

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo
José María CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

RECURSO GUBERNATIVO: PROCEDENCIA.—SÓLO PUEDEN INTERPONERSE CUANDO LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSPENDA O DENEGUE LA INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO, PERO NO CUANDO EL ASIENTO SE HA EXTENDIDO. (Resolución de 11 de noviembre de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 1 de diciembre de 1970).

Hechos.—Por escritura autorizada ante el Notario don Lorenzo de Irizar y Avilés, el 8 de julio de 1908, en Alicante, doña Mariana Moreno y Pérez de Vargas, en representación de su primer marido, entonces enfermo, don José de Rojas y Galiano, cedió a los religiosos don José Calasanz y Marqués y otros, representados por don Pascual Ghione y Cazzulo, un terreno situado en la calle del Empecinado, esquina a la de Castaños y Bazán, de Alicante, que fue inscrita en el Registro bajo el número 19.015, inscripción 1.ª, con determinadas condiciones.

Fallecido don José de Rojas y Galiano, sus herederos, doña Mariana Moreno y Pérez de Vargas, don Miguel, don Carlos y don José de Rojas Moreno, en Alicante y ante el mismo Notario anterior, acordaron con los religiosos beneficiarios de la donación la permuta del anterior solar por otro de mayores dimensiones, sito en la calle Zurbano esquina a la de O'Donnell y Prim, también en Alicante, estipulndose las siguientes condiciones, equivalentes a las que gravaban la finca permutada: "A) Los señores Calasanz, Balsario, Iñigo de Angulo y Bentanachs, o los que les sucedan en su lugar y derechos, deberán levantar en el terreno que en permuta se les ha cedido un edificio destinado a educación de niños pobres según los principios de la religión católica, pudiendo también construir oratorios o capillas, lo mismo que talleres y cualesquiera otras obras que, a juicio de los adquirentes, conduzcan a tal fin. B) Dichos señores deberán, dentro del plazo de dos años, contados desde hoy, tener cerrado el solar que se les ha cedido, y dentro de los diez años, también contados desde esta fecha, terminadas las obras proyectadas, considerando como terminación de ellas el haberse levantado el local destinado a escuela. Si no se cumpliese, quedará sin ningún valor ni efecto la cesión del solar descrito en el párrafo VII, que, con todas las obras en él realizadas, volverá a poder de los cedentes o de sus causahabientes, sin que tengan éstos que abonar a aquéllos, por dichos conceptos, más cantidad que la de dos mil novecientos noventa y ocho pesetas, quince céntimos... D) Si después de construidos los edificios a que la cláusula A) se refiere, se cerrasen por abandono de los adquirentes o cualquier otra causa imputable a los mismos y permaneciesen cerrados durante el espacio de un año, se efectuará la reversión establecida al final de la cláusula B), pero sin obliga-

ción por parte de los cedentes de entregar siquiera las dos mil novecientas noventa y ocho pesetas, quince céntimos”.

Que la finca así descrita y la cláusula condicional fue inscrita bajo el número 19.806, inscripción primera, aunque posteriormente y al amparo de la Ley de 11 de julio de 1941 se siguió procedimiento para inscribirla a nombre de la Congregación Salesiana, por ser sus anteriores titulares personas interpuestas, y a tal efecto se dictó sentencia en la que constaba que la finca en cuestión “carecía de gravámenes”, lo que provocó que al extender la inscripción se suprimiese la condición antes transcrita. Posteriormente, la Caja de Ahorros de Levante de España hipotecó el solar en garantía de un préstamo, cuya inscripción fue la tercera. El 25 de enero de 1969 se presentó por los herederos de los primitivos titulares un escrito solicitando, al amparo del artículo 321 del Reglamento Hipotecario o en su defecto el artículo 329, la rectificación del asiento correspondiente a la inscripción segunda de la mencionada finca, haciendo constar en ella las condiciones canceladas.

Presentada en el Registro dicha solicitud, sufrió la correspondiente calificación, que literalmente dice: “Denegada la solicitud del asiento correspondiente a la segunda inscripción de la finca a que se refiere, por la actividad exclusiva del Registrador, conforme al artículo 321 del Reglamento Hipotecario, por no estar comprendido el caso en ninguno de sus supuestos que hacen referencia a los errores materiales y de concepto respectivamente, por cuanto no se trata de ninguno de los primeros, pues la omisión de la condición resolutoria es evidente que altera por su importancia el sentido general de la inscripción o al mesno alguno de sus conceptos, saliéndose por tanto de la definición que de los mismos da el artículo 212 de la Ley, y en cuanto a los segundos por no resultar claro si el supuesto error es del asiento — caso c) del artículo 40 de la Ley o del título (testimonio de la sentencia) — caso d) del mismo artículo— por coincidir en esencia el contenido de ambos y no constar si el Registrador omitió la condición resolutoria por adaptarse al mandato judicial o por error. Por lo que hace a los otros procedimientos suplementarios para practicar la rectificación, como son el acuerdo unánime de los interesados y del Registrador o la Resolución judicial a que hacen referencia el párrafo 1.º del artículo 217 y el 218 de la Ley invocados a través del artículo 329 del Reglamento, por el solicitante, se suspende la rectificación interesada hasta tanto exista acuerdo entre los interesados o recaiga resolución judicial, en su caso. No se solicita anotación preventiva”.

Los interesados, a través de los Procuradores don Vicente López Dubon y don Ignacio Zaballos Ferrer, interpusieron recurso de reforma y subsidiario gubernativo alegando el hecho de que la supresión de la condición en la inscripción segunda de la finca ha dado lugar a la aparición de un tercero hipotecario titular de un crédito con garantía real y puede provocar la aparición de otros, concretamente de una sociedad que ha comprado parte de la finca. Que consideran de aplicación el artículo 217, 1.º de la Ley en relación con el 9.30 y 40 c) y al amparo de la dispuesto en el artículo 521 del Reglamento. Que supletoriamente se ha indicado la aplicación del artículo 328 en relación con el 329 del Reglamento. Que el Tribunal sentenciador no tenía más misión que la declaración de titularidad de dichos bienes sin hacer relación a las cargas, no debiendo

nunca ser incluidas las condiciones por no ser tales. Que si el funcionario entendió existir algún error debió convocar a las partes a fin de proceder a su rectificación y extender nota comprensiva del acuerdo o de su falta, llevando el acta al archivo, conforme al artículo 329 del Reglamento.

El Registrador en su informe consideró no aplicables ni el artículo 213 ni el 217 de la Ley Hipotecaria, excluyendo con ello el 321 del Reglamento, al no tratarse de error material. Que caso de ser error de concepto sería aplicable el artículo 329 del Reglamento que exige previo acuerdo de todos los interesados reflejado en acta, que no la hubo.

Se solicitó informe al Juez especial sobre bienes de la Iglesia, pero no pudo lograrse al haber desaparecido dicho organismo. A su vista, el Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador en base de análogas razones expuestas por el mismo y la Dirección General de los Registros y Notariado confirma dicho auto, desestimando el recurso por ser la cuestión planteada ajena a su competencia. Todo ello sobre la base de la siguiente doctrina.

Doctrina.—“Considerando que el recurso gubernativo puede interponerse solamente cuando la calificación del Registrador suspenda o deniegue el asiento solicitado, pero no cuando este asiento se ha extendido, como sucede en el presente caso, en que el título —la Sentencia de 20 de junio de 1955 del Juzgado especial sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Bienes Eclesiásticos— tuvo acceso a dicho Registro, y los derechos que proclama están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria;

Considerando que en realidad lo que se pretende con la nueva presentación de la Sentencia indicada no es impugnar una calificación denegatoria o suspensiva del Registrador puesta en un título inscribible, sino exclusivamente tratar de dejar sin efecto cierta nota de cancelación ya extendida en los libros registrales, para lo que el recurso gubernativo, como se indicó anteriormente, no es el medio idóneo por faltar los presupuestos indispensables para su formalización, y si el peticionario entiende que el asiento aparece erróneamente extendido, deberá acudir a los procedimientos que para la rectificación de errores se recogen en el respectivo Título VII de la Ley y Reglamento Hipotecario o quizá el contenido en el apartado d) del artículo 40 de la primera de las disposiciones legales citadas, que exige el consentimiento del titular registral o en su defecto resolución judicial;

Considerando que entre los errores, tanto si son materiales como de concepto, hay unos que pueden ser rectificadas en algunos casos unilateralmente por el mismo funcionario calificador —artículos 213 y 217 de la Ley Hipotecaria—, pero en la mayor parte de ellos se precisa el consentimiento de todos los interesados y del propio Registrador en el procedimiento correspondiente, o en su defecto la providencia judicial que lo ordene, sin que este Centro Directivo tenga facultad para suplir aquellas voluntades o desviarse del procedimiento legal establecido, lo que viene a reforzar la idea ya expresada de la imposibilidad de que estas cuestiones pueden resolverse por la tramitación de un recurso gubernativo

Considerando que dado que parece —según el informe del funcionario califi-

gador— que por la oposición del actual titular registral no ha podido intentarse la formalización del convenio necesario para la rectificación pretendida, siempre cabe que por los interesados se acuda a los Tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos o de las obligaciones que en ellos se contengan y pueda decidirse acerca de una cuestión para la que la vía gubernativa no es competente”.

Consideraciones críticas.—La cuestión central sobre la que gira el presente recurso es el problema de la competencia objetiva o de lo que debe ser objeto del recurso gubernativo, sin perjuicio de que también se aclaren ciertos puntos sobre el discutido problema de la rectificación registral. Marginalmente también puede tenerse en cuenta la referencia que en dicha resolución se hace del Juzgado especial sobre inscripción de bienes eclesiásticos, cuya decisión parece provocar el problema de fondo que aquí se discute. Por todo ello, examinaremos separadamente estos problemas:

A. *Competencia objetiva del recurso.*—El recurso gubernativo procede, conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes reglamentarios, “contra la calificación hecha por el Registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado, sin perjuicio de acudir, si quieren, a los Tribunales de justicia para ventilar y contener entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos”. De ello resulta que, en principio, el amplio término “asiento solicitado” permite incluir dentro de la materia calificable todo documento en el que se solicite la extensión de cualquier asiento practicable en los Registros, bien sea de inscripción, de cancelación, nota marginal, anotación preventiva o cualquiera de las modalidades que en cada caso se presenten, incluido el llamado *asiento de rectificación conforme a los artículos 215 y 219 de la Ley Hipotecaria*.

En un posterior y ponderado examen, al tener que relacionar dicho artículo con otras, resulta de una parte que sólo pueden ser objeto de calificación los “documentos inscribibles”, entendiéndose por tales aquellos a que se refiere el artículo 3 de la Ley Hipotecaria y los escasos supuestos en los que se admite el documento privado. Las solicitudes de inscripción por muy expresas o tácitas que sean (artículo 39 del Reglamento Hipotecario) no pueden provocar nunca una calificación, aunque su ausencia, en algunos casos, si puede generar un defecto que impida la inscripción (véase el artículo 44 del Reglamento Hipotecario y el 50 del mismo texto, para los supuestos de inscripción como una sola finca y los casos de agrupación, división, segregación y agregación). Tampoco creo que las solicitudes de expedición de certificación registral, con posibilidades de generar un asiento de presentación conforme al artículo 416 del Reglamento Hipotecario, puedan ser objeto de calificación aunque provoquen en algunos casos la extensión de notas marginales al ser expedidas (artículo 131 de la Ley Hipotecaria, 32 del Reglamento Hipotecario etc.). La calificación, en su proyección jurídica, exige un acto inscribible o susceptible de serlo y un documento o título que lo contenga.

En principio, por tanto, el Registrador al extender la nota en la solicitud presentada no estaba *calificando* el documento y lo único que estaba realizando era precisar que no se trataba de un *error material* el que se pedía por los interesados que se rectificase y que, por ello, no entraba dentro de su competen-

cia el rectificarlo y que a su entender el posible *error de concepto* no se podía concretar si el mismo tenía su origen en un error o en un defecto del título. El procedimiento del acuerdo rectificatorio o de la resolución judicial, también solicitado subsidiariamente, no procedía a su juicio mientras no exista, cosa que los hechos no demuestran. En suma, lo único que el Registrador “calificó” es el carácter del error para dar paso a su posible procedimiento rectificatorio. Todo ello aun y a pesar de esa coletilla en la que dice que “no se solicita anotación preventiva” y que parece convertir esa nota en calificatoria a la que se refiere el artículo 106 del Reglamento Hipotecario (“nota expresiva del defecto o defectos que éste contenga, los motivos en que se base la calificación y el alcance de ésta”). Aunque se hubiese solicitado la anotación preventiva no hubiese procedido porque, en principio, la calificación fue denegatoria y, en segundo lugar porque caso de ser suspensiva no encajaba dentro de los supuestos a que se refiere el artículo 66 de la Ley Hipotecaria en relación con el 42 de la misma.

Si no se trataba de una calificación, no procedía a nuestro entender el recurso gubernativo. Los cauces que la Ley marca para la rectificación del Registro en los casos de nulidad o error no discurren nunca por el camino gubernativo del recurso, sino por los señalados en el artículo 40, letras *c* y *d* del mismo. Esto es lo que en el fondo, pero de otra forma, dice la Dirección General: “el recurso gubernativo puede interponerse solamente cuando la calificación del Registrador suspenda o deniegue el asiento solicitado, pero no cuando este asiento se ha extendido como sucede en el presente caso... y los derechos que proclama están bajo la salvaguardia de los Tribunales y se producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria”. En el segundo considerando de la Resolución es más precisa la Dirección, ya que dice que en este caso el recurso gubernativo “no es el medio idóneo por faltar los presupuestos indispensables para su formalización”.

B.—*El problema de la rectificación registral.*—El problema de la rectificación —bien o mal enfocado por nuestra legislación— se estructura sobre la base de la distinción entre errores materiales y errores de concepto y, dentro de dicha clasificación, cabría distinguir los errores que pueden ser rectificables por el Registrador directamente y de los que necesitan el consentimiento de los interesados o la resolución judicial.

La distinción entre errores materiales y de concepto no está muy precisamente perfilada por la legislación hipotecaria, pero pudiera tener ciertas semejanzas —a efectos de su comprensión— con la teoría del error de hecho y el de derecho, aunque la teoría del conocimiento aquí se traduce en una representación externa de un proceso intelectual: la fórmula empleada para la redacción de la inscripción. Parece claro el concepto del error de hecho o material que puede consistir en la omisión de circunstancias equivocación de las mismas o escritura de unas palabras por otras. “sin cambiar por ello el sentido general de la inscripción o asiento de que se trate, ni el de ninguno de sus conceptos”. Indudablemente todo error que no reúna estas circunstancias será de concepto, bien sea provocado por la redacción vaga, ambigua o inexacta

del título primitivo o porque al ser expresados en la inscripción se altere o varíe su verdadero sentido.

Órgano legitimado para decidir cuándo se está ante un error material o de concepto es el Registrador de la Propiedad, quien podrá rectificar, por supuesto bajo su responsabilidad, los errores materiales a que se refiere el artículo 213 de la Ley Hipotecaria y los de concepto cuando la inscripción respectiva baste para darlos a conocer. En otros casos se hace necesario el consentimiento de todos los interesados o la decisión judicial. El que el Registrador estime la existencia de un error material o de concepto no supone, como antes hemos apuntado, una calificación sino, una determinación del procedimiento a seguir. Contra su decisión siempre cabrá la demanda judicial, teniendo en cuenta el principio de que los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales, ya que la Dirección General de los Registros y del Notariado no puede suplir —como dice la Resolución— “aquellas voluntades o desviarse del procedimiento legal establecido”.

El Registrador en su nota descarta la posibilidad de que se trata de un error material y se inclina más por considerarlo como de concepto, aunque la duda se plantee en el origen del error: no se sabe si se debió a error conceptual del funcionario que extendió el asiento o bien a la redacción vaga, ambigua o inexacta de título. ¿Es posible esta duda sobre el origen del error? Entiendo que sí, ya que el límite legal de la consulta a que se refiere el artículo 273 de la Ley Hipotecaria se ciñe a las materias objeto de la “calificación” y aquí de lo que se trata es de una decisión que inclina el procedimiento a seguir a los efectos de rectificación. Entiendo, además, que en el caso presente no aparece muy claro que la sentencia que provocó la supresión de la cláusula condicional se presentase con la solicitud, pues en caso contrario ya sería más problemático el que la duda pudiera mantenerse. Pudiera ser que la intención del Registrador al plantear la duda fuese llegar a la última conclusión a que la teoría del error en los asientos ofrece: la responsabilidad del Registrador, pues no cabe duda que no es lo mismo el error cometido alterando o variando el sentido del título, que el que se produce por la redacción vaga, ambigua o inexacta del título. En el primero hay responsabilidad y en el segundo no, al ser imputable al Registrador. Digo esto porque si se le presentó el título pudo perfectamente darse cuenta de su redacción vaga, ambigua o inexacta y exigir un “título nuevo” para la rectificación si las partes convienen en ello o así lo declara una sentencia judicial. Así parece desprenderse de lo dispuesto en el artículo 219 de la Ley Hipotecaria y el 218 de la misma, que le faculta a una confrontación entre el asiento y el título que lo provocó, pudiendo oponerse a la rectificación.

C. Juzgado especial de bienes eclesiásticos.—Para evitar los efectos de la legislación desamortizadora la Iglesia, las Ordenes y Congregaciones religiosas acudieron al procedimiento indirecto de inscribir los bienes a nombre de personas interpuestas. A los efectos de que dichas entidades pudieran recuperar dichos bienes cuando las personas titulares hubieran fallecido o desaparecido se dictó la Ley de 11 de julio de 1941, complementada por diversas disposiciones posteriores, disponiéndose un procedimiento especial, seguido por los trámites de los incidentes para que la entidad acreditase la verdadera propiedad.

citándose debidamente a herederos y causahabientes de los titulares registrales y los posibles terceros. El procedimiento termina en sentencia, sin recurso.

Este procedimiento no era más que un artilugio legal para solucionar una "inexactitud" registral provocada por un título que adolecía de simulación. Se inscribió tal finca a nombre de tal persona, pero en realidad pertenecía a tal institución. Existía una divergencia —como dirían Carnelutti y Betti— entre el fin práctico y la causa típica del negocio. Y todo ello tanto en el caso de que la persona "interpuesta" fuese la adquirente directa de otra persona o de la eclesiástica que con esta ficticia enajenación tratase de amparar los bienes. Claro que la solución registral del tracto sucesivo no hubiese sido igual para cada caso:

— En el primero, que es el caso contemplado en la resolución, los iniciales adquirentes de la finca, que luego acceden a permutarla, son personas "interpuestas" que adquieren para la Congregación Salesiana, pero que inscriben a su favor, aceptando la donación y las condiciones impuestas en ella.

Al pronunciarse la sentencia del Juzgado especial, no procedía, a mi entender, una cancelación de la inscripción hecha a nombre de los "interpuestos" para que recibiera la de los donantes, sino una inscripción "solucionadora" del tracto a nombre de la Congregación Salesiana, pero con todos los requisitos y circunstancias de la inscripción anterior.

— En el segundo cuando es la entidad eclesiástica la que enajena o dona a persona *interpuesta* para que esta inscriba a su nombre, caso no contemplado en el supuesto, lo procedente sería cancelar dicha inscripción para que reviviese la anterior a nombre de la Congregación.

En el caso de la resolución parece que lo que ocurrió fue lo primero y, por ello, resulta más incomprensible que en base de esa sentencia y al procederse a la nueva inscripción a favor de la Congregación Salesiana se suprimiese la condición que figuraba en la inscripción anterior.

Todo este problema, sin embargo, es ajeno al recurso en el que no pueden ser discutidas estas materias, sin perjuicio de que los interesados puedan acudir si quieren a los Tribunales ordinarios para contender y ventilar entre sí la validez o nulidad de los títulos o de las obligaciones que en ellos se contengan y sean éstos los que en última instancia decidan si el error procedía del Registrador al redactar el asiento o del título en cuya virtud se practicó la inscripción.

La doctrina de esta resolución ha sido mantenida invariablemente por la Dirección General en una serie de resoluciones que sólo enumeramos en honor a la brevedad: Resoluciones 17 de septiembre y 4 noviembre 1927, 16 de junio de 1948 y 9 de agosto de 1955. aparte la que en números próximos comentaremos y que lleva por fecha 21 de mayo de 1971.

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANÓNIMA: JUNTA GENERAL.—1. ES VÁLIDA LA CELEBRACIÓN DE JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA CONVOCADA JUDICIALMENTE EN LA VILLA EN QUE ESTÁ DOMICILIADA LA SOCIEDAD. AUNQUE NO FIGURASE EN LA CONVOCATORIA EL LOCAL EN QUE TENDRÍA LUGAR LA REUNIÓN, QUE SE CELEBRÓ EN EL JUZGADO POR PERNERECER CERRADO EL DOMICILIO SOCIAL.—2. EL ACUERDO DE SEPARAR A ALGUNO DE LOS ADMINISTRADORES NO VULNERA EL ORDEN DEL DÍA, YA QUE EN ÉSTE FIGURABA LA RENOVACIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.—3. DADAS LAS ESPECIALES CIRCUNSTANCIAS, HAY QUE CONSIDERAR CUMPLIDOS LOS TRÁMITES RESPECTO A LA REDACCIÓN Y APROBACIÓN DEL ACTA. (Resolución de 11 de febrero de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 4 de marzo 1970).

Hechos.—El Procurador don Juan Benavente Pérez, en representación de doña María Louise Labiste, conocida también como Dominique Aubriel, y don Antonio Fernández Vicente, como accionistas de la entidad mercantil “Amigos de Carboneras, S. A.”, interpone recurso gubernativo ante el Registrador de Almería por su negativa a inscribir una certificación de un acta de Junta General extraordinaria de la referida sociedad.

Un número de accionistas poseedores de cuatrocientas veinte acciones de las mil que tiene la sociedad “Amigos de Carboneras, S. A.”, domiciliada en la villa de Carboneras, solicitaron del Juzgado de Primera Instancia de Vera, la convocatoria de la Junta General extraordinaria, conforme al siguiente orden del día: a) Renovación del Consejo de Administración de modo total. b) Constatación del estado real económico de la sociedad y nuevas directrices en cuanto a la administración y gestión de la sociedad, así como revisión de los poderes o atribuciones concedidos al Administrador, en su caso.

El Juzgado acordó por Resolución de 13 de agosto de 1969 que la Junta extraordinaria tuviera lugar el 11 de septiembre del mismo año, a las once horas en primera convocatoria y en segunda a la misma hora del día siguiente, para el caso de no existir “quorum” en la primera, designando al letrado don Antonio Jurado Jiménez para presidirla. El día 12 de septiembre a las doce y media, se celebró en los locales del Juzgado de Paz de Carboneras la referida Junta General y con asistencia de cuatro socios poseedores de seiscientos setenta acciones de mil pesetas, siendo mil el total de ellas y un millón el capital social, acordó respecto del punto primero nombrar consejeros a los siguientes señores: don Alfred Ange Auguste Tomatis (como presidente), don Antonio Fernández Vicente (como secretario), don Pedro Martínez Guijarro, don Edgar Pillet y don Marcel Antonine Raphael Guy, quienes aceptaron en el mismo acto sus respectivos cargos, menos el señor Martínez Guijarro, que no había asistido a la Junta.

Presentada en el Registro Mercantil de Almería certificación legitimada notarialmente del acta reseñada fue calificada por el Registrador del siguiente tenor: “No admitida la inscripción de la precedente certificación que fue reintegrada a esta oficina el día 25 de septiembre último, acompañada del “Boletín Oficial del Estado”, número 201 y una certificación expedida por don Pedro Mulero Navarro, secretario del Juzgado de Primera Instancia del Juzgado

de Vera, fecha 16 de septiembre último, por los defectos insubsanables siguientes: 1.º No constar en la convocatoria de la Junta el lugar de la celebración de ella, ya que no se ha efectuado en el domicilio social ni se trata de Junta universal (artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas y Sentencia del Tribunal Supremo de 25 noviembre de 1967), 2.º No consignarse tampoco en dicha convocatoria, como asunto a tratar, el de la separación de los administradores de la sociedad, lo que resulta obligado, pues sin previa separación no puede verificarse la renovación total del Consejo de Administración (artículos 53, 73 y 75 de la Ley de Sociedades Anónimas), y 3.º No establecerse en la referida Junta, sin constar en los Estatutos, la forma de renovación parcial del Consejo de Administración nombrado, por tratarse de renovación total del mismo (artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas). Se observan, además, los siguientes subsanables: 1.º No acreditarse el requerimiento notarial previo a los administradores para la convocatoria de la Junta, que requiere el artículo 11 de los Estatutos Sociales. 2.º No justificarse con la certificación legitimada correspondiente que se haya vertido referida Acta de la Junta al Libro de Actas de Juntas Generales de la Sociedad que exista, al respectivo habilitado al efecto (artículo 33 del Código de comercio y artículos 107 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil) y 3.º En cuanto a nombramiento del consejero señor Martínez Guijarro, a falta de documento acreditativo de su aceptación, conforme al artículo 108 del citado Reglamento. La naturaleza insubsanable de los tres defectos primeramente expresados, no permite anotación preventiva”.

Frente a esta calificación y por el citado Procurador, en la representación ostentada, se interpuso el correspondiente recurso de reforma y subsidiariamente el gubernativo, alegándose los siguientes argumentos en su defensa: el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas no exige más que las Juntas se celebren en la localidad donde tenga la sociedad su domicilio y el día de la convocatoria, no señalando el artículo 53 la expresión del local; la Junta tuvo lugar en Carboneras, lugar del domicilio del presidente que no quiso convocar dicha Junta y que por eso se acudió al Juzgado para su convocatoria y que la reunión quiso celebrarse en los locales de la Sociedad, pero al permanecer cerradas sus puertas, el Comisionado por el Juez decidió celebrar la misma en el Juzgado, pues de otra forma no hubiese podido realizarse; que dejaron de asistir el presente y el secretario, los cuales no pueden alegar ignorancia dada la publicidad de la convocatoria; que la cita de la Sentencia de 25 noviembre 1967 no es procedente ya que se trataba de una Junta de sociedad domiciliada en Madrid y que se celebró en Barcelona y que en el presente caso la distancia entre el domicilio y el Juzgado era de doscientos metros. Respecto del segundo defecto, se estima que no era preciso fijar en la convocatoria la separación de administradores, ya que figuraba en la misma la renovación total del Consejo que lleva implícito lo primero, aparte de la facultad que a la Junta concede el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas y que en la realidad se redujo a la sustitución de un consejero. En cuanto al tercer defecto conforme al artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas, es cierto que la renovación debe hacerse parcialmente cuando la Administración se confíe a varias personas, pero sin que se determine forma y tiempo (artículos 71 y 72), por lo que no

puede hablarse de transgresión de norma, y menos en el caso presente que sólo existía un administrador. Por último, en cuanto a los defectos subsanables se dice que se cumplió debidamente el requerimiento hecho al administrador, como se acreditó ante el Juez, que el acta no se pasó al Libro por no encontrarse, habiendo quedado copia del acta en el Juzgado, y que la falta de aceptación del señor Martínez Guijarro es potestativo del mismo su decisión y caso de no hacerse se procederá a cubrir su vacante.

El Registrador mantuvo su calificación a pesar de dichas alegaciones, considerando necesaria la fijación del domicilio o lugar de celebración de la Junta; que la Sentencia citada prueba a "sensu contrario" la necesidad de consignar el lugar de celebración salvo que se trate de Junta universal; que salvo que sea universal la Junta, no puede dejar de incluirse en la convocatoria la separación de los consejeros, pese a la facultad del artículo 75 que lo autoriza en cualquier tiempo, pero no al momento de celebración de la misma; que conforme al artículo 53 la separación debe ser expresa y terminante y no inducida; que la Resolución de 26 febrero de 1953 sólo admite la separación no incluida en la orden del día en caso de rendición de cuentas, y que la ley sólo admite una excepción a todo ello como se deduce del artículo 80; que la delegación de facultades del Consejo en el Presidente es un supuesto de designación de consejero delegado (conforme al artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas), que es algo muy distinto del Administrador único. Por último, que al ser admitidos por el recurrente los defectos subsanables, el recurso sólo se refiere a la denegación.

Doctrina.—La Dirección General de los Registros y Notariado acuerda revocar los tres defectos insubsanables y el segundo subsanable de la nota del Registrador en el recurso gubernativo entablado contra la decisión registral en el de reforma interpuesto. Su doctrina es la siguiente:

"Considerando que en cuanto al primer defecto de la nota, es necesario resaltar la trascendencia que la convocatoria y el lugar de celebración de las Juntas tiene, porque como parece elemental y obvio, sólo su conocimiento previo y con exactitud permitirá al accionista asistir a la misma con la posibilidad de intervenir en los debates y discusiones planteados, exponer su criterio y en definitiva ejercitar el derecho de voto, que en su caso sancionará los acuerdos que se adopten y han de regir la vida social;

Considerando que en consonancia con lo anterior, el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas establece la necesidad ineludible de fijar en el anuncio de la convocatoria la fecha en que se reunirá la Junta, y por otra parte el artículo 63 exige que la misma se celebre "en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio", sin que necesariamente haya de ser la reunión en este último sitio, pues en ocasiones podría parecer conveniente hacerlo en otro lugar más cómodo, sin que por ello el interés del accionista resulte lesionado si, en efecto, ha tenido en tiempo oportuno conocimiento de esta circunstancia;

Considerando que al no contener la Ley de Sociedades Anónimas ninguna prevención acerca de la obligatoriedad de hacer constar en el anuncio de la convocatoria el lugar, siempre dentro de la localidad del domicilio social, donde ha de reunirse la Junta, y aunque casi siempre los propios estatutos con debido acatamiento a la norma del artículo 63 establezcan la forma en que

los administradores darán cumplimiento a esta circunstancia, no cabe duda que, en la mayoría de los casos, la falta de publicidad o de consignación en la convocatoria de local distinto al del domicilio social donde la Junta ha de celebrarse, implica en principio una falta de conocimiento en el accionista, que puede motivar su no posibilidad de impugnar los acuerdos que, en su caso, hubieran podido adoptarse;

Considerando que, ello no obstante, hay supuestos en que, en Sociedades Anónimas de escaso número de socios, la celebración de la Junta en lugar distinto del domicilio social sin haberlo indicado previamente en la convocatoria puede, por las especiales circunstancias que lo motivan, no implicar por parte de los socios un desconocimiento de la reunión —aparte, claro es. del caso de Junta universal—, y que amparar entonces una falta de asistencia —máxime cuando se trata de un requisito esencial de la convocatoria— que ha tenido su origen, no en tal desconocimiento, sino en una positiva y cierta voluntad de impedir la celebración de la Junta, supondría autorizar y convalidar una conducta dirigida a paralizar la actuación de los órganos sociales, con los obligados perjuicios para la sociedad así como a los propios accionistas. que se encontrarían desprovistos de la facultad de censurar la gestión de los administradores;

Considerando que, en efecto, en el presente supuesto de sociedad anónima cuasi familiar se advierte una decidida actitud contraria a la celebración de la Junta general, por parte del presidente y secretario del Consejo de Administración frente a la mayor parte de los socios, según se deduce de la certificación del acta de la Junta, calificada, ya que al haberse tenido que convocar por el Juez de la Primera Instancia conforme al artículo 57, se impide con la conducta adoptada de cerrar las oficinas de la Empresa, que pueda celebrarse en el propio local del domicilio social, por lo que hubo de reunirse en el Juzgado de Paz de la misma villa de Carboneras, lugar de aquel domicilio social. con una asistencia de cuatro socios representantes del 67 por 100 del capital, quedando fuera los mencionados presidente y secretario, circunstancias extraordinarias que abonan no tomar en consideración el defecto dado que el escaso número de edificios de la localidad y su misma cercanía permitían enterarse fácilmente dónde iba a celebrarse la Junta; que la designación del sitio exacto de celebración dentro de la localidad donde la sociedad esté domiciliada no es mención expresamente exigida por las leyes vigentes, y por último, que no puede darse por legítima —ni digna de protección por vía interpretativa, cumplidos todos los trámites legales de convocatoria— una conducta que tiende a desconocer y dejar sin efecto lo ordenado por la Autoridad judicial y de la que. caso de derivarse daño o perjuicio, siempre serían responsables sus mismos autores;

Considerando en cuanto al segundo defecto de la nota que si la expresión orden del día con todos los asuntos que ha de tratarse, es otra de las menciones que exige el artículo 53 se haga en el anuncio de la convocatoria a fin de que el accionista conozca con anticipación las materias a discutir, y no pueda entrarse en el examen de aquéllas que de una manera clara no han figurado en el expresado orden del día, en el caso cuestionado no se ha vulnerado el mencionado precepto legal, al hacerse constar en aquél que una de las finalidades de la Junta era la renovación del Consejo de Administración. ya que

es presupuesto lógico y necesario para que esto sea posible, la separación o revocación del nombramiento de todos o algunos de los actuales;

Considerando que en cuanto al tercer defecto, que el artículo 73 se refiere a la "renovación" parcial del Consejo de Administración en circunstancias que pudieran entenderse como normales, mientras que el artículo 75 al establecer la separación de los administradores "en cualquier momento" concede una facultad sancionadora o defensiva a la Junta general y está redactado para situaciones extraordinarias o anormales por lo que no hay ninguna incompatibilidad entre el contenido de los dos preceptos, y permite que la Junta pueda proceder a la destitución de uno o varios administradores, sin tener que someterse a aquella norma de renovación parcial, facultad omnimoda de la Junta que tiene un claro fundamento en el principio de libre revocabilidad de los administradores, sancionado en todas las legislaciones;

Considerando en cuanto a los defectos subsanables, y pese a que el funcionario calificador no entra en su examen por entender que no se ha recurrido respecto de ellos, no parece deducirse esto del escrito interpuesto, en donde no sólo se solicita por el recurrente la totalidad de la revocación de la nota, sino que igualmente se intenta justificar que ello tenga lugar tras exponer los pertinentes argumentos en defensa de su posición, si bien en cuanto al tercero de los defectos reconoce que procede lo exigido por el Registrador —aceptación del Administrador— aunque esta circunstancia sea ajena a la Sociedad, y la existencia del defecto impedirá, tan sólo la inscripción de este nombramiento de administrador, pero no de los restantes;

Considerando pues, en cuanto al primero de los defectos subsanables, que según el artículo 54 del Reglamento del Registro Mercantil, sólo podrán ser discutidas en el recurso las cuestiones basadas en los documentos presentados en tiempo y forma, sin que baste —como en este caso— el ofrecimiento de presentación del testimonio de las actuaciones judiciales, pues al no tenerlo a la vista el Registrador, le han faltado los elementos de juicio necesarios para la debida calificación;

Considerando, por último, en cuanto al segundo de los defectos subsanables, que dadas las circunstancias especiales de oposición a que se celebre la Junta, por parte de algún administrador, que motivó tuviera lugar fuera del domicilio social, es natural que el acta de la Junta no se transcribiera en el Libro correspondiente, que no pudo encontrarse ni se entregó con posterioridad por el secretario, pese a haber sido requerido para ello, pero las medidas de garantía y seguridad adoptadas por el presidente de la Junta —persona que actuaba como delegado de la Autoridad judicial— permiten entender cumplidos los requisitos legales, dado que la certificación presentada es copia de la que se encuentra archivada en el propio Juzgado y constituye reflejo auténtico de lo ocurrido en la sesión y de los acuerdos adoptados".

Consideraciones críticas.—Lo más conveniente, ya que así parece estructurarse la Resolución, es dividir la materia en dos grandes partes: una referida a las faltas insubsanables así calificadas por el Registrador y otra destinada a las subsanables, sin perjuicio de que en cada parte hagamos una especial mención de cada uno de los defectos alegados en la nota por el funcionario.

A.—Defectos insubsanables.—Conforme a la nota hemos visto que son tres:

el primero es la falta de constancia en la convocatoria el lugar de celebración de la Junta; el segundo se refiere a la ausencia de la materia a tratar en la misma y el tercero no constar en la referida Junta la forma de renovación parcial del Consejo de Administración. Prácticamente, son estos tres problemas los que ocupan la mayor parte de los considerandos de la Resolución y a los cuales en forma separada les vamos a dedicar un comentario.

a.—*Precisión de circunstancias de la celebración de Junta general.*—Del conjugado examen de preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas y preceptos complementarios se deduce que toda convocatoria de Junta general debe contener como mínimo los siguientes requisitos: ser convocada mediante anuncio publicado en el “Boletín Oficial del Estado” y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, por lo menos con quince días antes de la fecha fijada para su celebración, expresándose en dicho anuncio “la fecha” de la reunión y “todos los asuntos” que han de tratarse. Del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas así se deduce, añadiendo el artículo 63, que las Juntas generales se celebrarán en la “localidad” donde la Sociedad tenga su domicilio.

Esta parece ser la normativa legal en torno a los requisitos de la convocatoria, pero no hay que olvidar, conforme dice Rubio y García Mina, que la norma del artículo 63 que impone la reunión de la Junta en donde la sociedad tenga su domicilio es de carácter inderogable, como consecuencia de la del artículo 5.º, que establece rígidamente esta cláusula para evitar, en garantía de socios y acreedores, localizaciones amañadas de Juntas con propósitos irregulares (salvo el caso de Junta universal a que se refiere el artículo 119 del Reglamento del Registro Mercantil).

Por ello, sigue diciendo dicho autor, aunque la ley no alude directamente en el párrafo 2.º del artículo 53, que fija los requisitos de la convocatoria al local (edificio) de la reunión, probablemente por entender queda establecido por el apartado e) del número 3.º del artículo 11 (así interpreta el artículo 105 del Reglamento del Registro Mercantil), si no se especifica claramente en la convocatoria la concurrencia en un local distinto, podrá considerarse la Junta mal convocada.

Garrigues-Uría, en sus conocidos comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, consideran que aunque la Ley no haga referencia al lugar de celebración de la Junta, no debe omitirse esta mención, imprescindible para que el accionista pueda acudir a la asamblea: No basta saber que el artículo 63 de la Ley ordena la celebración de la Junta en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, pues la Junta aún reuniéndose en la localidad en que esté domiciliada la sociedad puede hacerlo en local distinto del domicilio social. Lo correcto será mencionar la localidad, calle, número del inmueble en que la Junta ha de celebrarse.

Conforme a todo ello parece ser que la convocatoria no era “correcta”, ya que si bien expresaba localidad y hora, no especificaba el posible “lugar” distinto de celebración de la Junta, lo cual, como dice la Dirección General, “implica en principio una falta de conocimiento en el accionista, que puede motivar su no asistencia a la Junta, una lesión a sus derechos como socio y, por tanto, la posibilidad de impugnar los acuerdos que, en su caso hubieran podido adop-

tarse”, todo ello conforme al artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas.

No obstante, en el caso que contempla la resolución, esta posible anomalía jurídica viene justificada por razones de “equidad” y sobre la base de los hechos ocurridos. Aceptando que la convocatoria de la Junta “en su literalidad legal” pudiera reputarse bien hecha, lo que no podría admitirse es que la Junta se celebrase en un lugar distinto del “*domicilio*” de la sociedad sin que “claramente la convocatoria lo hubiera previsto”.

Es evidente que la actitud del presidente y secretario no asistiendo a la Junta y obstaculizando la celebración de la misma evidenciaban su propósito de evitar que ésta se celebrase, pero ello no es argumento bastante para justificar la celebración de la Junta en lugar distinto, en este caso el Juzgado de Paz. Lo procedente en este caso hubiese sido pedir autorización judicial, previo levantamiento de acta notarial de imposibilidad de realizar la Junta por hallarse cerrado el local social, para penetrar en el mismo y celebrar la Junta en el lugar a que “implícitamente” se estaba refiriendo la convocatoria.

La Dirección General, invocando razones morales y de equidad, valora actitudes y define conductas que podrían llevar a una situación injusta caso de haber solucionado el recurso en otra forma, pero ello puede resultar enormemente peligroso en casos sucesivos en los que una “aparente” imposibilidad lleve a la celebración de Juntas en sitios distintos del domicilio social.

b.—*Precisión de los asuntos a tratar.*—Como hemos visto, el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas impone que en la convocatoria se haga constar “todos” los asuntos que han de tratarse”. La calificación registral estimó que no se hacía constar en dicha convocatoria “la separación de los administradores”, aunque sí la “renovación del Consejo de Administración”. Ello lo aprovecha la Dirección General y estima que cuando la convocatoria dice “renovación del Consejo” ello supone o lleva implícito la separación o revocación del nombramiento de todos o alguno de los administradores.

Dicen Garrigues-Uría que el contenido del anuncio de la convocatoria debe llevar lo que la Ley llama “orden del día” (artículos 64, 65 y 80) o, lo que es lo mismo, la relación de cuantos asuntos hayan de tratarse en la decisión de la asamblea. El accionista necesita conocer anticipadamente los asuntos sobre los cuales ha de manifestar su voluntad emitiendo el voto, y de ahí que sea absolutamente procedente esa exigencia legal que no hace más que recoger una práctica inveterada. El orden del día debe ser claro y completo, desterrándose del mismo expresiones genéricas que por su ambigüedad solamente puedan dar una idea aproximada de los asuntos sometidos a la Junta. Para que el “orden del día” sea completo deberá comprender todos y cada uno de los asuntos sobre los que ha de manifestarse la voluntad de la Junta, pues la misma no puede adoptar acuerdos válidos sobre materias que no figuran en la orden del día (artículo 48), confirmando dicho aserto en virtud del artículo 80, que permite ejercer acción de responsabilidad contra los administradores por los asuntos que no figuren en el orden del día. Esto no obstante acaso el principio no debe llevarse a sus últimas consecuencias, pues por razones de verdadera urgencia en casos excepcionales es aconsejable admitir que las Juntas puedan acordar sobre algún asunto que no figure en el orden del día.

Aunque esta opinión doctrinal parezca decidir la cuestión, todo puede de-

pender también del criterio interpretativo que se utilice para “descifrar” las convocatorias y en este aspecto la Dirección —con un criterio progresivo, pero no exento de peligrosidad— descarta la literalidad y se atiende a las consecuencias que en “cascada” pueden aparecer de actos comprendidos en el “orden del día”. Siguiendo una línea de interpretación amplia en la que el poder para practicar participaciones hereditarias supone la autorización para la “aceptación” de la herencia, y la autorización para hipotecar lleva consigo la de enajenar se llega al caso presente en el que la renovación del Consejo supone la separación o revocación de todos o alguno de los administradores.

Quizá hubiese sido mejor argumento —aparte la razón equitativa que guía al supuesto— el haber utilizado el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas en el que se faculta a la Junta general “en cualquier momento” para separar a los administradores, sin que pueda alegarse la necesidad de que ésta sea parcial como parece exigir el artículo 73 de la misma Ley, pues este artículo, según criterio de Garrigues-Uría, sólo entra en funciones al finalizar el período por el cual fue nombrado el administrador, permitiendo distinguir el término “renovación” al cual se refiere el artículo 73 y el de “separación” al que alude el artículo 75. Y aunque la convocatoria hablaba de “renovación”, al utilizar la expresión “*de modo total*” permitía admitir la idea de la separación, ya que la renovación hemos visto que sólo puede ser parcial. Ese argumento junto con la idea de que “por razones de verdadera urgencia en casos excepcionales es aconsejable admitir que las Juntas puedan acordar sobre algún asunto que no figure en el orden del día”, hubiesen supuesto razones de más densidad a la solución.

c.—*Falta de expresión de la forma de renovación.*—Es el defecto de menor entidad que el Registrador utiliza, sobre todo habiéndose ya superado por la doctrina la idea de que el artículo 73 no es incompatible con el 75 de la Ley de Sociedades Anónimas. Prácticamente este es el argumento que utiliza la Dirección General y sobre el cual estimamos no merece la pena extenderse.

B.—*Defectos subsanables.*—La Dirección General mantiene dos de los defectos subsanables señalados por el Registrador y revoca el segundo todo aún y a pesar de que el Registrador no entra en el examen de los mismos por entender que no se ha recurrido respecto de ellos, cosa que no se deduce del escrito del recurrente en el que se solicita la revocación “total” de la nota.

El Registrador señalaba correctamente que no se había acreditado el requerimiento notarial previo a los administradores y que no podía inscribir el nombramiento del administrador señor Martínez Guijarro, porque no había aceptado. Estos dos defectos los mantiene la Dirección General. El primero sobre la base de que “sólo pueden ser discutidas en el recurso de las cuestiones basadas en los documentos presentados en tiempo y forma, sin que baste —como en este caso— el ofrecimiento de la presentación”. Todo ello conforme con el artículo 54 del Reglamento del Registro Mercantil. La falta de aceptación de uno de los administradores nombrados impide su inscripción, pues si bien el artículo 86,5 del Reglamento del Registro Mercantil parece dar a entender que será inscribible solamente “el nombramiento” debe de ser entendido dicho precepto en relación con el 108 del mismo que regula la forma de la aceptación. El nombramiento no se perfecciona —como las donaciones— hasta su aceptación.

Revoca el segundo de los defectos que el Registrador señalaba en torno a la certificación legitimada del acta de la Junta y no del Libro del actas, ya que las medidas de seguridad y garantía tomadas por la persona que actuaba como delegado de la Autoridad judicial —archivo de copia del acta en el propio Juzgado— constituyen un fiel reflejo de lo ocurrido en la sesión. Creo que esta decisión de la Dirección debe ser recibida con auténtico “aplauzo” jurídico al haber sabido interpretar con tanta flexibilidad un requisito legal.

SOCIEDAD ANÓNIMA.—JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA.—NO ES INSCRIBIBLE EL PACTO ESTATUTARIO QUE ESTABLECE QUE LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA SE HARÁ MEDIANTE CARTA CERTIFICADA, SIN AJUSTARSE A LOS REQUISITOS FORMALES SEÑALADOS PARA LA ORDINARIA. (Resolución de 23 de abril de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 3 de junio de 1970).

Hechos.—El 11 de noviembre de 1969 el Notario de La Bisbal, don Mariano Navarro Castelló autoriza una escritura de constitución de la Sociedad “Catalia, S. A.”, en cuyos estatutos se encuentra el siguiente precepto: artículo 29 “La convocatoria para la Junta general extraordinaria no necesitará de los requisitos formales exigidos para la ordinaria y se hará mediante notificación personal a cada accionista, por carta certificada y con acuse de recibo”.

Esta escritura se presentó en el Registro Mercantil de Gerona y fue calificada con la siguiente nota: “No admitida la inscripción del precedente documento por cuanto el artículo 29 de los Estatutos de la Sociedad en el mismo constituida infringe lo que respecto a los requisitos de publicidad para las convocatorias de las Juntas estatuye el artículo 5 en relación con el 54, 55 y concordantes de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas; todo ello teniendo en cuenta la interpretación que de los citados preceptos hace la Exposición de Motivos de la propia Ley, la doctrina de los autores y las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963 y 27 de octubre de 1964. El citado defecto se califica de insubsanable, por lo que no procede tomar anotación preventiva”.

El Notario autorizante de la escritura interpone el correspondiente recurso de reforma y subsidiariamente el gubernativo contra la anterior calificación en el que los argumentos fundamentales se reducen a aducir que en sociedades de tipo personalista de un corto número de accionistas no parece articularse todo el sistema de publicidad de convocatoria que se emplea para las grandes sociedades, aparte de que dentro de la Ley de Sociedades Anónimas no se encuentra un precepto que indique la necesidad de la publicación en el “Boletín Oficial” y en un periódico de difusión para la convocatoria de la Junta extraordinaria, lo cual permite la aplicación subsidiaria del Código civil en el cual el artículo 1.255 admite el principio de autonomía de la voluntad sin que sea obstáculo la Exposición de Motivos de la citada Ley de Sociedades Anónimas, que al regular la publicidad de las reuniones de las Juntas no equipara a la ordinaria con la extraordinaria, aparte de que las sentencias citadas en la nota calificadora no se refieren al mismo problema suscitado, ya que la primera supone una convocatoria judicial y la segunda parece sustentar una opinión contraria a la sostenida por la calificación. Por supuesto, el defecto en último extremo debe calificarse

como subsanable, ya que la redacción de un artículo estatutario nunca podría suponer la anulación de la constitución de la sociedad, dando lugar a una impugnabilidad del acuerdo social.

El Reigstrador Mercantil dictó acuerdo manteniendo la calificación en base de una contradicción de los argumentos empleados por el recurrente, diciendo que claramente de la 'Exposición de Motivos se deduce la equiparación de las Juntas ordinaria y extraordinaria, así como de los artículos 53, 54 y 55 de la Ley de Sociedades Anónimas, no pudiendo ser alegado el Código civil en su artículo 1.255, con su principio de libertad, ya que la Ley de Sociedades Anónimas supone un caso de limitación en este aspecto y que tanto la doctrina como las citadas sentencias, claramente permiten deducir lo contrario de lo alegado por el recurrente. Por último, tanto el artículo 44 como el 5 del Reglamento Mercantil exigen y obligan al Registrador a denegar la inscripción si el título contuviera alguna falta por no contener los requisitos legales el título presentado, pudiendo entrar dentro de las insubsanables.

Doctrina.—La Dirección General de los Registros y Notariado en el recurso gubernativo contra la decisión registral del de reforma, acuerda confirmar la nota del Registro si bien cambiando el carácter de la misma, pues el defecto se califica como de subsanable. Se basa en las siguientes razones:

“Considerando que este expediente plantea la cuestión de si los requisitos formales establecidos por la Ley de Sociedades Anónimas para la convocatoria de Junta General son de aplicación tanto para la ordinaria como para las extraordinarias, y en consecuencia si es inscribible la cláusula estatutaria que establece que la convocatoria de la Junta General extraordinaria se haga solamente mediante notificación personal a cada accionista con acuse de recibo;

Considerando que en la vigente legislación sobre sociedades anónimas se mantiene un ordenamiento jurídico unitario tanto para la gran sociedad, que cotiza sus títulos en Bolsa y acude al ahorro público para su financiación —para la que indudablemente está pensada la Ley— como a la pequeña sociedad de carácter familiar o causi-familiar, basada en “el intuitus personae” con pactos que limitan la libre transmisión de las acciones, para impedir la libre entrada o salida de sus miembros, y esta unidad de ordenamiento para ambas situaciones no deja de producir en ocasiones, sobre todo para las últimas, tensiones difíciles de solucionar, máxime frente a la rigidez de algunas normas legales por lo que de “iure condendo” se ha afirmado la conveniencia de una regulación diferente para los dos tipos de sociedad, como ha ocurrido ya en algunas legislaciones y en otras se está en vías de proyecto para realizarlo;

Considerando que aun cuando a estas sociedades familiares se pretendió encuadrarlas dentro del marco de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, no siempre resulta adecuado este tipo de sociedad —pese a su mayor flexibilidad, y a que desde la Ley de 5 de diciembre de 1968 se aumentó el tope de la cifra capital— y por eso continúa acudiéndose a la forma de Sociedad Anónima con el consiguiente obstáculo de una mayor exigencia de formalidades cuyo incumplimiento comporta graves consecuencias para la Sociedad —normalmente la nulidad del acto— y que una jurisprudencia progresiva ha de tratar de salvar, en la medida de lo posible, y siempre con el debido acatamiento a las disposiciones legales de tipo imperativo que no cabe desconocer;

Considerando que el presente caso, la validez de la cláusula discutida podría fundarse en que la Ley de Sociedades Anónimas al establecer los requisitos de convocatoria de las Juntas en los artículos 48, 49 y 53 se refiere literalmente a las ordinarias, en tanto que en los artículos 54 y 55 emplea tan sólo los términos “Junta General” y “Junta”. respectivamente, para aludir en el artículo 56 a la convocatoria de la Junta General extraordinaria sin indicar en este último, si se precisan, también, los requisitos establecidos en el artículo 53 para las ordinarias, pero es lo cierto, que al emplear la ley estos términos en forma poco precisa y al asimilar el artículo 57, 2.º ambos tipos de Juntas en las convocatorias judiciales, hay que deducir que para la convocatoria de unas y otras deben cumplirse los mismos requisitos, lo que no podría ser de otro modo pues los motivos tenidos en cuenta por el legislador para establecer las formalidades de convocatoria tiene todavía una mayor razón de ser cuando se trata de Juntas extraordinarias, dada su peculiar naturaleza, ya que no tienen una época determinada de celebración, lo que obliga a extremar más el cuidado, a fin de que todos los interesados tengan el debido conocimiento de la reunión;

Considerando que idéntica solución manifiesta el Tribunal Supremo en las Sentencias de 30 de noviembre de 1963 y 27 de octubre de 1964 sobre todo en la primera en donde una Junta extraordinaria de una Sociedad Anónima convocada de acuerdo con el artículo 13 de sus estatutos —inscrita por cierto la cláusula en el Registro Mercantil— que permitía que se omitiese el anuncio de su celebración en el “Boletín Oficial del Estado” sin dar cumplimiento por tanto a lo ordenado en el artículo 53 de la Ley, declaró que carecía de validez, porque cualquiera que sea el carácter de la Junta si no se ha cumplido con toda exactitud cuando la Ley exige, “se imprime tacha a la Junta que con tan insalvables defectos iniciales, haya podido celebrarse”.

Consideraciones críticas.—La resolución que se nos ofrece es un prodigio de equilibrio tratando de llegar en sus conclusiones a lo que técnicamente se denomina jurisprudencia progresiva y, por supuesto, mantener la constante “paridad” interpretativa con las soluciones dadas por el Tribunal Supremo. La resolución resuelve un caso de interpretación legal en orden a los requisitos de convocatoria de la Junta general, pero incidentalmente hace alusión a un problema de la pequeña Sociedad Anónima a la que con tanta insistencia está aludiendo en sus estudios La Cámara. La solución final del carácter subsanable de la falta resuelve el problema de fondo de la validez o nulidad de la escritura constitucional. Breves han de ser nuestros comentarios. Por un orden anárquico vamos a exponer los problemas:

A.—*Las Sociedades Anónimas familiares.*—Doctrinalmente la distinción entre sociedades personalistas y capitalistas, y dentro de estas últimas las llamadas sociedades abiertas y cerradas, ha sido difundido con cierta prudencia por diversos autores prestigiosos, siendo Manuel de la Cámara (“Estudios de Derecho Mercantil” Centro de Estudios Tributarios Madrid 1972) el que ha intentado sacar sus últimas conclusiones. Una cosa —dice el autor— es que las condiciones personales de los socios sean jurídicamente irrelevantes, y otra el hecho de que no le importe a la sociedad quiénes sean sus accionistas. Nunca, por muy anónima que sea la sociedad, es indiferente la persona del socio. Dentro de ellas cabe incluir de una parte las sociedades “familiares”, sino también a las

entidades, a veces de gran envergadura económica, que pertenecen a un círculo selecto y reducido de poderosos financieros. Puede ser la versión española de lo que en el derecho anglosajón se denomina "clase corporation". En la sociedad anónima cerrada el "intuitus personae" vuelve por sus fueros y pasa a ser de nuevo ingrediente fundamental. Su triunfo más importante lo obtiene gracias a las limitaciones estatutarias a la transmisión de acciones. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo dio un gran paso en el proceso de "personalización" de la sociedad anónima a través de la conocida Sentencia 5 abril de 1961, sin perjuicio de que luego retroceda sensiblemente en esta línea progresiva a través de la Sentencia de 17 abril de 1967 que afirma que la ley "no tiene para nada en cuenta las condiciones personales de los socios, pues en ella el "intuitus personae" está sustituido por el "intuitus pecuniae".

La Cámara, sin embargo, sigue creyendo en esta especie de sociedades —cuya existencia acusa indudablemente la resolución comentada—, pero a la hora de perfilar sus posibles modalidades sólo hace referencia a la transmisión de la cualidad de socio, la dirección y administración de la sociedad y el derecho de información y examen de cuentas, no abordando el problema de los requisitos de las convocatorias.

Sea cualquiera la precisión doctrinal a este respecto sobre la existencia de estas sociedades y su posible "provenir" en torno a una economía que exige una gran acumulación de capitales para una lucha competitiva —de producto, de publicidad, de distribución y de ventas— es lo cierto que a la hora de la realidad legislativa la normativa se considera "unitaria" y de ahí que si lo ideal sería "exigir la publicación del anuncio en otros diarios o periódicos e incluso que la convocatoria se curse personalmente por carta o telegrama", no bastan estos últimos requisitos si no se cumplen los exigidos expresamente por la Ley para toda clase de sociedades.

B—*Requisitos de convocatoria de la Junta extraordinaria.*—Toda la argumentación de la Dirección General —al distinguir las dos posibles clases de sociedad anónima y prever la posibilidad de una regulación diferente en su día— se queda reducida a una afirmación de "unitarismo" normativo y a un criterio de asimilación del carácter de las Juntas al amparo del artículo 57 de la Ley de Sociedades Anónimas.

La argumentación legal parece difícil de "superar" pero en cierto modo la entiendo rigurosa. La Resolución dice que los "motivos tenidos en cuenta por el legislador para establecer las formalidades de convocatoria, tiene todavía una mayor razón de ser cuando se trata de Juntas extraordinarias, dada su peculiar naturaleza, ya que no tiene una época determinada de celebración, lo que obliga a extremar más el cuidado a fin de que todos los interesados tengan el debido conocimiento de la reunión", pero ese argumento puede utilizarse en contra si examinamos a la luz de la realidad las dos fórmulas que se proponen: una de ellas es la legal, exige publicación en el "Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor circulación mientras que la fórmula estatutaria determina notificación personal a cada accionista —evidente valoración del "intuitus personae"—, carta certificada y acuse de recibo; los interesados preguntado, ¿quedan más enterados por el "Boletín Oficial del Estado", periódico

ciertamente muy leído, y la inserción del anuncio en un periódico de mayor circulación o por una carta personal, certificada y con acuse de recibo?

El legislador, cuando de recaudación de tributos se trata, no acude a la publicidad que el periódico oficial proporciona, dando vida a la máxima de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento", sino que se asegura con notificaciones "intuitus personae" con acuse de recibo. ¿Por qué será esto?

C.—*Consecuencias de la falta de legalidad del artículo estatutario.*—No cabe duda, que la posible invalidez, nulidad o irregularidad de la cláusula estatutaria en la que se fijan la convocatoria de la Junta extraordinaria no proyecta su defecto en el resto de la constitución social y de ahí que el defecto calificado por el Registrador como insubsanable —que obligaría a una nueva redacción, otorgamiento y autorización de escritura pública— es insostenible. Cabría alegar aquí toda la teoría del negocio jurídico y de sus cláusulas esenciales y accidentales, pero considero que una posible "desviación" legal (muy dudosa, ya que no está lo suficientemente clara), no puede provocar nada menos que la consideración de una nulidad en la voluntad constitucional de la sociedad. Es ni más ni menos que un defecto subsanable, como claramente afirma la Dirección.

INVERSIONES EXTRANJERAS.—EL RÉGIMEN APLICABLE AL SÚBDITO EXTRANJERO CON RESIDENCIA EN ESPAÑA QUE QUIERE INVERTIR CAPITAL ÍNTEGRAMENTE NACIONAL EN SOCIEDADES ESPAÑOLAS, SERÁ EL GENERAL ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, SALVO LO ESTIPULADO EN TRATADOS INTERNACIONALES. (Resolución de 22 de julio de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 9 de septiembre de 1970).

Hechos.—Por escritura de 4 de diciembre de 1962, que se otorgó ante el Notario de Barcelona, don José Gramunt Subiela, se constituyó la Compañía Mercantil "Nativa, S. A.", que fue inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona el 2 de junio de 1964, con un capital de quinientas mil pesetas, representado por doscientas acciones de dos mil quinientas pesetas cada una, de las cuales ciento noventa y siete pertenecían a don Roger Cantaloup Bruno, de nacionalidad francesa y residente desde hacía tiempo en Barcelona, donde ejercía el comercio; una acción pertenece a doña Simone Rossignol de Cantaloup; otra a doña Suzanne Camps de Rossignol y la acción restante a "Prenatal, Sociedad Anónima".

Posteriormente y en Junta General extraordinaria celebrada el día 2 de marzo de 1967, se acuerda aumentar el capital social en quinientas mil pesetas representadas por doscientas nuevas acciones de dos mil quinientas pesetas cada una, que se adjudicaron, previa renuncia de los otros accionistas al ejercicio del derecho de suscripción preferente, en su totalidad a don Roger Cantaloup Bruno por la aportación de un establecimiento mercantil de su propiedad que venía legalmente funcionando bajo el nombre de "Galerías Malda" en la calle del Pino, número 5 de Barcelona. Consecuentemente con ello se reformó el artículo 5 de los estatutos referente al capital social ahora compuesto de un millón de pesetas representado por cuatrocientas acciones ordinarias de dos mil quinientas pesetas cada una.

Sobre la base de la certificación del acuerdo y autorización al presidente del Consejo don Roger Cantaloup Bruno se otorgó la correspondiente escritura ante el Notario de Barcelona, don José María Vilar y de Orovio, el 3 de marzo de 1969.

Presentada primera copia de la misma se calificó por el Registrador en nota que decía: "No practicada operación alguna respecto al aumento de capital, suscripción y desembolso de acciones y modificación del artículo 5 de estatutos sociales, por superar la participación extranjera en el capital de la sociedad el cincuenta por ciento del mismo y no acreditarse la previa autorización del Consejo de Ministros preceptuada por el artículo 5 del Decreto Ley de 27 de julio de 1959".

Por el procurador don Ramón Barbany Pons, en representación de la compañía mercantil "Nativa, S. A." se interpone el correspondiente recurso de reforma y subsidiariamente el gubernativo, basándose en la idea genérica de que el señor Cantaloup Bruno al ser dueño de un establecimiento mercantil y estar considerado como comerciante, quedaba limitado a transferir divisas al extranjero, pero no el aportar dicho negocio a la sociedad, pues no se aportaba en dicho caso capital procedente de transferencia a España de divisas extranjeras, sino bienes consistentes en un establecimiento comercial adquirido en España con dinero español y legalmente autorizado. La Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional de 24 de noviembre de 1939 fue modificada por Decreto Ley de 27 de junio de 1959 en lo relativo a las industrias, pero no respecto del comercio. Al establecerse en dicho Decreto Ley el tope del 50 por 100 de la participación extranjera habló en vez de industrias de "empresas", lo cual creó un gran confusionismo, pero ello no evitó que se inscribieran con anterioridad numerosas sociedades comerciales que superaban esta cifra.

El Registrador Mercantil mantuvo su calificación considerando que se violaba el artículo 5 del Decreto Ley de 27 de julio de 1959, sin que pueda presumirse lo que quiso decir el legislador, debiendo cumplirse el requisito de la previa autorización del Consejo de Ministros. El 11 de febrero de 1970 se consultó a la Oficina de Inversiones Extranjeras de la Presidencia del Gobierno sobre el caso planteado y dicho organismo contestó que no era precisa la autorización del Gobierno en dicho caso.

Ello hizo que la Dirección General de los Registros y del Notariado resolviese el caso revocando el acuerdo y la nota del Registrador con los siguientes argumentos que copiamos literalmente.

Doctrina.—"Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si la previa autorización del Consejo de Ministros establecida en el artículo 5 del Decreto Ley de 27 de julio de 1959 para el "caso de que la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la empresa" se requiere igualmente en los supuestos en que esta participación tiene lugar mediante aportación hecha por extranjero residente en España y con capital íntegramente español;

Considerando que el Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 significó un profundo cambio respecto de la legislación entonces en vigor —Ley de 5 de noviembre de 1939 de Protección a la Industria Nacional— en cuanto que pretendió, según declara su preámbulo "adoptar las previsiones oportunas para obtener el máximo rendimiento a las aportaciones de capital extranjero" y por eso en el ar-

título 1.º somete la transferencia a España de capitales en moneda extranjera para la modernización, ampliación o creación de empresas españolas“ en igualdad de condiciones que los nacionales residentes en España y de acuerdo con lo establecido en este Decreto-Ley”, en cuyo artículo 5.º exige la previa autorización del Consejo de Ministros cuando la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la empresa objeto de inversión;

Considerando del estudio y análisis del citado artículo 1.º del Decreto de 27 de julio de 1959, juntamente con el también artículo 1.º del Decreto de 24 de diciembre del mismo año que enumera las formas que pueden revestir la inversión de capital extranjero, resulta que esta variada y abigarrada legislación se aplica exclusivamente a los supuestos en que el sujeto activo aportante sea un español con residencia habitual en el extranjero, o un extranjero o persona jurídica extranjera de naturaleza privada, siempre que el objeto de la aportación proceda además del exterior, pero sin que se encuentren comprendidos los casos en que la inversión lo es de moneda o capital nacional;

Considerando que esta conclusión parece avalada por el informe de la Oficina de Inversiones Extranjeras de la Presidencia del Gobierno, al que se hizo antes referencia, que indica no cabe una aplicación extensiva del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 dado su carácter restrictivo, sin olvidar, por otra parte que la Exposición de Motivos se refiere reiteradamente a las aportaciones de capital extranjero y que cuando el legislador ha querido referirse a personas extranjeras lo ha matizado perfectamente como ocurre con el Decreto de 22 de marzo de 1962, que prohíbe la transmisión a extranjeros de determinados bienes inmuebles de naturaleza rústica o en la Orden de 15 de marzo del mismo año sobre inversiones extranjeras por compra de valores mobiliarios españoles, en donde tras establecer un régimen similar al del Decreto-Ley de 1959 establece que “las personas físicas extranjeras residentes en España podrán realizar dichas adquisiciones con pesetas si bien no gozarán de los derechos de transferencia de beneficios y capitales que para los otros casos se establece”;

“Considerando en consecuencia que al no estar comprendido el supuesto de este expediente dentro de la limitación del artículo 5 del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 tantas veces citado, el régimen aplicable al súbdito extranjero con residencia en España que quiere invertir capital íntegramente nacional en sociedades españolas será el general establecido en el artículo 15 del Código de Comercio que sanciona el sistema de libertad, salvo lo establecido en Tratados y Convenios Internacionales”.

Consideraciones críticas.—Sorprende profundamente al extranjero que intenta descubrir sus “derechos” en España ese criterio de igualdad que campea en el artículo 27 del Código civil y que es preciso leer literalmente al extraño para que se cerciore de este trato magnánimo que España le ofrece. Ello, sin embargo, no debe provocar llegadas a país “conquistado” ni por supuesto intentos de “colonización” anticipada. Un trato de igualdad puede ser una cortesía, pero no debe pasarse de ahí: la mano nunca puede ser confundida con el pie.

Llego a esta Resolución de la Dirección General muy mediatizado por el comentario que de la misma hace La Cámara en sus “Estudios de Derecho

Mercantil” y ello, aunque inicialmente puede provocar en mí grandes deseos de una “orientación distinta”, inclina balanzas por soluciones que tanto él como Tirso Carretero han propuesto. Mi labor, por tanto, se reduce a una exposición de criterios.

Todo el problema, como se apunta tanto en las situaciones de hecho, como en los considerandos, reside en si es precisa o no autorización del Consejo de Ministros para que la participación hecha por extranjero “residente” en España y con capital íntegramente español, exceda del 50 por 100 que el Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 regula.

Se hace difícil estructurar la esencia de la resolución, pero creo que podríamos simplificar las diferentes partes de la misma, distinguiendo:

a.—*Admisión de participación extranjera superior al 50 por 100.*—El Decreto de 18 de abril de 1963 concede a ciertas sociedades, sin previa autorización, para que puedan tener participación extranjera superior al 50 por 100 de su capital, e incluso que la totalidad de éste pertenezca a extranjeros. Se trata de una serie de sociedades que exploten una lista de industrias que allí se enumeran.

Doctrinalmente, a la lista del Decreto se añadió el supuesto de todas aquellas sociedades cuyo objeto fuera exclusivamente “comercial”, pues la Ley de 24 de noviembre de 1939 modificada sólo en parte por el Decreto-Ley de 27 de julio de 1959, sólo a sociedades “industriales” se refería. Así opinan Pelayo Hore Vallet de Goytisolo y Benzo Mestre.

Frente a esa idea, y teniendo en cuenta las sucesivas disposiciones que han desarrollado las ya dichas en las que se habla de “empresas”, la mayor parte de la doctrina opina que la intención del legislador era aplicar las limitaciones que establecía “a toda clase de sociedades”. Militan en esta idea Lucas Fernández, La Cámara Alvarez y Bérnago Llabrés al advertir este último el ancho portillo que se abría al fraude de la ley. Tirso Carretero se adscribe a este grupo considerando que tanto la aportación en pesetas como la que se realiza en el caso resuelto de la resolución debe regirse por la misma norma.

b.—*Personas a las que afecta la limitación de participación.*—Las limitaciones de participación en sociedades españolas afecta —conforme al Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 y Ley de 24 noviembre de 1939— a las personas jurídicas extranjeras, aunque tengan sucursales o establecimientos en España, a los españoles con residencia habitual y a los extranjeros en general.

De esas disposiciones —dice La Cámara— no surgía ninguna distinción entre extranjeros residentes en España y no residentes, pero la Orden de 15 de marzo de 1962 tiene en cuenta la misma y la limitación del 50 por 100 se refiere a los extranjeros que aporten pesetas procedentes de la conversión de divisas o pesetas convertibles, pero a los extranjeros que residen en España y aporten pesetas normales u ordinarias.

c.—*Forma que puede revestir la inversión del capital extranjero.*—Más que a las diferentes formas de inversión a que se refiere el Decreto de 24 de diciembre de 1959, lo interesante es destacar la modalidad de inversión “en moneda o capital nacional”. Para que las limitaciones del 50 por 100 no afecten al extranjero residente en España se hace preciso que el capital que aporte —en pesetas o en bienes— sea un capital “íntegramente nacional”, aplicándose en este caso

el régimen de plena libertad a que hace referencia el artículo 15 del Código de comercio.

Todo el problema reside en saber el criterio que debe seguirse para distinguir cuándo estamos ante un capital "íntegramente nacional". La solución que al caso concreto se da es sobre la base de un establecimiento mercantil propio de un extranjero residente, pero en los demás casos habrá que optar —como dice La Cámara— por una presunción en favor de la procedencia extranjera o de la española. Adoptando el primer criterio se dificulta enormemente la participación extranjera y siguiendo el segundo se corre el riesgo de una "colonización" extranjera de empresas españolas.

De todo ello se deduce que la Resolución comentada ha puesto de nuevo sobre la mesa del legislador una serie de problemas de urgente solución en una posible normativa remozada y puesta al día en coordinación con las razones políticas y económicas que mediaten sus disposiciones. Se hacen muy interesantes, por supuesto, las sugerencias que La Cámara hace sobre la distinción entre "la propiedad y procedencia del capital", la necesidad de una prueba de que el dinero aportado por el extranjero no es procedente de importación de divisas o que los bienes adquiridos lo son con dinero que no procede del extranjero, etc.