal por causa de nuevo matrimonio, sin que deba presumirse que tal causa suponga una coacción a la viuda para casarse de nuevo; que el Derecho positivo debe fundarse, naturalmente, en la moral y en la ética, pero nunca hasta el extremo de adentrarse en la ascética y posibilidades de pecar en un ambiente de perfección espiritual; que por lo que respecta al apartado b) de la nota impugnada, se opone asimismo a lo preceptuado en el párrafo 5.º del artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1951, en relación con el 46 de la misma Ley, 50 y 116 del Código de Comercio y 1.255 del Código civil; que eminentes tratadistas sostienen la licitud de las llamadas cláusulas aprobatorias para la transmisión y gravamen de las acciones frente a terceros; que otro ilustre mercantilista afirma que la sociedad anónima familiar cerrada es una auténtica fortaleza donde el elemento personal supera al capitalista, por lo que es difícil considerar ilícita y contraria al orden público la prohibición de toda cesión de acciones, confirmando este criterio la Sentencia de 27 de enero de 1968; que por lo que atañe al apartado c) de la nota del Registrador, es evidente que interpreta el artículo 16 estatutario de una manera contraria a su espíritu y a su letra; que en tal precepto no se dice que el presidente del Consejo de Administración delegue su cargo, sino que lo que delega son sus derechos de accionista; que al no estar designado estatutariamente quién presidirá la Asamblea, le corresponde al presidente del Consejo de Administración y a falta de éste al accionista que elijan los socios asistentes a la reunión; que lo que dice el artículo 16 citado

es que las Juntas serán presididas, en primer término, por el que lo sea del Consejo de Administración y en segundo lugar por el accionista que le represente; que por consiguiente, el sustituto del presidente no preside la asamblea como si lo fuese del Consejo, sino como representante del accionista que además de tal condición reúne la de ser presidente; que parece claro, por tanto que se trata de una elección anticipada con el carácter de sustitución, que determina la persona que ha de presidir por la circunstancia de ostentar la representación de un accionista relevante, de donde resulta que el derecho no nace por la delegación del cargo, sino por la delegación de los derechos del accionista; que según el artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas, todo accionista que tenga derecho de asistencia a las Juntas podrá hacerse representar por medio de otra persona; que el presidente del Consejo, cuando se hace representar en la asamblea, no es como tal presidente del Consejo, sino como simple accionista y nada obsta para que, en este supuesto se señale, ya por pacto social que el accionista que le represente presidirá la asamblea, con lo cual se evita la elección concreta por los asambleístas asistentes; que, en definitiva, se trata de una designación de presidente de asamblea en virtud de estatutos y con el carácter subsidiario de sustituto del primer designado, por lo cual la fuente de designación no es la delegación, sino el pacto social condicionado a que no asista el presidente del Consejo, sino que sea representado por otro accionista; y que aunque la redacción del texto, a primera vista pudiera no ser del todo clara, basta un atento examen para llegar a la conclusión de que ni se pretendió consignar una cláusula contraria a la Ley ni se deduce de su literalidad semejante sentido;

Resultando que a la vista del escrito de los recurrentes y previa consulta entre los cotitulares de la oficina, se acordó reformar la calificación desistiendo del tercer defecto señalado en la nota, manteniéndose los dos primeros por los siguientes fundamentos: Que si bien es cierto que la realidad económica, especialmente en determinada región española presenta la existencia de gran número de sociedades en las que el factor personal incide en forma más importante que el capitalista, no lo es menos que la doctrina se encuentra dividida en este punto, sin que haya posibilidad de admitir la viabilidad de determinados pactos sociales de las referidas compañías anónimas cerradas que estén en contradicción con la vigente Ley que las regula, sin disponer de más apoyatura que el "intuitu personae", por lo que las normas legales le son totalmente aplicables; que como consta en la nota de calificación, el párrafo 3.º del artículo 7 de los Estatutos Sociales supone, más que una limitación de disponer, el establecimiento por vía de una condición resolutoria, de la exclusión de un socio de la Compañía, condición que a la luz de los artículos 792 y 793 del Código civil equivale a una prohibición absoluta de contraer matrimonio, considerada por dichos artículos contraria a la moral y a las buenas costumbres y que en términos generales resulta ilícita conforme a lo dispuesto en el artículo 1.255 del mismo cuerpo legal; que la condición establecida en el presente caso no obedece a razones familiares o personales en que podría estar más o menos justificada, sino exclusivamente a motivos económicos a los que se subordina un acto tan íntimo y personal como es el matrimonio, sin que pueda tampoco traerse a colación la extinción del usufructo viudal aragonés, precisamente basado en razones de otro tipo: que

con respecto al segundo de los defectos señalados su razón de ser nace de su propia naturaleza, o sea, de su específico carácter de cláusula de consentimiento que no puede llegar al extremo de hacer prácticamente imposible la transmisión por la prohibición absoluta del artículo 9 estatutario, que convierte al accionista en un esclavo de su título, lo que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de enero de 1968 condena como ilícito; y que como normas aplicables señala los artículos 53 a 58 del Reglamento del Registro Mercantil; 5, 498, 972, 988 y 1.255 del Código civil; 116 y 118 del Código de comercio; 11, 37 y 46 de la Ley de Sociedades Anónimas; las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1957, 28 de junio de 1958, 19 de abril de 1960, 5 de abril de 1961, 17 de abril de 1967 y 27 de enero de 1968, y las Resoluciones de la Dirección General de 17 de junio y 5 de noviembre de 1956;

Doctrina.—“Considerando, respecto al primer defecto señalado, que si la libre circulación de las acciones de la Sociedad Anónima tiene un valor relativo, por reconocimiento de la propia Ley, que admite cláusulas limitativas a su libre transmisibilidad “cuando están expresamente impuestas por los estatutos” (artículo 46), no es menos cierto que, por su misma excepcionalidad, estas cláusulas han de configurarse con extremo cuidado, de manera que su mecanismo, que ha de ser perfecto y funcional, no exceda de una mera y justificada limitación de transmisibilidad, ni atente, por una parte, al sistema y a la esencia de la naturaleza capitalista de la Sociedad Anónima —en principio alejada del “*intuitu personae*”, propio de entidades familiares que hallen sede y forma más natural en otro tipo de sociedades—, y por otra, y sobre todo, a superiores principios del derecho privado, que puedan jugar en la organización de la familia y su régimen económico.”

“Considerando que, a la luz de tales principios, la redacción terminante del párrafo 3.º del artículo 7 de los Estatutos, sometidos a calificación registral, ofrece graves reparos desde el momento en que obliga a la accionista, viuda de accionista, que contraiga matrimonio, y por este simple hecho, a la transmisión de sus propias acciones, con la consiguiente pérdida de su condición de accionista en la Sociedad, de la que queda excluida, lo cual evidencia que la pretendida cláusula estatutaria es algo más que una cláusula de limitación de transmisibilidad de las acciones y supera su problemática.”

“Considerando que, en el terreno del derecho privado general, dicho párrafo 3.º del artículo 7 puede llegar a estimarse, en efecto, atentatorio a la moral, conforme al artículo 1.255 del Código civil, toda vez que pone en cuestión la celebración o no celebración de segundas nupcias para determinar el estatuto social de la mujer, con lo que violenta además las actuales corrientes de no discriminación por razón de sexo, que van ganando terreno en nuestro Código civil y en el concepto de orden público, sin que valga, en campo mercantil, el argumento de la cesación del usufructo foral de viudedad, institución aragonesa suficientemente justificada en el ámbito estrictamente familiar, pero incluso más moderada que la exclusión societaria, sin paliativos, que ahora se cuestiona”;

“Considerando, respecto al segundo defecto, que, como expresa la nota de calificación, al estructurar la cláusula del artículo 9 como de “consentimiento” y hacer depender la validez de los actos dispositivos y de gravamen del

accionista exclusivamente de la voluntad del Consejo de Administración, en vez de "someter el mecanismo de la ejecución prendaria al juego de los derechos preferenciales adquisitivos del artículo 7.º" o a otros válidos en derecho, los Estatutos establecen una verdadera y absoluta prohibición de disponer, contraria a la Ley";

"Considerando, en fin, que no hay que entrar en el examen del defecto tercero de la nota, que ha sido eliminado previa consulta entre los cotitulares de la oficina a la vista del escrito de los recurrentes",

"Esta Dirección General ha acordado confirmar la Nota del Registrador."

Consideraciones críticas.—Había en la iniciación del proceso que va a dar lugar al recurso gubernativo una triple oposición por parte del Registrador mercantil que en su extensa nota calificadora precisa tres defectos que luego van a quedar reducidos a dos. Nosotros vamos a tratar de los tres defectos en este comentario, aun reconociendo que los que de verdad plantean crítica son los dos primeros. Sobre la argumentación notarial —que trata de defender la redacción de unas cláusulas— pesa, sin duda, esa serie de comentarios que Manuel de la Cámara ("Estudios de Derecho Mercantil", vol. 1, pág. 464) hiciera sobre la transmisión de la cualidad de socio en las sociedades familiares en las que el "*intuitus personae*" es el eje sobre el cual se crean y funcionan dichas sociedades. Sin perjuicio de que luego insistimos en alguno de los argumentos utilizados por el autor citado, conviene precisar cómo el mismo anticipa una idea que ha de tenerse en cuenta a la hora de la redacción del documento, hora de la etapa de la montaña, y que en el caso presente no se cumplió. Dice el autor citado que "El artículo 46 de la Ley permite que la transmisión de acciones se restrinja o condicione, *pero no que se excluya*, y a una exclusión equivale que las acciones, salvo que se trate de transferirlas a ciertas personas, no puedan ser enajenadas si no es con el consentimiento de los demás socios". Partiendo de esta idea que considero acertada, vamos a descender a los tres defectos que señaló el Registrador ante la redacción de las cláusulas que pretendían tener acceso al Registro.

A) *Limitación de transmisión, condición resolutoria y exclusión de socio.*

En la redacción de la cláusula estatutaria que da lugar al recurso no hay exclusión de transmisión ni exigencia de consentimiento previo para la misma, sino que, pensando en el círculo circunscrito de una sociedad familiar, se trata de excluir la intromisión de una tercera persona extraña a la misma a través del juego del matrimonio ulterior. La "tentación" que puede suponer para las viudas un segundo o posterior matrimonio trató de salvarse a través de esta redacción poco hábil: "La mujer viuda de accionista que contraiga nuevo matrimonio deberá transmitir todas sus acciones a sus hijos, y a falta de éstos o de su no aceptación, a los demás accionistas a partes iguales, sorteando entre los mismos las que excedan de la igual distribución."

La "desconfianza" que un segundo o ulterior matrimonio presionó sobre los redactores del Código civil al establecer ese sistema de garantías hacia los hijos del primero concretadas en una "reserva de bienes", se hacen en el presente caso de una dureza extrema: se le impone a la viuda de transmisión de todas sus acciones a favor de los hijos o demás accionistas, lo cual,

en términos que la calle entiende, quiere decir que pierde su condición de accionista y queda marginada de la sociedad a que pertenecía. De viuda inconsolada y accionista pasa a ser viuda consolada y ex accionista. ¿Es esto lícito? La celebración del segundo o ulterior matrimonio genera para la viuda, según el Registrador, una condición resolutoria contraria a la moral y a las buenas costumbres, provocando la exclusión de accionista de la misma. El notario, autor material de la cláusula, se obsesiona un tanto con el "intuitus personae" y no alcanza a relacionar los preceptos de la legislación de sociedades con los genéricos del ordenamiento jurídico, llegando a afirmar que ello no supone "coacción" para la viuda y que "el derecho positivo debe fundarse, naturalmente, en la moral y en la ética, pero nunca hasta el extremo de adentrarse en la ascética y posibilidades de pecar en un ambiente de perfección espiritual". La verdad sea dicha que no comprendo cómo la Dirección General no ha dedicado un especial considerando para "combatir" como se merecía esta aseveración. Digo esto porque si bien la Dirección General destina a la cuestión dos considerandos, no vuelca en ellos lo que la frase merecía.

La Dirección General se reprime y con la ponderación acostumbrada advierte que esas sociedades "intuitus personae" con forma anónima no eliminan el carácter eminentemente "capitalista" de la sociedad anónima y que además debe tenerse en cuenta los superiores principios de derecho privado que pueden jugar en la organización de la familia y su régimen económico. Estos principios y la redacción de la cláusula evidencian que estamos ante un caso no de "limitación de transmisibilidad de las acciones", sino de algo más. Sale al paso la Dirección General ante el argumento notarial que alega que las segundas nupcias en el Derecho aragonés hacen perder a la viuda el derecho de viudedad, pues al tratarse de una institución estrictamente familiar y civil, nada tiene que ver con el campo mercantil a que se está haciendo referencia.

Sería largo de argumentar el criterio que el comentador de esta Resolución tiene para inclinarse por la solución oficial de la misma, pero en último término sólo poniéndose en el caso de la "viuda" podría verse lo injusto y anormal del supuesto. Como las estadísticas denuncian que hay más viudas que viudos y que sólo aquellas reinciden —recuncan, dirían los gallegos— las dificultades de explicación suben de tono. Lo que no puede admitirse es el juego de un segundo matrimonio como sanción de pérdida de derechos, condición resolutoria de los mismos que prohíbe el artículo 1.255 del C. c. y que al nuevo marido de la viuda se le considere como un "extraño". También, cómo no, habría que pensar seriamente en la primera parte del artículo 793 del C. civil que inclina balanzas a la hora de la decisión final. Por último, cabría añadir cómo la dirección legislativa que va retocando la redacción del Código civil, muestra bien a las claras que el legislador va protegiendo la celebración de primeras o ulteriores nupcias.

B) *El consentimiento, la autorización y el derecho de adquisición preferente*

Manuel de la Cámara, en el trabajo citado antes, centra perfectamente la solución que al segundo defecto pone en la nota el Registrador. Al hablar de las cláusulas restrictivas que pueden encajar en el artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas divide las mismas en dos grandes grupos: de consentimiento y de adquisición preferente. En virtud de las primeras, la eficacia de la transmisión —frente a la sociedad— depende de que la sociedad, a través de la Junta general, dé su conformidad a la transmisión. Las segundas no impiden ésta, pero conceden a los demás socios un derecho de rescate en determinadas condiciones.

Diseñadas en forma tan clara estas dos clases de cláusulas, el autor se plantea el problema de su validez. “Su validez —sigue diciendo— en términos generales, no ofrece duda si se trata de articular un derecho de adquisición preferente, que puede jugar frente a transmisión *inter vivos* o frente a transmisiones *mortis causa*. El problema principal en este tipo de cláusulas consiste en puntualizar hasta dónde es posible que los estatutos predeterminen el precio por el cual se puede ejercitar el derecho a adquirir con preferencia a terceros las acciones que van a ser transmitidas. En cambio, no es tan clara, a nuestro juicio, la licitud de las cláusulas de consentimiento, a no ser que se estipule que éste sólo podrá negarse si concurren causas justificadas. Es de observar que la Sentencia de 27 de enero de 1968 se opone a que estas cláusulas concedan un trato desigual a las acciones, de forma que la aplicación de aquéllas quede a la decisión mayoritaria del Consejo de Administración a propuesta de su presidente.”

Esto así, la cláusula en cuestión que entra de lleno en la prohibición que el autor señala, dice así: “Ningún accionista podrá sin previa autorización del Consejo, pignorar en todo o en parte, ofrecer en garantía o comprometer en otras empresas las acciones suscritas ni, en general, constituir derecho real sobre ellas”. El Registrador no duda en calificar a tal cláusula como una verdadera prohibición de disponer, abiertamente rechazada por la jurisprudencia, por el espíritu de la legislación vigente y por la doctrina, amén de resultar contraria a la esencia del título-valor. Poco convincentes son las razones que dan los recurrentes entre las cuales está el socorrido párrafo 5 del artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas, que admite que en los estatutos puedan incluirse los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que unos y otros sean “lícitos” y “no se opongan a lo dispuesto en la Ley”. El argumento, sin duda, prescindía de la última parte que nosotros añadimos y que es la decisiva para eliminar esa cláusula del campo estatutario.

La Dirección General, en un considerando muy breve, sanciona la ilicitud de la cláusula que entra en las llamadas de “consentimiento” en vez de estructurarse a través de un derecho de adquisición preferente, lo cual lleva a entender que se establece “una verdadera y absoluta prohibición de disponer”. Poco o nada puede añadirse a esta argumentación, correcta y ajustada a la ley, aunque a la hora de matizar el carácter de la prohibición de disponer pudiera haberse incluido en las relativas, más que en las absolutas, pero para los efectos del recurso era igual.

C) *Delegación de facultades del presidente del Consejo de Administración*

El tercer defecto que el Registrador pone en su nota a la escritura que pretende inscribirse deja de serlo por haber desistido del mismo a la vista del escrito de los recurrentes. No obstante, como la materia es aleccionadora, vamos a exponer en forma muy sintética las dos argumentaciones dadas en pro y en contra.

Para el Registrador la función que corresponde al presidente del Consejo de Administración *no es delegable* y de ahí que entendiéndose en su nota que no podía admitirse que la Junta fuese presidida por el presidente del Consejo de Administración "o accionista que lo represente". La argumentación que esgrimen los recurrentes es contundente. En el discutido artículo estatutario no se dice que el presidente del Consejo de Administración "delegue su cargo", sino que lo que delega son sus derechos de accionista y éstos, conforme el artículo 61 de la Ley de Sociedades Anónimas, sí son delegables.

Merece la pena seguir esa argumentación, pues ella nos lleva a la no aplicación del caso que planteaba la Resolución de 5 de noviembre de 1956 que citaba el Registrador en apoyo de su tesis. Los recurrentes dicen que conforme al artículo 16 de los Estatutos, las Juntas generales serán presididas, en primer término, por el que lo sea del Consejo de Administración, y, en segundo lugar, por el accionista que lo represente, resultando, por consiguiente, que el sustituto del presidente no preside la asamblea como si lo fuera del Consejo, sino como representante del accionista, que además de tal condición reúne la de ser presidente. De ahí que el derecho a presidir no nace por la delegación del cargo, sino por la delegación de los derechos del accionista.

El último considerando de la Resolución del año 1956 precisaba la doctrina de la delegación de facultades correspondientes a la Junta general y que, en su doble consideración de derechos y deberes (funciones, propiamente dichas) no cabe delegar en otro órgano jerarquizado, precisamente por ese poder indirecto de gestión que supone el nombramiento, fiscalización y revocación de los administradores. Como excepciones a todo ello señalaba el nombramiento por los fundadores de la sociedad (artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas) y el nombramiento interino en caso de vacante (artículo 73 de la misma Ley), pero se trata de nombramientos a reserva de su aprobación o revocación por la primera e inmediata Junta general.

Al descartarse la aplicación al presente caso de esa doctrina, el Registrador, tras consulta con los cotitulares de la oficina, reconoció la posibilidad de inscribir dicha cláusula estatutaria en base de los argumentos aducidos por los recurrentes.

ESCRITURA DE PODER.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE PODER CUANDO LA CAPACIDAD DEL PODERDANTE EXTRANJERO HA SIDO CALIFICADA CON ARREGLO A SU LEY NACIONAL ACREDITÁNDOLA DE MODO AUTÉNTICO. (Resolución de 28 de marzo de 1974, B. O. del Estado de 11 de abril de 1974.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona, don Luis Felez Costea, contra la negativa del funcionario calificador a inscribir una escritura de poder autorizada por el nombrado fedatario;

Resultando que el 14 de noviembre de 1973 fue autorizada por el notario de Barcelona, don Luis Felez Costea, una escritura de amplio poder otorgada por don Carlo Morone Spaggiaria como consejero delegado de la Compañía TECNOFINISH IBERICA, S. A., a favor de varias personas de diferentes profesiones y que en el instrumento, el Notario da fe de "conocer al compareciente" que es "de nacionalidad italiana y vecino de Milán, con domicilio en Vía San Calogero, número 6";

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: "Examinado el precedente documento junto con el testimonio notarial que se acompaña de un certificado expedido por el Consulado General de Italia en Barcelona el 17 de julio de 1964, relativo a la capacidad negocial de los italianos mayores de edad, se suspende su inscripción por no acreditarse la capacidad del compareciente en la conformidad establecida en el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil con referencia especial y concreta al acto otorgado. No se ha solicitado anotación preventiva";

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que de los tres sistemas de apreciación notarial de la capacidad de los otorgantes seguidos por las legislaciones positivas, que son: el anglosajón de no existencia de juicio de capacidad, el sudamericano de presunción de juicio favorable por el solo hecho de la autorización y el de exigencia y constancia documental, nuestro derecho se decide por este último en el artículo 167 del Reglamento Notarial; que este juicio que debe formarse y consignarse documentalmente por el Notario autorizante, cualquiera que sea la nacionalidad del compareciente, se bifurca en dos vertientes, a saber, apreciación de la capacidad natural y enjuiciamiento de la capacidad jurídica; que la primera es una cuestión de hecho que el Notario percibe por sus sentidos, con el complemento, a veces, de certificados o informes de peritos, sin que la condición de nacional o extranjero influya en este punto; que la segunda o enjuiciamiento de su capacidad jurídica, implica el conocimiento de la Ley y en esta cuestión sí es relevante la circunstancia de la extranjería; que si el compareciente es español, el juicio es fácil, puesto que el Notario es profesional del Derecho además de funcionario público, pero si es extranjero, al regularse su capacidad por la Ley nacional, deberá acreditar este extremo mediante certificación del cónsul o representante diplomático de su país en España (artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil); que en la autorización de la escritura objeto del recurso se ha ajustado al procedimiento legal descrito; que a mayor abundamiento, en el presente caso se da la circunstancia de que el compareciente ha sido también otorgante de otras escrituras que han causado diversas inscripciones en el mismo Registro Mercantil y en la propia hoja abierta a la Compañía que representa, entre ellas la escritura fundacional, prueba documental de su capacidad negocial plena; que el nombramiento de consejero-delegado de dicha sociedad consta asimismo inscrito en el mencionado Registro, por lo que éste proclama la legitimación de su capacidad jurídica y de obrar y de su capacidad para otorgar el apoderamiento suspendido; que por tanto, cerrar el acceso a los libros del Registro a un acto otorgado por quien según los asientos del mismo

está legitimado para hacerlo y tiene facultades delegadas bastantes para su otorgamiento constituye un contrasentido; y que finalmente no puede por menos que invocar los principios fundamentales latentes en nuestro ordenamiento jurídico, que aunque no estén expresamente formulados en un precepto legal concreto, son el de seguridad del tráfico y el de reciprocidad con otras legislaciones extranjeras.

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que en la escritura presentada no se hace referencia alguna a los requisitos exigidos por el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil, si bien se acompañaba testimonio notarial de una certificación expedida al parecer por el cónsul general de Italia en Barcelona, sin que la firma del mismo esté legitimada, en la que simplemente se declara que "el ciudadano italiano, mayor de edad, tiene plena capacidad legal para actuar en toda clase de actos y contratos"; que el requisito de la mayoría de edad resultaba también de la comparecencia y como el indicado otorgante manifestaba actuar en representación de TECNOFINISH IBERICA, S. A., como consejero-delegado de la misma, se procedió a examinar los libros de la oficina, comprobándose que, efectivamente, en la fecha del otorgamiento dicho compareciente ostentaba tal calidad; que prescindiendo de la actual crisis de conceptos, en el mundo de la geometría, el tema de la capacidad más que una figura con dos vertientes es comparable a una pirámide en cuya base radicaría la elemental capacidad jurídica, siguiéndole la genérica, de obrar en sus facetas delictual, procesal, negocial y no sólo la de cada especie de acto, sino también la de cada acto concreto; o sea, la inexistencia de limitaciones que impidan la actuación de la persona en las circunstancias de momento y lugar y en la relación con objeto determinado; que el problema de la capacidad no es cuestión simple, sino la compleja de si se dan todas las "conditio iuris et facti" para que una persona pueda realizar un cierto acto, por lo que no se puede hablar de capacidad, sino de capacidades; que la capacidad de los extranjeros se rige en España por las normas de su Estatuto personal y dichas normas implican no sólo la capacidad jurídica pese a su casi universal reconocimiento, sino también la de obrar; o sea, que todo lo relativo a la capacidad física y psíquica de las personas se rige en principio por la Ley nacional del extranjero; que tal principio se encuentra limitado considerablemente por los llamados conceptos de "orden público, interés de la nación, etc.", cuyo uso y abuso constituye el medio más cómodo y fácil para fundamentar la competencia territorial, anulando prácticamente en muchas ocasiones lo que un autor ha llamado "el yo civil e irreductible del hombre", que no es posible sin la firmeza y extraterritorialidad de las leyes nacionales; que los Notarios, en cumplimiento del artículo 167 de su Reglamento Orgánico, deben emitir juicio de capacidad del otorgante en relación con el acto concreto sometido a su autorización, lo que implica un examen exhaustivo, no sólo de la capacidad jurídica y de obrar, sino de todas las circunstancias del mismo, con sus limitaciones, prohibiciones, etc.; que el Notario debe apreciar la capacidad del extranjero desde un ángulo óptico de la Ley nacional del mismo, aunque teniendo en cuenta las limitaciones territoriales que puedan existir; que según el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil la referida capacidad debe ser acreditada, a efectos de la inscripción, mediante aseveración

explícita del Notario o mediante la oportuna certificación; que en el caso debatido el Notario no efectúa declaración específica y la certificación que se acompaña, no legitimada, tiene casi diez años de antigüedad, como si las leyes se pudiesen variar, formulándose una declaración general de capacidad, sin referencia a la sanidad mental del otorgante, sin que tampoco resulte de la misma que el compareciente sea mayor de edad, dato éste que el Notario debe haber considerado ya resultaba del Registro; que tales fórmulas generales son completamente deficientes del juicio concreto que debe realizar el Notario e incumplen lo exigido por la Resolución de 17 de enero de de 1951; o sea, la referencia a los preceptos de la ley directamente aplicables; que sus términos absolutos conducen al absurdo, pues es increíble que porque una persona sea italiana y mayor de edad pueda realizar toda clase de actos sin restricciones ni limitaciones, lo que constituiría una patente en curso para navegar indefinidamente por los mares alambicados y complejos del mundo jurídico, plagados de distingos y sutilezas, lo que afectaría gravemente a la seguridad jurídica; que el Registrador debe enjuiciar la capacidad aunque se trate de un extranjero inscrito ya en el Registro Mercantil como representante de una sociedad, pues si no fuese así, tal constancia de capacidad afectaría igualmente al Notario, quien ha utilizado una fórmula concreta y precisa de remisión a los exclusivos efectos de identidad del compareciente; que debe distinguirse al menos entre legitimación, capacidad jurídica y capacidad de obrar, de donde podrá deducirse la capacidad del compareciente para el otorgamiento del acto suspendido; que la legitimación creada por la publicidad registral implica una presunción "iuris tantum" de la identidad de una persona; que la capacidad jurídica supone su aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y aunque en teoría está universalmente reconocida, se rige en la práctica por la ley nacional, debiendo aplicarse la territorialidad por razón de orden público en caso de ser aquélla desconocida; que la capacidad de obrar se rige también prima facie por la ley nacional y es susceptible de múltiples alteraciones que por su naturaleza contingente, ambulatoria y variable no son susceptibles de garantía registral, pues el identificado puede haber cambiado de nacionalidad, o haberse alterado su ley nacional, o haber sido declarado incapaz o limitado, extremos que hay que conocer de manera cierta en beneficio del tráfico jurídico; y que en cuanto al principio de reciprocidad, es opinión común que sólo rige en casos taxativos y presupone siempre absoluta identidad de elementos.

Doctrina.—“Considerando que la capacidad negociada de don Carlo Morone, ciudadano extranjero, mayor de edad y en tanto que consejero-delegado de una sociedad anónima española queda suficientemente acreditada por sus propios Estatutos orgánicos—los artículos pertinentes se insertan en la copia de la escritura de poder presentada en el Registro—, cuya vigencia, por otra parte, consta en éste, ya que en la misma oficina fue inscrita aquella escritura, así como otras en las que ha sido otorgante el mismo consejero-delegado, y que, a mayor abundamiento y, para cumplir formalmente con lo que disponen tanto el artículo 186-5.º del Reglamento Notarial como el artículo 36 del Hipotecario sobre juicio de capacidad de un extranjero, se acompaña certificación, que el fedatario considera, en efecto, vigente, sobre capacidad legal del mayor de edad italiano “para actuar en toda clase de actos y contratos”,

entre otros "constitución de sociedades tanto italianas como extranjeras o de otra naturaleza cualquiera."

"Considerando que tal juicio no contradice ninguna de las disposiciones legales reglamentarias citadas en el recurso, así como tampoco la doctrina de la Resolución de 17 de enero de 1951, recaída en un recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad y en el que era problemática la capacidad del otorgante extranjero "y por no regir respecto de las leyes extranjeras la propia máxima "iura novit curis" declaraba—no es éste el caso—que no puede exigirse a los funcionarios españoles que apliquen de oficio tal derecho y por ello la capacidad de los otorgantes extranjeros, que ha de calificarse con arreglo a su Ley nacional, es preciso que se acredite de modo auténtico", conforme a los artículos citados del Reglamento Hipotecario y Reglamento Notarial."

"Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador."

Consideraciones críticas.—Partiendo de la base que la solución que se da al recurso es justa ante la situación de hecho que rodea al caso, es evidente que los dos considerandos de que consta la doctrina de la Dirección eluden una explicación profunda que podría justificar más dogmáticamente la solución. Me explicaré. Hay en las alegaciones de los recurrentes poca precisión en cuanto dentro del concepto de legitimación se incluye la capacidad jurídica y la de obrar, cosas que doctrinal y legislativamente están plenamente diferenciadas. Lo apunta en su documentado informe el Registrador al precisar las diferencias existentes entre dichos conceptos, pero de nada sirve, pues al darse solución al caso en el primer considerando de la Resolución solamente se plantea el problema de la "capacidad negocial" del consejero-delegado y la "capacidad del extranjero" acreditada por un documento de fecha anterior. Para nada se hace entrar a la posible legitimación generada por la publicidad registral. Y es curioso cómo esta circunstancia es una de las que debe comprender el Registrador en su calificación, pues a diferencia de lo que sucede en el campo de la legislación hipotecaria, en la que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria sólo considera necesario que la calificación se extienda a la "capacidad de los otorgantes", aquí a dicha capacidad se añade la *legitimación* (artículo 5 del Reglamento Registro Mercantil).

Consecuencia de todo ello son los dos grandes problemas que deben abordarse en la solución del caso: ¿Tenía legitimación el consejero-delegado para el otorgamiento del poder?; ¿Tenía capacidad para la realización de dicho acto? Claro está que esta capacidad pudiera ser examinada—y aquí es donde está la raíz equivocada de la discusión— como capacidad del extranjero para ser consejero-delegado de una sociedad o como conjunto de facultades que a un consejero delegado le corresponden conforme a los estatutos, aun siendo extranjero.

Creo que las soluciones las da la Resolución de la Dirección General, pero como en la misma existen dos considerandos, dos a nuestro juicio deben ser los apeaderos del comentario: el primero destinado a precisar la solución del caso y el segundo a demostrar que la doctrina no se separaba de la ya establecida por la misma Dirección en otra resolución.

A. Legitimación, capacidad general y capacidad de obrar

Decía Ladaria Caldentey ("Legitimación y apariencia jurídica", Barcelona, 1952) que para que un acto jurídico sea eficaz no es suficiente que su autor tenga aptitud subjetiva para realizarlo (es decir, capacidad de obrar), sino que es también necesario que tenga el reconocimiento, otorgado por el Derecho, de un poder suficiente, es decir, de la posibilidad concreta de llevar a cabo el acto en cuestión. El reconocimiento de este poder recibe el nombre de legitimación. Mientras los conceptos de capacidad jurídica y de obrar son conceptos estrictamente subjetivos: hacen referencia a la cualidad de las personas, la legitimación es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de su posición respecto al acto.

Señaladas estas diferencias y admitiendo que dentro de la teoría de la legitimación puede hablarse de una *directa* (que emana de la titularidad), otra *indirecta* (a través de la representación, la sustitución, la gestión, etc.) y de una extraordinaria, cuya manifestación más genuina es la que se deriva del principio de publicidad registral, es preciso situar en el presente caso todos estos conceptos.

Dentro del campo de la capacidad para desempeñar los cargos de la administración de sociedades españolas sólo juegan las limitaciones que impone el artículo 82 de la Ley de Sociedades Anónimas, que no incluye la condición de extranjero. Garrigues Uría ("Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", Tomo II, pág. 167) nada dicen al respecto. Igualmente sucede con Rubio y García Mina ("Curso de derecho de sociedades anónimas", Madrid, 1964, pág. 240) y con Rodríguez Artigas ("Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración". Editorial Montecorvo, 1971). Únicamente Manuel de la Cámara ("Estudios de Derecho Mercantil", Tomo I, página 514) hace alusión a la serie de limitaciones que pesaban sobre los extranjeros en la Ley de 24 de noviembre de 1939, pero que conforme al artículo 13 del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 han desaparecido. De ahí que pueda decirse que el carácter de extranjero no limita la posibilidad de ostentar el cargo de administrador de las sociedades anónimas, salvo en aquellos casos como son las de defensa nacional, las que exploten empresas periodísticas, las destinadas a actividades cinematográficas, las concesionarias de servicios aéreos, las sociedades mineras y de inversión mobiliaria.

Es decir, que para que en su día pudiera ostentar el cargo de consejero-delegado don Carlo Morone Spaggiari, de nacionalidad italiana, debió ser preciso justificar, conforme al artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil la capacidad civil del mismo, cosa que bien pudo realizarse por ese certificado expedido por el Consulado General de Italia en Barcelona el 17 de julio de 1964 y que ahora vuelve a presentarse a nuestro juicio innecesariamente. Decimos esto, pues entendemos que el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil no debe ser interpretado tan restrictivamente que cada actuación de un extranjero comerciante deba ir acompañada de un certificado de capacidad, pues aquí el que actúa no es el "extranjero", sino el consejero-delegado de una sociedad a quien en su día se consideró como hábil y con capacidad para desempeñar el cargo y cuyas facultades vendrán determinadas por los estatutos.

Demostrada en su día la capacidad, y no existiendo limitaciones, para desempeñar el cargo de consejero-delegado de una sociedad anónima, es evidente que su "capacidad de obrar" viene determinada por los estatutos sociales y deben ser éstos los que el Registrador examine, juntamente con el contenido del Registro, para decidir si el acto inscribible goza o no de los requisitos de validez para ser inscrito. La capacidad concreta para el acto que ha de ser inscrito vendrá dada por el contenido de los estatutos y la legitimación que avala el posible otorgamiento del acto inscribible lo determinará la inscripción respectiva.

De ahí que, a mi entender, no tenía por qué haber entrado en juego el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil y, por supuesto, al emitir el juicio de capacidad notarial del acto, conforme al artículo 167 del Reglamento Notarial, para nada tenía que utilizar el Notario la ley Nacional del otorgante, pues, vuelvo a insistir, aquí actuaba un órgano social, debidamente nombrado, y con unas facultades que emanaban del artículo estatutario correspondiente. Es en el acto del nombramiento donde el Notario debió y seguramente comprobó la capacidad para que el italiano en cuestión fuera nombrado consejero-delegado.

B. *La máxima "iura novit curia" y la capacidad de los extranjeros*

En la Resolución de 17 de enero de 1951 se planteó el caso de si el Registrador podía o tenía facultades para pedir el certificado consular de que habla el artículo 36 del Reglamento Hipotecario para acreditar la capacidad civil de los extranjeros. Y la Dirección contestaba que por no regir respecto de las leyes extranjeras la máxima "iura novit curia" no puede exigirse a los funcionarios españoles que apliquen de oficio tal derecho y por ello la capacidad de los otorgantes extranjeros que ha de calificarse con arreglo a su ley nacional, es preciso que se acredite de modo auténtico y con tal finalidad aparece redactado el párrafo 3 del artículo 36 del Reglamento Hipotecario, en armonía con lo dispuesto en el artículo 168 del Reglamento Notarial.

Como esta Resolución está citada en el escrito que plasma el informe del Registrador a los efectos de defender su postura, es por lo que la Dirección le dedica un considerando. El Registrador alegaba que el uso de fórmulas generales para acreditar esa capacidad negocial del extranjero era insuficiente, pues se necesitaba un juicio concreto del Notario o la presentación de la certificación consular correspondiente, pues de lo contrario se incumple la ley y lo exigido por la Resolución de 17 de enero de 1951.

Aparte de que el caso era completamente distinto, pues en el mismo de la certificación presentada no se deducía la capacidad de obrar del extranjero, concretamente para realizar una venta, aquí no es de aplicación esa doctrina de la Dirección que interpretando debidamente el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, y en su consecuencia el 9 del Reglamento del Registro Mercantil, permite al Registrador la exigencia de tal requisito. El no haber sido redactado el primer considerando con mayor exactitud es lo que exige este segundo considerando.

Volvemos a repetir la afirmación anterior. Aquí no había un extranjero,

sino un cargo social ostentado por persona extranjera. Si se acredita la validez del nombramiento, cosa que emana del Registro, y a su vez se acredita la vigencia del cargo, las facultades del mismo habrán de deducirse del artículo o artículos correspondientes de los estatutos. A mi juicio resulta excesivo dar entrada, en estos casos de cargos servidos por extranjeros, al artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil y 36 del Hipotecario. Por muchos cambios que puedan producirse en una legislación se hace muy cuesta arriba admitir que a un mayor de edad pueda suprimírsele por capricho legislativo la capacidad de obrar. Si cada acto que deba realizar ese consejero-delegado necesita el complemento de su vigente capacidad, la marcha social de la empresa debe sufrir tantos retrasos que lo más óptimo sería colocar a un nacional en ese cargo de administración social.

SOCIEDAD ANÓNIMA: REVOCACIÓN Y DELEGACIÓN DE FACULTADES.—ES VÁLIDA LA ACTUACIÓN DE UN CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN CON UNA MITAD DE CARGOS NO RENOVADOS EXPRESAMENTE, POR LA QUE SE REVOCA EL NOMBRAMIENTO DE ALGUNO DE SUS MIEMBROS Y SE DELEGAN FACULTADES EN OTRO. (Resolución de 30 de mayo de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 28 de junio de 1974.)

Hechos.—Resultando que por escritura de 11 de febrero de 1970, autorizada por el Notario de Barcelona, don Enrique Gabarró y Sansó, se constituyó la Compañía Mercantil "GUATOREX ESPAÑOLA, S. A.", que fue inscrita en el Registro; que de dicha escritura y de los libros de la oficina resulta que la sociedad estaba integrada por seis socios, cuatro de los cuales formaban el Consejo de Administración, del que era presidente don Carlos Suárez Cué y vocales don Luigi Cavezzale y don Ricardo Legido Soriano, actuando como secretario don Carlos Enrique Perera San Miguel, todos los cuales aceptaron sus cargos; que al constituirse la sociedad, los consejeros nombrados acordaron por unanimidad designar consejero-delegado a don Ricardo Legido Soriano, quien en el ejercicio de su cargo podría hacer uso de todas y cada una de las facultades legalmente delegables que según la ley y los Estatutos sociales corresponden al Consejo de Administración; que según el artículo 30 de los Estatutos, "La Sociedad será administrada y regida por el Consejo de Administración, el cual asume la representación social y tiene plenitud de facultades. El Consejo de Administración estará integrado por tres individuos como mínimo y siete como máximo, nombrados por la Junta general; que conforme el artículo 34 "La duración de los cargos de consejeros será de cuatro años, renovándose cada dos de ellos la primera vez y el resto la siguiente. Quienes hayan de serlo primeramente, se determinará por votación y las sucesivas por orden de antigüedad debiendo, en todo caso, los grupos de accionistas a quienes represente el vocal o vocales del Consejo que hayan de cesar, determinar si han de ser renovados en su mandato o designarse la persona que ha de sustituirlos. Si durante los plazos para que fueron nombrados los administradores se produjeran vacantes, el Consejo podrá designar las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta general. A efectos de este artículo se ha de entender que

el año termina el día que se celebre la Junta general ordinaria en que haya de efectuarse la renovación de consejeros"; que el artículo 38 establece que "El presidente del Consejo de Administración será considerado como presidente de la sociedad y le corresponde velar por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo, al cual representa permanentemente con los más amplios poderes, pudiendo tomar en circunstancias especiales las medidas convenientes a los intereses de la sociedad. Le corresponderá la alta inspección de los servicios y llevará la firma social, pudiendo delegarla en el vicepresidente de la sociedad o en dos consejeros que integren la Comisión Permanente, correspondiendo conjunta o separadamente la firma social a dichos dos consejeros".

Resultando que por escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don Alfonso del Moral y de Luna, el 17 de noviembre de 1973, don Carlos Suárez Cué, compareciendo en nombre y representación de "GUARTOREX ESPAÑOLA, S. A.", manifestó que según consta en acta autorizada por el propio Notario, en la reunión del Consejo que tuvo lugar el 11 de octubre de 1973 se tomó el acuerdo de "revocar la delegación de facultades que según el capítulo V de la escritura de fundación de la Sociedad a que antes se ha hecho referencia se había concedido a don Ricardo Legido Soriano, como consejero-delegado, en relación con las atribuidas al Consejo de Administración en los Estatutos sociales"; que como resulta de otra acta incorporada también a la referida escritura y autorizada por el mismo fedatario, el anterior acuerdo de revocación fue ratificado en posterior reunión del Consejo que tuvo lugar el 8 de noviembre siguiente, delegándose en don Carlos Suárez Cué las facultades del Consejo de Administración que se especifican en el artículo 37 de los Estatutos sociales, salvo las legalmente indelegables, acordándose también que los dos acuerdos de revocación y delegación de facultades se inscriban en el Registro Mercantil"; que en las citadas reuniones se decidió igualmente trasladar el domicilio social desde el emplazamiento que ocupaba en Comandante Zorita, número 6, 1.º, de Madrid, a los locales adyacentes a la fábrica en Torrejón de Ardoz, polígono industrial Procoinsa, calle Pirita, sin número; que presentadas las actas en el Registro se puso nota expresiva de que "las revocaciones y delegaciones de facultades no pueden hacerse mediante acta, siendo precisa escritura"; y que, en vista de ello se otorgó la escritura anteriormente referida de 17 de noviembre de 1973.

Resultando que presentada en el Registro primera copia del anterior documento fue calificado con la siguiente nota: "PRESENTADO el precedente documento el día 21 de noviembre último bajo el número 877 del Diario 318, retirado por el representante y devuelto al Registro el 31 del pasado mes, habiéndose prorrogado la vigencia del asiento hasta el día 8 de los corrientes. Denegada la inscripción de los actos contenidos en dicho instrumento por los siguientes defectos: 1.º Inexistencia de los acuerdos adoptados en las reuniones del llamado Consejo de Administración de 11 de octubre y 8 de noviembre pasados, en orden a la revocación de facultades conferidas al señor Legido, nueva delegación al señor Suárez Cué y traslado de domicilio social por no estar vigente el nombramiento del mínimo de consejeros preciso para constituir el Consejo, ya que en cuanto a dos de ellos caducó a

los dos años de su designación (11 de febrero de 1970), conforme al artículo 34 de los Estatutos de la sociedad, y debieron de ser renovados en la Junta General Ordinaria de 1972, sin que conste inscrito ningún acuerdo de la misma. Estas circunstancias impiden tomar acuerdos a tenor del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas. 2.º La nulidad radical de tales actos se deriva de la aplicación del artículo 1.261 del Código civil, en relación con los 71 y 78 de dicha Ley y el artículo 30 de los Estatutos, se produce de pleno derecho, y por caer fuera del ámbito de la voluntad no es sanable por confirmación ni por prescripción. 3.º Infracción de lo dispuesto en el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, porque las actas de presencia insertas deben llegar al Registro por testimonio o por certificación del libro de actas, y no directamente por copia del protocolo notarial, sin referencia alguna a estar incorporadas a aquel libro. 4.º En cuanto al traslado de domicilio, además por oponerse al artículo 84 en relación con el 11-3.º, letra e) de dicha Ley, ya que no compete acordarlo al Consejo de Administración, sino a la Junta general de accionistas, por haberse fijado fuera de Madrid. La índole de dichos defectos impide tomar anotación preventiva. Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo conforme al artículo 76 del Reglamento de este Registro.”

Resultando que don Carlos Suárez Cué, como presidente de “GUARTO-REX ESPAÑOLA, S. A.”, sin oponer ningún reparo al 4.º defecto de la calificación, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra los restantes y alegó: Que el artículo 38 de los Estatutos sociales determina que el presidente del Consejo de Administración lo es también de la sociedad y le corresponden las más amplias facultades, velando por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo al cual representa permanentemente, “pudiendo tomar, en circunstancias especiales las medidas más convenientes a los intereses de la Sociedad”; si bien el artículo 34 dispuso que la duración de los cargos sería de cuatro años, renovándose cada dos por mitad, lo cierto es que la primera renovación, única vencida, no ha tenido lugar y el Consejo ha seguido funcionando con sus cuatro miembros iniciales que eran “reelegibles indefinidamente” de acuerdo con lo ordenado en el artículo 32; que el 11 de octubre de 1973 se celebró una reunión del Consejo de Administración, el acta de la cual figura unida a la escritura, en la que consta: que en ella actuó como presidente el recurrente; que había sido citado el consejero don Ricardo Legido Soriano, quien manifestó no serle posible asistir por estar enfermo; que el presidente ostentó la representación de don Luigi Cavezzale; que el presidente hizo uso de las facultades extraordinarias que le concede el artículo 38 estatutario, y que en dicha reunión se adoptó entre otros el acuerdo de revocar la delegación de facultades del Consejo otorgada a favor de don Ricardo Legido Soriano en la escritura de constitución de la sociedad, y se delegaron en el presidente todas las facultades del artículo 37 de los Estatutos salvo las legalmente indelegables; que el 8 de noviembre volvió a celebrarse otra reunión del Consejo según consta en otra acta incorporada a la escritura, en la que se hace constar que la reunión fue presidida por el recurrente asistido del secretario, don Enrique Perera San Miguel, y representado por el exponente don Luigi Cavezzale, según carta autenticada y protocolizada y que en la mencionada reunión se ratificaron

los acuerdos del Consejo celebrado el 11 de octubre, confirmándolos en cuanto fuese preciso y declarándolos válidos desde que se adoptaron; que presentada el acta de 11 de octubre en el Registro Mercantil, se devorvió con nota expresiva de que "Las revocaciones y delegaciones de facultades no pueden hacerse mediante acta, siendo precisa escritura"; que como consecuencia de ello el recurrente otorgó la escritura de 17 de noviembre de 1973, en que se solemnizaron los acuerdos referidos de revocación y delegación de facultades expuestos, confirmándose además el traslado del domicilio social desde el número 6, piso 1.º, de la calle Comandante Zorita, de Madrid, a los locales adyacentes a la fábrica de la sociedad en Torrejón de Ardoz, polígono industrial Procoinsa, calle Pirita, sin número; que el Registro de Madrid es único, estando sometido a régimen de división personal y como en tales casos se precisa oír previamente a la calificación hecha por un Registrador, a los restantes cotitulares, al no constar ello en el título calificado la nota es nula; que entrando no obstante en los varios apartados de la calificación es cierto que el Consejo debió haber sufrido una primera renovación parcial antes de las reuniones que dieron lugar a la escritura calificada sin que se hiciera esta renovación y por consiguiente también sin inscribirla, pero esta circunstancia no impide que el Consejo se reúna y tome acuerdos ni que constituya una nulidad radical de los adoptados; que la Resolución de 24 de junio de 1968 es favorable a la validez de los acuerdos tomados por los administradores de hecho, en beneficio de la buena fe y para evitar la paralización de la vida social; que en el presente caso sólo deberían haber cesado dos de los consejeros, ignorándose cuáles serían, y en todo caso se trata de una infracción estatutaria, pero no legal al no haber transcurrido los cinco años que señala el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas; que la sociedad sólo tiene seis socios, en frecuente e íntimo contacto, por lo que no es necesario adoptar, como se deduce de la Resolución citada, las prevenciones y cautelas indispensables en una gran sociedad (Considerando 5.º de la Resolución citada); que los cuatro consejeros no sólo tienen la mayoría de capital (375 acciones sobre las 500), sino que cualquiera de ellos tiene acciones en cantidad igual o superior a cualquiera de los accionistas no consejeros; que el Consejo siguió funcionando sin que ningún accionista impugnase los acuerdos tomados o solicitase la celebración de la Junta general, habiéndose hecho normalmente las oportunas citaciones y celebrado las reuniones precisas; que en cualquier caso y dada la urgencia de la situación y las anomalías surgidas de la actuación de don Ricardo Legido Soriano podría incluso el presidente revocar o suspender la delegación de facultades de acuerdo con el artículo 38 de los Estatutos; que si no se siguiese el criterio indicado habría que estimar conforme al principio de que los poderes mercantiles se entienden subsistentes mientras no conste su revocación en el Registro Mercantil, que el señor Legido podría continuar indefinidamente haciendo uso de la apariencia de su poder con grave daño para la sociedad, sin que hubiese órgano de ésta capaz de revocarlo al no poder reunirse válidamente el Consejo de Administración; que por ello una elemental buena fe en las relaciones de los socios entre sí, con el Consejo de Administración e incluso con terceras personas y la necesidad de conseguir fluidez en las actuaciones sociales, imponer la validez de los acuerdos del

Consejo adoptados por dos consejeros en el ejercicio reglamentario de su cargo y por un administrador de hecho; que en otro aspecto, cabe destacar que el Derecho Mercantil, al contrario de lo que ocurre en el Derecho civil, es siempre favorable a la previvencia de los poderes y a la continuidad en el cargo; que el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas establece la facultad del Consejo para designar provisionalmente a los accionistas que hayan de cubrir vacantes de consejeros; que el artículo 1.710 del Código civil admite el mandato tácito y este mismo carácter puede asignarse a la prórroga de un mandato temporal preexistente; que en análogo orden de consideraciones según los artículos 1.888 y concordantes del Código civil, asumida de forma voluntaria la representación sin mandato, quien lo haga está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, disponiendo el artículo 1.892 del propio Código que la ratificación produce los efectos del mandato expreso; que este supuesto es perfectamente aplicable al caso planteado estando, en definitiva, ante una situación similar a la que en Derecho administrativo se conoce con el nombre de "funcionarios de hecho", respecto de los cuales la jurisprudencia admite la validez de sus acuerdos; que de cuanto antecede no sólo se desprende la inexistencia de los defectos señalados en la calificación sino que, en el supuesto de existir serían subsanables; que es obvio que cualquier Junta general que se celebre, incluso mediante convocatoria judicial, podría ratificar toda la actuación de los administradores en el período posterior a la fecha en que debió renovarse el Consejo y proceder a dicha renovación con efectos retroactivos, lo cual no causaría perjuicio a nadie ni está prohibido por ninguna disposición legal, constituyendo un acto normal en cualquier sociedad; que en cuanto al tercer defecto de la calificación no existe infracción del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil porque las actas de presencia que constituyen los documentos I y II de la escritura no acceden al Registro como talés, sino formando parte del instrumento público a que se han elevado los acuerdos adoptados en el Consejo de Administración, por lo que en cualquier caso se estaría en el supuesto de inscripción de una escritura pública; que en otro aspecto de la cuestión, hay que tener en cuenta la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1945, según la cual para la eficacia de los acuerdos que adopten los Consejos de Administración de las Compañías Mercantiles, no se precisa que consten en el libro de actas; que el artículo 108 repetido del Reglamento Mercantil no es aplicable en definitiva porque ni la escritura ni las actas notariales incorporadas en ella contienen ningún nombramiento de administradores, que es el único supuesto regulado en dicho artículo; y que se está, por consiguiente, ante un supuesto general de revocación y otorgamiento de poderes en que rige el artículo 8 del citado Reglamento, según el cual la inscripción se practicará en virtud de escritura pública y otros documentos, por lo cual no cabe hablar de inadecuación formal de la misma.

Resultando que el Registrador incorporó al expediente un escrito de la misma fecha que la de la nota de calificación, suscrito por los cotitulares de la oficina, en el que manifiestan su conformidad con la misma, así como fotocopia de una escritura otorgada en Torrejón de Ardoz el 28 de noviembre de 1973, ante el Notario señor Aranguren, por la que se modifican los Esta-

tutos de "GUARTOREX ESPAÑOLA, S. A.", acompañada de un acta autorizada por el Notario de Madrid, señor del Moral, en la que se recogen manifestaciones de don Ricardo Legido relativas a acuerdos de la Junta general de 9 de noviembre de 1972 en el sentido de que se muestra conforme con que el domicilio social quede trasladado a Torrejón de Ardoz, renunciando a su derecho de suscripción preferente en una ampliación de capital "y en cuanto a los demás acuerdos adoptados por la citada Junta general extraordinaria, se reserva el derecho de estudiarlos a los fines legales procedentes", con lo que demuestra su disconformidad con la marcha que se pretende imprimir a la sociedad; que la escritura referida fue objeto de nota calificadora denegando su inscripción; que aun cuando el recurrente dice que después de transcurrido el plazo para la primera renovación parcial del Consejo de Administración sin verificarlo siguió funcionando con sus cuatro miembros iniciales, este hecho no resulta justificado ni se ha practicado en la hoja abierta a la sociedad ningún asiento posterior a la inscripción primera de la misma en la que constan la liberación del capital social, el nombramiento del Consejo de Administración y consejero-delegado y delegación de facultades; que en el acta autorizada por el notario señor Del Moral de 11 de octubre de 1972, consta que sólo asiste al llamado Consejo de Administración, además de un asesor ajeno a la misma, don Carlos Suárez Cué, no hallándose presentes el señor Legido ni el señor Perera San Miguel, haciéndolo el primero además de por sí, en representación de don Luigi Cavezzale; no obstante, lo cual los acuerdos se adoptan por el Consejo y por él como presidente con tales facultades; que los actos de presencia autorizados por el Notario señor Del Moral en 11 de octubre y 8 de noviembre de 1972 llegan al Registro como primera copia de la matriz que obra en el protocolo del notario y no por certificación o testimonio del libro de actas que debe llevar la sociedad; que según se acredita con la fotocopia del acta extendida al efecto antes de ponerse la nota de calificación recurrida se requirió la conformidad de los otros cotitulares del Registro de acuerdo con lo establecido en el artículo 585-^c del Reglamento Hipotecario; que respecto a la conformidad en la calificación de los demás cotitulares del Registro no existe ninguna norma mercantil que obligue al Registrador calificador a hacer constar en el título el cumplimiento de aquella formalidad; que en el presente caso el registrador prestó cumplida observancia a lo dispuesto en el artículo 485 del Reglamento Hipotecario sometido a sus cotitulares el proyecto de nota calificadora al que éstos dieron por escrito su conformidad según aparece en el documento que figura incorporado en el expediente, lo que demuestra que no ha existido la infracción denunciada; que aun admitiendo a efecto dialéctico que los dos consejeros de la reunión del 11 de octubre fueran los que deberían continuar en el cargo por no haber caducado su nombramiento, es lo cierto que conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas para que se constituya válidamente el Consejo deberán concurrir a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes, y como según la escritura de constitución de la Sociedad, son cuatro los consejeros, es evidente que para quedar válidamente constituida dicha reunión era preciso que asistieran tres, y como sólo estuvo presente el señor Suárez por sí y en representación del señor Cavezzale, todo lo actuado adolece de nulidad radical

o absoluta y los acuerdos adoptados deben reputarse inexistentes; que el citado precepto es imperativo, por lo que no puede ser contravenido por una norma estatutaria; que al establecer el artículo 38 de los Estatutos que el presidente del Consejo puede tomar en circunstancias especiales las medidas convenientes al interés de la sociedad, no puede entenderse en el sentido de que pueda decidir lo que estime oportuno en contra de lo dispuesto en la Ley, sino que sólo es aplicable a aquellos actos de administración respecto de los cuales no exista precepto de rango superior y necesaria observancia; que, por tanto, la legalidad de la reunión cae dentro del ámbito de la función calificadora; que el artículo 34 de los Estatutos estableció, congruentemente a lo dispuesto en los artículos 71, 72 y 73 de la Ley de Sociedades Anónimas, que la duración del cargo de consejero sería de cuatro años renovándose cada dos por mitad; que los cuatro componentes del Consejo fueron designados en la escritura fundacional el 11 de febrero de 1970 y su nombramiento se inscribió en el Registro Mercantil el 30 de junio siguiente; que las reuniones del Consejo a que se refiere el título calificado tuvieron lugar el 11 de octubre y el 8 de noviembre de 1973, o sea, después de transcurrir el plazo de dos años en que debió hacerse la primera renovación parcial; que el incumplimiento de esta norma estatutaria no puede servir de base para considerar a los cuatro consejeros como administradores de hecho; que por lo dicho, el Consejo no pueda quedar válidamente constituido el 8 de noviembre, siendo, por tanto, nulos sus acuerdos; que aunque a efectos dialécticos se admitiera su validez, como se limitaron a ratificar acuerdos de reunión anterior que eran radicalmente nulos, carecen de eficacia; que el documento incorporado a la escritura y relativo a la reunión del 8 de noviembre, es el testimonio de un acta notarial de presencia, protocolizada y no del libro de actas de la sociedad, que era lo procedente; que la Resolución de 24 de junio de 1968 invocada por el recurrente tuvo por objeto la validez de una Junta general convocada por administradores que en el Registro aparecían con su mandato caducado, con objeto de no dejar inerte a la Sociedad, pero estando presentes o representados todos los accionistas y tomándose acuerdos por unanimidad que se inscribieron y en el presente caso las circunstancias concurrentes son totalmente distintas; que según el artículo 1.892 del Código Civil la voluntad conforme y manifiesta del dueño del negocio puede dar validez a lo hecho por un gestor, sin embargo, ratiándolo, pero en el presente caso no cabe tal ratificación, puesto que la reunión en que se tomaron los acuerdos fue nula; que la doctrina de los funcionarios de hecho, de carácter público, no es tampoco aplicable al presente caso; que en general, tales funcionarios de hecho o colaboradores de hecho sólo pueden actuar en circunstancias excepcionales como guerras, insurrecciones, etc., pues en otro caso serían verdaderos usurpadores de funciones; que el párrafo 2.º del artículo 33 del Código de comercio impone a las sociedades la obligación de llevar un libro de actas con iguales formalidades que los demás libros de los comerciantes y de donde se ha de testimoniar el nombramiento de los administradores, según el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil; que la misma exigencia de referirse al libro de actas se aplicará a las certificaciones expedidas por el secretario del Consejo con el visto bueno del presidente, pues lo contrario carecería de lógica y se opondría a la finalidad y razón de existencia

del libro; que tal exigencia de referirse al libro de actas es un requisito indispensable para que el acto sea inscribible en el Registro; que tal criterio no es contrario al sustentado en la Resolución de 26 de febrero de 1945, pues el supuesto discutido se refería a un negocio singular entre un particular y la sociedad y aquí se trata de relaciones puramente sociales con revocación unilateral de facultades a un consejero; que la escritura calificada tiene por objeto solemnizar la revocación de facultades del señor Legido —acto radicalmente nulo, por lo que no puede ser ratificado— y otros extremos referentes al domicilio social que no interesan a efectos del recurso, y que aunque en los recursos hipotecarios es obligada la audiencia previa a la calificación de los cotitulares de una oficina cuando sean varios los Registradores que la rijan (artículo 485 del Reglamento Hipotecario) no existe análoga norma en los recursos mercantiles, quizá por ser previa la petición de reforma al propio recurso de alzada, no obstante lo cual no hay duda de que es conveniente y en el presente caso se ha recabado y coincide con la del que informa;

Doctrina.—“Considerando que la cuestión principal debatida en este recurso, que afecta a los dos primeros defectos señalados, versa sobre el válido o inválido funcionamiento de los Consejos de Administración celebrados los días 11 de octubre y 8 de noviembre siguientes, este último ratificando los acuerdos del primero sobre renovación y delegación de facultades, los cuales acuerdos por vicio de constitución de aquéllos, “por no estar vigente el nombramiento del mínimo de consejeros preciso para constituir el “Consejo”, adolecen, según la nota de calificación, de “inexistencia” y “nulidad radical”, “no sanable por confirmación ni por prescripción”;

“Considerando que por el presidente del Consejo de Administración, el cual, conforme al artículo 38 de los Estatutos sociales, lo es también de la sociedad y, como tal, puede en circunstancias especiales tomar “las medidas más convenientes” a los intereses de la sociedad —hecha la oportuna convocatoria—, ostentando además debidamente —artículo 35— la representación de un segundo consejero, y hecho constar la excusa de asistencia de otro tercero, así como la citación hecha al cuarto, que ostentaba por escritura fundacional el cargo del consejero-delegado, se constituye el Consejo de Administración; no obstante, el artículo 35, que exige la concurrencia de la mitad más uno de sus componentes, o sea, tres, amparándose en este propio artículo que establece el voto de calidad del presidente para decidir empates y el número 16 del artículo 37, sobre interpretación estatutaria y suplencia de omisiones por el Consejo, y adopta acuerdos, que en reunión posterior del Consejo —al que asisten al mismo presidente que actúa en su propio nombre, y en el de otro consejero, y además un tercer miembro de tal Consejo, por lo que existía la mayoría requerida—, fueron ampliamente confirmados, declarándolos válidos desde que se adoptaron”;

“Considerando que —si bien no haya sido planteada así la cuestión en la nota, aunque sí en su defensa— es indudable que en la primera de las reuniones del Consejo de Administración —y prescindiendo de momento de la cuestión de si había o no caducado sus nombramientos, que se examinará más adelante— no se alcanzó el “quorum” de existencia que exige el artículo 78 de la Ley para la válida constitución del Consejo, ya que entre presentes y representados sólo asistieron dos de los miembros, cuando al menos sería

necesaria la presencia de tres, dado lo establecido en la escritura de constitución de la sociedad —artículo 30—, y sin que, por otra parte, pueda alegarse para la efectividad de la decisión tomada por el único asistente, su carácter de presidente y las facultades que como a tal confiere el artículo 38 de los Estatutos en *circunstancias especiales* —que en efecto las había—, pues no cabe duda que al haber actuado dentro de la esfera del Consejo de Administración, y como acuerdo de éste, el acto ha de quedar sometido al examen y calificación de los funcionarios competentes”;

“Considerando que la segunda reunión del Consejo que ratificó los acuerdos adoptados en el primero, reúne ya el “quorum” de asistencia legalmente exigido, y para la nota calificatoria, la nulidad radical —o inexistente de sus acuerdos— se vincula sustancialmente a la circunstancia fáctica, que denuncia el propio Registro, de “no estar vigente el nombramiento” del mínimo de consejeros preciso para constituir el Consejo, toda vez que, conforme al artículo 34, dos de ellos —determinados por votación la primera vez— debieron ser objeto de renovación, pues su nombramiento “caducó a los dos años de su designación”, y nada consta se hiciera en aquel sentido”;

“Considerando, pues, que el problema se sitúa por el Registrador en el terreno de la actuación de un Consejo de Administración con una mitad de cargos no renovados, en Sociedad Anónima de reducido número de accionistas, lo que prácticamente se reduce a un mandato prorrogado de hecho de unos cargos de administradores, cuyo cese o caducidad no podía ser automático, ya que la fijación de las personas afectadas dependía de votación en Junta general —artículo 34 de los Estatutos—, y en este sentido se pronunció ya la Resolución de 24 de junio de 1968, en un caso en que en causa igual, comprometía acuerdos de mucha mayor trascendencia —modificación de Estatutos, aumento de capital, etc.—, que no la simple revocación de delegación de facultades a favor de un socio que no acude a las dos convocatorias, y después de escuchar particular asesoramiento técnico administrativo o contable”;

“Considerando que en cuanto al tercero de los defectos se plantea la cuestión de si en la escritura calificada, en la que se revoca la delegación de facultades a un consejero con atribución de dicha delegación a otro, cabe sup'ir la fe del secretario del Consejo en relación al obligatorio libro de actas, en donde debe constar el acuerdo a que se refiere el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas y 33 del Código de Comercio, por el acto de presencia autorizada por el notario requerido al efecto, que aparece transcrita en la mencionada escritura, cuestión a la que hay que responder afirmativamente, pues independientemente de la obligatoriedad por parte de la sociedad de llevar los libros que legalmente se le imponen, la prueba de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración puede también llevarse a efecto por el procedimiento requerido que ofrece las máximas garantías al estar amparado por la fe pública notarial, y en el que aparecen reflejados los antecedentes, la discusión y votación final con dación de fe por parte del notario de conocer a todos los asistentes al debate del Consejo, y sin que sea un obstáculo el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, que aparte de referirse a otros supuestos —acuerdos de la Junta ge-

neral y nombramiento de administradores— tampoco lo rechaza e incluso lo permite en su párrafo 3.º”;

“Considerando que, respecto al cuarto defecto, sobre traslado de domicilio social, el mismo ha sido consentido por el recurrente, toda vez que no opone al mismo ningún reparo”;

“Considerando, por último, que no cabe estimar, en ningún caso, la nulidad de la nota, aparte de que la posible omisión reglamentaria de comunicar a los cotitulares la calificación realizada, que ordena el artículo 485 c) del Reglamento Hipotecario, aparece salvada por la ratificación de la totalidad de los funcionarios en el escrito de defensa.”

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador en los tres defectos objeto del debate.”

Consideraciones críticas.—En esta resolución se juega con una serie de conceptos de muy difícil precisión en relación con los hechos relatados. Dentro de la postura registral se acude a una calificación inexorable hablando de “inexistencia” y “nulidad radical” —cosas que jurídicamente tienen linderos delimitativos— sacando la conclusión de que los actos referidos no son ganables ni por confirmación ni por prescripción. La parte contraria que, a través del fallo lleva a buen puerto su tesis, expone la posibilidad de que se admita una ratificación y que los defectos sean estimados como subsanables. De otra parte los hechos de esta resolución vienen a plantear de nuevo esa situación que uno creía aislada y que coincidía con algo de lo que decía la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971. Pero está visto que hay que dar por sentado aquella afirmación que hizo un Registrador en defensa de su nota al filo de la Resolución de 13 de marzo de 1974: “Los razonamientos de la citada Sentencia descansan en una base falsa: la imposibilidad de existencia y subsistencia de una sociedad sin administradores, cuando evidentemente, el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas es permisivo de tal situación, siendo perfectamente constatable el gran número de sociedades anónimas que funcionan con administradores caducados, fallidos o dimitidos e incluso hacen su vida normal mediante poderes conferidos a gerentes o apoderados...”

Quizá esas sean las dos cuestiones fundamentales que el recurso plantea y la resolución soluciona, íntimamente ligadas ambas, pues lo que ha dado en llamarse “funcionarios de hecho” penetra en la esencia del problema de tal forma que va a decidir la solución. Pero como al lado de ello la nota registral destaca la existencia de dos defectos más, uno admitido por los recurrentes, y otro revocado por la Dirección, se hace preciso que a todos ellos nos refiramos con la brevedad que exigen estas notas. Agrupamos los dos primeros problemas para destacarlos en la misma línea que los restantes.

A) *Inexistencia, nulidad, ratificación y situación de hecho*

Es claro que a la hora de concretar en una nota calificadora el resumen justificativo de una negativa no pueda hablarse simultáneamente de “inexistencia” y “nulidad absoluta”, pues si ambas se pueden identificar en sus efectos, conceptualmente, con pureza metodológica, una cosa es la “inexistencia” y otra la “nulidad absoluta”. La primera se caracteriza porque en la

formación del acto falta o es deficiente un elemento esencial del mismo y la segunda se funda en la celebración del acto violando un mandato o prohibición legal. Hay base legal para defender esta diferenciación, pues mientras la primera manifestación patológica del negocio se refleja en el artículo 1.261 del C. c., la segunda tiene —o tenía— su refugio en el artículo 4 del mismo cuerpo legal.

Inicialmente, por tanto, estamos un poco en contra de la calificación registral, porque el manejo de esta terminología en momentos tan decisivos tiene que ser muy precisa, casi tan precisa como la frase de Ortega y Gasset al decir que cuando alguien quiere responder, puede optar por tres cauces: "precisar, hacer literatura o callarse". El manejo de los dos conceptos se utiliza sucesiva y simultáneamente, lo cual deja sin apoyo jurídico suficiente para un intento defensivo de la nota. La introducción inicial de la nota arrancando de la "inexistencia" pudo perfectamente complementarse en el segundo defecto sacando la consecuencia de la falta de efectos, pero se produjo el hecho insólito de que a la "inexistencia" se le agregó el concepto de la "nulidad radical", lo cual le hizo perder la fuerza de los conceptos apuntados.

Creo que en la solución del problema juegan dos actos fundamentales celebrados sucesivamente los días 11 de octubre de 1973 y 8 de noviembre del mismo año y además la interpretación que la Dirección da a la concurrencia de consejeros. Resulta auténticamente claro que si no se parte de una base posible de "anulabilidad", se hace difícil poder esgrimir el concepto de "confirmación o ratificación" de que hace gala la Resolución comentada. Es necesario precisar que la Dirección General sale al paso de la inexistencia y de la nulidad y se pronuncia por una situación intermedia en la que va a jugar el concepto de confirmación o ratificación de los acuerdos realizados.

La Dirección General reconoce que en la primera reunión no había el "quorum" preciso para tomar acuerdos, todo ello sobre la base del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exige "la mitad más uno de sus componentes" para la constitución válida del Consejo de Administración. Ello supuso aceptar el hecho demostrado de que en esa primera reunión, entre presentes y representados, sólo asistieron dos de los miembros, cuando al menos sería necesaria la presencia de tres, dado lo establecido en la escritura de la sociedad en su artículo 30. Ello lleva consigo la aceptación de que el acto estaba viciado o falto de requisitos legales, pero en vez de inclinarse por el drástico defecto de la nulidad o inexistencia, parece —aunque no lo diga— que la Dirección se decide por la idea de la anulabilidad, ya que habla de una "confirmación" o "ratificación" de acuerdos, aunque ello suponga la discusión ulterior de la vigencia de nombramientos del mínimo de consejeros preciso para constituir el Consejo. La aceptación de la idea de anulabilidad es inducida, pues la Dirección no se pronuncia en un sentido o en otro, pero de la normativa general parece así deducirse: sólo son confirmables los contratos anulables (artículo 1.310 del C. c.).

La problemática, sin embargo, se relaciona con los consejeros existentes y cuyo cargo esté vigente. El Consejo de Administración actúa con una mitad de cargos no renovados sin que se sepa cuáles son los que habrán de serlo, pues la renovación queda supeditada al sistema de "votación", conforme

dispone el artículo 34 de los Estatutos. Es decir, no puede admitirse que todos los nombrados lo fueran inicialmente por "cuatro años" y había que designar a los dos años los que habían de continuar y los que era preciso o confirmar o renovar. No es la inexistencia o la nulidad basada en la falta de concurrencia de consejeros la que debió ser atacada por el Registrador, sino la indeterminación de los consejeros cuyo cargo estaba caducado o vigente lo que debió atacarse. Es claro, por ello, que la llamada ratificación posterior, con el "quorum" exigido por la Ley y los estatutos, no lo es tal, pues se sigue en la misma indeterminación de los cargos que están vigentes al ser renovables dos de ellos. Esto es, ni el primitivo acuerdo, realizado sin "quorum" legal, ni la ratificación posterior, realizada sin determinación de los cargos de consejeros vigentes, debió nunca ser admitida. Todo y a pesar de las Resoluciones de la Dirección General de 24 de junio de 1968 (que se refería a un supuesto distinto) y 24 de mayo de 1974 (comentada por mí en este mismo ANUARIO DE DERECHO CIVIL), que tratan de llevar a la práctica real esa serie de opiniones doctrinales de La Cámara y Núñez Lagos, sobre la continuidad del poder de la empresa y la admisión de "administradores de hecho".

Realmente parece presentarse como acuciante la reforma legal ante la limitación de años de vigencia de los administradores, pues con ser una medida que parecía favorecer a las minorías sociales, es lo cierto que al no llevarse a la práctica, va forzando situaciones de hecho contrarias a la ley y a las disposiciones estatutarias que no puede ir en contra de lo dispuesto en ella. Suprimanse renovaciones parciales, háganse los cargos de consejeros indefinidos, fuércese el cómputo mercantil de años pensando que cada dos Juntas de presencia pueden significar un año de permanencia. díctese una disposición sobre continuidad de cargos o cúmplase la Ley. Lo que no se puede admitir, aun con un sentido progresivo de disposición transitoria, es forzar disposiciones que leídas objetivamente dicen lo que tienen que decir y que no se cumplen por desidia, por olvido, por buena o mala fe, pero que están ahí obligando y, sin embargo, no obligan.

B) *El libro de actas, el testimonio y el acta de presencia*

Conforme a lo que dispone el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil —y creo que en un alarde de facilitación de mecánica registral—, la escritura pública en la que se refleje el nombramiento de administradores permite que la aceptación del cargo se refleje mediante el "testimonio" notarial del acta de la Junta o "certificación" del acta de la Junta, pero no creo que impida que dicho nombramiento recogido en la escritura pública correspondiente pueda ser reflejado mediante un acta directa del notario, cuya copia se incorpore a la citada escritura.

En esto creo que hubo exceso por parte del funcionario calificador, pues el que el artículo 108 del Reglamento Mercantil "permita" (dice "podrá") no impide que los demás medios fehacientes —y concretamente la actuación directa de notario mediante acta de presencia— puedan ser también medios hábiles. La discusión creo que no ofrece duda y así lo pone de relieve la Dirección, aunque no acierte a matizar plenamente esta intervención, pues

alega como último argumento el párrafo 3 del artículo 108 del Reglamento Mercantil, cuando el supuesto es totalmente distinto. Es decir, el artículo 108 del Reglamento arbitra una serie de supuestos en los que se admite el "testimonio" que antes hemos apuntado, la "certificación" del acta por el secretario y la escritura pública. Pero escritura pública y acta de presencia no son lo mismo. Ambas son diversas clases de "instrumentos públicos", pero no de "escrituras", lo que sucede es que la "escritura pública" a la cual se incorpore la copia de una acta de presencia puede tener y de derecho tiene la misma fuerza que el testimonio o la "certificación". Lo que sería otro caso es el ver si a través de ese acta lo que se ha pretendido es incumplir la obligación legal de los artículos 78 de la Ley de Sociedades Anónimas y 33 del Código de comercio, en orden a la llevanza del obligatorio libro de actas.

C) *Cambio de domicilio*

Es defecto que no se impugna y que la Resolución confirma. No podía ser menos. El cambio de domicilio es facultad de la Junta general, pero nunca del Consejo de Administración. La íntima relación que tiene el artículo 11 al exigir en los estatutos sociales la determinación del domicilio, con el 84 que establece los requisitos de modificación de los mismos, decide sin más argumentos la confirmación del defecto.