



JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL

*Catedrático de Derecho Mercantil.
UAM*

Los acuerdos irregulares y la ideología hipotecarista en la calificación registral mercantil

25 de enero de 2018

*Multae utilitates impedirentur
si omnia peccata districte prohiberentur
poenis adhibitis¹*

Tomás de Aquino

1. INTRODUCCIÓN: EL TRIUNFO DE LA IDEOLOGÍA HIPOTECARISTA

En la Resolución de 3 de noviembre de 2010, la catedrática de Derecho Mercantil y, a la sazón, Directora General de Registros, Alcalá Díaz dijo algo que, siete años después, nos resulta sorprendente. El registrador había denegado la inscripción de unos acuerdos adoptados en la junta de una sociedad limitada –en concreto, el nombramiento de un individuo como administrador único– porque en el orden del día no se habían incluido todos los asuntos interesados por el socio minoritario que había solicitado la convocatoria de la misma (en concreto, una autorización a todos los socios para realizar, a su costa, una auditoría de las cuentas de la sociedad). Alcalá, que no es, notoriamente, ni notaria ni registradora, dijo que

*... habida cuenta del ámbito propio del procedimiento registral y del estrecho marco del recurso contra la calificación, debe entenderse que **no se trata de una omisión de la que derive la nulidad patente de tales acuerdos**, a falta de una norma (para las sociedades limitadas) como la establecida (para las sociedades anónimas) en el artículo 172 LSC. Además, debe tomarse en consideración que, mediante los acuerdos adoptados, fue acogida la pretensión que tenía por objeto el asunto omitido en el orden del día, y que, posteriormente se celebró una nueva Junta debidamente convocada para tratar del asunto previamente omitido.*

*Por otra parte, accediendo a la inscripción ... **no se impediría la adecuada reacción de quienes se consideren con derecho a cuestionar la validez del nombramiento de que se trata, mediante la correspon-***

¹ «muchas cosas útiles no existirían si todos los pecados se prohibieran y se les adosaran castigos».

diente acción de impugnación de los acuerdos cuya inscripción se ha solicitado, por defecto de convocatoria de la Junta que los adoptó, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales...

Hoy, sería difícil ver publicada en el BOE una resolución semejante². La ideología que llamaré hipotecarista ha invadido completamente el Registro Mercantil y ha provocado que el Registro efectúe **un control de regularidad** de (i) todos **los acuerdos societarios inscribibles** y de (ii) todas **las cláusulas estatutarias de las sociedades**. Es decir, ha provocado no sólo un control de regularidad de los poderes para vincular patrimonios separados³ –personas jurídicas– sino un control de la regularidad de **todos los pactos societarios**, porque los estatutos sociales de todas las sociedades anónimas y limitadas han de inscribirse en el registro mercantil como han de inscribirse las modificaciones estatutarias correspondientes y de todos los actos de ejecución del contrato de sociedad.

Aunque no tengo ninguna esperanza de convencer a nadie de que esta ideología debe ser abandonada, no estará de más recordar que está costando centenares sino miles de millones de euros al año a los españoles sin beneficio para nadie salvo para los que viven de rellenar papeles para las empresas españolas y, a mi juicio, es contraria, en algunos aspectos, a lo dispuesto en la Directiva 2017/1132⁴. Sí creo

² No obstante, de acuerdos «patentemente nulos» vuelve a hablar la RDGRN de 26 de octubre de 2016

³ V., Jesús Alfaro, Bosquejo de una teoría de la personalidad jurídica, en *Almacén de Derecho*, 2018, <http://almacenederecho.org/bosquejo-una-teoria-la-personalidad-juridica/>

⁴ En concreto, el control registral de la validez de los acuerdos sociales, tal como se practica por nuestro Registro Mercantil es contrario a las previsiones de la Directiva en lo que se refiere a la nulidad de sociedades. Según el art. 11 a) de la Directiva **sólo un juez puede declarar la nulidad de una sociedad**. Y la regulación correspondiente es aplicable, según prevé el art. 108 de la Directiva a la fusión, el art. 153 a la escisión y, según se admite generalizadamente al aumento de capital. En el caso de la fusión y escisión, sin embargo, se permite que se declare la nulidad de la fusión o escisión por una autoridad administrativa siempre que haya recurso judicial, una regla semejante no existe, sin embargo, para la nulidad de la constitución de la sociedad o, por analogía, para el aumento de capital que es un caso de «constitución parcial» de la sociedad v., Jesús Alfaro, El contrato de suscripción de un aumento de capital, *Almacén de Derecho*, 2017, disponible en <http://almacenederecho.org/contrato-suscripcion-aumento-capital/> ; Jesús Alfaro, La doctrina de la sociedad de hecho (sociedad nula) y los aumentos de capital, *Almacén de Derecho*, 2015, <http://almacenederecho.org/la-doctrina-de-la-sociedad-de-hecho-sociedad-nula-y-los-aumentos-de-capital/> ; Jesús Alfaro, **La sociedad nula (i): naturaleza jurídica**, *Almacén de Derecho*, 2018, <http://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-naturaleza-juridica/>; Jesús Alfaro, **La**

que estoy en condiciones de demostrar que esta ideología hipotecarista carece de apoyo en la Ley y que **el hecho de que el efecto de su extensión sea sólo la no inscripción no la hace más legítima**. Expondré tres tipos de argumentos que bien pueden servir de conclusiones.

En primer lugar, y tras examinar brevemente **el sentido y la función del Registro Mercantil**, demostraré que fue el cambio del sistema de concesión al sistema de registro de las sociedades anónimas en el siglo XIX lo que convirtió el Registro Mercantil de una simple «matrícula» de comerciantes y de los poderes otorgados por éstos en un órgano de publicidad y de recopilación de información para los particulares que **invertían en grandes empresas** suscribiendo sus acciones. De ahí que el legislador decimonónico exigiera el depósito de los estatutos sociales de estas primeras sociedades anónimas de libre constitución.

En segundo lugar, examinaremos el origen y **la evolución legislativa del art. 18.2 del Código de comercio** para demostrar que la calificación registral de los acuerdos y de las cláusulas estatutarias de una sociedad tiene como objetivo impedir la inscripción de aquellas que **sean nulas de pleno derecho**.

Por último, examinaremos la cuestión desde la perspectiva de **la reforma de la ley de sociedades de capital de 2014** en la que la impugnación de los acuerdos sociales ha sufrido una modificación notable y en la buena dirección y confirmaremos la conclusión expuesta: el nuevo régimen de los acuerdos impugnables y la desaparición de la distinción entre acuerdos nulos y anulables obliga a limitar la denegación de la inscripción a los acuerdos sociales y pactos estatutarios que sean nulos de pleno derecho.

Terminaremos examinando algunos casos extraídos de la doctrina reciente de la Dirección General de Registros y del Notariado.

sociedad nula (ii): requisitos de aplicación de la doctrina, *Almacén de Derecho*, 2018, <http://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-ii-requisitos-aplicacion-la-doctrina/>; Jesús Alfaro, **La sociedad nula (y iii): especialidades de las sociedades de capital**, *Almacén de Derecho*, 2018, <http://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-iii-especialidades-las-sociedades-capital/> Sobre los costes de las restricciones en el acceso al registro, v., Jesús Alfaro, **Propuesta de reforma integral de los Registros y del Notariado**, 2012 <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/11/propuesta-de-reforma-integral-de-los.html> . La tasa que se cobra por las notas simples es, también, contraria a la Directiva ya que no parece ajustada a los costes.

2. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD MATERIAL Y LA FUNCIÓN PRIMORDIAL DEL REGISTRO MERCANTIL. DE LA INSEGURIDAD JURÍDICA QUE GENERA LA EXISTENCIA DE ACUERDOS SOCIALES O PACTOS ESTATUTARIOS INSCRIBIBLES Y NO INSCRITOS POR IRREGULARES

Para entender el porqué de la calificación, conviene comenzar explicando, siquiera sea brevemente, los efectos jurídicos de la publicidad registral. Si unos **acuerdos cuya inscripción es obligatoria no se inscriben**, el resultado es que no jugará el principio de publicidad material del Registro⁵. El Registro «callaría» sobre algo sobre lo que debería «hablar» o el Registro «diría algo» que no debería decir. Se produciría una discordancia entre la realidad y el registro por falta de integridad o exactitud del Registro que se salda, como es sabido, a favor de los terceros. El tercero puede confiar en que lo que dice el registro «va a misa» y las discrepancias entre la apariencia registral y la realidad no le perjudican. Pero tampoco le «vinculan». Si conoce la realidad –esto es, conoce la discrepancia entre el registro y la realidad– y le resulta más conveniente alegar la situación real, podrá hacerlo.

Así, con el caso de escuela como ejemplo, si en una sociedad colectiva inscrita en el registro mercantil, un socio colectivo vende su parte en la sociedad a los demás socios y la salida del socio no se inscribe en el registro en donde sigue figurando como socio colectivo a pesar de que ha dejado de serlo, el juego del principio de publicidad material del Registro provocará que un acreedor de la sociedad colectiva posterior a la salida de ese socio pueda, no obstante, embargar el patrimonio de ese socio que vendió para cobrarse, por ejemplo, la deuda correspondiente al precio de las mercancías que vendió a la sociedad colectiva. En sentido contrario, y con el otro ejemplo de escuela, si un comerciante individual inscribe a su factor y limita los poderes de éste, corresponderá al que contrata con el factor probar que

⁵ Como explica inmejorablemente Paz-Ares, (*La reforma del registro mercantil*, 1990, Boletín del Ministerio de Justicia, http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344069241?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1990_1556.pdf&blobheadervalue2=1288777459041 «*Si el contenido del Registro mercantil se presume íntegro y exacto, la publicidad negativa, que se funda en el tacere registral, protege al tercero frente al riesgo de que el contenido del registro no sea íntegro, y la publicidad positiva, que se funda en el –decire falsus– del registro, lo protege frente al riesgo de inexactitud de los asientos registrales. Porque se funda en el silencio, es negativo el primer efecto de la publicidad; porque se funda en el decir del registro, es positivo el segundo efecto de la publicidad*»

éste tenía poder para vincular a su principal más allá de los límites inscritos en el registro.

Pero esto **no quiere decir que el registro perjudique al tercero** y, por tanto, beneficie al que inscribe. Significa, simplemente, que la carga de la prueba respecto del poder de alguien para vincular al principal, esto es, al comerciante individual en este caso, corresponde al que contrata con un apoderado, como es el caso, en general, en la contratación civil: si Tania contrata con Arancha que le dice o hace ver que lo hace por cuenta de Pilar, Tania hará bien en exigir la exhibición del poder correspondiente si quiere que Pilar quede vinculada. Naturalmente, si Pilar ha creado de manera imputable la apariencia de que Arancha es su factor y Tania ha confiado en dicha apariencia, Pilar no podrá oponer la limitación en el poder de Arancha. **El Registro es así, un registro de poderes.**

Este razonamiento es aplicable a cualesquiera acuerdos sociales de sociedades anónimas o limitadas cuya inscripción es obligatoria (y a todas las cláusulas estatutarias por mor de la inscripción obligatoria de los estatutos sociales completos). La única diferencia con los dos ejemplos de escuela es que los dos ejemplos se refieren a la función fundamental de un registro como el Registro Mercantil: determinar qué patrimonios quedan vinculados por la actuación de un sujeto. El Registro Mercantil **identifica los patrimonios responsables y a aquellos que pueden vincular esos patrimonios** con terceros **cuando**, como dicen Arruñada y otros, **se produce una separación entre la propiedad de un patrimonio y el control sobre el mismo**, bien porque se utilice un mandatario, agente, comisionista etc dotado de poder de representación, bien porque se trate de patrimonios personificados (personas jurídicas) cuyo control se pone por la Ley o por el contrato que dio lugar a la personificación patrimonial en manos de un tercero, normalmente, el órgano de administración de dicho patrimonio personificado⁶.

En el primer ejemplo, el Registro Mercantil, el patrimonio identificado como responsable de la deuda de la sociedad colectiva es el del socio colectivo que figura –erróneamente– como tal en el Registro. En el segundo ejemplo, el patrimonio identificado como (no) responsable es el del comerciante individual del que el factor figura como dependiente.

⁶ Arruñada, Benito and Zanarone, Giorgio and Garoupa, Nuno M., Property Rights in Sequential Exchange (November 21, 2017). Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3075131>; v., al respecto, Alfaro, Jesús, La seguridad del tráfico para facilitar las transacciones impersonales, Almacén de Derecho 2018, <http://almacendederecho.org/la-seguridad-del-trafico-facilitar-las-transacciones-impersonales/>

Así pues, dado que la calificación negativa tiene como único efecto la no inscripción, habría de seguirse que, en realidad, los acuerdos y las cláusulas estatutarias inscribibles pero que no son inscritas porque se deniega la inscripción no devienen nulas, simplemente, no jugará respecto de ellas el principio de publicidad registral. Imaginemos, por ejemplo, que los socios acuerdan un aumento de capital que, una vez ejecutado, se lleva al Registro para su inscripción y la modificación correspondiente de la cifra de capital en los estatutos. Si el registrador deniega la inscripción y los administradores deciden abandonar la idea de inscripción, el aumento de capital no ha desaparecido del mundo jurídico. Las acciones o participaciones creadas como consecuencia de la suscripción o asunción de las mismas son reales y los suscriptores son socios de la sociedad. Los terceros pueden invocar la realidad del aumento de capital, por ejemplo, a efectos de exigir responsabilidad a los administradores por las deudas sociales por encontrarse la sociedad en causa de disolución (art. 367 LSC) si conocen de la existencia del aumento de capital; los administradores podrán exigir el desembolso aplazado etc. Si la sociedad ha derogado el derecho de separación ex art. 348 bis LSC, los socios no podrán alegarlo aunque la modificación estatutaria no haya sido inscrita porque el registrador haya considerado que el precepto legal es imperativo⁷.

Pero las cosas no son tan sencillas. En primer lugar, hay numerosas inscripciones –como las de las modificaciones estructurales– que son constitutivas y, por tanto, que es impensable que su completamiento no culmine en la inscripción registral. Basta pensar en las dislocaciones fiscales, laborales y, en general, de relaciones con terceros que la falta de inscripción de una fusión o una escisión provocaría. En segundo lugar, y con carácter general, **cuando unos acuerdos sociales o unas cláusulas estatutarias no se inscriben, interpretar la voluntad de la sociedad se torna difícil**. Si los socios –o los administradores– desisten de la inscripción o han autorizado la inscripción parcial ¿qué ocurre con el acuerdo o con la parte del acuerdo no inscrita? ¿Hay que entender que la voluntad societaria es la de «renunciar» a tales acuerdos o pactos estatutarios? Por ejemplo, en el caso decidido por la DGRN en la Resolución de 20 de diciembre de 2017 ¿debemos entender que los socios han acordado que la convocatoria de la junta deba hacerse

⁷ Aurora Campins Vargas/Jesús Alfaro Águila-Real, Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital, Liber Amicorum Juan Luis Iglesias. Civitas, 2014, disponible en https://www.cuatrecasas.com//media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1400077396es.pdf

«mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad. En el caso de que ésta no exista, al menos, mediante remisión de carta certificada con acuse de recibo a cada uno de los socios en el domicilio que figure en el libro registro; pero será también válido cualquier otro medio de fehaciencia superior, especialmente su remisión por conducto notarial» ¿O debemos entender que, como los socios habían autorizado la inscripción parcial y el registrador había considerado que la remisión de la convocatoria por conducto notarial no tenía «fehaciencia» respecto del contenido de la dicha convocatoria, los estatutos sociales vigentes deberían entenderse sin dicho inciso final en lo que a la convocatoria de la junta se refiere? ¿Qué ocurrirá si los administradores de esa sociedad convocan a los socios por conducto notarial? ¿Cómo ha de interpretarse la voluntad de la sociedad, esto es, de los socios? ¿Quieren que siga valiendo el conducto notarial como forma de convocatoria a pesar de lo que ha dicho el registrador? ¿O hemos de entender que la negativa a inscribir sin «rebelión» por parte de la sociedad que inscribe conduce a afirmar la inexistencia del acuerdo inscribible pero no inscrito? ¿Puede instar cualquier socio a los administradores a proceder a la inscripción (art. 1280 CC) o a revocar el acuerdo social?⁸ Los que adoptaron los acuerdos correspondientes no pueden ignorarlos y han de hacer todo lo posible para que produzcan todos los efectos. Pero, **en tanto se subsanan los defectos denunciados por el registrador, la situación es de pura inseguridad.** ¿Qué ganamos a cambio de generar esta inseguridad jurídica y en el tráfico?⁹

En definitiva, y como se demostrará en los casos expuestos al final de estas páginas, la no inscripción por irregularidad lleva a que el Registro Mercantil genere inseguridad jurídica en lugar de auxiliar al tráfico mercantil: no podemos saber, en relación con los acuerdos y cláusulas

⁸ El efecto de la inscripción «constitutiva» es, en realidad, «la irreversibilidad de la fusión, pues la infracción se ha cometido, y esta no se borra, pero será imposible dar marcha atrás en la fusión inscrita, sin otro remedio que el puramente indemnizatorio» Ricardo Cabanas, Una arcadía registral: inscripción constitutiva y convalidante de la fusión, Notario del siglo XXI, nº 51, 2013, <http://www.elnotario.es/academia-matritense-del-notariado/3544-una-arcadia-registral-inscripcion-constitutiva-y-convalidante-de-la-fusion>

⁹ V., también la RDGRN de 20 de junio de 2017 en la que se deniega la inscripción de una fusión acordada por unanimidad de los socios de ambas sociedades por defectos en las comunicaciones a los trabajadores y a acreedores, defectos, nuevamente, que no darían nunca lugar a la nulidad de la fusión. V., un comentario a esta resolución en Jesús Alfaro, Sevillanas de Fusión, en Derecho Mercantil, 2017, disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2017/07/sevillanas-de-fusion.html>

estatutarias no inscritas, si esas cláusulas y acuerdos rigen en la vida de la sociedad o han de considerarse renunciados por los que los celebraron y acordaron –los socios– interpretando su voluntad de no insistir en la inscripción.

Además, ha de tenerse en cuenta que la inscripción en el Registro sirve a los terceros, no a los que inscriben. Para los que inscriben, **la inscripción es una carga**¹⁰. Cuando la inscripción es obligatoria, si los particulares quieren que sus actos o negocios jurídicos desplieguen efectos plenos, han de inscribir y si no lo hacen, se pueden seguir consecuencias desfavorables¹¹.

Esta inseguridad generada sobre la validez de los acuerdos no inscritos y los efectos desfavorables que se derivan de la no inscripción cuando ésta es obligatoria, lleva a concluir que **la no inscripción debe equipararse a la anulación de los acuerdos o las cláusulas a efectos de valorar la constitucionalidad y legalidad de la actuación del Registro Mercantil**. La negativa a inscribir equivale a imponer, administrativamente, una sanción desproporcionada (en el sentido de consecuencia desfavorable) a los particulares cuando están a disposición de los terceros eventualmente afectados por la irregularidad, medios menos gravosos para la sociedad que inscribe e igualmente eficaces para la defensa de los intereses legítimos de aquellos. La protección de los intereses de socios y de terceros denegando la inscripción y, por tanto, generando una enorme inseguridad respecto de la eficacia del acuerdo o de la cláusula estatutaria es una sanción desproporcionada y equivalente a la anulación de los mismos por la Administración pública y sin intervención judicial¹².

¹⁰ A este respecto, lo que se ha analizado es si el Estado puede obligar a los particulares a «publicar» información relativa a su actividad, esto es, si la obligación de inscribir –o de depositar las cuentas– constituye una injerencia en el derecho a la autodeterminación informativa de los particulares, en la medida en que el Registro Mercantil es un registro público para acceder a cuyo contenido no es necesaria la alegación de ninguna clase de interés v., Cándido Paz-Ares, *Reforma*, p 1314

¹¹ Desde la imposibilidad de inscribir actos o contratos para cuya eficacia la inscripción es constitutiva hasta la imposición de sanciones administrativas o la imposibilidad de llevar a cabo transmisiones de bienes u operaciones mercantiles.

¹² Que el legislador haya abusado de la nulidad «de pleno derecho» o, lo que es lo mismo en el caso de las sociedades, de la disolución de pleno derecho no es un consuelo. Debe, más bien, ponernos alerta sobre la influencia de la ideología hipotecarista sobre el legislador. V., Aurora Campins, Sobre la disolución de pleno derecho de las sociedades profesionales no adaptadas, *Almacén de Derecho*, 2017, <http://almacendederecho.org/la-disolucion-pleno-derecho-las-sociedades-profesionales-no-adaptadas/>, v., la exposi-

3. LA INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA COMO RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES

Si, como se acaba de exponer, la inscripción es una carga, cada vez que se limite o se haga más oneroso para los particulares cumplir con esa carga –inscribir– que les impone la ley, **los poderes públicos están restringiendo el ejercicio por los particulares de un derecho fundamental** (libertad contractual, libertad de empresa, derecho de propiedad) y, por tanto, han de justificar la restricción como adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Por tanto, el problema es el de determinar si la actuación administrativa que consiste en denegar la inscripción –porque la Administración considere que el acto o contrato no cumple todos los requisitos legales– es conforme con el respeto a los derechos de los particulares, esto es, si constituye o no una injerencia desproporcionada de la Administración en la esfera jurídica de los particulares. El argumento que aquí se hace es que **si resulta innecesario denegar la inscripción para lograr la tutela del tráfico y de los terceros en general que se relacionan con sociedades mercantiles**, las normas que impidan la inscripción deben calificarse como inconstitucionales¹³.

Dicho en otros términos, el traslado de la ideología hipotecarista al Registro Mercantil, ha llevado a la Administración Pública a despreciar los derechos de los ciudadanos en un ámbito en el que el legislador obli-

ción clásica de Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 1976, p 701 donde trata de dar sentido de lo que es de inscripción obligatoria aduciendo que «la finalidad inmediata (de la publicidad registral)... es la de dar certidumbre a las relaciones de responsabilidad» y, por esta razón, concluye que las consecuencias prácticas del principio de publicidad «son más favorables al comerciante que al público en general» (p 702).

¹³ El Registro Mercantil español es una herramienta muy cara para las funciones que realiza. Ricardo Cabanas publicó un libro titulado «Inscripción y personalidad jurídica: una lectura mercantil a la luz de la Constitución y la legislación de asociaciones» (Consejo General del Notariado, 2009) en el que defendía, básicamente, que la Constitución –art. 22.3: registro de asociaciones «a los solos efectos de publicidad»– obliga a limitar muy estrictamente las razones por las que la Administración pública que gestiona los registros de sociedades puede denegar la inscripción de actos y contratos en ellos. A la vez, examinaba la doctrina de la DGRN resolviendo recursos gubernativos contra calificaciones de los Registradores mercantiles y demostraba cómo la calificación ha limitado la autonomía privada y la libertad de autoorganización de las sociedades sin mucha justificación. V., también, José Luis de Castro, «La estabilidad de los acuerdos sociales. Los límites de la calificación del Registrador mercantil respecto a la validez de los acuerdos de los órganos de las sociedades de capital (Comentario a la Resolución de la DGRN de 28 de Agosto de 2013) *Revista de Derecho Mercantil* 293 Julio-Septiembre 2014.

ga a éstos a soportar una carga para que sus actos produzcan plenos efectos. En la medida en que dichos actos constituyen expresión del libre desarrollo de la personalidad de los individuos y ejercicio de sus derechos fundamentales, estas cargas han de someterse al juicio de proporcionalidad. Del mismo modo que el legislador no puede imponer cargas a los ciudadanos que sean desproporcionadas en sentido amplio o estricto, la Administración no puede hacer más oneroso de lo que sea estrictamente necesario de acuerdo con la política de la Ley el levantamiento de esas cargas por los particulares¹⁴.

4. EL REGISTRO MERCANTIL EN EL SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS QUE RECURRÍAN AL AHORRO PÚBLICO

Si la función del Registro Mercantil es la que he descrito en los apartados anteriores, ¿por qué se inscriben en el Registro Mercantil los contratos de sociedad, esto es, por qué se inscriben íntegramente los estatutos sociales y no sólo los asientos relativos a la identificación de la sociedad (constitución, denominación social, domicilio, capital social, disolución y liquidación) y a sus administradores?

La explicación es, como casi siempre, histórica¹⁵ y, a mi juicio, tiene que ver con el modo en que, en el siglo XIX, se conectó **el Registro Mercantil con la sociedad anónima**. En pocas palabras, el Registro Mercantil se consolidó, indebidamente, como una parte del **sistema de información** necesario para reducir la asimetría informativa que padecen **los inversores** que suscriben acciones aunque en la actualidad, el

¹⁴ Tiene razón Álvarez-Sala cuando propugna limitar estrictamente el contenido del registro a las informaciones que tienen valor jurídico dado el efecto amplificativo que tiene sobre la interpretación hipotecarista del art. 18.2 C de c, Juan Álvarez-Sala, *Nuevas perspectivas de la publicidad registral*, Madrid 2006, pp 26-27

¹⁵ Para que vean que la historia se repite, observen lo que está ocurriendo con el depósito de cuentas. La obligación de depositar las cuentas en el registro mercantil tiene una función clara de publicidad noticia, se trata de reducir los costes de cualquier tercero de evaluar la solvencia de las sociedades con las que puede hacer negocios. Pues bien, la ideología hipotecarista ha llevado a que, crecientemente, las facultades del Registrador en relación con la denegación del depósito no hayan hecho sino incrementarse. Y se deniega el depósito por razones que no tienen nada que ver con las normas legales que regulan éste. Sospechamos que algo semejante ocurrió con los estatutos sociales. Históricamente –no lo hemos comprobado– éstos se depositaban en el Registro Mercantil (como se depositan en el registro de asociaciones o de cooperativas) pero la ideología hipotecarista debió de llevar a afirmar que, al igual que los títulos de propiedad se califican por el registrador, también los estatutos sociales debían ser objeto de calificación.

Derecho de Sociedades ha dejado de desempeñar cualquier función relevante en esta tarea en la que ha sido **sustituido por el Derecho del Mercado de Valores**.

Obsérvese que me refiero exclusivamente a las sociedades anónimas que hoy llamaríamos de «capital disperso» o cotizadas, es decir, aquellas cuyas acciones se ofrecían para suscripción pública pero obsérvese también que, en el siglo XIX, **todas las sociedades anónimas** que se constituían formalmente eran sociedades «de capital disperso» aunque la dispersión no alcanzara a más de unos pocos centenares de inversores. Porque la sociedad anónima en el siglo XIX estaba concebida específicamente para **permitir la acumulación de capital apelando al ahorro del público**¹⁶. Hasta el siglo XX es una forma reservada a las empresas que necesitan grandes inversiones en capital fijo que no pueden financiarse con deuda. En el siglo XIX, las sociedades limitadas no existían¹⁷ y sólo había sociedades de personas respecto de las cuales la inscripción registral era muy poco relevante¹⁸.

¹⁶ V., con más indicaciones, Jesús Alfaro, Una breve historia de la sociedad anónima y el comercio transoceánico, Almacén de Derecho, 2016 <http://almacendederecho.org/una-breve-historia-la-sociedad-anonima-comercio-transoceanico/>

¹⁷ Es conocido que nuestro Código de Comercio de 1885 no incluyó, entre los tipos societarios, la sociedad de responsabilidad limitada. Lo que no es tan conocido es que, en la discusión parlamentaria del Código, se abordó con profusión la cuestión y que se decidió mantener la redacción de la Comisión del Congreso en la que no se incluían más que los tipos de la colectiva, la comanditaria y la anónima o sociedad por acciones. V., Carlos Prieto (RDM 1968, p 215 ss que reproduce el debate parlamentario sobre la «sociedad colectiva de responsabilidad limitada» y al respecto Jesús Alfaro, La sociedad colectiva de responsabilidad limitada. Sobre la aparición en el panorama de los tipos societarios de la sociedad limitada v., Timothy W. Guinnane/Susana Martínez-Rodríguez, *Flexibility in Spanish Company Law, 1885-1936*, 2014. Para la aparición de la *GmbH* alemana y de la *limited* o *private companies* en Inglaterra, v., la excelente exposición de Fleischer, Holger, *Die geschlossene Kapitalgesellschaft im Rechtsvergleich – Vorüberlegungen zu einer internationalen Entwicklungs- und Ideengeschichte (Closed Corporations in Comparative Perspective)*. ZGR 45(2016), pp. 36-83, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2818243>

¹⁸ La «nueva» sociedad limitada condenó a la marginalidad a la sociedad colectiva, esto es, no competía directamente con la sociedad anónima sino con las sociedades de personas y los motivos que llevaron a muchos pequeños empresarios a constituir las fue, según los autores, no tanto acceder al beneficio de la responsabilidad limitada como evitar la terminación de las sociedades de personas por denuncia unilateral por cualquiera de los socios, regla *princeps* de éstas que garantiza, como hemos explicado en otras ocasiones, el equilibrio que resulta de la regla de la unanimidad reduciendo los incentivos para que se adopten conductas estratégicas tanto por parte de la mayoría como de la minoría. «Una diferencia interesante es que las SRL solían tener una duración indeterminada con más frecuencia que las colectivas». Guinnane/Martínez-Rodríguez, *Flexibi-*

Cuando se diseñó lo que había de ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil en relación con las sociedades anónimas tenía sentido que se depositaran los estatutos sociales al completo y, por tanto, todas las modificaciones estatutarias además de, naturalmente, todos los aspectos relativos a los promotores y a los administradores. Tenía sentido porque el Registro era la única protección de la que disponían los inversores que suscribían las acciones de esas sociedades anónimas. Para generar **confianza en los inversores** sólo había dos vías prácticas: o la garantía del Estado (expresada en el *charter* o concesión administrativa) o la provisión de información a los inversores sobre el negocio para el que se pedía financiación y rendición de cuentas por parte de los comerciantes que promovían la constitución de la sociedad. La historia de la sociedad anónima es, en este sentido, una sucesión de derrotas hasta la victoria final, precisamente porque hasta finales del siglo XIX no logra eliminarse la asociación entre sociedades anónimas y estafas de enorme magnitud¹⁹. En este marco de desconfianza, sin embargo, las ganancias de acumular capital para emprender proyectos de gran magnitud (singularmente financiar los ferrocarriles) eran tales que los Estados acabaron por liberalizar la constitución de sociedades anónimas, esto es, abandonaron el sistema de concesión administrativa o parlamentaria de los *charters* y confiaron la protección de los inverso-

lity., Más información sobre la prevalencia de unos u otros tipos sociales en el paso del siglo XIX al XX, en Jesús Alfaro, El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades, *Indret*, 2016, nota 205

¹⁹ Recuérdense las palabras de Adam Smith o de Ihering sobre la sociedad anónima. V., Ireland, Paddy, [Limited Liability, Shareholder Rights and Corporate Irresponsibility](#) (2007). 34 *Cambridge Journal of Economics* (2010), 837-856 y respecto de este trabajo v., Jesús Alfaro, El costoso y lento triunfo de la sociedad anónima, 2016, disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2016/11/el-costoso-y-lento-triunfo-de-la.html> Respecto de Adam Smith y las sociedades anónimas v., Jesús Alfaro, Los monopolios privados (de la violencia) son más brutales que los públicos, 2014 disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/07/los-monopolios-privados-de-la-violencia.html> y la opinión de Ihering »*La sociedad por acciones, en su forma actual, es una de las instituciones más imperfectas y más funestas de todo nuestro derecho... las maldiciones que nos han traído las sociedades por acciones, son enormemente mayores que las bendiciones... si los efectos devastadores de las sociedades por acciones se hubiesen limitado a los participantes directos, se podría uno consolar diciendo que habrían debido ser más previsores, aunque la estupidez, sin embargo, no da título jurídico para engañar, ni la imprevisión para robar. Pero ha sido comprometida la sociedad entera al mismo tiempo. Las sociedades por acciones han conseguido conmovier el equilibrio económico en que se basa el ordenamiento entero*«. Rudolf Ihering, EL fin en el Derecho, pp 171-174 citado por J. M^a. GONDRA, «El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones» RDM 2008, p 845

res a la información. Para reducir la asimetría informativa que padecían los inversores, el contrato de sociedad debía estar disponible para cualquier interesado y su contenido no podía ser modificado por parte de los fundadores y «directores de empresas». El depósito de los estatutos sociales es el equivalente, en el siglo XIX, a la publicación del folleto en las emisiones de acciones y obligaciones en el siglo XX. **El Registro Mercantil y la publicidad que proporciona** era, pues, **uno de los dos instrumentos jurídicos de protección de los inversores en los Códigos liberales del siglo XIX** una vez que se abandona el sistema de concesión y se sustituye por el sistema de registro. Hasta entonces, la protección de los inversores la garantizaba la ley del parlamento o la concesión administrativa para fundar una sociedad anónima²⁰.

Una vez que **la protección de los inversores se fía a la publicidad y a la información, las tareas asignadas al Derecho de Sociedades y al Registro Mercantil** (de la matrícula de comerciantes) **en relación con las sociedades anónimas se amplían**. El Derecho de Sociedades **ha de estandarizar las acciones** para que éstas puedan circular y negociarse en mercados impersonales y anónimos y la información que

²⁰ V., el discurso del Ministro Ruiz Zorrilla con ocasión del debate parlamentario de la Ley de Sociedades de 1869 en Jesús Alfaro, La historia de la sociedad anónima alemana, 2017 disponible en <https://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es/2017/12/la-historia-de-la-sociedad-anonima.html#more> «sino, en todo caso, sobre los hombres de negocios por su excesivo ardimiento y su precipitación, sobre el público por su ligereza y su injustificable confianza, sobre la revolución (se refiere a la de 1868) por el pánico que causara... que en cuanto a la sociedad anónima, no tiene ella por objeto crear de la nada, ni convertir en bueno un negocio malo... y **si sólo reconcentrar y poner en movimiento los capitales con la mayor economía posible**... Lo que con semejante legislación (la restrictiva de 1848) antieconómica se consigue es poner tras al comercio y a la industria, anular el espíritu de asociación, dificultar la constitución de las compañías bajo principios racionales y justos, adormir a los accionistas en una mortal confianza, sustituir al celo verdaderamente interesado el celo oficial, matar la educación del pueblo, educación que sólo con la práctica y la experiencia se consigue, y **acostumbrar, en fin, a los ciudadanos a vivir en perpetua tutela, sin que al menos la protección administrativa les libre de despertar un día o inicua y despojados o arruinados en buena ley y con todos los requisitos reglamentarios por causa de malos negocios o por una de esas crisis a las que ni los Gobiernos ni los particulares pueden oponerse jamás**.... No basta la libertad para impedir quiebras y prevenir crisis, porque en la asociación como en todo lo humano existen males inevitables; pero dentro de la libertad y no en un espíritu reglamentario deben buscarse los remedios a esos males. Libertad es la primera condición; organización, libre sí, pero organización al fin, es la segunda. Aprendan los accionistas lo que es una compañía por acciones, aprendan cuáles son sus derechos y sus deberes, elijan con conciencia plena de lo que hacen sus directores y sus Consejos de administración, **exijan publicidad en los actos** y responsabilidad en los mandatarios...»

pueda afectar al valor de las acciones ha de recogerse en un registro público. De esta forma, el Registro no sólo será el registro que identifica los patrimonios responsables y a aquellos que pueden vincularlos sino que será, también, el lugar donde se depositen los documentos societarios que el público debe conocer para decidir sobre sus inversiones con mejor conocimiento de causa. Repito: **es el Derecho de Sociedades Anónimas** el que fuerza estos cambios. La sociedad limitada tardará mucho en llegar y las sociedades colectivas viven al margen del registro y su Derecho de Sociedades no se modifica significativamente si se comparan las Ordenanzas de Comercio del Antiguo Régimen y las regulaciones codificadas.

Pues bien, esta transformación del Derecho de Sociedades y del Registro Mercantil se comprende bien si se examina el diferente camino seguido, en relación con la sociedad anónima, por unos y otros países de Europa en el siglo XIX. Basta recordar la bifurcación en el tratamiento de los distintos tipos societarios en Alemania, por un lado, y Francia, Inglaterra, Italia o España por otro.

Como es sabido, la *Aktiengesellschaft* se mantiene, hasta nuestros días, como un tipo societario reservado para las sociedades que ofrecen sus acciones al público, típicamente, para que sus acciones coticen en un mercado bursátil aunque la decadencia de la sociedad cotizada haya afectado también a Alemania²¹. Por el contrario, la *société anonyme* y la sociedad anónima y la *sozietà per azioni* se utilizaron rápidamente –como en Gran Bretaña– para todo tipo de empresas manufactureras con independencia del tamaño del negocio y de la estructura de propiedad. Recuérdense que la Revolución Industrial se hizo sin la sociedad anónima y que las sociedades de personas siguieron siendo mayoritarias hasta bien entrado el siglo XX²². La sociedad anónima es una bomba de capi-

²¹ Según estadísticas oficiales de la Hacienda pública alemana, en 2016 había sólo 7732 sociedades anónimas (el número se elevó rápidamente desde comienzos del siglo XXI como consecuencia de las reformas legislativas que flexibilizaron el tipo societario para descender de nuevo en los últimos años). Para la comparación, había más de 200.000 sociedades civiles y más de medio millón de sociedades limitadas. Cotizadas, en 2016 eran 531. https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/OeffentlicheFinanzenSteuern/Steuern/Umsatzsteuer/Tabellen/Voranmeldungen_Rechtsformen.html

http://de.theglobaleconomy.com/Germany/Listed_companies/ Para las causas de la decadencia de la sociedad cotizada en general v., de Fontenay, Elisabeth, The Deregulation of Private Capital and the Decline of the Public Company (April 11, 2017). Hastings Law Journal, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2951158>

²² Turner, John D. (2017) : *The development of English company law before 1900*, QUCEH Working Paper Series, No. 2017-01 y al respecto v., Jesús Alfaro, ¿Hicimos la revolución industrial sin sociedades anónimas?, 2017, disponible en

tal y financia los bancos, las compañías de seguros, las de construcción y explotación de grandes infraestructuras y los ferrocarriles. Para todo lo demás, la *partnership* y la sociedad comanditaria en Europa continental prestaron sus buenos oficios a satisfacción de la clientela²³.

<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2017/06/hicimos-la-revolucion-industrial-sin.html> Se puede discutir si el predominio de la LLC era ya un hecho a finales del siglo XIX en el caso de Inglaterra v., las citas de Fleischer ZGR 2016, p 58 nota 138.

²³ V., más indicaciones en Jesús Alfaro, El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades, apartado 14, InDret 2016 http://www.indret.com/pdf/1209_es.pdf Ron Harris, The Private Origins of the Private Company: Britain 1862-1907, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 33, Issue 2, 1 June 2013, Pages 339-378, <https://es.scribd.com/document/53340995/Harris-Origins-Private-Company-UK-1862-1907> «*First They were all Public*»; Holger, ZGR 2016, *passim.*, en particular, pp 49 ss para el especial caso de los Estados Unidos, que, durante el siglo XIX, adaptó la *corporation* a las necesidades de empresas pequeñas o medianas pero, con la extensión de la gran sociedad anónima y para atraer su constitución, desató una competencia entre los Estados que adaptaron su legislación societaria a las necesidades de las grandes compañías con el resultado de que éstas se adaptaban mal a las sociedades cerradas que no recibieron atención legislativa hasta muy entrado el siglo XX. Cita Fleischer a L.C.B. Gower: „*To an Englishman, it seems strange that corporate codes, such as that of Delaware, which are notoriously lax in failing to provide important safeguards against abuses, should nevertheless be strict in matters which seem to us to be essentially for the parties themselves to settle.*» Las razones las resumen Fleischer diciendo que los Estados sacrificaron a los pequeños empresarios en el altar de las necesidades de los administradores de las grandes sociedades (impidiendo a los accionistas bloquear las decisiones del consejo de administración. Desde entonces, la mayor diferencia entre la sociedad anónima en Europa y en EE.UU. es, precisamente, la preeminencia de los administradores en EE.UU frente a la preeminencia de la Junta en Europa v., Sofie Cools, The Real Difference in Corporate Law between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers», *Del. J. Corp. Law*, 2005, pp 697 ss). Añade Fleischer, resumiendo a los autores norteamericanos que se han ocupado de la cuestión, que la discusión sobre la naturaleza de las personas jurídicas corporativas tuvo mucho que ver. Al triunfar la concepción «gierkiana», la escisión del Derecho de Sociedades entre corporaciones y sociedades de personas fue total e impidió la formación de una Parte general del Derecho de Sociedades (v., Horwitz, Morton J., *Santa Clara revisited. The Development of Corporate Theory*, capítulo III de *The Transformation of American Law, 1870-1960: The crisis of legal orthodoxy*, 1992 y <http://almacenderecho.org/la-sociedad-anonima-derecho-norteamericano-blackstone-gierke/>). En fin, la competencia entre los Estados por atraer constituciones de sociedades no se desarrolló respecto de las sociedades cerradas porque sus fundadores, en el siglo XIX, no tenían capacidad para constituir la sociedad en un Estado distinto de aquel en el que desarrollaban su actividad o tenían su establecimiento principal. En todo caso, el número de corporaciones con un elevado número de accionistas era alto en los EE.UU. en el siglo XIX por comparación con Europa v., Harwell Wells, *A Long View of Shareholder Power: From the Antebellum Corporation to the Twenty-First Century*, 67 Fla. L. Rev. 1033 (2016) Marco Becht/J. Bradford DeLong *Why Has There Been So Little Block Holding*

El régimen jurídico de la *Aktiengesellschaft* es notoriamente más rígido que el de sus homónimas del resto de Europa²⁴. Cuando –como hizo el legislador alemán en el siglo XIX– se recurre al Derecho de Sociedades y, por tanto, al Registro Mercantil para tutelar los intereses de los inversores, los socios son considerados **no como partes de un contrato** –el contrato de sociedad– **sino como sujetos que realizan una inversión** y, por tanto, como **compradores de un producto peligroso que hay que estandarizar y sujetar a reglas** de producción e intercambio imperativas y a importantes obligaciones de información y publicidad²⁵. El resultado es un Derecho de Sociedades rígido e imperativo (véase el parágrafo 23.5 de la *Aktiengesetz* que prohíbe las cláusulas estatutarias que se desvíen de lo dispuesto en la Ley y que prohíbe incluso añadir cláusulas a los estatutos cuyo contenido no esté ya previsto en la ley)²⁶ y, como hemos dicho, hay que imponer la publicación de esa información estan-

in America? 2005. El triunfo final, en todo el mundo de las sociedades limitadas debió mucho a los elevados tipos del impuesto sobre la renta, en comparación con el impuesto de sociedades, en los años que siguieron a la 2ª Guerra Mundial y hasta, casi, el siglo XXI. Cuenta Fleischer que, a partir de los años 80, con la aparición de la LLC y su tratamiento fiscal como una sociedad de personas junto con la reducción de los tipos marginales en el impuesto sobre la renta iniciados con Reagan definió el panorama societario.

²⁴ «*Certes, la loi française, en matière de sociétés par actions, est plus libérale que la loi allemande ou même la loi anglaise.*» decía Lescot, Rev. soc. 1924, 163, 185 *apud* Fleischer, ZGR 2016, p 46 nota 65 quien señala que en Francia, las pequeñas y medianas empresas podían utilizar la forma de la sociedad anónima sin problemas de rigidez gracias, también, a que la jurisprudencia interpretó flexiblemente la libertad estatutaria (admitió la validez de las limitaciones a la transmisibilidad consistentes en someter a autorización de los administradores o de la junta de accionistas la transmisión) y aligeró las cargas en la constitución de la sociedad.

²⁵ Dice Reich que, «los ferrocarriles no podían gestionarse como sociedades de personas a la vista del largo período de construcción de las líneas y de las elevadas inversiones necesarias que no podían financiarse con préstamos» porque el crédito estaba racionado y monopolizado por la deuda pública. Como el Estado no consideró la construcción de ferrocarriles como una tarea pública, el recurso a la sociedad anónima se hizo imprescindible lo que explica igualmente los rasgos que tendrá este tipo societario: acciones al portador, fungibilidad de la posición de los accionistas, escaso reconocimiento de derechos «políticos» a los accionistas, limitación de la capacidad de influencia de los accionistas individuales y estricto control público de la aportación del capital, del reparto de dividendos y de la gestión. Norbert Reich, *Die Entwicklung des deutschen Aktienrechtes im neunzehnten Jahrhundert, Ius Commune*, 1969

²⁶ V., por todos, brevemente con más indicaciones, Miguel Iribarren, *Libertad contractual en el Derecho de sociedades: de Bonn a Venecia*, Almacén de Derecho, 2015, disponible en <http://almacenederecho.org/libertad-contractual-en-el-derecho-de-sociedades-de-bonn-a-venecia/>

darizada en un registro público, al frente del cual, ha de estar un funcionario –un juez idealmente– que asegure que las «condiciones» del producto –acciones– se ajustan a la Ley y que proporcione la garantía de que las acciones existen y son tal como publica el Registro Mercantil; que han sido desembolsadas y, sobre todo, que una acción es igual a otra acción porque las reglas estatutarias, con un contenido fijado por la Ley, excluyen prácticamente cualquier juego a la autonomía privada de los socios para regular sus relaciones al respecto como tengan por conveniente. **La acción se convierte así, en el Derecho alemán, en un «producto» homogéneo y fungible en relación con cada sociedad anónima** lo que reduce los costes de comparar las acciones de una compañía con las acciones de otra. El inversor ha de decidirse por unas u otras en función del negocio que constituye la actividad de la compañía, no en función de las características jurídicas de una u otra. Porque las acciones de Siemens y las de Krupp o las de Carl Schoenig AG eran fungibles entre sí en términos jurídicos²⁷. Se logra así reducir notablemente los costes de transacción en la suscripción y negociación de las acciones.

Como no hay comidas gratis, tal reducción de costes se logra a costa **de limitar la libertad estatutaria**. Pero, en el caso de grandes sociedades cotizadas, la libertad estatutaria es poco valiosa por dos razones sencillas²⁸. La primera es que sería raro que hubiera **preferencias idiosincráticas entre los que adquieren acciones en mercados bursátiles** en lo que al contenido de los estatutos sociales se refiere. Por tanto, podemos presumir que éstas no existen y los esfuerzos del legislador deben concentrarse en proporcionar a los gestores la máxima autonomía en la gestión acompañada de mecanismos que permitan exigir responsabilidad a tales gestores y que aseguren que éstos gestionarán lealmente el patrimonio social, lo que llevará, como veremos, a la promulgación de un Derecho del Mercado de Valores. En otros términos: las preferencias de los inversores dispersos respecto del gobierno corporativo y de las relaciones entre los socios pueden considerarse también estándar, de manera que **no hay grandes pérdidas porque se reduzca la innovación en esta materia**²⁹ y, sin embargo, los costes de información de los

²⁷ Sibylle Lehmann-Hasemeyer y Jochen Streb *The Berlin Stock Exchange in Imperial Germany: A Market for New Technology?* *American Economic Review*, 106 (2016)

²⁸ V., Jesús Alfaro, ¿Por qué tiene sentido una regulación imperativa de determinados tipos sociales? 2015, disponible en <https://derechomercantilesana.blogspot.com/es/2015/04/por-que-tiene-sentido-una-regulacion.html>

²⁹ Como dice el gran Seabright en otro contexto «*If the range of possible levels of protection is too great, investors may simply become confused, so it is important to assure a*

inversores pueden ser muy elevados lo que puede hacer preferible que el Estado fije reglas estandarizadas y de *ius cogens*.

En segundo lugar, reducir los costes de información es de gran relevancia cuando se trata de **productos financieros como las acciones destinadas a ser negociadas en un mercado anónimo**. Como producto financiero, se trata de un activo que carece de valor de uso –no puede consumirse– y cuyo valor se determina por el flujo de rendimientos que genera: una promesa condicionada de pagar cantidades de dinero. Pues bien, es en los contratos financieros donde la asimetría informativa es más peligrosa. Reducir los costes de información es vital. Por ejemplo, un inversor no pagaría lo mismo por una acción ordinaria (que atribuye un número de votos proporcional a lo que esa acción representa en el capital social) que por una acción preferente (con un dividendo preferente pero con un derecho de voto reducido). Se dice, pues, que **el carácter imperativo de las normas legales estandariza los estatutos sociales y aumenta la «circulabilidad» de las acciones**. A este punto de vista se añade la convicción de que los accionistas de este tipo de sociedades rara vez influyen en el contenido de los estatutos, por lo que pierde muy poco porque sea el legislador el que lo establezca³⁰.

Es en este marco donde la protección de los inversores se desplaza del Derecho de Sociedades al Derecho del Mercado de Valores. Como es sabido, el Derecho del Mercado de Valores se basa en una idea bastante simple: el que quiera recurrir al ahorro público puede hacerlo libremente (no se necesita una autorización administrativa otorgada discrecionalmente para emitir acciones u obligaciones, art. 33 LMV) pero **ha de proporcionar al público información estandarizada sobre su negocio y sobre las características de las acciones u obligaciones que pretende vender**. La eficiencia de estas reglas se encuentra en que, imponiendo obligaciones de información, se reducen los costes de los inversores que, individualmente, carecen de incentivos para informarse

certain basic level of protection for everyone», Paul Seabright, *The Company of Strangers: A Natural History of Economic Life*. Second Edition, Princeton University Press, 2010 p 119. Es algo semejante a lo que ocurre con las condiciones generales y que se refleja especialmente en el ámbito de los contratos de seguro de asistencia sanitaria: la variedad en las coberturas eleva los costes de información y perjudica a los asegurados.

³⁰ La competencia entre oferentes debería mejorar el régimen jurídico en beneficio de los inversores. Pero que tal competencia se genere y produzca sus efectos beneficiosos en las cláusulas estatutarias requiere el paso del tiempo y que se dote de libertad a las sociedades para experimentar al respecto. Dado el elevado número de estafas, no es de extrañar que los legisladores del siglo XIX optaran por no confiar en la competencia para asegurar la protección de los inversores y remitirse a normas imperativas.

sobre la «calidad» del «producto» que se les ofrece. Esta información genera una dinámica virtuosa: el público tiene más información, los especialistas pueden analizarla y hacer prospección sobre la futura evolución de las empresas que les llevan a adquirir o vender acciones, lo que lleva a que los mercados de valores puedan incorporar esa información y ser, por tanto, «informativamente eficientes», lo que beneficia al público ahorrador que puede diversificar invirtiendo en índices etc. También las autoridades públicas se benefician porque disponen de más información sobre las grandes empresas lo que reduce los costes de hacer cumplir las regulaciones generales y las fiscales en particular³¹.

5. PUBLICIDAD REGISTRAL Y PUBLICIDAD BURSÁTIL: LA IMPOSICIÓN DEL MODELO ALEMÁN

De modo que, a finales del siglo XIX, todos los derechos europeos regulaban de forma semejante la sociedad anónima. El Derecho del Mercado de Valores no había aparecido y estos dos principios regulativos eran generales: el registro mercantil proporcionaba información sobre el gobierno corporativo y la posición de accionista y las leyes de sociedades anónimas regulaban imperativamente las acciones para reducir los costes de circulación. Se explica así, por ejemplo, que la ley alemana se denominara, desde siempre *Aktiengesetz* y no *Gesetz betreffend die Aktiengesellschaften* como se denominó, en 1892 la Ley de sociedades de responsabilidad limitada. «Die Publikums-AG is doch noch die Basis des Aktienrechts» dirá en 2002 Karsten Schmidt. El objetivo del legislador alemán del siglo XIX, como en el resto de Europa, era regular las «acciones», (*Aktienwesen*) como valores negociables, no regular el contrato de sociedad anónima³².

Pues bien, el **Derecho alemán de sociedades anónimas** se mantuvo, durante todo el siglo XX fiel a esa tradición y **reservó la forma**

³¹ Sobre las externalidades positivas que las sociedades cotizadas generan sobre las no cotizadas –que se benefician competitivamente del esfuerzo informativo de las primeras v., Elisabeth de Fontenay, *The Deregulation of Private Capital and the Decline of the Public Company* (April 11, 2017). *Hastings Law Journal*, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2951158> ; Ljungqvist, Alexander and Persson, Lars and Tåg, Joacim, *Private Equity's Unintended Dark Side: On the Economic Consequences of Excessive Delistings* (January 1, 2016), disponible en <http://ssrn.com/abstract=2714916>

³² Holger Fleischer, Walther Rathenau: Vom Aktienwesen – Eine geschäftliche Betrachtung (1917), JZ 2017 Volume 72, Number 20, October 2017, pp. 991-994(4) (non vidi)

sociedad anónima para la gran empresa con muchos inversores, con las consecuencias sobre la inscripción registral de los estatutos como forma de publicidad³³.

Pero esta evolución del Derecho de sociedades anónimas es peculiar de Alemania. Ni Estados Unidos ni el resto de Europa mantuvieron esa reserva de la sociedad anónima para la gran sociedad con apelación al ahorro. Al contrario, a partir de los años treinta del siglo XX, los Estados Unidos crean el Derecho del mercado de valores de carácter federal precisamente porque el Derecho de Sociedades está en manos de los Estados. Esta distribución de competencias impide a EE.UU. seguir el modelo alemán: no puede utilizarse la regulación de la *corporation* para proteger a los inversores. El resto de Europa sigue el camino de Estados Unidos sin abandonar, sin embargo, el alemán. Alemania no consigue exportar la rigidez de su sociedad anónima al resto de Europa cuando comienzan a promulgarse las Directivas de Sociedades pero **sí que logra imponer su modelo informativo que se consagra en la Primera Directiva**³⁴. En particular, es muy significativo el tenor literal del art.

³³ Dice Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Carl Heymans Verlag, 4ª edición, 2002, p 770: «Das Aktienrecht hat sich entwickelt als das Recht der industriellen Publikumsgesellschaft... Diese Sichtweise in Deutschland lange Zeit zu einer Fixierung auf die Aktiengesellschaft als soziale Grossveranstaltung und zu einer Vernachlässigung der Faktoren "Aktionär" und "Kapitalmarkt" geführt, die erst nach 1990 vom deutschen Gesetzgeber neu entdeckt un reaktiviert wurden» Y otros autores: «Während das Aktiengesetz seit jeher ein auf Gross unternehmen im sinne vom Publikumsgesellschaften zugeschnittenes Gesetzeswerk darstellt, soll es in der Zukunft insofern flexibler genutzt werden können, als die gesellschaftsrechtlichen Anforderungen an das Unternehmen de lege ferenda stärker auf die Struktur der Anteilseigner und den Zugang zum Kapitalmarkt abestimmt werden, d.h. die Fiktion des a priori weit gestreuten Aktionärskreises un des djederzeitigen Zugangs zur Börse aufgegeben werden». Horst Albach y otros, *Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell*, Bertelsmann Stiftung 1988, p 33

³⁴ V., [la Directiva \(UE\) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades](#), que refunde varias Directivas, entre ellas la primera. En su artículo 3, la Directiva se refiere a la «información obligatoria que ha de incluirse **en los estatutos** o escrituras de constitución» de sociedades anónimas (i) «Los estatutos o la escritura de constitución de una sociedad contendrán al menos las siguientes indicaciones: a) la forma y la denominación de la sociedad; b) el objeto social; c) cuando la sociedad no tenga capital autorizado, el importe del capital suscrito;... e) en la medida en que no estén determinados por la ley, las normas que determinen el número y la forma de designación de los miembros de los **órganos encargados de la representación ante terceros**, de la administración, de la dirección, de la vigilancia o del control de la sociedad, así como el reparto de las competencias entre estos órganos; f) la duración de la sociedad, cuando no sea indeterminada» Y en el art. 4, la «Información obligatoria que ha de incluirse en los estatutos, en la escritura de constitución o en un documen-

10 de la Directiva 2017/1132³⁵: dado que ningún Estado europeo somete a control administrativo o judicial la constitución de una sociedad anónima, el control registral se ha generalizado en Europa³⁶. Pero, lo más llamativo es que las normas sobre constitución y publicidad registral **se aplican exclusivamente a las sociedades anónimas en la Primera Directiva** y luego se extienden a las sociedades limitadas a través de la modificación de la Directiva para incluir normas sobre la interconexión de los registros³⁷.

to separado». La Directiva recoge así la tradicional distinción entre el acto constitutivo de la sociedad anónima y los estatutos sociales. «Figurarán al menos las siguientes indicaciones en los estatutos, o bien en la escritura de constitución, o bien en un documento separado que sea objeto de publicidad según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro, de conformidad con el artículo 16: a) el domicilio social; b) el valor nominal de las acciones suscritas y, al menos anualmente, el número de estas acciones; c) el número de las acciones suscritas...; d) en su caso, las condiciones particulares que limiten la cesión de las acciones, e) cuando existan varias categorías de acciones, las indicaciones mencionadas en las letras b), c) y d) para cada una de ellas y los derechos relativos a las acciones de cada una de las categorías; f) la forma, nominativa o al portador, de las acciones, cuando la legislación nacional tenga previstas ambas formas, así como toda disposición relativa a la conversión de estas, salvo si la ley fijara sus modalidades; g) el importe del capital suscrito desembolsado en el momento de la constitución de la sociedad o en el momento de la obtención de la autorización para comenzar sus actividades; h) el valor nominal de las acciones o, a falta de valor nominal, el número de acciones emitidas en contrapartida de cada aportación que no se hubiera efectuado en metálico, así como el objeto de dicha aportación y el nombre del aportante; i) la identidad de las personas físicas o jurídicas o de las sociedades que hayan firmado o en nombre de quienes se hayan firmado los estatutos o la escritura de constitución o, cuando la constitución de la sociedad no fuese simultánea, los proyectos de estatutos o de la escritura de constitución; j) el importe total, al menos aproximado, de todos los gastos que, en razón de su constitución y, en su caso, antes de que obtenga la autorización para el comienzo de sus actividades, incumban a la sociedad o se pongan a su cargo; k) toda ventaja particular atribuida en la constitución de la sociedad o, hasta que hubiera obtenido la autorización de comienzo de sus actividades, a quien hubiese participado en la constitución de la sociedad o en las operaciones conducentes a esta autorización.

³⁵ «En todos los Estados miembros cuya legislación no prevea un control preventivo, administrativo o judicial, en el momento de la constitución, la escritura de constitución y los estatutos de la sociedad, así como las modificaciones de estos documentos, constarán en escritura pública»

³⁶ Igualmente, el considerando 2 de la Directiva es muy significativo: «La coordinación prevista por el artículo 50, apartado 2, letra g), del Tratado (de la Unión), así como por el Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, e iniciada por la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo es especialmente importante con respecto a las sociedades anónimas, ya que la actividad de estas sociedades es predominante en la economía de los Estados miembros y se extiende más allá de los límites de su territorio nacional»

³⁷ V., art. 1, primer guion de la Directiva «en lo relativo a la constitución de sociedades anónimas, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital» y lo propio

La conclusión que podemos extraer de este breve paseo por la historia es que **la configuración actual del Registro Mercantil responde a una concepción del mismo como un sistema de publicidad de información al servicio de los inversores en los mercados financieros**, en concreto, a los que compran acciones. Esta función es extraña a la histórica, por supuesto, de ser la matrícula de los comerciantes que formaban parte del consulado (de la corporación mercantil) y a la reducida tras la Codificación de **identificar los patrimonios responsables y a los que pueden vincularlos en el tráfico mercantil**. Alemania es culpable de que se haya conservado y se aplique a todas las sociedades anónimas en Europa y, por extensión, a todas las sociedades de capital.

Sin embargo, la inmensa mayoría de las sociedades anónimas y limitadas que están inscritas en el Registro mercantil son «agrupaciones voluntarias de personas». Una minoría muy pequeña son esas sociedades que apelan al ahorro público y cuyas acciones se negocian en mer-

respecto a las fusiones y las escisiones. Sin embargo, en la regulación de la interconexión entre registros, se extendió la obligación de publicación de los estatutos a las sociedades limitadas. Como narra Fleischer, (ZGR 1/2016, pp 61 y ss) la rigidez de la sociedad anónima alemana explica por qué Alemania, a diferencia de otros países, mantiene claramente distinguidos los dos tipos de sociedad de capital (anónimas y limitadas). Una regulación unitaria sólo es posible con un régimen de la sociedad anónima flexible y ampliamente dispositivo (*«das Modell der Einheitskapitalgesellschaft praktisch nur in Ländern mit einem vergleichsweise geschmeidigen und liberalen Aktienrecht verwirklichen... hat die GmbH in den kontinentaleuropäischen Ländern mit einem weitgehend dispositiven Aktienrecht einen schwereren Stand, wie der lange Zeit bescheidene Erfolg der GmbH in der Schweiz¹⁷⁹ und die bis heute geringere zahlenmäßige Spreizung zwischen SA und SARL in Frankreich zeigen»*). La rigidez alemana quedó reflejada en la Primera Directiva llevó a algunos Estados a introducir expresamente la «sociedad limitada» para evitar la aplicación de dicha directiva a las pequeñas y medianas empresas: *«Mancherorts erfolgte die Schaffung einer neuen, eigenständigen Rechtsform neben der AG indes nicht aus innerer Überzeugung, sondern unter dem Druck äußerer Verhältnisse: In den Niederlanden hatten sich im Rahmen eines sehr liberalen Aktienrechts zwei verschiedene Realtypen herausgebildet, die offene und die geschlossene naamloze vennootschap (NV); die besloten vennootschap (BV) wurde als neue Rechtsform erst 1971 im Zuge der Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Publizitätsrichtlinie eingeführt. Ähnlich verhielt es sich in Dänemark, wo die GmbH-ähnliche anpartsselskab (ApS) im Jahre 1974 anlässlich des EG-Beitritts neu geschaffen wurde, ohne allerdings – wie wir sogleich sehen werden – tiefere Wurzeln zu schlagen»*. Japón suprimió incluso la sociedad limitada a la vista de su escaso éxito –reputación– entre los empresarios y la sustituyó por una regulación liberal y dispositiva de la sociedad anónima. España hizo lo contrario. Extendió a las sociedades limitadas las rigideces de la sociedad anónima, no en 1953 (la ley de sociedades limitadas de 1953 se nos antoja hoy como modélica) sino en 1995, reforzándose las semejanzas con ocasión de la promulgación del Texto Refundido de 2010.

cados. **Resulta chocante e inconstitucional que las agrupaciones voluntarias de personas estén sometidas a un control administrativo tan intenso en sus reglas de funcionamiento y gobierno, sobre todo, cuando dichas reglas han sido producto de la autonomía privada.** No puedo ocuparme de esta cuestión ahora pero es en estos términos en los que debe revisarse la jurisprudencia constitucional sobre la relación entre libertad de empresa y derecho de asociación³⁸. Ahora baste terminar esta parte señalando que las razones que explican los principios registrales inmobiliarios no están detrás del Registro Mercantil. Su extensión al Registro Mercantil es una *analogia legis* aberrante que sólo se ha podido admitir generalizadamente por el formalismo de la formación de nuestros juristas.

6. REGISTRO MERCANTIL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Es una obviedad afirmar que el Registro de la Propiedad es un registro de derechos mientras que el Registro Mercantil es un registro de sujetos (patrimonios) y de poderes para vincular a esos sujetos, de forma que hubiera sido más adecuado extender *mutatis mutandi* los principios del Registro Civil que los del Registro de la Propiedad³⁹. Garrigues lo dijo claramente:

«nuestro Derecho positivo...funda el sistema en un error, que consiste en equiparar los efectos de la inscripción en el Registro mercantil y en el Registro de la propiedad. Este error inicial lleva a transportar al Registro Mercantil las mismas disposiciones del Reglamento hipotecario... pero entre ambos Registros no hay razón alguna de analogía. Salvo el dato común de ser instrumentos de publicidad, todo son diferencias»

En el segundo, el carácter *erga omnes* de los derechos que se inscriben en el Registro de la Propiedad exige un gran rigor en el acceso al

³⁸ Es muy preocupante la escasa protección que nuestra jurisprudencia constitucional otorga al derecho de propiedad y al derecho a la libertad de empresa. V., recientemente, Paz-Ares/Alfaro, Comentario al art. 38 CE, 2ª edición, y, brevemente, Jesús Alfaro, **La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Unidad de Mercado**, en *Almacén de Derecho*, 2017, disponible en <http://almacendederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-la-ley-unidad-mercado/>

³⁹ El hecho de que en el Registro Mercantil se registraran los buques y los derechos de propiedad industrial de los comerciantes explica también la confusión de principios entre ambos registros

mismo para garantizar la correcta definición de los derechos y la ausencia de titularidades conflictivas⁴⁰.

En el Registro Mercantil, sin embargo, lo único que hay que garantizar, según vimos más arriba, es que (i) se identifique correctamente a la sociedad (incluyendo la cláusula sobre el objeto social)⁴¹; (ii) se sepa quién puede obligar al patrimonio social –los representantes– y (iii) en tanto siga vigente la doctrina del capital, se sepa cuál es el capital social en las sociedades de capital⁴². Poco más. **Los estatutos podrían, pues, depositarse y no ser calificados.** Y dejar a los jueces las disputas sobre su validez o nulidad, como se hace **con el resto de los contratos.** Cada vez que se haga una modificación estatutaria, la sociedad depositaría un ejemplar actualizado de los estatutos sociales. Los estatutos sociales forman parte del contenido del contrato de sociedad y los contratos tienen eficacia relativa (art. 1257 CC), **eficacia que no se altera en absoluto por el depósito o la inscripción del contrato de sociedad en un registro público.** Así pues, **son los poderes y las titularidades lo que deben ser objeto de publicidad** para hacer posible la separación entre propiedad y control. Cuando Arruñada en sus varios trabajos sobre la función económica de los registros se refiere al «contrato precedente» (a la relación entre el titular de los bienes y el agente que vende esos bienes a un tercero), se refiere, en realidad, **a la atribución de un poder** (por parte del titular de los bienes al agente), **no al contrato del cual surgen las facultades representativas** (mandato, arrendamiento de servicios, contrato de trabajo, contrato de administración). En relación con estos contratos y, en general, los contratos que unen a los propietarios entre sí –en el caso de que sea un colectivo–, no hay ganancia alguna para la seguridad del tráfico y para la expansión del comercio impersonal del control de la regularidad de su contenido.

⁴⁰ Arruñada, Benito (2013), *Instituciones del Intercambio Impersonal: Teoría y método de los registros públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2013.

⁴¹ V., las maravillosas páginas al respecto de Uwe John, *Einheit und Spaltung im Begriff der Rechtsperson*, *Quaderni Fiorentini*, 1982/83, II p 947 ss. un resumen de este trabajo puede leerse en Jesús Alfaro, ¿Cuáles son los rasgos que nos permiten identificar la existencia de una persona jurídica?, 2015, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/02/cuales-son-los-rasgos-que-nos-permiten.html#more>

⁴² V., lo que dispone el § 10 de la Ley alemana de sociedades de responsabilidad limitada, que lleva el título de «Contenido de la inscripción» cuyo apartado 1 recoge precisamente ese contenido de la inscripción, no la totalidad de los estatutos sociales que, en consecuencia, no son calificados: la razón social, el domicilio de la sociedad en Alemania, el objeto social y la cuantía del capital social, la fecha de celebración del contrato de sociedad y la identificación de los administradores. Y, eventualmente, la duración –cuando se ha fijado una duración determinada– o la regulación del capital autorizado. Naturalmente, también las modificaciones de tales aspectos habrán ser objeto de inscripción.

El paso del depósito de los estatutos sociales en el Registro a su inscripción sometida a calificación registral es relativamente reciente y se produjo ¡por norma reglamentaria!⁴³. En efecto, ni el Código de Comercio de 1829 –que hablaba de «tomar razón» de las escrituras de constitución de sociedades⁴⁴– ni el Código de Comercio de 1885 –que aunque habla de «inscripción», deja claro, en relación con las escrituras de constitución o modificación de sociedades que se trata de «anotarlas» en el Registro⁴⁵– incluyen un control de legalidad por parte del registrador. Tal control de legalidad aparece en el Reglamento del Registro Mercantil de 1919⁴⁶. La atribución de la gestión de los registros mercantiles

⁴³ Un proceso semejante –esto es, sin apoyo legal– se está produciendo con el depósito de las cuentas anuales que están siendo «calificadas» por el Registro Mercantil a pesar de que los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital sólo obligan a los particulares a depositar determinados documentos. Más abajo, expondré algunos ejemplos de estos excesos registrales.

⁴⁴ «Art. 22. En cada capital de provincia se establecerá un registro público y general de comercio que se dividirá en dos secciones. La primera será la matrícula general de comerciantes, en que se asentarán todas las inscripciones que se expidan á los que se dediquen al comercio; segun lo que va dispuesto en el artículo 1 I. En la segunda se tomará razon por orden de números y fechas: 1.º De las cartas dotaes y capitulaciones matrimoniales que se otorguen por los comerciantes, ó tengan otorgadas al tiempo de dedicarse al comercio , asi como de las escrituras que se celebren en caso de restitucion de dote. 2.º De las escrituras en que se contrae sociedad mercantil, cualquiera que sea su objeto y denominacion. 3.º De los poderes que se otorguen por comerciantes á factores y dependientes suyos para dirigir y administrar sus negocios mercantiles». El art. 25 II añadía «Con respecto á las escrituras de sociedad será suficiente para este efecto un testimonio autorizado por el mismo escribano ante quien pasaron, que contenga las circunstancias que prescribe el artículo 290»; el art. 28: «Las escrituras de sociedad de que no se tome razon en el registro general del comercio , no producirán accion entre los otorgantes para demandar los derechos que en ellas les hubieren sido reconocidos; sin que por esto dejen de ser eficaces en favor de los terceros interesados que hayan contratado con la sociedad»

⁴⁵ Art. 24 se «anotarán: 4... Su nombre, razón social ó título. 8... clase de comercio ú operaciones á que se dedique. 3.º La fecha en que deba comenzar ó haya comenzado sus operaciones. 4. El domicilio, con especificación de las sucursales que hubiera establecido, sin perjuicio de inscribir las sucursales en el Registro de la provincia en que estén domiciliadas 5 Las escrituras de constitución de la sociedad mercantil, cualesquiera que sean su objeto ó denominación, así como las de modificación, rescisión ó disolución de las mismas Sociedades

⁴⁶ A continuación, se explica que el escaso número de asientos practicados por los registros provinciales, hace inviable cubrir las plazas de registradores por oposición. Simplemente, el arancel no daba para cubrir los gastos, de manera que se opta por «fusionarlos» con los registros de la propiedad y encargar la gestión de los primeros a los registradores de la propiedad. El Reglamento del Registro Mercantil de 1919 se encuentra disponible aquí <https://drive.google.com/file/d/0B27DzfbcyPNBbHJJQk16UVdiSGM/view> v., Garrigues, *Curso*, I, p 705 ss.

a los registradores de la propiedad completa la extensión de los principios hipotecarios a un registro de personas y poderes.

*Nada dice expresamente el Reglamento vigente respecto a este particular (se refiere al Reglamento del Registro de 1885)... (por lo que) se dictan en el nuevo Reglamento las disposiciones necesarias (para controlar la legalidad de las inscripciones) **que son análogas a las establecidas en la Ley Hipotecaria y en su Reglamento, toda vez que, siendo los efectos de la inscripción en el Registro mercantil, según el Código de Comercio, análogos a los de la inscripción en el Registro de la Propiedad según la ley Hipotecaria, parece natural que la calificación de unos y otros documentos se ajuste a reglas análogas, y que análogos sean también los recursos que se establezcan y el procedimiento que se señale.***

Trataré de demostrar, a continuación, que esta afirmación del Reglamento de 1919 no sólo no contradice la tesis que trato de defender, sino que refuerza la interpretación que procede del art. 18.2 C de c que, recuérdese también, es el resultado de la legalización de los principios registrales que estaban incluidos en el reglamento del Registro Mercantil hasta 1989.

7. LA INTERPRETACIÓN HIPOTECARISTA DEL ARTÍCULO 18.2 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El artículo 18.2 del Código de Comercio dice que los estatutos sociales han de inscribirse, no sólo depositarse, y que los registradores

«calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro».

El control de legalidad que recoge este precepto por parte de un funcionario administrativo no viene exigido por la Directiva⁴⁷. Es de cosecha nacional y su origen se remite, como acabo de narrar, al Reglamento del Registro Mercantil de 1919. En él, el Gobierno se remite al art. 26

⁴⁷ «incluido, si procede, el control de legalidad según lo dispuesto en el Derecho nacional para la inscripción en el registro» V., considerando 33 y art. 15.1 Directiva 2017/1132

del Código de Comercio de 1885 (que señalaba que «los documentos inscritos sólo producirán efecto en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción sin que puedan invalidarlos otros, anteriores ó posteriores, no inscritos») y se añade que este efecto incluso en perjuicio de terceros,

«descansa naturalmente en el supuesto de que los documentos inscritos, para ser admitidos en el Registro, han de tener en su forma y en su fondo todos los requisitos necesarios para su validez, pues no cabe pensar que el legislador haya querido dar tales efectos, por el hecho sólo de la inscripción, a documentos nulos, otorgados por personas incapaces, sin las formalidades legales, o con estipulaciones contrarias a las leyes. Sería injusto además, que los terceros a quienes perjudica la inscripción hubieren de sufrir ese perjuicio en virtud de tales documentos. La inscripción, pues, requiere el examen previo y la calificación jurídica de los documentos que se han de inscribir. La inscripción perjudica a tercero, y la garantía de que ese perjuicio no se causa indebidamente, está en la previa calificación jurídica de dichos documentos.»

Garrigues explicó perfectamente la trayectoria histórica de la norma. El art. 59 del RRM de 1919 establecía como objeto de la calificación del registrador no solo la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos y la capacidad de los otorgantes, sino también **«la validez de las obligaciones que éstos contraigan»**. Esta redacción se copió del art. 18 de la Ley Hipotecaria *«sin reparar –dice Garrigues– en que las facultades del registrador mercantil son mucho más restringidas que las del registrador de la propiedad... Aunque se inscribieran documentos (no hechos o actos o contratos)... los documentos no acreditan normalmente la adquisición de derechos y obligaciones, sino la realización de un hecho jurídico»*, es decir, por ejemplo, que se otorgó un poder o que se destituyó al representante legal de la persona jurídica⁴⁸. Añade Garrigues que esta confusión del Gobierno de la época no era demasiado grave para la calificación porque examinar poderes e identificar sujetos, revisar la capacidad del poderdante y la validez del acto de otorgamiento o revocación del poder, no implica atribuir al registrador **un control de adecuación a las normas del derecho contractual de todos los contratos celebrados por un comerciante** para

⁴⁸ En la reforma de 1989, como recuerda Paz-Ares, se reforzó la garantía de «autenticidad» de la voluntad social a efectos de las inscripciones registrales determinando quién, entre los administradores sociales, tenía facultades de certificación de los acuerdos sociales inscribibles.

organizar su empresa (control de validez de las cláusulas de los contratos correspondientes). Pero,

«la ley de sociedades anónimas –de 1951– vino a dar extraordinaria relevancia a la función calificadora en razón a la naturaleza coactiva de las normas sobre fundación de estas sociedades y a la trascendencia de la inscripción en el Registro de la escritura constitutiva⁴⁹... ello hizo necesaria una disposición complementaria que viniera a aclarar y simplificar la función calificadora, con objeto de reducir ésta a sus justos y estrictos límites. Así se dictó el Decreto de 29 de febrero de 1952⁵⁰»

De nuevo, es la sociedad anónima la protagonista de la ampliación de las funciones del Registro Mercantil. Es sabida la influencia alemana en la ley española de 1951 y, por tanto, la configuración de la sociedad anónima desde una perspectiva institucionalista que conducía a considerar imperativo buena parte de su régimen jurídico y, en particular, las normas sobre su constitución, sobre órganos sociales y sobre el capital social⁵¹. Este Decreto de 29 de febrero de 1952 regulaba la adaptación de las sociedades anónimas preexistentes a la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. Las sociedades debían adaptar sus estatutos a lo dispuesto en la nueva ley (recuérdese que los cambios en el régimen jurídico respecto del recogido en el Código de Comercio eran notabilísimos⁵²) y

⁴⁹ Se refiere Garrigues a la doctrina dominante en su época respecto al carácter constitutivo de la inscripción de la sociedad anónima en el registro mercantil. Hoy está suficientemente aclarado que la sociedad anónima no adquiere la personalidad jurídica por la inscripción, aunque, de celebrarse un contrato de sociedad anónima, la falta de inscripción genera la transformación *ope legis* en una sociedad colectiva o civil según el objeto social.

⁵⁰ BOE de 13 de marzo de 1952 <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1952/073/A01143-01144.pdf>

⁵¹ Y Garrigues, (*Curso*, pp 419—420) recuerda en la línea de lo expuesto más arriba que *«para los redactores del C. de c. español, la fundación de la sociedad anónima tenía la misma importancia que la fundación de una sociedad colectiva o comanditaria, situando la garantía de los interesados en esa fundación dentro del campo de la publicidad del Registro Mercantil. Para colmar tan sensible laguna en nuestro Código de Comercio, la Ley de Sociedades Anónimas contiene una serie de normas imperativas tendentes a impedir cualquier maniobra o combinación dolosa o, simplemente, a encauzar la actividad jurídica de los fundadores de buena fe»*.

⁵² Cuenta Garrigues que en 1949 se abrió a discusión pública sobre el proyecto de ley de sociedades anónimas del Instituto de Estudios Políticos, «como consecuencia del cual, se suprimió la norma que exigía un capital mínimo de cinco millones de pesetas» para la fundación de una sociedad anónima. Cinco millones de pesetas de 1940 equivaldrían en el año 2000 a unos mil millones de pesetas, es decir, en la actualidad, seguro

debían inscribir la adaptación en el registro. El Registrador debía verificar si las sociedades anónimas inscritas se habían adaptado o no. Pues bien, el Decreto disponía en su artículo 3 que el registrador debía enjuiciar «la legalidad del contenido de los documentos»⁵³. Y añade este precedente directo del art. 18.2 C de c

«El registrador se limitará, en este punto, a examinar si el referido contenido de los documentos infringe o no de manera clara, directa y concreta alguna disposición legal de carácter imperativo. El Registrador hará constar la disposición legal y el número del artículo o punto de la misma infringido»

El artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 recogió el precepto que acabamos de transcribir y estableció que los registradores

«calificarán... los títulos presentados, la competencia y facultades de quien los autorice o suscriba; la legalidad de las formas extrínsecas; la capacidad y legitimación de los otorgantes y la validez del contenido de los documentos examinando si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo».

Estas reglas son especialmente relevantes para la cuestión objeto de estas páginas porque se refieren específicamente a la cuestión de la inscribibilidad de las **cláusulas estatutarias**. Se trataba de garantizar la adaptación de los estatutos sociales de las sociedades anónimas preexistentes a la nueva ley y, al efecto de asegurar que en el Registro Mercantil no se hallaban inscritas **cláusulas nulas de pleno derecho por contradecir lo dispuesto en una norma imperativa**, el Reglamento encarga al registrador que examine los estatutos sociales y limpie los inscritos de las cláusulas estatutarias contrarias a una norma imperativa. No hay que decir que **si una cláusula de un contrato –de sociedad en el caso– es contraria a una norma imperativa, la sanción es la de la nulidad** (arts. 6.3 y 1255 CC). La norma reglamentaria, pues, no puede ser más ortodoxa. Sólo está justificado que se deniegue la inscripción cuando el acuerdo que se pretenda inscribir **sea nulo de pleno derecho**. Esto puede ocurrir, bien porque estemos ante acuerdos contrarios al orden público por las

que varias decenas de millones de euros que, normalmente, se obtenían recurriendo a muchos inversores.

⁵³ Obsérvese que incluso el vigente art. 18.2 C de c se refiere a los «documentos», no a los pactos estatutarios o a los acuerdos sociales que se reflejan en los documentos cuya validez de su contenido han de calificar los registradores.

circunstancias, causa o contenido del mismo (art. 1255 CC) o bien cuando estemos **ante un acuerdo inexistente**⁵⁴. O, como decía la exposición de motivos del Reglamento del Registro Mercantil de 1919, cuando estemos ante un caso de nulidad en sentido estricto, esto es, de un acto o negocio jurídico nulo por faltarle **alguno de los elementos esenciales o por haberse excedido los límites de la autonomía privada**⁵⁵.

En 1989, sin embargo, tanto la nueva redacción del art. 18 del Código de Comercio⁵⁶ como el art. 6 del Reglamento del Registro Mercantil que reproduce el artículo 5 del RRM 1956 omiten el último inciso⁵⁷ y dan al precepto la redacción vigente que hemos transcrito más arriba. ¿Por qué? No he podido averiguarlo. Mi intuición es que se quería subrayar el carácter general de la norma –recuérdese que en 1989, cuando se adapta la ley de sociedades anónimas al Derecho Europeo, se modifica el Código de Comercio para legalizar los principios registrales– y, a tal efecto, el inciso final remitía en exceso al problema de las cláusulas estatutarias y, por tanto, no a todos los actos de las sociedades mercantiles que son objeto de inscripción.

En todo caso, la conclusión que se extrae del análisis efectuado hasta aquí es que todos los argumentos utilizables en la interpretación de las

⁵⁴ Esto es, cuya adopción no puede imputarse al patrimonio separado que es la persona jurídica de acuerdo con las reglas –el contrato social– para la adopción de dichos acuerdos (como cuando cualquiera se presenta ante un notario y otorga una escritura pública diciendo que se han adoptado determinados acuerdos inscribibles en una sociedad determinada).

⁵⁵ El texto de la exposición de motivos del RRM 1919 que hemos transcrito más arriba se refiere, efectivamente a los requisitos esenciales de los contratos: **capacidad, consentimiento, objeto, causa y forma** cuando la forma es *ad solemnitatem*. Y el art. 59 RRM 1919 afirmaba, coherentemente que «*los registradores calificarán la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos... así como la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones que éstos contraigan*». En el art. 122 *in fine* del RRM 1919 se lee que «los estatutos (de la sociedad anónima) se insertarán íntegramente en la inscripción, y las circunstancias de ésta que consten en los estatutos quedarán expresadas en la forma que en ellos aparezcan». Luego sigue la distinción entre faltas subsanables e insubsanables que, por haber sido copiadas del registro de la propiedad, se entienden mal ya que hacen referencia a una distinción entre el «título» y la «obligación» que, en el ámbito de las inscripciones societarias sólo puede trasladarse a la escritura en la que se documentan los acuerdos y al contenido de los acuerdos sociales.

⁵⁶ Dada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades <https://www.boe.es/boe/dias/1989/07/27/pdfs/A24085-24110.pdf>

⁵⁷ Art. 6, *Legalidad*.-Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción. así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido. por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro.

normas legales conducen a la conclusión de que el art. 18.2 del Código de Comercio debe interpretarse en el sentido de que la calificación registral de los acuerdos sociales inscribibles debe extenderse a asegurar (i) la «autenticidad» de los poderes y actos de las sociedades que se inscriben en el registro –que han sido producto de la voluntad de los órganos sociales–; (ii) el cumplimiento de los requisitos de forma (titulación pública) y (iii) que las cláusulas estatutarias en sentido amplio de las sociedades inscritas no son nulas de pleno derecho por ser contrarias a una norma imperativa. Dado que el control registral supone una injerencia administrativa en la autonomía privada y en la libertad contractual y de empresa, el art. 18.2 C de c no puede interpretarse extensivamente ni ampliarse el control registral a la garantía de la «regularidad» de los actos, acuerdos y contratos de sociedad⁵⁸.

8. LOS TIPOS DE ACUERDOS IMPUGNABLES: ACUERDOS IRREGULARES Y ACUERDOS NULOS DE PLENO DERECHO

Como es sabido, la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014, a través de la Ley 31/2014, eliminó la distinción entre acuerdos nulos y anulables a efectos de su impugnación. El legislador –que no es un «clasificador»– no estableció categorías legales sustitutivas de las que había eliminado pero un examen cuidadoso del contenido de los artículos 204, 205 y 206 LSC que, naturalmente, no podemos realizar aquí, permite alcanzar las conclusiones que exponemos a continuación⁵⁹.

La distinción relevante, de acuerdo con el régimen jurídico que dibujan esos preceptos legales, es la de **acuerdos nulos de pleno derecho y acuerdos irregulares**.

En efecto, tras la reforma de la Ley de sociedades de capital de 2014 no debería caber duda alguna de que con excepción de los acuerdos sociales nulos de pleno derecho (contrarios al orden público los califica el art. 204 LSC), los acuerdos sociales se presumen válidos y, para ser

⁵⁸ V., para el Derecho alemán, Ulmer, Peter, Hachenburg – Grosskommentar zum GmbHG, 1990, tomo I, p 164: «Von Willensmängeln abgesehen (en cuyo caso se aplican las reglas sobre la sociedad nula), ist eine Beanstandung freilich nur dann gerechtfertigt, wenn der Vertragsinhalt gegen zwingendes Recht verstösst... Abreden der Gesellschafter im Bereich des dispositiven Rechts sind der Überprüfung des Registerrichters grundsätzlich entzogen».

⁵⁹ Para el análisis más completo del art. 204 LSC nos permitimos remitirnos a nuestro trabajo de comentario a dicho precepto en los dirigidos por Javier Juste sobre la reforma de 2014

declarados ineficaces, han de ser objeto de impugnación. Por esta razón, el legislador ha abandonado la distinción entre acuerdos nulos y anulables. El legislador habla de acuerdos «impugnables» en general y de acuerdos contrarios al orden público.

Así, el art. 204.1 califica de impugnables los acuerdos contrarios a la ley, a los estatutos o al interés social (incluyendo el interés de la minoría) y el art. 205.1 dice que la posibilidad de impugnar los acuerdos contrarios al orden público no caduca ni prescribe y en el 206.2 añade que cualquiera está legitimado para pedir la declaración de nulidad del acuerdo contrario al orden público.

Resulta, pues, necesario **adoptar una nomenclatura que dé cuenta del –distinto– régimen jurídico**. Y nos parece que esta puede ser la de distinguir entre **acuerdos irregulares y acuerdos nulos de pleno derecho**. La distinción captura adecuadamente el diferente régimen jurídico a que están sometidos unos y otros –no hace falta extenderse al respecto– y permite asimismo extraer consecuencias para la interpretación y aplicación del art. 18.2 C de c y el control registral. Dado que sólo los acuerdos que por las circunstancias de su adopción, por su contenido o por su causa se puedan calificar como contrarios al orden público son nulos de pleno derecho (apreciación de oficio, no caducidad, no prescripción), resulta evidente que **sólo éstos pueden considerarse como que carecen de validez en el sentido del art. 18.2 C de c**.

Son **acuerdos nulos de pleno derecho** aquellos que no reúnen los requisitos mínimos para considerarse actos o negocios jurídicos válidos (en las categorías del negocio jurídico, son los acuerdos inexistentes o informales cuando la forma es *ad solemnitatem*) y los acuerdos que **sobrepasan los límites de la autonomía privada** (art. 1255 CC: acuerdos contrarios a la ley, la moral o el orden público). La acción de impugnación, en este caso, es una pretensión declarativa: que se declare la nulidad del acuerdo. De ahí que no prescriba ni caduque (art. 205 LSC), que cualquiera esté legitimado para interponerla (art. 206 LSC) y **que deba ser apreciada de oficio** por cualquier órgano judicial o administrativo que tenga que interactuar con el acuerdo contrario al orden público. Dado el régimen que establece el legislador para estos acuerdos, no queda más remedio que calificarlos como acuerdos nulos de pleno derecho⁶⁰.

⁶⁰ V., ampliamente, Jesús Alfaro, Comentario al artículo 204 LSC, en Juste (dir), Comentario a la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas, Madrid 2015; el comentario al art. 206 LSC de José Massaguer en el mismo libro y Alfaro, *Liber Amicorum Rodríguez Artigas/Esteban*, p 705 ss.

Son acuerdos irregulares los acuerdos «contrarios a la Ley, (que) se opongan a los estatutos... o lesionen el interés social» en los términos del artículo 204 LSC. La irregularidad consiste en que su adopción por el órgano social supone **un incumplimiento del contrato de sociedad** en sentido amplio. La mayoría ha incumplido el contrato de sociedad porque, si todos los socios de común acuerdo hubieran previsto hipotéticamente la adopción de ese acuerdo, actuando de buena fe, habrían debido votar en contra. De manera que el art. 204.1 LSC es un trasunto, en realidad, del art. 1258 CC en relación con el art. 1101 CC: **la mayoría** –en las corporaciones los acuerdos se adoptan por mayoría– **incumple el contrato de sociedad** si adopta **un acuerdo que se opone a lo establecido en el contrato** –los estatutos–; **o a lo establecido en la ley que integra** el contrato social (como el Derecho supletorio contractual integra los contratos sinalagmáticos ex art. 1258 CC); o que **es contrario al interés social** (que reproduce el objetivo para el que los socios han contraído sociedad, esto es, para maximizar el valor de sus inversiones repartiendo el plusvalor de forma proporcional a su participación en la sociedad).

Un ejemplo que raya en lo absurdo es el de la RDGRN de 19 de enero de 2017. Se pretendía el depósito de las cuentas pero *«el acuerdo se adoptó con el voto favorable de dos de los tres socios que representan dos terceras partes del capital social. Los estatutos de la sociedad establecen que «los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría que suponga el voto favorable del setenta por cien (70%) de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divide el capital social»*. De manera que se deniega ¡el depósito! porque el acuerdo de aprobación no cuenta *«con el voto favorable de al menos el 70% del capital social previsto en los estatutos sociales»*. Es obvio que los dos socios incumplieron el contrato social. Pero es obvio también, desde la perspectiva de la función del Registro Mercantil y de la publicidad de las cuentas anuales que éstas debieron depositarse y dejar al tercer socio que, si lo consideraba oportuno, demandara a sus dos consocios por incumplir el contrato de sociedad. Los administradores de esa sociedad tienen la obligación de depositar las cuentas, pero no puede imponérseles la obligación de conseguir que el 70 % de los socios voten a favor de su aprobación. De manera que, una vez que han sometido a la aprobación por los socios de las cuentas, deben proceder a su depósito con independencia del resultado de la votación si no queremos obligarles a incumplir sus obligaciones legales y tengamos –como hace la ley española– que organizar un complejo sistema de «recordatorios» periódicos para evitar la aplicación de una sanción como es el cierre de la página

registral. Los ejemplos podrían multiplicarse para incluir todas las resoluciones que han denegado la inscripción de acuerdos sociales por ser contrarios a los estatutos sociales. **Por definición, al no tratarse de normas legales, la infracción de los estatutos no puede provocar la nulidad de los acuerdos correspondientes.** Ha de tratarse, necesariamente, de un incumplimiento contractual⁶¹.

Y la pretensión que se ejercita en estos casos es la de que se **remuevan los efectos del incumplimiento** mediante la anulación del acuerdo infractor del contrato. De ahí que ahora, el legislador haya dejado claro que la pretensión de impugnación no excluye otras pretensiones tales como la indemnización de daños o la pretensión de que determinados contratos celebrados por la sociedad con terceros sean anulados (si el tercero no es un tercero protegido).

Por tanto, cuando los jueces estiman una acción de impugnación, dejan sin eficacia los acuerdos impugnados pero **no declaran la nulidad de ningún negocio jurídico**. Declaran, simplemente, que la mayoría ha incumplido el acuerdo social y, **para remover los efectos del incumplimiento, deja sin efecto el acuerdo social**. Como se trata de remover los efectos del incumplimiento, el juez ordenará, en su caso, que se modifique la inscripción registral correspondiente si el acuerdo fue objeto de inscripción (art. 208 LSC)⁶². Se explica así el régimen de la convalidación y subsanación de los acuerdos irregulares y las reglas de la resistencia y la prevalencia. Este planteamiento permite, en fin, evaluar correctamente el cumplimiento de las normas sobre el funcionamiento de los órganos sociales. Debe abandonarse la tendencia a considerar a la Junta y al Consejo de Administración como si fueran órganos colegiados de la Administración Pública y a las normas que regulan su funcionamiento como si fueran normas del Código de la Circulación. Son reuniones de particulares que están reguladas por reglas contractua-

⁶¹ V., por ejemplo la **RDGRN de 20 de diciembre de 2013**. Se pretende la inscripción de una escritura por la que se elevan a público determinados acuerdos de reducción del capital social a cero, por pérdidas, y el simultáneo acuerdo de aumento de dicho capital en la cantidad estrictamente necesaria para que la sociedad deje de incurrir en causa legal de disolución conforme al artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital. El registrador deniega la inscripción solicitada porque, a su juicio, tales acuerdos deben ser adoptados con la mayoría reforzada establecida en los estatutos sociales para todo acuerdo de aumento o reducción del capital social (ochenta por ciento de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divide dicho capital social, salvo que el acuerdo resulte exigible por imperativo legal. En descargo de la DGRN se puede decir sólo que esta resolución es anterior a la reforma de 2014 de la impugnación de los acuerdos sociales.

⁶² V., José Massaguer, Artículo 208, en Juste (dir) *Comentario*,

les o autónomo-privadas de modo que sólo cuando se desatienden de forma sustancial y con daño para los intereses legítimos de los miembros del órgano se generan consecuencias jurídicas sobre el contrato que ha generado el órgano. En definitiva los más de cincuenta artículos que regulan la Junta de Socios en nuestra Ley de sociedades de capitales deben considerarse derecho dispositivo no sólo frente a los estatutos sociales sino también frente a las conductas de los socios en la organización y celebración de sus reuniones⁶³.

Estas consideraciones obligan a interpretar el art. 18.2 C de c en el sentido de considerar incompatible con el respeto debido a la autonomía privada y a la libertad de autoorganización de las agrupaciones voluntarias de personas⁶⁴ el control de oficio por parte del registro mercantil de la regularidad de los acuerdos sociales y de las cláusulas estatutarias que no sean nulas de pleno derecho.

De conformidad con esta valoración, la ley establece que **sólo si los legitimados ejercitan su derecho subjetivo podrá ¡un juez! estimar la impugnación y anular los acuerdos**. El derecho a impugnar los acuerdos es un derecho subjetivo cuyo ejercicio queda en manos de los accionistas y determinados terceros interesados y las acciones de impugnación ha de calificarse –salvo en el caso de los acuerdos nulos de pleno derecho– como acciones de cumplimiento. A través de la acción de impugnación del acuerdo social, el socio demandante pretende del juez una declaración de que la mayoría social –la que adoptó el acuerdo– ha incumplido el contrato de sociedad al adoptar el acuerdo, bien los estatutos sociales, bien las normas legales aplicables al contrato además de los estatutos sociales. En tanto los acuerdos no sean impugnados y estimada la demanda de impugnación por un juez, son acuerdos válidos y, por tanto, han de ser plenamente eficaces lo que exige su inscripción en el Registro mercantil⁶⁵.

⁶³ Alfaro, *Liber Amicorum Rodríguez Artigas/Esteban*, p 705 ss

⁶⁴ El derecho de autoorganización se considera parte del contenido esencial del derecho de asociación ex art. 22 CE. STS 11-VII-2002; STS 25-XI-2010; STS 12-IX-2011; STS 17-IV-2012; STC 22-XII-2016, sobre esta sentencia v., Jesús Alfaro, Expulsión de asociados. El caso de los partidos políticos, *Almacén de Derecho* 2017, disponible en <http://almacendederecho.org/expulsion-asociados-caso-los-partidos-politicos/>

⁶⁵ V., la notable SAP Madrid 17-VII-2008 que analiza la cuestión en relación con una demanda por competencia desleal por infracción de normas (art. 15.2 LCD) y dice que si la regla legal que se afirma infringida en la demanda es una norma que reconoce un derecho subjetivo, no puede haber infracción de la norma si hay consentimiento por parte del titular del derecho subjetivo que se dice infringido. En el caso, la norma de la ley de patentes ofrece al titular de la patente un derecho subjetivo a impedir el uso de la

El ejemplo del depósito de cuentas recogido más arriba prueba que al denegar el depósito, el Registro mercantil está proporcionando al socio que podría haber impugnado el acuerdo una suerte de **cumplimiento específico** del contrato de sociedad, en concreto de la cláusula estatutaria que exigía el quorum de votación del 70 %. Y lo está haciendo de oficio, por parte de un órgano administrativo y sin conocer la voluntad al respecto del legitimado para exigir, en su caso, tal cumplimiento específico.

Otro buen ejemplo de lo que se acaba de explicar nos lo proporciona la RDGRN de 24 de octubre de 2017, que se ocupa de una transformación de una sociedad anónima en sociedad limitada aprobada por el 95 % del capital reunido en una única convocatoria. En los estatutos sociales se preveía que, para adoptar determinados acuerdos, estuviera presente el 100% del capital social en primera convocatoria⁶⁶. La DGRN desestima el recurso de la sociedad acusando a los socios de irresponsables por no haberse atendido a lo que pactaron libremente⁶⁷. Y es obvio

patente a cualquier tercero y, en consecuencia, un derecho a recibir una remuneración a cambio de permitir el uso. Si un empresario vende más barato porque no paga a sus acreedores, será cuestión de éstos tolerarlo o perseguir judicialmente a su deudor, pero los competidores no pueden pretender que «pague sus deudas» por la misma razón que no pueden pretender que los acreedores le demanden para conseguir el cobro de sus créditos. Solo el titular del derecho puede reaccionar «*O, lo que es igual, la infracción incontestada del derecho subjetivo no altera la «par conditio concurrentium» en mayor medida en que lo alteraría la infracción consentida...*». Del mismo modo, asegurar el cumplimiento del contrato de sociedad no es una tarea asignada ni a los notarios ni a los registradores ni a ningún otro funcionario público. Su función de *gatekeepers* se limita a asegurar el cumplimiento de las normas legales dictadas para proteger intereses generales, no para proteger intereses de las partes. Cuando el legislador ha considerado necesario utilizar los «servicios» de un tercero para proteger intereses de las partes de un contrato, ha limitado la autonomía privada. Por ejemplo, cuando prohíbe los pactos leoninos. Pero, en general, la intervención de los terceros que actúan como *gatekeepers* se implanta para proteger intereses de terceros v., Cándido Paz-Ares, Seguridad jurídica y sistema notarial, en AA:VV., La fe pública, Madrid 1994, pp. 73-134.; igualmente publicado el Iuris 1 (1994), pp. 191-250; y en J. J. Toharia, B. Arruñada y C. Paz-Ares, Fe pública y vida económica, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1997, pp. 59-97.

⁶⁶ Decían los estatutos sociales: «*para que la Junta pueda acordar la emisión de obligaciones, el aumento o reducción de capital social, la transformación... y en general cualquier modificación de estatutos sociales, será precisa en primera convocatoria la concurrencia del cien por cien del capital suscrito con derecho a voto...*»

⁶⁷ «*Los socios, dentro del expansivo marco de autonomía de la voluntad que inspira nuestro ordenamiento jurídico privado (en el que las limitaciones han de ser expresas y de interpretación restrictiva) son los que tienen la facultad y la responsabilidad de componer los instrumentos jurídicos adecuados para el mejor logro de sus fines sociales lícitos... la cláusula estatutaria discutida no contradice ningún principio de la sociedad*

que nos encontramos ante una irregularidad del acuerdo que no provoca la nulidad de la transformación, bien porque apliquemos la doctrina de la relevancia (no se trataba de un quorum de votación, sino de asistencia), bien porque apliquemos la doctrina de la resistencia (si el socio del 5 % que no asistió fue convocado y tampoco apareció en el momento fijado para la segunda convocatoria). Pero sobre todo porque **no sabemos qué pensaba al respecto el socio del 5 %**. Es más, es probable que la impugnación del acuerdo de transformación por su parte fuera desestimada por los tribunales porque sería, fácilmente, contraria a la buena fe o abusiva. De forma que resulta evidente que el acuerdo no era nulo de pleno derecho sino sólo –a lo más– irregular o impugnabile **si así lo decidía** el socio titular del 5 % en ejercicio de su derecho subjetivo.

Por el contrario, un buen ejemplo de acuerdo nulo de pleno derecho es el que ocupó a la RDGRN 16 de marzo de 2015 en donde se había impedido votar a un socio en el acuerdo de la Junta que procedió a su destitución como administrador, infringiendo lo dispuesto en el art. 190 LSC y privando, por tanto, a ese socio de su derecho de voto.

Hay numerosos argumentos adicionales⁶⁸. El primero es el de la consagración legal de **la regla de la irrelevancia y la regla de la resisten-**

anónima, aunque acentúe en el caso concreto el carácter personalista de la misma. Los socios, conscientemente –sin necesidad de heterotutela alguna–, establecen la necesidad de que participen todos los socios en el debate que en la reunión de la junta general en primera convocatoria».

⁶⁸ Cruz López-Müller «El control de legalidad notarial de los acuerdos sociales», El Notario del Siglo XXI, nº 61, disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4052-el-control-de-legalidad-notarial-de-los-acuerdos-sociales> ha sostenido que la concepción *legal* expresada en el art. 204 LSC tras la reforma de 2014 (suprimiendo la distinción entre acuerdos nulos y anulables y sustituyéndola por acuerdos nulos de pleno derecho –contrarios al orden público– y acuerdos impugnables) no es «convinciente» y aunque reconoce que la anulabilidad de los acuerdos sociales nada tenía que ver con la «anulabilidad» de los contratos en los que concurre un vicio del consentimiento o falta de capacidad, afirma que esa anulabilidad era idéntica a la nulidad general salvo (¡menudo salvo!) en quién podía hacerla valer y los plazos para hacerla valer y añade que la reforma de 2014 no ha cambiado las cosas, en su opinión, como para que tengamos que modificar la práctica de notarios y registradores o la doctrina de la DGRN. Esta opinión no está bien fundada en Derecho. Olvida que los acuerdos sociales son negocios jurídicos respecto de los cuales son de aplicación el art.1255 CC y el respeto, en general, a la autonomía privada. Si unos particulares han celebrado un negocio jurídico y éste no puede ser calificado como nulo de pleno derecho, el negocio debe producir efectos. Así lo exige el respeto a la autonomía privada. Si la ley autoriza a un particular a impugnar un negocio jurídico es porque el acuerdo es válido pero *puede* convertirse en ineficaz. Se aduce, además, un argumento de «autoridad»: la cita de Rodríguez Adrados que, al parecer, decía que «frente a aquellos pocos países que limitan la denegación del nota-

cia. En ambos grupos de casos, nos encontramos con acuerdos sociales adoptados irregularmente pero que, no obstante, son considerados válidos por el legislador. Estas dos reglas, que se consideraban en «vigor» en nuestro Derecho incluso antes de su formalización expresa por el legislador en el art. 204 LSC⁶⁹, constituyen un argumento irrefutable de **la validez a priori de los acuerdos sociales que no adolezcan de un vicio que los haga nulos de pleno derecho** y, por tanto, de que no puede denegarse su inscripción sobre la base del art. 18.2 C de C, por la sencilla razón de que el acuerdo no es inválido y por tanto, tampoco el «contenido» del documento que se presenta a inscripción en lo que se deduce del Registro y de dicho documento⁷⁰. Porque aunque se haya infringido el derecho de información; se haya omitido algún extremo en la convocatoria de la junta que adoptó el acuerdo; se haya redactado ésta de forma poco clara o se hayan omitido informes de los administradores o de terceros o hayan existido irregularidades en la formación de la lista de asistentes o errores en el cómputo de los votos, sólo un juez puede considerar inválidos los acuerdos adoptados y la ley ordena ¡al juez! que desestime la demanda de impugnación si se dan los requisitos de la irrelevancia de la irregularidad detectada de la resistencia del acuerdo a la participación en la votación correspondiente de quien no debió hacerlo.

El argumento avanzado por López-Müller según el cual, como los acuerdos sociales impugnables son convalidables, es decir, las partes del negocio jurídico pueden adoptar de nuevo el acuerdo eliminando el

rio a los supuestos de nulidad absoluta... o incluso sólo a la contrariedad del acto a la ley penal..., en nuestro sistema... cualquier grado o tipo de ineficacia es suficiente para que el notario deba rechazar la autorización». Esta afirmación del eximio Notario es incorrecta y sólo es admisible en un Estado cuyo Derecho Privado no esté basado en la autonomía privada (todo lo que no está prohibido está permitido) y en el libre desarrollo de la personalidad de los individuos (art. 10 CE). V., también, erróneamente a nuestro juicio, Manuel González-Meneses, La reforma de la Ley de sociedades de capital y la función notarial, *El Notario del siglo XXI*, nº 59, 2015, disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3970-la-reforma-de-la-ley-de-sociedades-de-capital-y-la-funcion-notarial>

⁶⁹ V., respecto de la regla de la resistencia, la STS de 15 de enero de 2014, y antes, la SAP Coruña de 18 de noviembre de 2011, en la doctrina, Mercedes Sánchez Ruiz, Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital. Artículo 52 de la Ley 2/1995 de 23 de marzo, Pamplona 2000, p 365

⁷⁰ V., en contra, la DGRN (RDGRN de 5 de agosto de 2013 que deniega la inscripción de los acuerdos por existir vicios en la lista de asistentes que resulten de los documentos a inscribir o la RDGRN de 26 de febrero de 2013 que niega validez a los acuerdos adoptados en una junta de una SL cuya convocatoria preveía dos llamamientos (primera y segunda convocatoria).

defecto, eso querría decir que «*los acuerdos impugnables son también inválidos aunque sea de una forma latente...*» no es aceptable. No existe en nuestro Derecho la categoría de los negocios jurídicos «latentemente inválidos». Si está pensándose en los contratos anulables, nadie duda de que, en tanto no sean anulados por quien está legitimado, los contratos son válidos. Pero es que, como hemos explicado ampliamente en otro lugar⁷¹, **las categorías de nulidad y anulabilidad no son aplicables a los acuerdos sociales**, que no son contratos, sino decisiones colectivas, esto es, actos de ejecución del contrato de sociedad⁷². Por tanto, la categoría jurídica para medir la posibilidad de que produzcan efectos no es la de nulidad/validez sino la de si esos acuerdos sociales constituyen o no un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso del contrato de sociedad.

Lo que se acaba de exponer no es incompatible con la eficacia *ex tunc* de la declaración judicial de ineficacia del acuerdo irregularmente adoptado o contrario al interés social. **También la resolución contractual ex art. 1124 CC tiene eficacia retroactiva y nadie duda de que un contrato es válido y produce sus efectos en tanto no sea resuelto.** Si un juez estima la demanda de impugnación, el acuerdo no habrá sido válido nunca (salvo las normas de protección de terceros, por cierto igualmente aplicables en el caso de resolución o salvo que, porque se trate de acuerdos que afectan al patrimonio separado como son las modificaciones estructurales, se aplique la doctrina de la sociedad nula) y la sentencia tendrá eficacia retroactiva. Y, naturalmente, tampoco es equiparable este asunto al de las modificaciones estructurales en las que el legislador ha previsto igualmente unos efectos exorbitantes para su inscripción en el registro mercantil.

9. CONSECUENCIAS SOBRE EL CONTROL REGISTRAL EX ART. 18.2 C DE C

En resumen, si trasladamos estas categorías a la inscripción registral, debería resultar obvio que el control de legalidad al que se refiere el art. 18.2 C de c no puede extenderse y convertirse en **un control de la regularidad del acuerdo. El control de validez** se refiere a si se han desbordado los límites de la autonomía privada y, como venimos diciendo,

⁷¹Alfaro, *Comentario*, art. 204 p 162 ss.

⁷²Jesús Alfaro, «La junta, los acuerdos sociales, la prohibición de la unanimidad y el reconocimiento de derechos de veto a los socios» en Juste/Espín (dirs), *Liber Amicorum* Rodríguez Artigas/Gaudencio Esteban, Madrid 2017, p 685 ss., p 700.

tal cosa solo ocurre con los acuerdos sociales que no solo hayan sido irregularmente adoptados, sino que sean nulos de pleno derecho. **Entretanto no sean impugnados** (por quien, libérrimamente puede decidir si conviene a su interés hacerlo o no) y declarados irregularmente adoptados (por haberse infringido, en su adopción la ley o los estatutos) o contrarios al interés social **por un juez**, los acuerdos son válidos y producen los efectos naturales de todo negocio jurídico: **vinculan y pueden ser ejecutados**. Ejecutados quiere decir, entre otras cosas, inscritos cuando su inscripción es obligatoria. Como los notarios y los registradores son auxiliares del tráfico en la ejecución de los acuerdos sociales, el control de legalidad de ambos debe limitarse a verificar que los acuerdos no son nulos de pleno derecho y que son «existentes», no que han sido regularmente adoptados. Para eso son *gatekeepers*⁷³. No pueden negar su ministerio porque hubiera irregularidades en su adopción como no podrían hacerlo porque sean contrarios al interés social. Si lo hicieran, se estarían arrogando funciones que el legislador ha atribuido en exclusiva al Juez por buenas razones, no ya porque el Juez sea constitucionalmente independiente, sino porque **el juez civil solo actúa a instancia del titular de un derecho subjetivo** —a diferencia del registrador que actúa de oficio— y decide tras un proceso contradictorio con igualdad de armas en el que dispone de todos los elementos de juicio para ponderar si las irregularidades o la contrariedad al interés social denunciados por el socio impugnante merecen ser consideradas como equivalentes a un incumplimiento del contrato social por parte de la mayoría. Es obvio que el Registrador carece de todas estas cualidades cuando califica los acuerdos que se pretenden inscribir. No ocurre lo mismo con la nulidad de pleno derecho de un acuerdo social —o de cualquier negocio jurídico—. Si a un notario o a un registrador le traen un acuerdo de cártel —reparto de mercado por ejemplo—, deberá negar su ministerio porque no puede colaborar con un acuerdo nulo de pleno derecho. Pero la nulidad de pleno derecho no necesita de declaración judicial en un procedimiento contradictorio. Por eso podemos encargar a cualquier funcionario público que la aprecie.

⁷³ El papel de los *gatekeepers* como notarios y registradores es especialmente importante en el cumplimiento de los requisitos de forma que sean *ad solemnitatem*, requisitos que tienen más importancia en el ámbito del contrato de sociedad que en los contratos sinalagmáticos porque los requisitos de forma permiten determinar si la persona jurídica ha «actuado», esto es, si estamos ante acuerdos inexistentes que, como hemos explicado en otro lugar, reciben un tratamiento semejante a los acuerdos nulos de pleno derecho v., Alfaro, *Comentario art. 204*, p 187

Ni siquiera cuando las irregularidades afectan al núcleo de la finalidad del Registro (identificar a las personas jurídicas societarias en el tráfico; determinar quién puede obligar al patrimonio social en el tráfico –administradores– y establecer la cifra del capital social como garantía de los acreedores) es necesario, para proteger el tráfico, que los registradores hagan un control de la regularidad de los acuerdos sociales correspondientes. La razón es sencilla de explicar: **el legislador ha dispuesto normas sustantivas que protegen a los terceros frente a esas irregularidades** a través de las doctrinas de la apariencia, de los administradores de hecho y de la ilimitabilidad del poder (art. 234 LSC); de los principios registrales, en particular de la previsión del art. 20.2 C de c según la cual, los terceros de buena fe que hubieran confiado en el contenido del Registro quedan protegidos aunque se declare *a posteriori* la nulidad o inexactitud de lo inscrito; y, en fin, las normas de responsabilidad de los socios y de los administradores sobre la íntegra formación y conservación del capital (arts. 58 ss LSC; arts 363.1 e) y 367 LSC etc). En sentido contrario, el art. 208 LSC prueba que la calificación del registrador se limita a examinar que los acuerdos inscribibles no sean nulos de pleno derecho ya que ordena la inscripción de sentencia que estime la impugnación y la cancelación de los asientos correspondientes. Como dice la doctrina alemana:

«cuando se trata de acuerdos sociales impugnables que infringen normas legales cuya finalidad es proteger a los actuales accionistas, no existe control registral si los acuerdos no han sido impugnados por los accionistas... el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales no es un control legal objetivo que se pone en marcha con la presentación de la demanda, es un procedimiento para dar efectividad a una posición jurídica protegida que es el derecho de participación en una sociedad» (Hopt citando a Hüffer).

10. PARA EL QUE SÓLO TIENE UN MARTILLO, TODO SON CLAVOS: LA NO INSCRIPCIÓN COMO ÚNICA REACCIÓN POSIBLE

El problema que abordamos en estas páginas tiene que ver, también, con que el Registro sólo tiene una herramienta para reaccionar frente a las irregularidades o defectos en los documentos que se presentan a inscribir: denegar la inscripción. Se deriva tal limitación de instrumentos de la función de *gatekeepers* de los registradores. Del mismo modo que un auditor o un notario pueden negar su ministerio, el registro «sólo» puede

denegar la inscripción para reaccionar frente a la ilegalidad⁷⁴. Puede inscribir parcialmente, es verdad, si se lo solicitan específicamente, pero inscribir parcialmente significa precisamente, no inscribir lo que se considera ilegal. Si añadimos que el registrador responde de lo que inscriba pero no de lo que no inscriba, se comprenderán los enormes incentivos del Registro para aducir cualquier irregularidad para denegar la inscripción.

Un buen ejemplo nos lo proporciona la doctrina de la DGRN sobre el artículo 111 RRM que, como es sabido, se ocupa del procedimiento para poder inscribir la destitución de los administradores de una sociedad y la inscripción de los nuevos en relación con los que tengan atribuida la **facultad de certificar los acuerdos sociales**. Sin embargo, es fácil imaginar que, en muchos casos, los administradores destituidos que tenían la facultad de certificación no están en las mejores relaciones con los socios y con los nuevos administradores y, en otros casos, ni siquiera están localizables. Especialmente ocurre en el caso de personas que viven en el extranjero (¡hay que pedirle al cónsul español que haga la notificación!) y en relación con sociedades que han permanecido inactivas durante cierto tiempo y que se pretenden poner en orden.

Lo sencillo es que, cuando los socios deciden destituir a los administradores y nombrar a unos nuevos atribuyéndose a uno de ellos la facultad de certificar los acuerdos, el nuevo sea el que certifique el acuerdo de destitución y el nombramiento del nuevo y que el Registro Mercantil inscriba al nuevo sin más trámite. Pero eso no es lo que dispone el art. 111 RRM que exige, en tal caso, que se acompañe «*notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular, con cargo inscrito, en el domicilio de éste según el Registro*», notificación que ha de hacerse por carta certificada con acuse de recibo o por acta de notificación notarial. Se trata de reducir el riesgo de falsedad, esto es, el riesgo de que cualquiera vaya e inscriba en el Registro Mercantil un cambio en los administradores que no ha sido decidido por los socios⁷⁵. Así se deduce del hecho de que (i) si consta el consentimiento del anterior titular de la facultad de certificación, no hace falta presentar la notificación fehaciente; (ii) si el anterior titular ha fallecido o ha sido declarado ausente, entonces «basta» con aportar la declaración judicial de fallecimiento o ausencia; (iii) si ha sido declarado incapaz, «basta» con aportar la sentencia de incapacitación;

⁷⁴ Sobre el caso parecido de los jueces laborales v., Jesús Alfaro, La manía por la nulidad de nuestros jueces de lo laboral, en Derecho Mercantil, 2016, disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2016/02/la-mania-por-la-nulidad-de-nuestros.html>

⁷⁵ V., Paz-Ares, *Reforma*, p 1315 ss

(iv) si el anterior titular de la facultad de certificación se opone y presenta una querrela criminal por falsedad en la certificación o «si acredita de otro modo la falta de autenticidad de dicho nombramiento», se hace constar la misma al margen del último asiento. En todo caso, y dado que el que se presenta en el Registro a inscribir la destitución y el nombramiento de administradores sin que los mismos hayan existido y sean regulares cometería un delito de falsedad en concurso, probablemente, con otros de estafa etc, no vemos por qué no es suficientemente disuasoria la amenaza penal para mantener reducido el número de casos fraudulentos y por qué tampoco se considera suficiente que permanezcan en el cargo otros administradores (como en el caso de que haya varios administradores mancomunados o solidarios). Porque, en ejercicio diligente de su cargo, el antiguo titular que ha sido sustituido ilícitamente puede comprobar rápidamente que esto ha ocurrido si se ocupa de las inscripciones registrales con lo que los riesgos para el tráfico son más bien reducidos. Es realmente extraordinario que un administrador diligente no sepa inmediatamente que ha sido destituido y sustituido por otro⁷⁶.

Lo que no se entiende en absoluto –y es producto de la ideología hipotecarista– es la doctrina de la DGRN acerca la *ratio* de la notificación. Así, en la Resolución de 30 de enero de 2012, la Dirección desestima un recurso del notario porque notificó la destitución al anterior titular a través de carta certificada con acuse de recibo y Correos la devolvió diciendo que el destinatario de la carta se hallaba ausente. Dice la DGRN que el Notario debió personarse y realizar un acta de notificación. La **DGRN cree que la *ratio* de la norma es proteger al antiguo administrador**. Esto se deduce de la cita que hace la Resolución de una sentencia del Tribunal Constitucional. En concreto, dice la DGRN que solo exigiendo al Notario que se presente en el domicilio del antiguo administrador *«podrá cumplirse el principio constitucional de tutela efectiva y la doctrina jurisprudencial que asegura en el mayor grado posible la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales (véase por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 158/2007, de 2 de julio)»*. El Tribunal Constitucional se refiere, en esa sentencia, a un embargo de la Seguridad Social a un particular por no pagar unas cotizaciones socia-

⁷⁶ V., el cambio de criterio de la DGRN respecto de la *ratio* del art. 111 RRM en Jesús Alfaro, El art. 111 RRM no se aplica en el caso del administrador cuyo cargo ha caducado, en Derecho Mercantil, 2016, disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2016/03/el-art-111-rrm-no-se-aplica-en-el-caso.html>

les. Y dice que la Administración no puede hacerse la cómoda y notificar por edictos sin intentar primero la notificación personal. Una obviedad desde la perspectiva del art. 24 CE. Pero la notificación al antiguo titular de la facultad de certificación no trata de proteger los intereses de éste, sino de evitar inscripciones falsas, de modo que no hay que asegurar la recepción de la notificación «en el mayor grado posible». Es más, hay que asegurarla en el «mínimo» grado necesario, puesto que **el administrador tiene un deber de asistir a las reuniones de los órganos sociales** por lo que podemos presumir que estuvo en la reunión –en la Junta– en la que fue destituido y si no estuvo, en principio, incumplió con sus obligaciones. **Las facultades de certificación no son derechos subjetivos.** Son facultades necesarias para poder ejercitar una función. En consecuencia, la DGRN y los Registros deberían considerar suficiente con que la sociedad –el nuevo administrador– haya enviado una carta certificada al domicilio del antiguo administrador que conste en el Registro o en los archivos de la sociedad. Pero si imputamos a la DGRN una ideología hipotecarista, se comprende fácilmente el error en el que incurre: **la DGRN considera al administrador como titular de un derecho (¿real?) de manera que cualquier modificación del contenido del registro que afecte a sus derechos debe contar con su consentimiento** o, al menos, con su conocimiento para que pueda oponerse, en su caso, a la modificación.

11. ACUERDOS IRREGULARES DECLARADOS NO INSCRIBIBLES EN LA DOCTRINA REGISTRAL

Veremos, a continuación, algunos casos de acuerdos que fueron calificados negativamente por el Registro Mercantil y que tal calificación sólo puede explicarse desde la ideología hipotecarista.

En el caso decidido en la **RDGRN de 9 de mayo de 2014** se trataba de **una fusión** en la que no se había realizado **el anuncio** sino que éste **se había sustituido por una comunicación individual a los acreedores**. Pues bien, se deniega la inscripción ¡de la fusión! porque no constaba la fecha en la que se había realizado la comunicación individual a los acreedores, fecha que el Director General cree que debía constar porque el Reglamento del Registro Mercantil –derogado en ese punto por un cambio legislativo– se refería a la fecha de publicación en el BORM del anuncio, de modo que

«el documento debe recoger la manifestación relativa tanto al modo concreto en que se ha llevado a cabo la comunicación individual en

términos que respete las exigencias previstas en el artículo 43.2 y el derecho de información consagrado en el artículo 43.1 de la Ley 3/2009, como la fecha en que se ha llevado a cabo la última comunicación, único modo de que el registrador pueda verificar que la preceptiva manifestación relativa a la inexistencia de oposición a que se refiere el propio artículo 227.2.2º se acomoda a las previsiones legales.»

¿Cómo puede considerarse que la fusión objeto de inscripción es nula de pleno derecho? Parece evidente que la fusión así acordada y ejecutada no es nula de pleno derecho y que, por tanto, en nada se perjudica al tráfico y a los terceros que confían en el registro si éste «publica» la fusión. Tiene todos los elementos para la validez de un contrato de sociedad: consentimiento, objeto y causa. **Si no se ha respetado, en su caso, el derecho de oposición de los acreedores** –no lo sabemos ni lo podemos saber con los documentos que se presentan a registro–, **tal hecho será una irregularidad que deberá saldarse por vía indemnizatoria**, ¡no declarando la nulidad de la fusión! Si un acreedor no ha sido notificado, ¿qué es lo peor que le puede pasar? Que la fusión se inscriba y que tenga que demandar a la sociedad resultante para que le paguen inmediatamente su crédito. La RDGRN obliga a presentar al registrador un listado de todas las comunicaciones individuales con la fecha en la que se produjeron. ¿Por qué tiene que verificar que se ha cumplido el plazo de 1 mes el registrador? El **art. 43 LMESM** sólo exige la comunicación, no exige que se acredite al registrador la comunicación. La protección de los acreedores deriva de **la responsabilidad** del administrador que declara que se ha producido dicha comunicación, no de la nulidad de la fusión. Este valor de la declaración del administrador se extiende también al respeto del plazo del mes. Si el administrador dice que se ha respetado el plazo del mes, debe valer lo mismo que si dijera que la última comunicación individual a los acreedores se produjo en fecha X y que ha transcurrido un mes desde dicha fecha hasta la ejecución de la fusión, de modo que el argumento de la DGRN es puramente formal. Si, por el contrario, se entendiera que el administrador ha de proporcionar al registrador la prueba de que ha efectuado las comunicaciones y que lo ha hecho respetando el plazo legalmente previsto, habría de presentarle los certificados de correos de todas y cada una de las comunicaciones individuales.

Por tanto, siempre que las consecuencias de la irregularidad no sean la de la nulidad del acuerdo social o de la cláusula estatutaria, impedir la inscripción del acuerdo es una «sanción» desproporcionada y contra-

ria a la función del Registro Mercantil⁷⁷. Si la fusión no se inscribe estaremos creando una grave discrepancia entre la realidad –que la fusión se ha acordado y ejecutado válidamente– y el registro –que no publica la fusión– con efectos pavorosos para la seguridad jurídica y del tráfico.

En el caso resuelto por la **Resolución de la DGRN de 11 de mayo de 2017** se trataba de una **reducción de capital mediante amortización de acciones propias que habían sido adquiridas por la sociedad por permuta**. Y al Registrador se le ocurre que quiere ver la escritura de permuta para comprobar que la junta general acordó autorizar dicha permuta (o sea, que los administradores no decidieron por su cuenta proceder a adquirir acciones propias por esta vía sin autorización de la junta) y así poder «calificar» el acuerdo de reducción de capital (adoptado tras la adquisición por la sociedad de sus acciones).

Debería ser obvio que, a los efectos de inscribir una reducción de capital mediante amortización de acciones propias, **el título por el cual la sociedad tenga sus propias acciones no es objeto de la calificación ni es objeto de inscripción**. Pues bien, la DGRN realiza algunas afirmaciones sobre garantizar la igualdad de trato de los accionistas en estos supuestos. Naturalmente que, cuando una sociedad anónima adquiere sus propias acciones, ha de respetar la igualdad de trato, pero su control, una vez más, lo deja el legislador en manos de los accionistas que han de impugnar los acuerdos o decisiones de los órganos sociales que infrinjan tal derecho subjetivo. **El derecho a la igualdad de trato es un derecho subjetivo de los accionistas** y, por tanto, está en su libre disposición exigir su respeto por parte de los órganos sociales. La misma libertad de disposición que les permite aceptar ser preteridos en la adquisición o enajenación de sus acciones por la sociedad.

En el caso de la **RDGRN de 26 de octubre de 2016**, se adoptó por una sociedad limitada un acuerdo de reducción a cero de la cifra de capital y simultáneo aumento a casi 30.000 €. La junta fue universal pero el acuerdo se adoptó por mayoría. El Registrador rechaza la inscripción porque la convocatoria de la junta se limitaba a explicar que se trataba de reducir y aumentar el capital pero no se decía específicamente que la reducción era a cero. De nuevo, es obvio que ningún juez habría anulado la operación acordeón por el hecho de que la convocatoria no incluyera una referencia expresa a que la reducción era, no sólo por debajo

⁷⁷ Véase, en relación con la transformación, la **RDGRN de 9 de octubre de 2012**, que, para una transformación de una SA en SL aprobada por **el socio (y acreedor) único**, exige que se cumpla con el requisito de que el capital social esté enteramente desembolsado al tiempo de la transformación y que éste esté cubierto por el patrimonio de la compañía.

de la cifra de capital mínimo, sino a cero. Y la razón debería ser obvia: la función de «aviso» de la convocatoria queda plenamente cumplida con que aparezca la referencia a que se trata de una reducción de capital y un simultáneo aumento. Un contratante –un socio– avisado y diligente deberá recabar más información y no necesita de más detalles para darse cuenta de la relevancia de lo que se va a tratar en esa junta. La DGRN utiliza una doctrina, de brocha gorda si se nos permite la expresión, para revocar la nota del registrador. Es esa que viene a decir que la nulidad debe reservarse para infracciones de la legalidad de «relevancia» porque si no, se dificultaría el funcionamiento de las empresas⁷⁸. Esta doctrina es «de brocha gorda» porque no hay criterios para enjuiciar objetivamente si la nulidad es «patente» o no. Mucho menos para decidir «de forma indiscutible que los socios minoritarios hayan considerado sus derechos individuales violados».

En la **Resolución de 10 de abril de 2014**, se trata de unos acuerdos sociales de dos sociedades limitadas (entre otros, cese y nombramiento de administrador de la primera sociedad, escisión parcial de la misma y fusión por absorción de la segunda). En la escritura, el administrador de ambas sociedades señala que «*al haberse tomado dichos acuerdos en Junta Universal de socios y por unanimidad de todos los socios con derecho a voto no se aporta ninguno de los documentos exigidos por la Ley y no se efectúa informe de los administradores*». Además, manifiesta que no se formuló balance de escisión por considerarse como tal el último balance anual formulado por la sociedad el 31 de diciembre de 2012, balance que se aprueba por la junta general que acordó la escisión,

⁷⁸ Esta Dirección General ha afirmado que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del accionista o socio (Resolución de 8 de febrero de 2012). Desde este punto de vista se ha impuesto en casos concretos la consideración de que es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos a fin de proteger la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas (vid. Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993, 26 de julio de 2005, 29 de noviembre de 2012, 6 de febrero y 29 de septiembre de 2015 y 2 de septiembre de 2016). V., manteniendo la calificación negativa del registrador, la RDGRN de 6 de febrero de 2015 donde se justifica la negativa sobre la base de que en la convocatoria no se había incluido la cuantía de la prima del aumento de capital, a pesar de que todos los socios participaron en la junta. Un comentario en Jesús Alfaro, Control registral y defectos en el orden del día de la convocatoria de la junta, Derecho Mercantil 2015, disponible en <https://derechomercantiles.es/2015/03/control-registral-y-defectos-en-el.html>

si bien se añade en la escritura calificada que «*dicho balance está pendiente de verificación por el auditor correspondiente, que me entregarán y protocolizaré con la presente*». Y las mismas manifestaciones se contienen en la escritura respecto del acuerdo de fusión. Mediante diligencia de 7 de noviembre de 2013, se incorpora mediante testimonio el informe de auditoría de cuentas de la sociedad de 27 de septiembre de 2013 con el balance de situación; asimismo se incorpora testimonio de las publicaciones del acuerdo de escisión y fusión en dos periódicos de 28 de junio de 2013; y se manifiesta que ha transcurrido el plazo de un mes sin que ningún acreedor haya hecho uso de su derecho de oposición.

El primero de los defectos se refiere al **informe del auditor de cuentas de la sociedad escindida y absorbente**. Considera el registrador que, al ser dicho **informe posterior a la fecha de los acuerdos de escisión y fusión** y a la de la publicación de tales acuerdos no es suficiente la incorporación del mismo, con el balance, a la escritura el 7 de noviembre de 2013, **pues no pudo estar a disposición de los interesados con anterioridad a la celebración de las juntas** generales que aprueban la escisión; ni a disposición de los acreedores, junto con el balance de escisión, en la fecha de publicación de los anuncios de escisión. De nuevo, se trata de un defecto que no permite declarar nula de pleno derecho ni la escisión ni la fusión. En su caso, dará lugar a un derecho a recibir una indemnización por parte de un acreedor que resultara perjudicado pero nadie debería poder anular una fusión por esta causa.

El mismo juicio crítico merece la **Resolución DGRN 11 de abril de 2014**, en cuanto que, en una escisión parcial, «**el detalle de los elementos transmitidos se haga con la debida separación de los elementos que integran el activo y el pasivo**, y con indicación del nombre de las cuentas, en concreto, del activo y pasivo, a las que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados, confeccionado con arreglo a los criterios contables ordinarios establecidos en el Plan General Contable» generará consecuencias sancionadoras (por el ICAC) o perjudicará a las sociedades afectadas en caso de reclamación por parte de terceros, pero en modo alguno merece la sanción de la nulidad y, por lo tanto, que se impida la inscripción. La razón se encuentra en que el Registro no publica la composición patrimonial de los patrimonios separados que son las personas jurídicas inscritas. Solo el capital social. Por tanto, la imprecisa descripción de dicha composición patrimonial no afecta a la validez de la operación de separación de patrimonios de que se trate⁷⁹.

⁷⁹ No abordaremos aquí la cuestión de si los particulares tienen que utilizar una determinada operación societaria para conseguir su objetivo o si tienen libertad para efectuar

Un reproche mucho más severo merece la **Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2015** porque se trata de un simple depósito de cuentas que el registrador rechaza y la DGRN confirma la calificación.

La cuestión (es) si puede el registrador Mercantil proceder a practicar el depósito de cuentas de una sociedad anónima habida cuenta que el acuerdo de aprobación se ha adoptado por la junta general sin que los anuncios de convocatoria hagan la mínima alusión al derecho de información de los accionistas.

En concreto, se había omitido la mención del

... derecho que tiene cualquier socio a obtener de la Sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma.

El exceso registral es brutal en este caso porque el depósito de cuentas no es objeto de calificación de acuerdo con la ley⁸⁰. Por tanto, la resolución es aberrante⁸¹.

También debe criticarse la doctrina de la DGRN sobre las juntas convocadas por administradores con el cargo caducado o por administradores mancomunados. Los acuerdos adoptados en tales juntas no son nulos de pleno derecho, sino irregulares y el tráfico y los intereses

la operación de la forma que resulte más conveniente –más eficiente– a sus intereses. El problema se ha planteado con la aportación de una rama de actividad vía aumento de capital en lugar de vía segregación o escisión v., Segismundo Álvarez, La aportación de una unidad económica puede hacerse mediante un aumento de capital, *Almacén de Derecho*, 2016, disponible en <http://almacendederecho.org/la-aportacion-una-unidad-economica-puede-hacerse-mediante-aumento-capital/>

⁸⁰ V., con indicación de otras resoluciones, Jesús Alfaro, La ilegal doctrina de la DGRN sobre el depósito de cuentas: soberbia, arrogancia y crueldad del edil curul, *Derecho Mercantil*, 2017, disponible en <https://derechomercantiles.es/2017/01/la-ilegal-doctrina-de-la-dgrn-sobre-el.html>

⁸¹ V., más detalles sobre los notables errores de esta resolución en Jesús Alfaro, Depósito de cuentas y derecho de información del accionista, *Derecho Mercantil*, 2015, disponible en <http://derechomercantiles.es/2015/03/deposito-de-cuentas-y-derecho-de.html> Semejante la Resolución de 20 de mayo de 2013. Como dice la SAP Pontevedra de 26-I- 2011 lo relevante para declarar la nulidad de acuerdos sociales no es que se omita en la convocatoria la referencia al derecho de los socios de obtener la documentación correspondiente a la Junta, sino que se prive al socio del derecho de información. Y la propia DGRN había adoptado una posición muy distinta en su Resolución de 3 de noviembre de 2010

de las partes están mejor servidos si se remite a los interesados a la impugnación⁸².

Los ejemplos podrían multiplicarse, así, en la RDGRN de 7 de diciembre de 2012 la DGRN confirma la nota del Registrador porque no se fijó por los administradores el plazo para el ejercicio del derecho de asunción de las nuevas participaciones⁸³. De nuevo, se trata de una irregularidad que no debería afectar a la validez del aumento de capital porque en modo alguno, la omisión del plazo, impide a ningún socio ejercer su derecho a asumirlas. Si alguno lo hubiera hecho fuera de plazo y se le hubiera negado su derecho, la protección que le corresponde sólo puede otorgársela un juez. Pero lo más escandaloso es que se trataba de una junta universal, de forma que la omisión del plazo es imputable, en alguna medida, a todos los socios. En la RDGRN de 22 de julio de 2013 se ha afirmado los acuerdos aprobados por unanimidad en una junta universal no pueden inscribirse si no consta en la certificación que todos los socios aceptaron la celebración de la junta. No se entiende por qué no se considera que si los acuerdos se han aprobado por unanimidad, es porque podemos presumir que todos los socios estaban de acuerdo en discutirlos en primer lugar. De modo que no está justificada la rigidez en exigir una fórmula sacramental en el acta de la Junta. En la RDGRN de 27 de enero de 2016 se enmienda la plana incluso a un juez porque, a juicio de la DGRN, el juez convocó mal una junta⁸⁴. En la

⁸² V., entre muchas RDGRN de 4 de febrero de 2015, donde la junta había sido convocada por el presidente del consejo de administración cuyo cargo estaba caducado, la sociedad estaba en insolvencia y uno de los socios se había desentendido de la vida social lo que hacía imposible celebrar una junta universal lo que obligaba a recurrir a la convocatoria judicial

⁸³ En sentido contrario, la RDGRN de 26 de febrero de 2014,

⁸⁴ La DGRN olvida que la socia que no fue –a su juicio– debidamente convocada a la junta era la administradora que se negaba a convocar una junta, es decir, que se negaba a cumplir con su obligación, hasta el punto de que los socios se vieron obligados a acudir al auxilio judicial para lograr que esa señora cumpliera con sus obligaciones de acuerdo con el contrato de sociedad. Lograda la resolución judicial, esta señora se pone en rebeldía y con contumacia, sigue sin cumplir con sus obligaciones, lo que lleva al juez a encargar al propio socio la fijación de la fecha de la convocatoria (es discutible que el Juez haya cumplido con su obligación. La convocatoria es judicial, de manera que debe ser el juez el que convoque, lo que significa que debe fijar la fecha y hora de la convocatoria, el orden del día y designar al que la presidirá). El socio, cumpliendo las órdenes del juez, fija la fecha y la hora y la DGRN ¿exige a este socio que cumpla con los requisitos estatutarios de comunicación de la convocatoria al administrador rebelde ¿Le cabe a alguien alguna duda de que si la administradora rebelde hubiera impugnado su destitución y el nombramiento del nuevo administrador los jueces habrían desestimado su demanda y le habrían impuesto las costas? Si no cabe ninguna duda de eso ¿cómo puede

RDGRN de 3 de enero de 2017 se impide la inscripción de un aumento de capital porque la aportación no dineraria consistía en sociedades limitadas ya constituidas y que podían ser vendidas⁸⁵. En la RDGRN de 25 de noviembre de 2014 se impide la inscripción de un acuerdo que se consideraba contradictorio con la cláusula estatutaria relativa a las prestaciones accesorias, lo que implica, derechamente, que el registrador está alegando un incumplimiento del contrato de sociedad y adoptando la ideología hipotecarista al pretender que en el registro sólo se inscriban actos «perfectos»⁸⁶. En la RDGRN de 24 de abril de 2013 se deniega el nombramiento de auditor porque, aunque asistió todo el capital social a la junta, el nombramiento no estaba previsto en el orden del día y uno de los socios votó en contra. De nuevo, un acuerdo irregular pero no nulo de pleno derecho.

12. CLÁUSULAS ESTATUTARIAS DECLARADAS NO INSCRIBIBLES:
LA PRESUNCIÓN DE QUE LOS SOCIOS QUIEREN PACTAR *CONTRA LEGEM*
Y LOS EFECTOS RESTRICATIVOS SOBRE LA AUTONOMÍA PRIVADA
DE LA IDEOLOGÍA HIPOTECARISTA

Los ejemplos que recogemos a continuación ponen de manifiesto cómo la DGRN aplica principios propios de los derechos reales y del Registro de bienes inmuebles a la inscripción de contratos en un registro de personas. En todos ellos se exige a los particulares que redacten sus contratos de forma completa, esto es, incluyendo en su texto las normas supletorias o imperativas que sean aplicables. Se trata, obviamente, de una restricción intolerable de la autonomía privada y, en la medida en

negar el Registro la inscripción de la destitución y del nombramiento del nuevo administrador? ¿Cómo va a saber el socio quiénes son los socios para comunicarles la convocatoria? Esa tarea corresponde a los administradores que son los que disponen –a tenor de la cláusula estatutaria– del domicilio de los socios para dirigirles notificaciones. El administrador ha podido –y debido– participar en el expediente judicial de convocatoria de la junta y, por tanto, ha podido enterarse de la fecha de la junta. Es más, desobedeció la orden judicial de que convocara la junta y fijase, ella misma, la fecha. No lo hizo y, por esa razón, el juez le dice al socio que lo haga él.

⁸⁵ V., el comentario de Jesús Alfaro, La DGRN decide que los créditos no son aportables a una sociedad limitada, en Derecho Mercantil, 2017, disponible en <https://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2017/01/la-dgrn-decide-que-los-credit-os-no-son.html>

⁸⁶ V., al respecto, Jorge Miquel, La RDGRN 25-IX-2014: una más de prestaciones accesorias, en Derecho Mercantil, 2014, disponible <https://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/11/la-rdgrn-25-ix-2014-una-mas-de.html#more>

que se impide el registro –que es obligatorio– una interferencia en la libertad de los particulares que debe medirse, como hemos dicho, de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Dado que lo inscrito en el Registro Mercantil son cláusulas contractuales, no puede exigirse a las partes de esos contratos que redacten el **«contrato perfecto»** para poder cumplir con una obligación legal.

En una sociedad limitada, se acordó por unanimidad modificar los estatutos sociales e incluir la siguiente cláusula para determinar el precio de las participaciones cuando un socio deseara transmitir las a un tercero y se ejercitara por cualquier beneficiario el derecho de adquisición preferente previsto en la propia cláusula estatutaria («los demás socios y, en su defecto, a la sociedad»)

«...El derecho de adquisición preferente se ejercitará por el valor razonable de las participaciones de cuya transmisión se trate, que será el menor de los dos siguientes: el precio comunicado a la sociedad por el socio transmitente, o el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta. En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el valor razonable coincidirá con el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta».

Como puede observarse, la sociedad trató de «engañar» a la DGRN ya que es **obvio que el valor razonable no coincide normalmente con el valor contable**⁸⁷. De manera que, aunque aparentemente se estaba fijando un valor razonable, realmente se estaba fijando una cuota de liquidación del socio por referencia al valor contable de las participaciones. De esta forma se pretendía soslayar la doctrina de la DGRN que había considerado no inscribibles las cláusulas de liquidación de un socio que no permitieran a éste obtener el valor razonable. La DGRN, en Resolución de 15 de noviembre de 2016 revoca la nota de calificación de la Registradora y acoge la posición más extendida entre la doc-

⁸⁷ Valor contable y valor razonable, real o de mercado deberían coincidir si no existiese incertidumbre alguna respecto a las actividades y los beneficios futuros de la empresa (v., Thomas Piketty, *Le capital au XXI Siècle*, Paris 2013, pp 298-300). Si los accionistas aportan 100 € que se gastan en construir la factoría, la sociedad tendrá un valor contable de 100 y su valor real o de mercado será de 100. Si pide un préstamo de 50 que destina a comprar maquinaria, el valor contable y el valor real seguirá coincidiendo si se tiene en cuenta que las normas contables obligan a recoger los activos por su valor real o de mercado. Si el valor de la empresa es igual a la suma del valor de sus activos y éstos han de contabilizarse por su valor de mercado, ambos deberían coincidir.

trina respecto de la validez de estas cláusulas estatutarias que considera dispositiva la regla del valor razonable para liquidar a un socio⁸⁸.

En el caso decidido por la Resolución de la DGRN de 2 de septiembre de 2016 se trata de **un aumento de capital** adoptado en una junta a la que **asisten todos los socios** y que se aprueba por el 74,19% del capital social. De nuevo, el registrador alega una irregularidad que, en ningún caso, podría dar lugar a la nulidad del acuerdo de aumento de capital en el caso de que un juez revisara el acuerdo en el marco de la impugnación de acuerdos sociales: no se expresaba en la convocatoria «con la debida claridad» –a juicio del registrador– los extremos de los estatutos que se modificaban. Además, no se habían transcrito literalmente «*la propuesta de modificación de estatutos ni la manifestación de que se ha emitido el informe justificativo de la modificación y su fecha*». Aunque la DGRN dice que el anuncio de la convocatoria era suficientemente claro⁸⁹, esa no es la cuestión. La cuestión es si el acuerdo de aumento de capital es nulo de pleno derecho. Y es obvio que no lo es, por lo que el respeto a la autonomía –autoorganización– de la sociedad que pretende inscribirlo debe ser respetada. Pero, en el caso, finalmente, el aumento

⁸⁸ V., RDGRN 2 de noviembre de 2010, comentada por Aurora Campins, ¿Puerta abierta a la libre fijación en estatutos del precio de las participaciones? A propósito de la RDGRN de 2 de noviembre de 2010, *RdS* 36 (2011), págs. 421-428; «*la regla del valor razonable constituye, en todo caso, esto es, ya se trate de una salida forzosa o voluntaria, de una regla dispositiva que puede ser sustituida en el ámbito de la autonomía privada por otras reglas tales como la del valor nominal o la del valor teórico contable*»; v., también, Jesús Alfaro/Aurora Campins, La liquidación del socio que causa baja como consecuencia de su separación o exclusión, RDM 240(2001) disponible en http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/20061213181554883.pdf

⁸⁹ «*la ampliación de capital es por importe de un millón de euros, que se llevará a cabo mediante la emisión de nuevas acciones con cargo a nuevas aportaciones dinerarias siendo posible la suscripción incompleta y que, por último, se hace referencia expresa, como exige el artículo citado, al derecho que asiste a los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta, y de pedir la entrega o el envío gratuito de los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la junta, incluida la modificación estatutaria propuesta y el informe emitido por el órgano de administración justificativo de la misma*»... «*en el presente caso, han asistido todos los socios que han deliberado y decidido por mayoría suficiente sobre la propuesta de aumento de capital y modificación estatutaria, a todos se les ha comunicado el comienzo del plazo y las condiciones para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, iguales para todos los socios, lo que hace que no se pueda magnificar la omisión en el anuncio de convocatoria de cuestiones de detalle que han podido ser y han sido conocidas por todos los accionistas, sin que ningún socio haya formulado objeción al respecto*».

de capital no se inscribe porque la DGRN interpreta *in malam partem* el acuerdo de aumento de capital e imputa a los socios la voluntad de crear privilegios en cuanto al voto⁹⁰.

En el caso de la Resolución de la DGRN, la de 25 de septiembre de 1997, una sociedad anónima pretendió inscribir una reforma estatutaria a través de la cual había modificado el art. 11.2 dándole la siguiente redacción:

«La representación para asistir a las juntas generales sólo podrá ser conferida a otro accionista».

La DGRN dice que «la libertad estatutaria (para restringir quién puede ser representante de un accionista) tenía como límite los supuestos en que la representación la ostentaran» familiares, tal como dispone el art. 187 LSC. La pregunta inmediata es por qué no puede **integrarse la cláusula estatutaria** con la regulación legal y entender que la limitación estatutaria no se aplica cuando el representante sea un familiar del accionista⁹¹. Pero la DGRN imbuida de esa

⁹⁰ ... Según los antecedentes registrales, la sociedad cuenta con un capital de un millón trescientos sesenta y cuatro mil setecientos cincuenta euros con ochenta céntimos, dividido en 11.354 acciones de 120,20 euros, existiendo una única serie de acciones, y otorgando cada acción, según resulta del artículo 11 de los estatutos sociales, el derecho a un voto. Mediante este acuerdo se pretende aumentar el capital social mediante la emisión de 258.100 nuevas acciones de un euro de valor nominal cada una de ellas, creándose una nueva serie de acciones. **Nada se dice sobre el voto asignado a las nuevas acciones creadas, lo que lleva a aplicar el artículo 11 de los estatutos sociales antes citado, según el cual cada una de ellas da derecho a un voto. Esto implica que cada acción de un euro de valor concede el derecho a un voto, exactamente igual que las que representan 120,20 euros de valor nominal, lo cual supone una infracción directa de la norma prohibitiva del artículo 96.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que impide crear acciones que de manera directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto.** No entiendo por qué no podía integrarse el art. 11 de los Estatutos por la norma legal del art. 96.2 LSC y entender que, emitiéndose una nueva clase de acciones con un distinto valor nominal a las previamente emitidas hay que interpretar que las nuevas tienen derechos de voto proporcionales a lo que representan del capital social, es decir, que el artículo 11 de los Estatutos no se aplicaba a las nuevas acciones **porque no puede imputarse a los particulares la voluntad de realizar una conducta directamente contraria a una norma imperativa** como es la que prohíbe los privilegios en materia de voto en la sociedad anónima.

⁹¹ La DGRN dice que hay que examinar si los socios quisieron derogar una norma imperativa –a su juicio– de la Ley de sociedades de capital: *«pero sin excluir con ello la necesidad de su examen para comprobar si realmente los mismos se limitaban a silenciarla, sin pretender excluir con ello su aplicabilidad o, por el contrario, la libertad de pacto pretendía llevarse al punto de sobreponerse a la voluntad del legislador»*

ideología hipotecarista afirma que *«dada la presunción de validez que de su inscripción se deriva... aquellas de sus determinaciones que de entrada susciten graves dudas sobre su legalidad» no deben tener acceso al Registro Mercantil*. Si en un caso concreto, en esa sociedad, se planteaba un problema porque un día, un accionista se hiciese representar por su madre que no es socia y el presidente de la junta le denegara la participación en la misma, el accionista siempre podría impugnar judicialmente los acuerdos sociales correspondientes y, entonces, un juez decidiría cuál es la interpretación de la cláusula estatutaria más razonable y, a lo mejor, concluía que la norma del art. 187 LSC no es imperativa, de modo que lo más conforme con la voluntad de las partes expresada en una regla estatutaria como el art. 11.2 de esos estatutos es que **sólo puedan asistir a la junta personas que sean accionistas, bien por sí mismos, bien otorgando su representación a otro accionista**. Y que los accionistas quisieron excluir a la madre y al hijo de cualquiera de los accionistas porque, especialmente los cónyuges, suelen ser muy pesados y enflorarse mucho las discusiones en la junta. Y si lo aprueban por unanimidad, probablemente, el juez acabaría diciendo que el art. 187 LSC está bien «derogado» por los estatutos sociales. O, a lo mejor, acaba diciendo que ese precepto es imperativo y que la cláusula del art. 11.2 de los estatutos ha de interpretarse (art. 1284 CC) en el sentido más favorable a que produzca efectos que, en este caso, conduciría a entender que la restricción del derecho de representación no es aplicable a la representación familiar. Pero todo ese abanico de posibilidades nos lo hemos perdido porque la cláusula no se incluyó en los estatutos finalmente. Con ello, la DGRN se arrogó unas facultades que no debería tener: resolver conflictos entre particulares fundados en la interpretación –discrepante– de las normas jurídicas y de los contratos⁹².

En el mismo defecto incurre la RDGRN 14-XI-2016 se ocupa de un recurso contra una calificación negativa de la siguiente cláusula estatutaria en una SL

«El Consejo se reunirá siempre que lo solicite un Consejero o lo acuerde el Presidente, o quien haga sus veces, a quien corresponde convocarlo. En el caso de que lo solicitara un Consejero, el Presidente no podrá demorar la convocatoria por un plazo superior a quince días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud».

⁹² V., también, en relación con la representación en la junta de una comunidad hereditaria, Es la RDGRN de 4 de marzo de 2015

El argumento de la registradora es que la cláusula estatutaria infringe lo dispuesto en el art. 246.2 LSC porque «*no contiene salvedad alguna, contradice directamente la norma legal de legitimación mínima de determinados administradores para convocar el consejo de administración*»⁹³. De nuevo, cual si estuviéramos en el registro de la propiedad, se exige a los particulares que, cuando ejerciten su autonomía privada, lo hagan de modo «perfecto», es decir, recogiendo expresamente todo el Derecho supletorio y haciendo referencia a las normas imperativas, esto es, a las que se aplican con independencia de lo que digan las partes en el contrato. **La «exigencia de claridad y precisión del título y de los asientos registrales»** debe predicarse del Registro de la Propiedad –donde se inscriben derechos reales eficaces *erga omnes*– porque los derechos han de estar precisa y claramente delimitados. Pero **cuando se trata de cláusulas contractuales, que las cláusulas de los estatutos sean ambiguas, difíciles de interpretar o que puedan no casar con otras cláusulas de los estatutos**⁹⁴ o con normas legales que se interpretan como imperativas es un asunto que no compete al Registrador ni la DGRN. La interpretación y ejecución de los contratos corresponde a las partes y a los jueces. Y no hay ninguna exigencia del tráfico que obligue a que en los estatutos de una sociedad se defina con claridad y precisión quién tiene legitimación para convocar al Consejo de Administración. Cuando los socios minoritarios de la sociedad pretendan convocar un consejo apelando al art. 246 LSC y el Presidente se niegue, las partes tendrán que ir a ver a un Juez para que decida si las partes derogaron válidamente el art. 246 LSC o si debe entenderse aplicable a esa sociedad porque, con su inocente cláusula, los socios no pretendieron

⁹³ Por ello, *dada la exigencia de claridad y precisión del título y de los asientos registrales, no puede accederse a la inscripción de la cláusula discutida, a la que falta, precisamente, la importante salvedad de lo establecido en el artículo 246.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Y es que no basta con la consideración de la aplicación general de la norma imperativa contenida en el citado artículo 246.2, pues la cláusula debatida como concreta previsión estatutaria podría perfectamente interpretarse en el sentido de que la voluntad de los fundadores ha sido obviar la regla legal invocada por el registrador y sustituirla por la plasmada en la redacción de aquella...*

⁹⁴ V., RDGRN 16 de octubre de 2017 donde el problema era que las mayorías incluidas en los estatutos para adoptar acuerdos en el Consejo de Administración impedían a éste adoptar determinados acuerdos. Ese es, naturalmente, un problema de las partes del contrato que han de resolver mediante el acuerdo o recurriendo a los jueces en caso de conflicto. V., un comentario a esa resolución en Jesús Alfaro, Mayorías reforzadas en el consejo y en la junta. Más limitaciones de la DGRN a la autonomía privada, en Derecho Mercantil, 2017, disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2017/11/mayorias-reforzadas-en-el-consejo-y-en.html#more>

regular la legitimación para la convocatoria sino solo dar directrices al Presidente acerca de cuándo debía convocar el Consejo. Del mismo modo, es obvio que los estatutos sociales nunca pueden ser completos, de manera que ningún socio puede pretender poder «confiar» en que le basta con leer las cláusulas estatutarias para conocer sus derechos y obligaciones. Necesariamente habrá de tener en cuenta lo que dice la ley de sociedades de capital. Así que el argumento de la DGRN respecto a las exigencias de «claridad y precisión» de los asientos registrales no vale nada⁹⁵.

En la RDGRN 30 de septiembre de 2015 se consideró no inscribible una cláusula estatutaria de una sociedad limitada que preveía la posibilidad de cooptación. En la justificación, la DGRN dice que el apoyo legal está en el artículo de la ley que ir que, como no está prevista expresamente en la LSC la cooptación para la sociedad limitada, la autonomía privada no puede prever tal sistema de cobertura de vacantes. Así, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a declarar nulo el art. 119 RRM que prohíbe no sólo la cooptación sino también la representación proporcional en la sociedad limitada⁹⁶.

En la Resolución de 15 de octubre de 2010, la DGRN considera no inscribible una cláusula estatutaria que preveía que los miembros del

⁹⁵ Semejante, la RDGRN 11-VII-2012 que denegó la inscripción de una cláusula estatutaria que establecía que «*El consejo se reunirá siempre que lo requiera el interés de la sociedad, lo considere necesario el presidente o lo soliciten al menos un tercio de los miembros del consejo. Se convocará por el presidente o el que haga sus veces por medio de correo o telefax con quince días de antelación, al menos. Quedará constituido cuando concurren, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes...*». También en esta ocasión la DGRN consideró obligatorio para los particulares dejar claro que no estaban derogando la norma legal que atribuye a un tercio de los consejeros la facultad, no de solicitar la convocatoria, sino de convocar ellos mismos con lo que, por un lado, volvió a aplicar la ideología hipotecarista y, por otro, erró al considerar imperativo el art. 246.2 LSC. Está claro que el art. 246.2 LSC no es una norma de protección de terceros, por lo que los socios, unánimemente, podrían derogarla si consideran que no es conveniente que nadie que no sea el Presidente, pueda convocar un Consejo de Administración. Los socios que entren con posterioridad a formar parte de la sociedad han de contar con lo que dicen los estatutos. Por tanto, no hay ninguna razón para limitar la autonomía privada. Ni razones de protección de terceros, ni razones de orden público (art. 1255 CC y 28 LSC). Pero la cosa empeora cuando la DGRN, en lugar de interpretar los Estatutos en el sentido más favorable para su validez (art. 1284 CC) los interpreta de forma que no quede más remedio que considerar su contenido contrario a una norma imperativa.

⁹⁶ V., STS 6 de marzo de 2009, comentada por Jesús Alfaro, Las normas legales aplicables a la sociedad limitada son dispositivas, en Derecho Mercantil, 2016 disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2016/09/las-normas-legales-aplicables-la.html#more>

consejo de administración serían «propuestos» para su elección por la Junta por los dos accionistas. Dos el accionista minoritario –la Diputación Provincial de Orense– y tres por el accionista mayoritario porque contradecía la elección por mayoría de los miembros del consejo de administración. De nuevo no se entiende por qué la cláusula correspondiente es nula de pleno derecho ya que la DGRN no argumenta por qué el antiguo artículo 137 LSA –hoy 214 LSC– es imperativo, esto es, por qué no pueden pactar todos los socios –como era el caso ya que la sociedad sólo tenía dos socios– de una sociedad repartirse los puestos en el Consejo de Administración como tengan por conveniente. De nuevo la DGRN alude a los principios registrales hipotecarios de la «claridad y precisión» de los asientos.

En el caso decidido en la RDGRN de 3 de octubre de 2016 se trata de una cláusula estatutaria que regulaba el lugar de la celebración de la junta⁹⁷ y que decía que

«las Juntas Generales (...) se celebrarán en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio o, de forma alternativa, en el término municipal de Madrid (...)».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, «no resulta determinado el lugar de celebración de la junta general, no quedando garantizados los derechos de todos los socios a asistir y votar en la misma. El precepto alegado por el Registrador es el art. 175 LSC que comienza diciendo que *«salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social»*. La DGRN dice que «es indudable que los estatutos pueden permitir que la convocatoria contemple la celebración de la junta en otro término municipal distinto al del domicilio social» y que el único límite estaría en que se permita a los administradores determinar arbitrariamente dónde tendrá lugar la junta. Y dos límites más a la libertad estatutaria: el lugar de celebración previsto en los

⁹⁷ V., también, RDGRN 6-XI-2013, 14-X-2013 y 19-III-2014 comentadas por Jesús Alfaro, Las Juntas pueden celebrarse en término municipal distinto de aquél en que la sociedad tenga su domicilio, en *Derecho Mercantil*, 2013, disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/12/las-juntas-pueden-celebrarse-en-termino.html> y en Jesús Alfaro, Cláusula estatutaria sobre lugar de celebración de la Junta, *Derecho Mercantil*, 2014, disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2014/04/clausula-estatutaria-sobre-lugar-de.html>

estatutos debe estar debidamente determinado y el lugar debe estar referido a... un término municipal o espacio menor como una ciudad o un pueblo. **¿Por qué el lugar de celebración «debe estar debidamente determinado»?** Obsérvese que el art. 175 LSC no dice que «si en la convocatoria no figura el lugar de celebración, deberá celebrarse en el lugar establecido en los estatutos» sino «en el domicilio social». O sea que el propio legislador ha previsto que el lugar de celebración quede indeterminado, no solo en los estatutos, sino en la propia convocatoria de la junta. De manera que ese límite de «determinación» a la regulación estatutaria es un límite artificial a la libertad estatutaria que carece de base en la ley que, expresamente, declara dispositivo el art. 175 LSC. Para resolver el recurso –y revocar la nota del registrador– la DGRN dice que *los estatutos pueden prever que la convocatoria se realice en el ámbito geográfico de un término municipal distinto a aquel donde está situado el domicilio social*. De nuevo, se limita arbitrariamente la autonomía privada y se obliga a los particulares a redactar el «contrato perfecto». En efecto, la DGRN concluye que *«la cláusula estatutaria debatida no excede de las limitaciones derivadas de la interpretación que del artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital mantiene esta Dirección General»* No los límites legales, no. Los límites que se ha inventado la Dirección General.

En la RDGRN de 28 de octubre de 2014 se considera no inscribible una cláusula estatutaria⁹⁸ según la cual,

las juntas generales podrán convocarse «...mediante correo electrónico dirigido a la dirección electrónica que conste igualmente en el Libro Registro de Socios».

El art. 173.2 LSC dice que «en sustitución de la forma de convocatoria prevista en el párrafo anterior, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por cualquier **procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios** en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad»

Un correo electrónico asegura la recepción de la convocatoria por parte del socio en mayor medida que una carta enviada por correo ordinario o una carta certificada. Esto es algo que puede comprobarse empíricamente. Y si resulta que el 99 % de los correos electrónicos se reciben sin problemas, ¿cómo puede decirse que el correo electrónico no garan-

⁹⁸ V., supra el análisis realizado de la Resolución de 20 de diciembre de 2017

tiza la recepción del mensaje por su destinatario? Pero, ¿cómo puede privarse a los particulares del derecho a decidir cómo quieren recibir las comunicaciones de otros particulares? ¿Cómo puede ser compatible con la libertad contractual una interpretación del art. 173.2 LSC que obliga a los particulares a utilizar en sus comunicaciones la firma electrónica? Añádase que el art. 173.2 LSC no es resistente a un acuerdo adoptado con el voto favorable de todos los socios y se comprenderá que, nuevamente, el art. 18.2 C de c está siendo usado para limitar la autonomía privada sin justificación.

Y en la RDGRN de 9 de octubre de 2017, la cláusula estatutaria disputada es la siguiente

Art. 5.º–Capital. El capital social, totalmente desembolsado, se cifra en tres mil euros y está dividido en tres mil participaciones de un euro de valor nominal cada una, numeradas correlativamente del 1 al 3.000, ambos inclusive. Todas las participaciones tienen el carácter de pertenecientes a socios profesionales. Cuando estas fueren adquiridas por no profesionales, se procederá al cambio de clase de participación que pasará ser la de participaciones pertenecientes a socios no profesionales; y si estas a su vez fueran adquiridas por profesionales se procederá de nueva [sic] al cambio de la clase de participación. La mayoría del capital social habrá de pertenecer a los socios profesionales, de conformidad con lo establecido en el apartado segundo del artículo cuarto de la Ley 2/2007, de 15 de marzo (...).».

El Registrador deniega la inscripción diciendo que

*«la previsión de que la transmisión de las participaciones sociales (actualmente en manos de tres socios profesionales), **implicará una modificación de estatutos vulnera su vocación circulante, altera el régimen estatutario de la transmisión e induce a confusión sobre los requisitos que la transmisión comporta...***

La pregunta es por qué no pueden acordar los socios que se proceda a modificar los estatutos cada vez que se produzca una transmisión de socios profesionales a socios no profesionales. De nuevo la DGRN adopta la ideología hipotecarista y pretende que los estatutos sociales sean «perfectos» a costa de cercenar brutalmente la autonomía privada. En efecto, los socios de esta sociedad profesional consideraron que las participaciones sociales pertenecían a una clase diferente si estaban en manos de un socio profesional y que dejaban de pertenecer a esa clase si pasaban a manos de un socio que no fuera profesional y, por tanto, que había que modificar los estatutos cada vez que cambiara la titularidad de

las participaciones y pasaran éstas de manos de un profesional a un no profesional o viceversa. Es un error sutil porque, efectivamente, lo que define las «clases» de acciones o participaciones es que atribuyan derechos distintos, no que su titular sea un socio profesional o no profesional, de manera que, si todas atribuyen los mismos derechos, no devienen de una «clase» o de otra por el hecho de que estén en manos de un socio profesional o de un socio no profesional. Pero si los socios quieren modificar los estatutos cuando esas transmisiones ocurran, ¿de qué manera la cláusula correspondiente de los estatutos es nula de pleno derecho?

También deben criticarse las resoluciones que impiden la inscripción de cláusulas estatutarias que limitan las facultades de los administradores. Lo que no pueden hacer los socios es limitar los poderes de los administradores, pero sus facultades, sí. Es la distinción entre poder y mandato que sigue sin asentarse en la práctica española⁹⁹. O la RDGRN de 3 de noviembre de 2016 que impide la inscripción de la renuncia de un administrador que había convocado la junta para que nombraran sucesor pero no lo había hecho a gusto del registrador. Tal exigencia para inscribir la renuncia es contraria, precisamente, a la función del registro mercantil de indicar a los terceros con quién han de contratar si quieren vincular al patrimonio separado que es la persona jurídica societaria.

13. EL PROBLEMA DE LOS ACUERDOS SOCIALES QUE NO INFRINGEN NI LA LEY, NI LOS ESTATUTOS NI EL INTERÉS SOCIAL: SÓLO EL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

En otros supuestos, la ilegalidad descubierta por el registrador no es tal. Se trata de infracciones del Reglamento del Registro Mercantil. Y aquí es donde la cuestión se vuelve kafkiana. **La autonomía privada no está limitada por los reglamentos administrativos**¹⁰⁰. Un pacto con-

⁹⁹ V., al respecto, Jesús Alfaro, Libertad estatutaria y facultades de los administradores, Almacén de Derecho, 2015, disponible en <http://almacenederecho.org/libertad-estatutaria-y-poder-de-los-administradores/> y en Derecho Mercantil, Jesús Alfaro, Inscripción de las limitaciones estatutarias a las facultades de los administradores, 2015, disponible en <https://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2015/11/inscripcion-de-las-limitaciones.html>

¹⁰⁰ El Reglamento del Registro Mercantil está plagado de ellas. Una, por ejemplo, es el requisito establecido en relación con la transformación en el art. 220.1.3º de incluir en la escritura de transformación «La declaración de que el patrimonio cubre el capital social y de que éste queda íntegramente desembolsado» ¿qué añade a la protección de

tractual o un acto –los acuerdos sociales– no devienen inválidos porque contradigan lo dispuesto en un Reglamento, de manera que el art. 18.2 C de c no legitima a los registradores para medir la inscribibilidad de un acuerdo o de una cláusula estatutaria por su conformidad con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil. Si, como venimos sosteniendo, los particulares tienen derecho a que se inscriban los acuerdos de los órganos sociales cuya inscripción, de acuerdo con la Ley, es obligatoria, no se puede denegar ésta sobre la base de un reglamento que imponga un requisito para la inscripción que no esté recogido en la Ley. En la RDGRN de 12 de diciembre de 2016 se denegó por el registrador la inscripción de los acuerdos adoptados en una junta universal porque el certificado de los acuerdos adoptados no incluía la firma del acta por todos los asistentes. La DGRN se da cuenta de que no hay forma humana de obligar a alguien a firmar nada y, en el caso, uno de los asistentes se negó a firmar el acta a pesar de que había aceptado celebrar la junta y el orden del día, de modo que revoca la calificación a pesar de lo que dice –ilegalmente– el art. 112.2.2ª RRM¹⁰¹. En la RDGRN de 6 de junio de 2013 se impidió la inscripción de los acuerdos sociales porque no constaba en la escritura pública la mayoría con la que se habían adoptado tal como exigen los artículos 112.2 y 97 del RRM aunque se dedu-

los terceros tal declaración? La DGRN dice que «*constituye un incentivo de «regularización» patrimonial que se dicta en interés de terceros que no tienen en la transformación derecho alguno a oponerse a la misma*». Pero olvida que los terceros están protegidos por las normas sobre responsabilidad por las deudas sociales en caso de que la sociedad esté en causa de disolución por pérdidas y la responsabilidad concursal de los administradores sociales ¿Es necesario incrementar tal protección de los terceros en el caso de la transformación? Y, sobre todo, ¿es eficaz tal protección? V., con una crítica de la revisión por parte de la DGRN de la cuestión de si la aportación al capital, por parte del socio, de los créditos que ostentaba contra la sociedad era suficiente, Jesús Alfaro, ¿Cuándo se convierte en una pesadilla transformar una anónima en limitada? Cuando la haces en España, en Derecho Mercantil, 2012, disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2012/11/cuando-se-convierte-en-una-pesadilla.html>

¹⁰¹ Este es un problema que no podemos abordar aquí y es el de que el Reglamento del Registro Mercantil no puede imponer límites a la autonomía privada pero obliga a los funcionarios, obviamente, de manera que, cuando el derecho de los particulares a que se inscriban determinados acuerdos choca con el incumplimiento de alguna obligación impuesta en el Reglamento del Registro pero no establecida en la Ley, la Administración ha de infringir el Reglamento o infringir los derechos de los particulares. Es por eso que el Reglamento del Registro Mercantil debe limitarse, en su contenido, a regular la conducta de los registradores en la gestión del Registro y no incluir normas sustantivas que desarrollen, amplíen o restrinjan lo dispuesto en las leyes de sociedades. Esa labor corresponde en exclusiva a los jueces y a la jurisprudencia.

cía inequívocamente de otros datos que constaban en el expediente que los acuerdos habían sido aprobados por la mayoría suficiente. En la RDGRN de 3 de mayo de 2017 se impidió la inscripción de la disolución y liquidación porque el reparto de los bienes sociales entre los socios infringía lo dispuesto en el art. 247.3 RRM.

14. LA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES JUDICIALES O ARBITRALES AL REGISTRO

De nuevo, en el caso de los registros de derechos sobre bienes, tiene cierto sentido que el que está al frente de los mismos juegue un cierto papel arbitral o cuasijudicial porque, como dice Arruñada, «organiza los consentimientos» de todos los que se pueden ver afectados en sus derechos. Pero tal papel es completamente inapropiado para el Registrador Mercantil cuando se ocupa de inscribir pactos contractuales. Los derechos y obligaciones que deriven para las partes de esos pactos contractuales es una cuestión ajena al papel del registrador mercantil y del Registro Mercantil cuya única función, según hemos visto, es dar publicidad a tales pactos.

En la RDGRN de 3 de abril de 2017, y aunque sin efectos sobre la revocación de la calificación del Registrador, la DGRN se atreve a afirmar un papel arbitral y cuasi judicial para el registrador. Había disputas entre los socios sobre si se había conformado correctamente la lista de asistentes. El presidente proclamó los resultados y afirmó que la junta era universal y que los acuerdos habían sido adoptados por unanimidad del capital social. La DGRN dice que, el mayor valor de la proclamación de los resultados por el presidente,

«no significa que tales declaraciones del presidente deban, por la sola calidad de quien las formula, vincular al registrador de modo absoluto, al punto de que éste deba desconocer la realidad de lo acontecido en el seno de la junta cuando se halle amparado por la fe notarial, ignorando totalmente las afirmaciones contrarias de los socios consignadas en el acta y de especial relevancia para calificar la validez de los acuerdos

Afirmación que es contraria a la interpretación de la Ley de Sociedades de Capital que hacen los tribunales (v., SAP Madrid de 25 de enero de 2013). La DGRN rebaja el tono, a continuación, y dice que no hay que hacer caso a lo proclamado por la mesa y el presidente de la junta cuando haya dos proclamaciones de resultados por parte de dos presidentes o dos mesas porque, en definitiva, se hubieran celebrado dos reuniones contradictorias entre sí. De forma que concluye que «es ajeno

al procedimiento registral la resolución de contiendas entre las partes cuyo conocimiento está atribuido a los tribunales de Justicia», por lo que el recurso se estima y se revoca la suspensión de la inscripción que había decidido el Registrador¹⁰².

Este riesgo se refleja más claramente en la Resolución de la DGRN de 25 de enero de 2015. En pocas palabras, la creciente atribución de competencias al Registro para designar expertos y auditores ha llevado a que, en determinados casos, sea litigioso si procede o no designarlos. En el caso, el socio pretendía que se había activado su derecho de separación porque la sociedad había adoptado el acuerdo de modificar sus estatutos sustituyendo la referencia al auditor designado por el registro mercantil para valorar las participaciones en caso de compra entre socios de las participaciones, por un auditor designado por el órgano de administración. La DGRN consideró que se había activado el derecho de separación y, por tanto, ordenó al registrador que designara auditor para que valorase las participaciones. Nos parece evidente que esta cuestión debía resolverse mediante un proceso judicial en el que se revisase si, como parece, la modificación estatutaria era contraria al interés social en cuanto que reducía los derechos de la minoría ya que cabe presumir que la independencia del valorador nombrado por el Registro sea superior a la del nombrado por el administrador social y socio mayoritario, sobre todo, cuando la valoración es necesaria porque el mayoritario tiene derecho a comprar su participación al minoritario en caso de conflicto entre los socios. En consecuencia, y sobre la base de la presunción de validez de los acuerdos sociales que no sean nulos de pleno derecho, el Registrador debió abstenerse de designar auditor una vez que la sociedad presentó los estatutos indicando que la designación en un caso de ejercicio del derecho de separación correspondía a la sociedad. Con la Resolución, el socio no ha ganado mucho y tendrá que acudir a un pleito en todo caso, ya que la designación de auditor no impide a la sociedad negarse a pagar al socio su cuota de liquidación. Alegará que no procede el ejercicio del derecho de separación y la cuestión se dirimirá en un pleito en el que se decida finalmente si existió o no derecho de separación.

Otro buen ejemplo nos lo proporciona la RDGRN de 22 de mayo de 2017. Los hechos son los siguientes: se trata de una sociedad de dos

¹⁰² Sobre esta cuestión, puede verse el trabajo de Marín de la Bárcena, Fernando, Proclamación de acuerdos y acciones declarativas del resultado positivo de una votación, RDM 275(2010) p 197 ss y una versión previa en «Formación y eficacia de los acuerdos de los socios» working paper, 2009, disponible en http://eprints.ucm.es/9211/1/MMarin_de_la_B%C3%A1rcena_UCM.pdf.

socios. Uno tiene el 61,11 % del capital social pero no es administrador. El otro, que tiene el 38,89 % restante es, no obstante, el administrador único. El administrador único convoca al otro socio a una junta. No lo hace según lo previsto en los estatutos pero el otro socio se da «por comunicado» y pide al administrador que asista un notario a la junta. La convocatoria se hace para celebrarse la reunión en primera convocatoria a las 11.30 y en segunda a las 12 horas del día 29 de diciembre de 2016. El administrador único, ante esa respuesta, desconvoca la junta. Se lo comunica al socio mayoritario quien le contesta diciendo que tal desconvocatoria está injustificada. De modo que el socio mayoritario se persona en el lugar de celebración y, en ausencia del administrador y socio minoritario, destituye al administrador, modifica el órgano de administración y designa a dos administradores mancomunados que aceptan el cargo. Cuando se intentan inscribir los acuerdos adoptados en el Registro Mercantil, el registrador deniega la inscripción y la DGRN da la razón al registrador. Pues bien, en el caso el problema es el de **la validez de la desconvocatoria de la junta**. Y, al respecto, el registrador no puede ponerse de parte de ninguno de los socios. Ha de verificar que los documentos en los que se certifican los acuerdos adoptados son legítimos –en este caso– que se ha notificado al administrador destituido su destitución y que vienen emitidos por persona con facultades certificantes y dejar al socio-administrador destituido que acuda a los tribunales¹⁰³.

¹⁰³ V., con más indicaciones, Jesús Alfaro, Desconvocatoria injustificada de la junta de una sociedad limitada, en Derecho Mercantil 2017, disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2017/07/desconvocatoria-injustificada-de-la.html>.

