

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL.—¿LA CREACIÓN DE UNA NUEVA SOCIEDAD, POR OTRAS SOCIEDADES, SUPONE FUSIÓN, AUMENTO DE CAPITAL O CAMBIO DE OBJETO?

¿TIENEN ATRIBUCIONES LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN PARA CREAR UNA SOCIEDAD DISTINTA COMO OBJETO AJENO AL SEÑALADO PARA LAS SOCIEDADES FUNDADORAS?

¿ES BASTANTE UNA CERTIFICACIÓN CON EXPRESIÓN GENÉRICA DE HABERSE TOMADO UN ACUERDO, PREVIA CONVOCATORIA Y CON ASISTENCIA DEL NÚMERO DE CONSEJEROS QUE LOS ESTATUTOS EXIGEN, O SE REQUIERE DETERMINAR EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO PARA LA REUNIÓN, FORMA DE CONVOCATORIA, NÚMERO DE CONSEJEROS ASISTENTES Y MODO DE COMPUTAR LA MAYORÍA?

¿EL PODER OTORGADO E INSCRITO EN EL AÑO 1935 CON DELEGACIÓN PERMANENTE DE FACULTADES A UN MIEMBRO DEL CONSEJO QUE EN LA ACTUALIDAD FIGURA COMO TAL ES SUFICIENTE, TODA VEZ QUE NO CONSTAN INSCRITOS EN EL REGISTRO LOS NOMBRES DE LOS QUE EN AQUEL ENTONCES ACTUARON COMO PRESIDENTES DEL CONSEJO Y COMO SECRETARIO DEL MISMO?

Resolución de 6 de diciembre de 1954 (B. O. de 19 de enero de 1955).

Don J. G. B., en representación de la «Sociedad Anónima Altos Hornos de Vizcaya»; don L. J. T., a nombre de la «Sociedad Española de Construcciones Babcock & Wilcox, S. A.», con autorización ambos de sus respectivos Consejos de Admón., y don B. M. C., por su propio derecho, otorgaron, con fecha 4 de marzo de 1952, una escritura de constitución de Sociedad, denominada «Bidones y Envases, S. A.», cuyo objeto es la fabricación de envases y recipientes metálicos en cualquiera de sus modalidades y para toda clase de aplicaciones, de cualquier material, excepto tubos y hojalata, pero podía explotar todo otro negocio industrial o mercantil, siempre que así lo decida la Junta general extraordinaria, con domicilio en Bilbao, de duración indefinida, y cuyos Estatutos se insertan en la escritura en la que también se testimonian: a) Una comunicación del Ministerio de Industria y Comercio autorizando a la Sociedad Anónima de Construcciones «Babcock & Wilcox» para trasladar de Sevilla a Sagunto una industria de fabricación de envases metálicos. b) Una parte de los Estatutos por que se rige la Sociedad Altos Hornos, en cuyo artículo segundo se fija «por principal objeto explotar las fábricas de hierro, acero y hojalata de Baracaldo y Sestao, las minas, contratos de suministro de mineral, terrenos, acciones y derechos que se detallan en la escritura, de 29 de abril de 1902, como aportaciones de las Sociedades Altos Hornos y Fábricas de hierro y acero de Bilbao, Sociedad Anónima de Metalurgia y Construcciones Vizcaya y Compañía Anónima Iberia», con facultad «para ampliar sus operaciones industriales y mercantiles y otras empresas análogas, planteando cuantos negocios juzgue convenientes a sus intereses», y entre las facultades del Consejo de Administración se señalan las de «interesar en otras Sociedades, crear y suprimir sucursales, ejecutar los actos y celebrar los contratos que juzgue necesarios y convenientes para la realización del fin social con facultades de enajenación y gravamen de inmuebles, cuya determinación de atribuciones es simplemente enunciativa y no limita en manera alguna las amplias facultades que le corresponden para gobernar, dirigir y administrar la Sociedad en todo lo que no esté expresamente reservado a la Junta general de accionistas. c) Un poder de la Sociedad de Construcciones Babcock & Wilcox, otorgado en Bilbao el 5 de noviembre de 1935 ante don Carlos Herrán, por don V. de C. y A., en representación

de dicha Sociedad, con autorización de la Comisión ejecutiva del Consejo de Administración, a favor de los señores don L. J. de T. y don L. M. P., en virtud del acuerdo de la Com. ejecutiva del 3 de octubre de 1935, para «constituir Compañías o Sociedades de todas clases, modificarlas y disolverlas o convenir la fusión con otras», «otorgar cuantos documentos públicos o privados estimen necesarios o convenientes»; en dicho poder se testimonian parcialmente los Estatutos por que se rige la Sociedad, de los que resulta que la misma tiene por objeto «construir con arreglo a los potentes estudios y demás elementos técnicos que la casa Babcock & Wilcox, Limited, emplea para sus construcciones análogas y para su aplicación dentro de la Península Ibérica» y para cumplir su objeto «podrá la Sociedad emplear como prefiera sus fondos, su capital y su crédito, realizar toda clase de actos, empresas y operaciones que directa o indirectamente se relacionen con los extremos indicados», con amplias facultades para enajenar bienes y realizar operaciones financieras, administrativas y mercantiles; entre las facultades del Consejo de Administración fijaron las de «deliberar y tomar acuerdos en nombre de la Sociedad, acordar la compra de propiedades y elementos industriales de todas clases, tanto para la ampliación y modificación de las instalaciones de la Sociedad como para la creación de otras nuevas que convengan al mejor desarrollo de la industria, examinar los contratos y aprobarlos o modificarlos y delegar en todo o en parte sus poderes o atribuciones» cuyo poder fué debidamente inscrito en el Registro Mercantil. En dicha escritura se insertan además: una certificación de la sesión celebrada por el Consejo de Administración de la Sociedad Altos Hornos con fecha 26 de enero de 1951, «previa convocatoria al efecto y con asistencia del número de consejeros que los Estatutos exigen para la validez de los acuerdos», adoptó, entre otros, el siguiente: «El Consejo ratificó expresamente la aprobación prestada por la Comisión delegada en su reunión del día 5 del actual a las negociaciones seguidas con la S. E. de Construcciones Babcock & Wilcox para la instalación de una fábrica de bidones en Sagunto», facultando, entre otros, a don J. G. B. para otorgar en representación de la Sociedad la escritura de constitución de Sociedad con los otros elementos que han de integrarla, con amplias facultades para fijar su denominación, objeto, capital social, aportaciones y demás pactos y condiciones que estimen pertinentes. Y en 22 de junio de 1953, se otorgó por don B. M., por su propio dere-

cho, y por los representantes de las dos Sociedades creadoras, actuando además uno de ellos como Presidente en funciones de la nueva Sociedad «Bidones y Envases, S. A.», una escritura de rectificación de particulares de los Estatutos, en virtud de acuerdo de la Junta general extraordinaria de accionistas, de 26 de mayo de 1953, y entre otros, que no afectan a este recurso, el que se refiere al objeto social ha sido recogido, con su modificación, al señalarlo.

Presentados ambos documentos, con fecha 12 de noviembre último, en el Registro Mercantil de Bilbao, fueron calificados con nota del tenor siguiente: «No se inscribe la escritura de constitución de la Sociedad Anónima «Bidones y Envases» por ser ineficaz dicho título: a) La fusión de sociedades debe ajustarse a lo preceptuado en los artículos 133, 142, 143 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas. b) El documento calificado significa en otro caso la modificación de los Estatutos de las dos Sociedades Anónimas otorgantes; por suponer dicho documento una ampliación de capital y un cambio de objeto; operaciones realizadas al margen de lo dispuesto en los artículos 84, 85, 86 y concordantes de dicha Ley de Sociedades Anónimas. c) En el supuesto de que por referirse el documento calificado a una Sociedad diferente de las que intervienen en el otorgamiento, no deban aplicarse los conceptos invocados: es ineficaz el título a los efectos del Registro Mercantil, por carecer de atribuciones el Consejo de Administración de las Entidades otorgantes para constituir una Entidad distinta con objeto ajeno al señalado para las Sociedades fundadoras. No procede anotación preventiva, por ser insubsanable el defecto».

Interpuesto recurso por don Celestino María del Arenal, Notario autorizante de las dos escrituras calificadas, la Dirección, con revocación de la nota y acuerdo del Registrador, las declara inscribibles, mediante la doctrina siguiente:

Que la creación de una nueva Sociedad Anónima en ningún caso puede confundirse con el concepto jurídico de fusión, cuya esencial característica, en cualquiera de sus dos modalidades, estriba en la disolución de una o más de las Sociedades fusionadas, ni tampoco implica aumento de capital el mero hecho de aportar las Sociedades fundadoras bienes *in natura* o sumas de dinero procedentes de su patrimonio, concepto jurídico diferenciado del capital, porque todo aumento o reducción de éste obligaría a modificar la cifra del capital

social figurada en los Estatutos, y tal obligación no tiene razón de ser en este caso en que las dos Sociedades fundadoras, en equivalente contraprestación a sus inversiones, reciben los títulos valores suscritos.

Que el Consejo de Administración es el único órgano externo de la Sociedad que dirige, gobierna y representa con extensas facultades, tanto para administrar—en el sentido típico que el Derecho Mercantil atribuye a esta palabra—como para representarla, hasta el punto de que en la nueva ordenación jurídica las limitaciones estatutarias sólo producen efectos internos que se traducen en responsabilidad de los administradores frente a la Sociedad y no perjudican a tercero de buena fe, cuando aquéllas sobrepasan tales límites; y si a mayor abundamiento se tiene en cuenta la amplitud de facultades que en un caso les están conferidas por los Estatutos y en otro por la inscripción registral, hay que inferir que los Consejos de Administración de las Sociedades fundadoras gozan, en principio, de atribuciones suficientes y, por tanto, de la capacidad legal necesaria para realizar y formalizar un contrato de constitución de nueva Sociedad.

Que la única limitación legal, derivada del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, es la de que los Consejos de Administración se desenvuelvan en el área de giro o tráfico de la empresa, es decir, dentro de los fines u objeto fijado estatutariamente a la sociedad, y en el caso cuestionado, por una parte, la Sociedad «Altos Hornos» tiene por principal objeto la explotación de fábricas de hierro, acero y hojalata, minas, etc., pudiendo ampliar sus operaciones a otras empresas análogas, y por otra, la Sociedad «Babcock & Wilcox» tiene por objeto construcciones determinadas específicamente, como calderas de vapor, locomotoras, etc., entre las cuales no parece encajar la de «envases y recipientes metálicos», objeto de la nueva sociedad, siendo preciso, por tanto, examinar si existe en realidad cambio de objeto que impida a los Consejos de Administración gozar de la representación que se arrogan.

Que el objeto o fin de una sociedad constituye su razón de ser y concreta y delimita las atribuciones del órgano representativo, pero no puede calificarse con criterio estrecho que impida a una sociedad, sin tener que modificar sus Estatutos, a través de una nueva sociedad que a tales fines se crea, la explotación de subproductos, materias primas necesarias u otras análogas, relacionadas con sus

finés, todo lo cual no ha de confundirse con la ampliación de operaciones regulada en el artículo 86; y que en el presente caso sigue inalterado el objeto o fin primordial de las sociedades fundadoras, es de pequeña importancia la aportación de cada una en relación con el volumen de capital con que cuentan para sus fines, no aparece perjuicio para los socios al no alterarse sustancialmente las bases del contrato, ni tampoco para los terceros, y que admitida la inversión de fondos sociales en la adquisición de acciones de otra sociedad el resultado sería el mismo, pues por este medio indirecto se pueden crear lazos de dependencia y subordinación de empresas que, por conservar su respectiva personalidad jurídica, el artículo 149 de la Ley de Sociedades Anónimas las exime de requisitos especiales.

Que entre los acuerdos tomados por los Consejos de Administración los hay ordinarios, que sólo requieren, previa convocatoria, la asistencia de la mitad mas uno de sus componentes y el voto de la mayoría, y extraordinarios, que requieren asistencia mayor y el voto favorable de las dos terceras partes de los consejeros, según resulta del artículo 78; acuerdos aquéllos que no producen directamente una inscripción registral, sino que sirven de antecedente para un acto o contrato que pueda provocarla, y éstos otros que la producen de un modo inmediato, y así como en los últimos deben extremarse las garantías, haciéndose constar en la certificación la existencia de una previa convocatoria, número de consejeros que asistieron y el de los votos favorables al acuerdo, parece, en cambio, bastar en los primeros la fórmula genérica empleada, cuya presunción de veracidad debe admitir el Registrador.

Que la Sociedad «Babcock & Wilcox» actúa por medio de uno de sus administradores, inscrito como tal en virtud de un poder también inscrito en el Registro Mercantil, con delegación permanente de facultades, sin que consten inscritos los nombres del presidente que otorgó el poder ni el del secretario que certificó del acuerdo en el mismo inserto, circunstancias innecesarias en la época en que tal poder se inscribió, por no estar comprendido el acto en ninguno de los enumerados en el artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil, y como lo prueba el hecho de haberse inscrito sin tales exigencias, debiendo producir hoy el asiento todos sus efectos, y que sería distinto el caso de que el delegado del Consejo no figurase en la actualidad inscrito como tal administrador, pues debiendo recaer forzosamente esta delegación en uno de los consejeros, el hecho de no per-

tenecer al Consejo supondría la caducidad del mandato, y la sola falta de publicidad registral, defecto subsanable.

* * *

¿Qué Registrador no se ha sentido sobrecogido al encontrar sobre la mesa de su despacho una de esas escrituras de Sociedades en las que para acreditar representaciones y acuerdos se testimonian —de ordinario parcialmente— comunicaciones de Centros oficiales, Estatutos por los que se rigen Compañías representadas, con referencia, a su vez, a escrituras —siempre antañonas— en las que se invocan —¿cómo no?— aportaciones de otras Sociedades, acaso extintas, y se entrecomillan facultades de Consejos de Administración que en fuerza de repetirse soslayan concretamente el punto discutido y van acompañadas siempre con la cautela de «salvo lo que esté expresamente reservado a la Junta general» que, naturalmente, queda en el misterio y con ello definitivamente «tabú» —valga por lo expresivo el vocablo— lo que el Consejo puede o no puede realizar?

Si a esto añadimos alguno que otro poder en que se ha querido condensar para más desconcierto cuanto antecede, pero referido a alguna de las Compañías concurrentes, por tal poder representada desde fecha tan remota que admira la fidelidad de poderdante y mandatario, se comprenderá que nuestro estúpido, casi rayano en grima, suba de punto.

Pues éste es el caso de la Resolución que nos ocupa y por ello, sin quitar una tilde, como no sea alguna ligera variación en puntos y comas, hemos copiado fielmente los hechos, según aparecen en el *Boletín Oficial del Estado*.

Plantea nuestro ilustre Centro la cuestión, conforme a la nota y acuerdo del Registrador, en los cuatro apartados que en forma interrogante hemos figurado de encabezamiento.

Y de ellos, como es fácil cõlegir, son el segundo y el tercero, o sea los referentes a las facultades de los Consejos de Administración de «Altos Hornos» y «Babcock & Wilcox» para llegar hasta constituir Sociedades (¿toda clase de Sociedades?), con la sola expresión genérica de haber tomado los respectivos acuerdos, los que van a centrar nuestra atención.

Ciertamente que la doctrina actual —conforme a lo expresado en el segundo considerando copiado, tercero de la Resolución— admite

que la *regulación* o *limitación* que los Estatutos o la Junta general puedan poner a la amplia función representativa, carecerán de eficacia externa y habrán de desplegar su efecto jurídico internamente por la vía de responsabilidad de los Administradores normalmente. Claro que quedando a salvo las reglas generales sobre la buena fe respecto de terceros.

Para Girón Tena, (*Derecho de Sociedades Anónimas*, pág. 361); esta interpretación proviene de las palabras «en todo caso», que siguen, en el artículo 76 de la Ley de aquéllas, a la indicación del párrafo primero de que la representación se regirá por lo dispuesto en los Estatutos y acuerdos de la Junta general; esas palabras —remarca— sólo pueden indicar el carácter ilimitable, frente a terceros, de la representación.

Ahora bien, como dice el Registrador en su informe, la determinación concreta del objeto social es la garantía del pequeño accionista. ¿Y no se dispone —nos permitimos indicar nosotros— un tanto de ese objeto social al crear otra Compañía para la obtención de materias análogas, llámense subproductos o de otra forma, a las fines que ocupan a las Sociedades otorgantes?

Porque la acción —«según va pasando el tiempo desde la constitución de toda sociedad, cifra de «capital» y «patrimonio» se separan hasta llegar el momento de su disolución, en que rara vez coinciden entre sí» (A. Vicente y Gella, *Curso... T. I. núm. 74*)—, la acción, repetimos, de acuerdo con lo expresado y siguiendo a Valeriano de Tena (*Proceso fundacional...*; esta Revista, pág. 688, 1954), más que una cuota parte del capital, es una parte proporcional del patrimonio social, y por ende cuanto signifique disposición de éste implica disposición de aquélla (la acción), que en el caso actual se agrava, por ser para fines u objeto semejante al que esas Sociedades creadoras de otra nueva se dedican, con lo que los derechos económicos y políticos —acaso éstos más— de sus accionistas se vulneran.

Es por lo que, en resumen, este punto de la creación de nuevas Sociedades para fines análogos al objeto social de las creadoras, confiado a los Consejos de Administración en vez de la decisión de la Junta general, al efecto convocada, lo estimamos un tanto peligroso por lo que, de cara o cruz, pueda repercutir en el pequeño accionista.

También por lo que respecta a las atribuciones de los Consejos hemos de señalar que si bien el de la «Babcock» se halla claramente autorizado para «constituir Compañías o Sociedades», no sucede así

con Altos Hornos, en donde sólo se habla de «interesar en otras Sociedades», con omisión del verbo «crear» que emplea a continuación para Sucursales.

Minucias, se dirá. Acaso. Pequeños reparos que en nada pueden afectar como crítica a la decisión de nuestro ilustre Organismo rector, puesto que éste, con acertado criterio sin duda, lo que viene a decir es que no puede impedirse a una Sociedad, *sin tener que modificar sus Estatutos*, que a través de una nueva que a tales fines se crea, explote subproductos, materias primas necesarias u otras análogas, relacionadas con sus fines; lo que nosotros encontramos —quizá un poco suspicaces— posiblemente atentatorio al derecho del accionista tanto por la falta de sentido que tiene —según señala con acierto el Registrador—, fundar una persona jurídica diferente para realizar la finalidad u objeto que las Sociedades fundadoras están cumpliendo, cuanto por lo que el acto pueda simular o entrañar un aumento de capital sin contar con los accionistas, etc. etc. Es por lo que conceptuamos el cometido más propio de una Junta general que de los Consejos de Administración.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad