

9215

RESOLUCION de 1 de marzo de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Juan Carlos Caballería Gómez, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de constitución de una Sociedad Anónima.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Juan Carlos Caballería Gómez, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de constitución de una Sociedad Anónima.

Hechos

I

El día 13 de noviembre de 1990 se otorgó ante el Notario de Madrid, don Juan Carlos Caballería Gómez, escritura de constitución de la Sociedad «Henry Schein España, Sociedad Anónima». En dicha escritura se contenían, entre otras, las siguientes cláusulas: 5.ª. «Los nombrados, presentes o representados, dando a este acto el carácter de primera reunión del Consejo de Administración, acuerdan por unanimidad que el mismo quede formado de la siguiente manera: Presidente: Don Salvador Benzedón Wahnnon. Secretario: Don Saúl Benzedón Nahon. Vicesecretario: Don Michael Zack. Vicepresidente: Don Stanley Bergman. Vocal: Don Steven Paladino. Los nombrados, presentes o representados aceptan los cargos para los que han sido nombrados; manifestando no estar incurso en las incompatibilidades de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, tampoco en las de la Comunidad Autónoma número 7/1984 de fecha 14 de marzo de 1984, ni en ninguna otra norma general o especial».

De otro lado, en los Estatutos se contenían los siguientes artículos: Artículo 20. La Junta General quedará válidamente constituida en primera convocatoria, cuando los accionistas presentes o representados, posean, al menos, el 50 por 100 del capital social con derecho a voto. En segunda convocatoria, será suficiente la concurrencia del 25 por 100 de dicho capital. Para que la Junta general ordinaria o extraordinaria, pueda acordar válidamente la emisión de obligaciones, el aumento o la disminución del capital, la transformación, fusión o escisión de la Sociedad, el otorgamiento de poderes y, en general, cualquier modificación de los Estatutos Sociales, será necesario, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados, que posean, al menos, el 100 por 100 del capital suscrito con derecho a voto. En segunda convocatoria, será suficiente la concurrencia del 75 por 100 de dicho capital, si bien, cuando concurren accionistas que representen menos del 100 por 100 del capital suscrito con derecho a voto, los acuerdos a que se refiere el presente párrafo, sólo podrán adoptarse válidamente con el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la Junta. No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores del presente artículo, para el acuerdo de revocación de poderes será suficiente que voten en favor del acuerdo accionistas presentes o representados que posean el 50 por 100 del capital social con derecho a voto. Artículo 22. De las reuniones de la Junta general se extenderá acta en el libro llevado al efecto. El acta podrá ser aprobada por la propia Junta general o, en su defecto, dentro del plazo de quince días por el Presidente y dos Inter-ventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría. Si no se aprobasen en ninguna de las dos formas, el defecto podrá subsanarse mediante su aprobación en la siguiente o siguientes Juntas generales, siempre que se haya incluido en la convocatoria. Artículo 44. No podrán los socios interponer demanda alguna contra la Sociedad sin antes haber sometido la reclamación de que se trate a la Junta general ordinaria o extraordinaria de socios.

II

Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil fue calificada con la siguiente nota: Suspendida la inscripción del presente documento por adolecer de los defectos subsanables siguientes: 1. No acompañarse los poderes a que se hace referencia en las páginas 3 y 4 de la escritura calificada. 2. La declaración de incompatibilidades e incapacidad es personal y no puede suplirse con la de un apoderado (se refiere este defecto a don Steven Paladino que no comparece en la escritura). Tampoco figura la aceptación de su cargo. 3. El poder conferido a Saúl Benzedón debe ratificarse en su momento (Resolución de 22 de enero de 1988). 4. Los desembolsos correspondientes a «Laboratorios Clarben, Sociedad Anónima», y don Saúl Benzedón Nahón se han efectuado mediante cheque. Acredítese el cumplimiento de lo previsto en el art. 1.170 C. C. 5 Artículo 20 de los Estatutos.—La Junta general no pueden dar poderes, ni por

tanto, revocarlos. por otra parte, la revocación de poderes corresponderá al que lo confiera. 6. Artículo 22 de los Estatutos.—Es práctica y jurídicamente imposible que la aprobación de las actas se dilate ilimitadamente. Por eso el Reglamento Mercantil (artículo 99), se refiere a «la siguiente» (incluso sobrepasando a la Ley). 7. Artículo 44 de los Estatutos.—Excluir expresamente la impugnación de acuerdos sociales y el ejercicio de la acción de responsabilidad de administradores. Además este pacto estatutario sólo obligaría a quienes lo convinieron pero no a terceros frente a los cuales las leyes procesales (orden público), no les exige una previa conciliación. Madrid, a 7 de enero de 1991. El Registrador. Firmado: Juan Antonio Pérez de Lema.

III

Presentada nuevamente dicha escritura el día 12 de febrero de 1991 se subsanan los defectos señalados en la nota en primer y cuarto lugar.

IV

Contra la calificación del Registrador referente a los demás defectos se interpuso por el Notario autorizante recurso de reforma alegando que: Respecto al defecto señalado en segundo lugar, entiende el Notario recurrente que el apoderado puede, en nombre de su representado, hacer la declaración de incompatibilidades, pues tal declaración no es, en absoluto, personalísima y si se confiere poder para constituir una Sociedad debe estar comprendida la facultad de hacer la mencionada declaración. En orden al defecto señalado en tercer lugar, a juicio del Notario que recurre, no es preciso que deba ratificarse el poder conferido en la propia escritura fundacional y, lógicamente, antes de la inscripción en el Registro Mercantil, puesto que, desde el punto de vista práctico, la Sociedad inicia sus actividades a partir del día de la Constitución; y de la misma forma que no deben de ratificarse los nombramientos de Consejeros y los acuerdos del Consejo de Administración, distribuyéndose los cargos, tampoco parece lógico que deba ratificarse el apoderamiento conferido a uno de los miembros del Consejo, concretamente al Secretario, de naturaleza amplia y general y que llevaría consigo la posibilidad de ejecutar todos los trámites de la puesta en marcha de la Sociedad. En orden al defecto señalado en quinto lugar, la Junta general, si bien no puede otorgar poderes relativos al giro o tráfico de la Empresa por inmiscuirse en la función de los Administradores que tienen facultades inderogables e incompatibles, pueden otorgar y revocar cuantos poderes estimen convenientes fuera del giro o tráfico de la Empresa, pues, como sin duda no ignora el funcionario calificador, el objeto social no limita la capacidad de la Sociedad en Derecho español. En orden al defecto señalado en sexto lugar, el artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil permite que, en la escritura de constitución de la Sociedad, puedan determinarse, más allá de lo dispuesto en la Ley con carácter dispositivo en el artículo 113, las formas de aprobación del acta: «El acta se aprobará en la forma prevista por la Ley o, en su caso, por la escritura social». En orden al defecto señalado en séptimo lugar, no parece preciso que deban de salvarse las disposiciones impositivas, puesto que éstas lo son en todo caso. Las disposiciones contenidas en el artículo 44 de los Estatutos Sociales hay que entenderlas en este sentido absolutamente compatibles con todas las disposiciones que regulan la impugnación de los acuerdos sociales y, en su caso, el ejercicio de acción de responsabilidad de los Administradores. En el mismo sentido y dejando aparte esta salvedad, las disposiciones contenidas en el artículo 44, una vez inscritas en el Registro Mercantil, vincularían a todos los accionistas tanto los presentes como los futuros. En definitiva, y a la vista de los antecedentes expuestos, solicito la reforma de la nota calificador en los extremos referidos, reconociendo su inscribibilidad.

V

El Registrador acordó en 26 de marzo de 1991 lo siguiente: 1. Considerando que, en cuanto al primer defecto recurrido la declaración de incompatibilidad e incapacidad legales para ser Administrador de Sociedades no puede suplirse con la de un apoderado dado el carácter personal de aquellas. Que hay que tener en cuenta lo dispuesto en el párrafo segundo de la disposición adicional segunda la Ley 25/1983, de 22 de diciembre. Que las consecuencias para las citadas declaraciones a que se refiere dicha disposición son: a) Que no podrían ser objeto de delegación. b) Que para el caso de que se admitiera tal posibilidad, no podrían entenderse tácitamente incluidas en los poderes. Así lo aconseja la menor regla de prudencia interpretativa. c) Que incluso se afirma que no pueden ser objeto de poder: Por cuanto el pretendido apoderado estaría repitiendo la declaración personal del interesado recibida en un momento anterior con lo que su actuación se incluiría dentro de lo que la doctrina científica llama traslados de voluntad ajena, propia de los nuncios, mensajeros y

voceros, que solamente trasladan la declaración de voluntad ya formada de sus mandantes, que no pueden admitirse en este caso so pena de reducir la declaración de incompatibilidades o en una ficción o en un imposible ninguno suficiente para el Derecho. Que por lo que respecta al segundo de los defectos objeto de este recurso (el relacionado en tercer lugar en la nota de calificación), el Registrador que suscribe, atendidas las razones invocadas por el Notario recurrente, reforma parcialmente su calificación dando por no puesto el defecto reseñado. Que —por lo que atañe al tercer defecto recurrido y quinto de la nota de calificación— tanta razón tiene el Notario que recurre en su escrito de reforma como imprecisión el autor de los Estatutos en la redacción del correspondiente artículo. Porque no es lo alegado lo que se puede leer en el precepto estatutario. Los términos absolutos de la redacción inducen a error (del que también ha sido víctima el órgano calificador), riesgo que se acrecienta leyendo la última frase que figura en el artículo 17 de los Estatutos, por lo que bastará su corrección en el sentido de precisar la clase de poderes que pueda dar la Junta. Que por lo que respecta al cuarto defecto recurrido (el sexto de la nota de calificación), y relativo a la aprobación de las actas de las Juntas generales —la Reforma de 26 de julio de 1989 no ha introducido variación alguna en el texto del artículo 113 de la Ley de Sociedades Anónimas (versión 22/12 1989), con relación al artículo 62 de la anterior Ley de Sociedades Anónimas. Que según ambos artículos citados las actas de las Juntas generales de las Sociedades Anónimas únicamente pueden ser aprobadas por alguno de los dos sistemas. Que así lo interpretó la Resolución de 16 de noviembre de 1961. Que lo último que queda por considerar es si el tercer medio de aprobación de las Actas ha entrado en nuestro Derecho de Anónimas y para las Juntas Generales (no se alude a las actas de los Consejos), vía artículo 99 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil. Que la cuestión planteada debe resolverse negativamente, por las razones siguientes: 1. El principio constitucional de jerarquía de las normas jurídicas que impide a un Reglamento contradecir lo establecido por una Ley. 2. El hecho de que el artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil figura sistemáticamente encajado dentro del capítulo III que trata de cuestiones comunes a todas las Sociedades por lo que su utilidad radica en aplicarse cuando no hay norma específica que se preocupe de la aprobación de las actas de alguna Sociedad mercantil. 3. La forma de comenzar dicho artículo: «Las actas se aprobarán en la forma establecida por la ley o, en su caso, por la escritura social». El centro de gravedad en la interpretación de este pasaje reglamentario reside en el inciso «en su caso», el cual, a nuestro juicio, debe interpretarse como equivalente a «y cuando no haya ley especial que regule como ha de aprobarse el acta», entonces cabrá que se supla la omisión legal por la voluntad social manifestada en los estatutos. 4. Interpretado de esta manera, el precepto de referencia no resulta inútil y a la vez se integra en el orden normativo general. Efectivamente, así interpretado, el artículo 99 es aplicable a todas las Sociedades que no sean Anónimas (supliendo la laguna que al respecto denunciaba la Resolución de 16 de noviembre de 1961), y a los órganos de la Sociedad Anónima distintos de las Juntas generales. Que en el caso hipotético de que se permitiera la aprobación de las actas de las Juntas de las Sociedades Anónimas en reuniones posteriores de las mismas, el artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil las limita a la «siguiente». Que —en cuanto al último de los defectos recurridos (el séptimo de la nota de calificación)— dos son los problemas distintos que plantea: a) El primero consiste en determinar la validez de los pactos de carácter conciliatorio mediante los cuales se imponen a los socios, por vía de Estatutos y como requisito previo para que puedan ejercitar acciones contra la Sociedad, la obligación de someter la reclamación de que se trate a la decisión de la Junta general. b) El segundo consiste en saber, si admitida la validez de tales pactos, deben excluirse de los mismos expresamente aquellas acciones que por el carácter de orden público, de jus cogens o derecho necesario del proceso en que deben ventilarse como las de impugnación de acuerdos sociales y las de responsabilidad de los Administradores, caen fuera del principio de la autonomía de la voluntad privada y, consecuentemente, no pueden ser objeto de previa conciliación ni de arbitraje. Que estos problemas son muy conocidos de la doctrina y de la Jurisprudencia desde hace tiempo y que ambas se muestran recelosas de la validez de los pactos que estudiamos, pudiéndose resumir su postura en los puntos siguientes: Las cláusulas conciliatorias, transaccionales o arbitrales son válidas para determinadas controversias entre los socios y la Sociedad. No lo son respecto de la acción de impugnación de acuerdos sociales por las razones que se dicen en las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1956 y 27 de enero de 1968. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1971 extiende el criterio anterior al excluir de las cláusulas que comentamos a las acciones derivadas de los artículos 53, 108 y 110 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas. Que lo que debieron hacer los autores de los Estatutos —uno de cuyos artículos, el

44, es ahora objeto de consideración—, fue excluir las acciones que no pueden conciliarse con el arbitraje o la conciliación ya de un modo genérico ya de manera expresa. Que, al no haberse procedido de esta forma, el artículo 44 de los Estatutos contenidos en la escritura calificada resulta omnicomprensivo y equívoco. Que la función de los Estatutos no se circunscribe solamente a regular el funcionamiento de la Sociedad sino que, al mismo tiempo, deben cumplir una función informativa a los socios y a los terceros —que en la mayoría de los casos no son personas peritas en ciencia jurídica— y de clarificación de todos los posibles aspectos sociales que interesan, especialmente cuando se trata de sus derechos (en este caso el de impugnación), por lo que nunca es extremada y siempre debe exigirse el máximo de claridad en su redacción. Esta posición se ha mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por la misma práctica notarial, al introducir en los Estatutos de las Sociedades precisiones que podrían darse por escritas en ellos o que parece inútil repetir. En este punto cabe citar la Resolución de 26 de julio de 1988 y la de 20 de abril de 1980; el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1990 y la práctica forense y notarial siempre ha intervenido en el proceso de depuración estatutaria.

VI

Contra dicho acuerdo recurrió en alzada el Notario autorizante ante este Centro directivo alegando: A) En orden al segundo defecto de la Nota, sólo cabe decir que al conferir un poder para constituir una Sociedad Anónima, se deben entender conferidas todas las facultades precisas para llevar a cabo la Constitución, y, por tanto, para hacer todo tipo de declaraciones a tal fin. Es preciso recordar el viejo aforismo: «Quien puede lo más, puede lo menos». Este es, también, el criterio mantenido por la Dirección General en las siguientes Resoluciones: 2 de junio de 1986: «... hay que entender comprendido dentro de los límites del poder la facultad conferida de constituir Sociedades mercantiles limitadas con las circunstancias y requisitos que las leyes vigentes determinen». 31 de octubre de 1986: «... ya que, como indica la Resolución de 2 de junio de 1986 —si bien referida a una Sociedad de responsabilidad limitada— el poder para constituir una Sociedad comprende todos los actos englobados dentro de este acto, sin que sea preciso hacer una enumeración particularizada de cada uno de ellos ...». 17 de diciembre de 1987, que admite formular por representante la manifestación del artículo 1.320, relativa a que la vivienda transmitida no constituye domicilio habitual a efectos del artículo 1.320 del Código Civil.

Por otra parte, y en cuanto a la aceptación de don Steven Paladino (segundo inciso del segundo defecto de la nota), sería conveniente que el Registrador repasara la escritura de constitución y, en concreto, las cláusulas cuarta y quinta, en las que rexpresamente se aceptan los cargos. Por otra parte, difícilmente se entendería la manifestación de incompatibilidades que realiza el representante (extremo primero del defecto segundo de la nota), si no se hubiese aceptado el cargo. En orden al tercer defecto de la nota, el funcionario calificador reforma, a la vista de las alegaciones del recurrente, su calificación y entiende el defecto por no puesto. En orden al quinto defecto de la nota, el señor Registrador es terminante en ella: «La Junta general no puede dar poderes ni, por tanto, revocarlos». Pero después, en los considerandos de su escrito de reforma, echa marcha atrás, y alega una pretendida confusión en los artículos estatutarios, concretamente el 17 y el 20, manifestando que sería conveniente precisar la clase de poderes que puede dar la Junta. Al parecer, pues ya no se está discutiendo si la Junta puede o no dar poderes, sino que, apartándose de la nota de calificación, con la indefensión que supone para el recurrente dicha circunstancia, pues se le priva de alegar en la primera instancia lo que estime conveniente en defensa de la escritura así calificada; lo que ahora se discute es si los artículos 17 y 20 son o no claros y correctos. Bastará, a tal efecto, recordar que la Junta tiene en materia de facultades una competencia residual y, por tanto, todo aquello que no está en el tráfico de la Empresa que, por definición, es competencia de los Administradores está dentro del ámbito de actuación de la Junta. Es ocioso, innecesario y de defectuosa técnica jurídica enumerar las competencias residuales de la Junta, pues como ya se dijo en el escrito de reforma, el objeto social no limita la capacidad de la Sociedad, pudiendo traer a colación aquí el famoso aforismo romano «inclusio unius, exclusio alterius». Creo que la cuestión está suficientemente debatida en el campo doctrinal y, con claridad meridiana, en la actual Ley de Sociedades Anónimas (artículos 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas) para no detenernos más en ella. En orden al sexto defecto de la nota (artículo 22 de los Estatutos sociales), la posibilidad de aprobar las actas, más allá del límite del artículo 113, puede defenderse desde un punto de vista legal, doctrinal y jurisprudencial.

Primero. *Legal.*—Lo que se dilucida en el presente recurso es si las actas de los acuerdos de las Juntas pueden ser aprobadas en las siguientes Juntas generales. Para el señor Registrador, el artículo 113 de la Ley de Sociedades Anónimas, que es trasunto del antiguo artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, tiene carácter imperativo y, por tanto, las actas o se aprueban por la propia Junta, a continuación de celebrarse, o en el plazo de quince días por el Presidente y dos Interventores, o no se pueden aprobar nunca, aunque así lo decida la Junta soberana. ¿Se ha parado a pensar el señor Registrador cuántas certificaciones de actas de acuerdos, aprobadas en Juntas posteriores, habrá inscrito a lo largo de su vida profesional, bajo la vigencia de la anterior Ley de Sociedades Anónimas? Ha sido y es práctica constante de las Sociedades, incluir como primer punto del orden del día de la Junta la aprobación del acta de la Junta anterior, y para comprobarlo basta investigar en las hemerotecas los anuncios insertados en los periódicos y «Boletín Oficial del Estado». El señor Registrador ha convertido en impugnables, los cientos de miles de inscripciones practicadas. Y es que, en efecto, dejando aparte la poca fortuna en la redacción del antiguo artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas y 113 actual, no puede decirse que estos artículos tengan la naturaleza de imperativos: a) Por un lado, la aprobación del acta en nuestro derecho no es obligatoria ni necesaria. No tiene naturaleza «ad solemnitatem», sino sólo «ad probationem». De lo cual se deduce que si no es obligatoria la aprobación, difícilmente se puede imponer la aprobación en un determinado sentido. Refuerza esta conclusión la redacción del número 2 del propio artículo 113, interpretado «a sensu contrario»: Las actas aprobadas de forma distinta puede que no tengan fuerza ejecutiva (después trataremos este enigmático inciso), pero no por ello dejarán de poder ser aprobadas en otro momento y por otro sistema. b) Como muy bien dice el señor Registrador, las actas en nuestro sistema tienen la naturaleza del documento privado, y no tienen más fuerza probatoria que la que se señala en los artículos 1.225 y siguientes del Código Civil, pero ello no impide la validez de los acuerdos que son eficaces desde su adopción con todos los requisitos legales, y por ello el artículo 116.3 de la Ley de Sociedades Anónimas señala que la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará a los cuarenta días o un año, según los casos, a contar desde la fecha de su adopción y no, por supuesto, desde la aprobación del acta. c) Corrobora la no necesidad de la aprobación del acta los términos literales del artículo 113, que, como decimos, es trasunto del antiguo artículo 62: «El acta de la Junta podrá ser aprobada...», y no vale la argumentación del Registrador que la palabra «podrá» está concediendo una alternativa imperativa, pues de ser así la expresión lógica sería decir que «el acta de la Junta deberá ser aprobada, bien... o bien...» o una expresión similar. d) A mayor abundamiento de la no imperatividad del artículo 113 de la Ley de Sociedades Anónimas está la norma recogida en el artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil: «Las Actas se aprobarán en la forma prevista por la Ley o, en su caso, por la escritura social». Para el Registrador, la norma del artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil quiere decir justamente lo que no dice, por mucho que se fuerce su interpretación. El artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil simplemente quiere decir que, puesto que la aprobación de las actas no es obligatoria y, por tanto el artículo 113 es dispositivo, nada impide que la escritura social, otorgada por acuerdo unánime de todos los socios, establezca las formas y tiempo de la aprobación de las actas. Por otra parte el párrafo segundo del artículo 99.1 del Reglamento del Registro Mercantil demuestra que para el propio Reglamento del Registro Mercantil no es extraña la aprobación de las actas en la siguiente reunión, cosa que, por otra parte y como ya hemos dicho, ha sido y es práctica habitual. e) Desde el punto de vista práctico, resulta difícil comprender que si la Junta posterior, por mayoría o por unanimidad, aprueba el acta de la anterior inmediata o de las anteriores, no sea eficaz la aprobación y deba la Sociedad acudir al menos a un complejo y costoso sistema de aprobación judicial de acta como uno de los medios probatorios de los acuerdos sociales adoptados. No aceptar esto es desconocer la realidad del funcionamiento de las pequeñas y medianas Sociedades y el principio de soberanía de la Junta plasmado en los Estatutos sociales. f) Cuestión distinta es el valor que haya de darse al número 2 del artículo 113 de la Ley de Sociedades Anónimas: «El acta aprobada en cualquiera de estas dos formas tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación». Creemos, con la doctrina dominante, que esta enigmática frase sólo salva la responsabilidad de los Administradores que, al ejecutar los acuerdos contenidos en el acta, se hayan ajustado estrictamente a ella, y nada impide que la misma «fuerza ejecutiva» tenga el acta aprobada por cualquiera de los otros procedimientos previstos en los Estatutos dada la naturaleza claramente dispositiva de los artículos 113 de la Ley de Sociedades Anónimas y 99 del Reglamento del Registro Mercantil.

Segundo. *Doctrinal.*—La doctrina es prácticamente unánime en considerar que el antiguo artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas y el 113 moderno tiene naturaleza dispositiva, y que la aprobación del acta no es «ad solemnitatem», sino «ad probationem», y que, en todo caso, la aprobación no es ni siquiera obligatoria. En este sentido el Profesor Garrigues, en su obra «Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas», tercera edición, página 699, dice, al comentar el artículo 62: «Si lo que realmente se quería era que las actas de las Juntas generales hubiesen de ser necesariamente aprobadas en un breve plazo..., debió haberse dado al precepto un carácter imperativo que no tiene, pues, en realidad, es puramente permisivo», y añade: «La aprobación del acta no es, en realidad, obligatoria. Lo que ocurre es que las Sociedades anónimas que antes de la vigente Ley, sin mandato legal y por pura observancia de una práctica tradicional, venían sometiendo la aprobación del acta a la Junta general siguiente, en la actualidad disponen además, de los dos procedimientos de aprobación que el precepto regula». Por su parte, el Profesor Rubio, en su obra «Curso de Derecho de Sociedades anónimas», tercera edición, página 234, dice textualmente al tratar de la materia: «Lo que ocurre, y ya se insistirá sobre ello, es que la falta de acta es subsanable mientras no se impugne. Y puede ser aprobada, si esto no ocurre, en la Junta siguiente o en otra inmediata que se reúna especialmente con este fin. Es más, no parece aventurado pensar que si el artículo 62, empleando un tono imperativo, hubiera dicho en lugar de podrá que el acta deberá ser aprobada, las conclusiones no serían muy distintas».

Tercero. *Jurisprudencial.*—La Dirección General no ha abordado directamente la materia objeto de este recurso, cuyo acuerdo se recurre, pues la mayoría de las resoluciones se refieren a la necesidad de la aprobación del acta para inscribir los acuerdos en el Registro Mercantil, cuestión que, al menos en sede de Sociedades anónimas, no se discute por el recurrente (Resoluciones de 23 de julio de 1958, 1 de agosto de 1958, 21 de septiembre de 1984, 12 de septiembre de 1985 y 3 de marzo y 9 de abril de 1986), no así en sede de Sociedades limitadas (16 de noviembre de 1961). Tan sólo la Resolución de 31 de octubre de 1986 roza la cuestión pero sin entrar en el fondo del asunto, pues aunque el recurrente en esta Resolución plantea el problema de la posibilidad de que se puedan añadir en los Estatutos uno o varios medios más de aprobación del acta de los previstos en el antiguo artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas la Dirección General señala que el artículo estatutario es confuso, «e incluso contradictorio con la interpretación que del mismo hace el Notario en su informe, por lo que debe ser aclarado mediante una nueva radacción». Es decir, que la Dirección General no niega, sino más bien admite esta posibilidad, aunque por las circunstancias concurrentes concluye que es preciso aclarar el artículo estatutario en cuestión.

En orden al séptimo defecto de la nota, en aras de la claridad, el recurrente desiste de interponer recurso de alzada, no sin hacer constar que, en todo caso, las disposiciones imperativas lo son en todo caso, aunque no se hagan constar así o no se salven en unos artículos estatutarios.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1.216 y 1.225 del Código Civil, 26.3.º y 31 del Código de Comercio, 113 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y 97, 99, 109, 112 y 113 del Reglamento del Registro Mercantil y Resoluciones de 20 de julio de 1958, 16 de noviembre de 1961, 8 de febrero de 1975, 11 de marzo de 1980, 31 de octubre de 1989 y 26 de febrero de 1991.

1. El primero de los defectos de la nota de calificación que es objeto de impugnación plantea la cuestión de si la declaración de no estar incurso en causa de incompatibilidad o incapacidad para ser Administrador de una Sociedad anónima puede o no ser formulada por medio de representante. Ahora bien, si se tiene en cuenta que la documentación tenida a la vista por el Registrador ni siquiera resultan acreditadas las facultades para actuar en nombre del Consejero respecto de cual se plantea esta cuestión (el poder invocado por el representante fue ciertamente otorgado por aquél, pero en tal otorgamiento no actuaba en nombre propio, sino exclusivamente como Secretario de una de las Sociedades constituyentes, ejecutando un acuerdo de su Consejo de Administración por el que se confería poder para actuar en nombre de la misma) resulta manifiesta la improcedencia de toda decisión sobre la cuestión antes planteada.

2. En el segundo de los defectos que es objeto de impugnación se plantea si la Junta general de la Sociedad anónima puede otorgar y revocar poderes. Se trata de una cuestión ya resuelta por este Centro directivo en sentido negativo, dada la distribución competencial entre los diversos órganos sociales y la atribución al Consejo de Administración de la representación de la Sociedad en juicio y fuera de él (*vid* Resoluciones de 8 de febrero de 1975, 31 de octubre de 1989 y 26 de febrero de 1991) y, por ende, debe ser confirmado el criterio del Registrador.

3. En el tercero de los defectos recurridos se debate sobre la inscripción de una cláusula estatutaria en la que se prevé que «las actas de la Junta pueden ser aprobadas en la siguiente o siguientes Juntas generales, siempre que se haya incluido en la convocatoria».

Sostiene el recurrente que «la aprobación del acta no tiene carácter obligatorio, sino meramente probatorio, por lo que difícilmente puede imponerse la aprobación en un determinado sentido». Tales afirmaciones, sin embargo, no pueden ser mantenidas. Si bien es cierto que la aprobación del acta (en cuanto garantía de la exactitud de su redacción de la conformidad de su contenido con las deliberaciones habidas y acuerdos adoptados en la reunión pertinente) no altera la naturaleza de documento privado que a aquélla sigue correspondiendo (cfr. artículos 1.216 y 1.225 y siguientes del Código Civil), y que su alcance probatorio deberá ser apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del derecho (vid artículo 31 del Código de Comercio), no lo es menos que como ha declarado reiteradamente esta Dirección General (vid Resoluciones de 23 de julio de 1958, 16 de noviembre de 1961 y 11 de marzo de 1980), el requisito no sólo ha sido elevado por la Ley de Sociedades Anónimas a la categoría de presupuesto para la ejecutoriedad de los acuerdos sociales (artículo 113 de la Ley de Sociedades Anónimas vigente) y para su operatividad notarial y registral (vid artículo 26.3.º del Código de Comercio —que se corresponde con el 66.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; 97.2.º, 99, 109.3.º, 112.1 y 113 del Reglamento del Registro Mercantil), sino que, además, ha de verificarse en una de las dos modalidades específicamente establecidas por la Ley (vid artículo 113.1 de la Ley de Sociedades Anónimas) y, en consecuencia, no procede acceder al reflejo registral de la cláusula estatutaria que prevé formas alternativas de aprobación, máxime si, como ocurre en el caso debatido, se trata de modalidades de aprobación incompatibles con la propia esencia y finalidad de tal requisito, pues la identidad de la Junta como órgano social no puede llevar a desconocer la variabilidad de los miembros integrantes, y no cabe estimar el argumento de que si las Juntas posteriores —como órgano soberano— pueden lo más (adoptar nuevamente los acuerdos recogidos en el acta a aprobar) con mayor razón han de poder lo menos (cual es la simple aprobación de las actas de las anteriores Juntas), pues tal argumento sólo es cierto si en las Juntas posteriores concurren todos los requisitos que posibilitaron a las anteriores la adopción de los acuerdos consignados en el acta a aprobar.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.

Madrid, 1 de marzo de 1993.—El Director general, Antonio Pau Pedrón.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

9216

RESOLUCION de 2 de marzo de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José Luis Muñoz Torrejón, en calidad de Administrador único de la Entidad mercantil «Gilberto, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada.

En el recurso gubernativo interpuesto por don José Luis Muñoz Torrejón, en calidad de Administrador único de la Entidad mercantil «Gilberto, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador mercantil de Madrid a inscribir una escritura de transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

El día 30 de marzo de 1992, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Madrid don Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, se elevó a público el acuerdo de transformación de la Sociedad «Gilberto, Sociedad Anónima», en Sociedad de responsabilidad limitada, adoptado el día 25 de marzo de 1992, en la Junta general extraordinaria y universal de dicha Sociedad.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento precedente por adolecer de los siguientes defectos que impiden practicarla: 1.º No se acompaña para su depósito en el Registro ninguno de los documentos a que se refiere el artículo 188, 2, RRM, 2.º No coincide la fecha de celebración de la Junta que figura en la certificación con la que consta en la escritura. 3.º No se justifica haber efectuado las publicaciones exigidas por el artículo 224, 2, LSA, cuyas fechas, conforme al artículo 188 RRM deben constar en la escritura. 4.º No se expresan las circunstancias personales del artículo 38 respecto de todos los socios (artículo 227 LSA y artículo 185 RRM en relación con el artículo 174, 1.º, RRM). 5.º No se justifica la realidad de las aportaciones dinerarias en la ampliación del capital social (artículo 190 RRM en relación con el artículo 40 LSA y el artículo 117 RRM). 6.º Artículo 4.º, objeto social (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de marzo de 1991). A) La expresión «intermediación en operaciones mobiliarias» además de resultar omnicomprendivo en contra de lo dispuesto en el artículo 117 RRM, incluye operaciones reservadas por la ley a sociedades sometidas a un régimen especial que exige requisitos que no reúne esta sociedad (Mercado de Valores, Seguros, Inversión Colectiva, etc.). B) «La intermediación en operaciones mobiliarias» es una actividad que conforme al Decreto de 4 de diciembre de 1969 y 10 de enero de 1975 corresponde a los agentes de la propiedad inmobiliaria como personas físicas. Y en cumplimiento del artículo 62.3 del vigente Reglamento del Registro Mercantil extendido la presente en Madrid, a 8 de abril de 1992.—El Registrador.—Firma ilegible».

III

Don José Luis Muñoz Torrejón, Administrador único de la entidad mercantil «Gilberto, Sociedad Anónima», interpuso recurso de reforma contra el defecto número 3 de la anterior calificación, y alegó: Que la calificación infringe el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, debido a que existen numerosas Comunidades Autónomas que en sus respectivos Registros Mercantiles no exigen la publicación de los anuncios requeridos por el artículo 224.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando se trata de transformación acordada en Junta Universal. Que en dicho precepto se trata de proteger a los socios mismos y no a terceros, como resultado de la combinación del mismo precepto con el artículo 226 también de la Ley de Sociedades Anónimas. Que se entiende que la citada publicación con referencia a los posibles perjudicados no es necesaria. a) acreedores tienen derecho a oponerse a la reducción de capital, entrando en consecuencia en aplicación el artículo 19 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y no a la transformación (en este caso la sociedad no tiene ningún acreedor); b) Arrendador está protegido por la Ley de Arrendamientos Urbanos (en este caso la sociedad no posee ningún inmueble arrendado); c) socios tampoco es necesaria cuando el acuerdo ha sido adoptado en Junta Universal, con las formalidades del artículo 97 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto al contenido del acta (más en este caso que todos los socios renuncian a su derecho de separación). Que existe un argumento histórico que sustenta lo dicho hasta ahora, si se tiene en cuenta que el artículo 224.2 es una mera copia del antiguo artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, que tenía la única finalidad de protección de los socios, que tenían un derecho de separación conforme al derogado artículo 135, y el arrendador tampoco merecía especial protección, pues podía acudir, en caso de transformación, a la aplicación de la normativa de la Ley de Arrendamientos Urbanos en materia de traspaso. Que, en suma, actualmente, al igual que en la Ley de 1951, las publicaciones obedecen a la exclusiva finalidad de proteger a los socios. Los demás terceros verán protegidos sus derechos por aplicación de las normas generales del Derecho Civil. Que, en conclusión, hay que repetir que si el acuerdo de transformación fue adoptado en Junta Universal la exigencia de publicación carece de fundamento.

IV

El Registrador Mercantil acordó mantener la calificación en lo referente al defecto número 3, e informó: Que es difícilmente imaginable que las causas de discriminación del artículo 14 de la Constitución concurren en la sociedad recurrente. Que el establecimiento de los Registros Mercantiles nunca ha estado delimitado por la Comunidad Autónoma, sino como señala el artículo 16 del Reglamento del Registro Mercantil. Que basta hojear cualquier «Boletín del Registro Mercantil» y cualquier periódico de gran circulación para ver que en todos ellos existen anuncios en los