

2. ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO MERCANTIL LA CLÁUSULA POR LA QUE SE ACUERDA POR LA JUNTA GENERAL DE LA SOCIEDAD, COMO PACTO DE LA PROPIA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN, AMPLIAR EL CAPITAL SOCIAL, Y CONFORME AL ARTÍCULO 116 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL, SE DELEGA EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN LA EJECUCIÓN DE DICHO ACUERDO, A LA VEZ QUE LOS ACTUALES ACCIONISTAS DE LA MENCIONADA SOCIEDAD RENUNCIAN EXPRESAMENTE A SU DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE EN FAVOR DE UNA TERCERA PERSONA.

Resolución de 7 de diciembre de 1985 (B. O. del E. de 22 de enero de 1986).

A) *Antecedentes de hecho.*—En escritura autorizada por el Notario de Arrecife de Lanzarote don Luciano Hoyos Gutiérrez, el día 28 de agosto de 1984, se procedió a la constitución de la Sociedad «Keylanza, S. A.», conteniendo aquélla, entre otras, una cláusula cuarta relativa al acuerdo adoptado por unanimidad y con carácter de pacto fundacional de aumentar el capital social, cuyos últimos párrafos son del siguiente tenor: «... Los accionistas actuales hacen renuncia expresa a su derecho preferente de suscripción a favor de 'Key Frames Limited', sucursal en España. Queda diferida en favor del Consejo de Administración de la Sociedad, de conformidad con el artículo 116 del Reglamento del Registro Mercantil, la ejecución del presente aumento de capital, que deberá formalizarse en el plazo máximo de dos años, debiendo obtener, en todo caso, el nuevo accionista, 'Key Frames Limited', sucursal en España, la pertinente autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores para realizar su inversión.

Realizada la ampliación podrá el Consejo modificar el artículo 5.º de los Estatutos sociales para adecuar su redacción al nuevo estado de capital».

Asimismo, el número 3 del artículo 15 de los Estatutos sociales, incorporados a la escritura de constitución, dice así: «3) Si la Junta General acordase asignar a los Consejeros una participación en los beneficios, ésta no podrá ser superior al 10 por 100 de los mismos, tendrá un carácter estatutario y sólo podrá distribuirse cuando se haya repartido a los accionistas un dividendo mínimo del 4 por 100. El Consejo determinará el reparto entre sus miembros de dicha participación, en la forma que estime conveniente».

Presentada copia del anterior documento en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, fue calificado con nota del siguiente tenor: «Suspendida la inscripción del adjunto documento por adolecer de los siguientes defectos subsanables: 1) No poder tener acceso al Registro los párrafos antepenúltimo y penúltimo de la estipulación cuarta porque para su efectividad requeriría o una prohibición de disponer de las acciones, cosa no admitida en nuestro Derecho, o privar a los posibles adquirentes del derecho de suscripción preferente, a que se refiere el artículo 39, número 2, de la Ley de Sociedades Anónimas, y 7.º de los Estatutos. 2) El párrafo final de la misma cláusula, por no poderse encomendar al Consejo con

carácter potestativo la modificación de un artículo estatutario. 3) El párrafo 3 del artículo 15, por resultar confusa la expresión 'tendrá un carácter estatutario', intercalada en el mismo».

El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la calificación y alegó lo siguiente:

1.º Los últimos párrafos de la transcrita cláusula cuarta contienen: un acuerdo del aumento de capital social; una renuncia por parte de los actuales accionistas a su derecho de preferente adquisición, con carácter abdicativo, a favor de «Kay Frames Limited», y una delegación de la ejecución del acuerdo de ampliación de capital en el Consejo de Administración, conforme al artículo 116 del Reglamento del Registro Mercantil.

2.º Al renunciar a favor de «Key Frames Limited», los actuales accionistas ejercitan un derecho de disposición para el que están facultados, sin que ello implique una prohibición de disponer para los futuros adquirentes de las acciones, pues éstos podrán ejercitar su derecho de preferente adquisición en cuanto a las ampliaciones que tengan lugar en lo sucesivo, no en cuanto a las anteriores, aunque no se hallen acabados todos sus trámites.

3.º En cuanto al segundo de los defectos de la nota hay que señalar que la modificación del artículo 5.º de los Estatutos no tiene carácter potestativo, sino que la expresión «para adecuar su redacción al nuevo estado de capital» demuestra que la modificación se circunscribe a fijar la nueva cifra de capital social, el nuevo número de acciones y su correspondiente comunicación.

4.º En cuanto al tercer defecto, el Registrador al calificar de confusa la frase «tendrá carácter estatutario», crea con tal calificación, por su subjetividad, un estado de indefensión, ya que no se concreta en qué radica la confusión, no qué norma se infringe con ella.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo en todos sus puntos la nota de calificación, en base a los siguientes argumentos:

1.º En relación al primero de los defectos, la cuestión de fondo que se debate es si la renuncia abdicativa al derecho de preferente adquisición vincula a aquellos que adquieran las acciones durante el plazo concedido al Consejo de Administración para la ejecución del acuerdo de ampliación de capital social; si tal acuerdo tuviera efectividad inmediata nada se opone a que se pueda renunciar aquel derecho, incluso con carácter abdicativo; en cambio, cuando, al amparo del artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas y 116 del Reglamento del Registro Mercantil, se confía la ejecución del acuerdo de ampliación al Consejo de Administración, el derecho de suscripción preferente no surge hasta que por los Administradores se acuerde cada aumento, y es desde ese momento desde el que ha de computarse el plazo mínimo de un mes, a que se refiere el artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas, y procederse a la suscripción y desembolso de, al menos, un 25 por 100 del capital suscrito, conforme al artículo 90 de la propia Ley. La única forma de que la renuncia tuviera la eficacia que se pretende sería prohibiendo la enajenación de las acciones durante el tiempo concedido al Consejo para ejecutar el acuerdo, situación prohibida por el artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas y Jurisprudencia.

2.º En cuanto al segundo de los defectos, señala que la nota utiliza la expresión «podrá» modificar los Estatutos, que debe ser sustituida por la de «deberá» hacerlo en el momento en que se lleve a cabo la proyectada ampliación de capital.

3.º Finalmente, respecto al tercero de los defectos, indica que con la frase «tendrá carácter estatutario» o se produce una redundancia —nada probable teniendo en cuenta la depurada redacción de los Estatutos— o se quiere expresar algo que al Registrador se le escapa, por lo que se reputa confusa tal expresión.

B) *Doctrina de la Dirección General.*—La Dirección General, *vistos* los artículos 39, 85, 87, 92 y 96 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, y 114 y 116 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, *revoca* el acuerdo y la nota del Registrador, basándose en los siguientes *considerandos*:

Que la cuestión principal que plantea este recurso es la de si es inscribible en el Registro Mercantil la cláusula por la que se acuerda la ampliación de capital social y se delega en el Consejo de Administración para que pueda ejecutarla en el plazo máximo de dos años, a la vez que los accionistas actuales de la mencionada Sociedad renuncian expresamente a su derecho de suscripción preferente a favor de una tercera persona.

Que el derecho de suscripción preferente, que constituye uno de los sustanciales de la condición de socio, es, sin embargo, renunciable por los accionistas, según resulta de los términos de los artículos 92 de la Ley y 114, apartado 6.º, del Reglamento del Registro Mercantil.

Que esta renuncia puede tener lugar una vez que ha nacido el derecho en favor de los accionistas, entendiéndose por tal momento aquel en que se adopta el acuerdo por la Junta General de la Sociedad, en este caso, como pacto de la propia escritura de constitución de la misma, siendo los actos posteriores que realiza el Consejo de Administración una mera ejecución de los acuerdos ya adoptados, y, en consecuencia, a partir del primer momento, puede ser ya renunciado por los propios accionistas interesados el derecho de suscripción preferente.

Que esta renuncia a ejercitar tal derecho de suscripción preferente, no supone durante el período comprendido desde este momento hasta la total ejecución del acuerdo, se haya establecido una prohibición de disponer a los titulares de las acciones sociales, los cuales pueden, durante este período, enajenarlas, ya que la publicidad registral mostrará la situación en que se encuentran los terceros que pretendieron adquirirlas, al figurar como advertencia el que las nuevas acciones que se hayan de emitir durante este período, no gozarán de ese derecho de suscripción preferente por haber sido ya renunciado por quienes podían hacerlo.

Que la mencionada cláusula tiene un lógico fundamento, a fin de que ingrese una nueva persona en la Sociedad por interesar su participación en ella, lo que justifica la renuncia que han realizado los actuales accionistas.

Que los otros dos defectos señalados en la nota de calificación apenas si tienen entidad y no parece que deban ser tratados en recurso gubernativo, ya que uno de ellos, el segundo, se limita a señalar que se sustituya una determinada palabra por otra que le daría más fuerza, pero sin que

ello influya en el contexto general de la cláusula redactada, mientras que en el tercero ni siquiera se señala no ya el precepto legal vulnerado, sino que ni tan siquiera en su acuerdo el Registrador indica de qué se trata.

C) COMENTARIO.—De los tres defectos señalados en la nota de calificación, es tan sólo el primero de ellos, como indica la Dirección General de los Registros y del Notariado, el que tiene verdadera entidad.

En relación con el *primero*, y según se infiere de los preceptos invocados por el Registrador al argumentar su calificación (arts. 96 de la Ley de Sociedades Anónimas y 116 del Reglamento del Registro Mercantil), se parte por aquél de un planteamiento erróneo consistente en confundir la figura del denominado *capital autorizado*, a que se refiere el artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas, con la *delegación en favor de los Administradores para ejecutar un acuerdo ya tomado por la Junta General de aumentar el capital*, supuesto que se contempla en el artículo 116 del Reglamento del Registro Mercantil y distinto del anterior.

En efecto, el artículo 116 del Reglamento del Registro Mercantil establece que: *«La Junta General podrá delegar en los Administradores la ejecución del acuerdo de aumentar el capital social y facultarles, a la vez, para señalar la fecha en que deba llevarse a efecto el aumento y para fijar las condiciones accidentales del mismo... El plazo de la autorización no podrá exceder de cinco años...»*.

Se trata de una práctica muy extendida, en virtud de la cual se delega en el Consejo de Administración la adopción de las medidas necesarias para ejecución del acuerdo de aumento de capital, de manera que aquél resuelva las cuestiones de detalle y de oportunidad que no pueden preverse al tiempo de adoptar el acuerdo con la Junta General.

En cambio, la institución del *capital autorizado*, que regula el artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas, es un recurso que se ofrece a los Administradores para poder lanzar al mercado las acciones en el momento que juzguen más favorable, dejando a salvo el principio de la íntegra suscripción. Al suprimir las acciones en cartera, los redactores de la Ley de Sociedades Anónimas quisieron ofrecer a éstas un sistema que cumpliendo análogos fines que el capital en cartera, no crease ninguna oscuridad en cuanto a la situación económica de las Sociedades. Así, el precitado artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas dice: *«Tanto en los Estatutos primitivos como en los acuerdos de su modificación adoptados con los requisitos previstos en el artículo 84, podrá encomendarse a los Administradores de la Sociedad la facultad de aumentar su capital en una o varias veces hasta una cifra determinada en la oportunidad y en la cuantía que ellos decidan, sin previa consulta a la Junta General. Estas elevaciones no podrán en ningún caso ser superiores a la mitad del capital nominal de la Sociedad en el momento de la autorización, y deberán realizarse dentro del plazo mínimo de cinco años a contar de la fundación de la Sociedad o de la modificación de sus Estatutos... Hasta que la emisión se realice, el capital autorizado no podrá estar representado por acciones ni llevado al pasivo del balance»*.

Entre los dos supuestos examinados media una diferencia esencial: En el caso del artículo 116 del Reglamento del Registro Mercantil nos encontramos ante una *mera ejecución de una decisión tomada por la Junta*, mientras que en el del artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas, se atribuye a los Administradores la *facultad de adoptar el mismo acuerdo*

de aumento de capital. En efecto, la autorización de que se trata el artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas, no se refiere a la puesta en circulación de acciones creadas, sino a la creación misma de acciones, esto es, al aumento de capital mediante la creación de acciones. Significa la transferencia a los Administradores de una facultad propia de la Junta General. Pues bien, de esa diferencia apuntada se deriva, asimismo, una consecuencia fundamental en relación con el *derecho de suscripción preferente* y su posible renuncia por el accionista, al que se circunscribe principalmente el objeto de este recurso.

Por el hecho de formar parte de la Sociedad, todos los accionistas tienen, frente a ella, un derecho abstracto a que les sean ofrecidas las nuevas acciones liberales en efectivo, cada vez que el capital sea objeto de aumento. Ese derecho abstracto, que se refiere a todas las elevaciones eventuales a partir del acto fundacional, se convierte en un *derecho concreto* configurable jurídicamente como auténtica pretensión a suscribir las nuevas acciones *del aumento ya acordado*. Frente a la oferta de suscripción, calificada por BÉRGAMO (1) de una oferta irrevocable, surge a favor del accionista un derecho potestativo cuando se cumple el evento, esto es, la emisión de nuevas acciones; el *ius optandi* cobra el rango de un valor patrimonial autónomo que, como tal, puede negociarse independientemente: es decir, el accionista puede ejercitarlo suscribiendo un número de acciones proporcional al que posea (art. 92 de la Ley de Sociedades Anónimas), puede enajenarlo y puede desistir expresa o tácitamente de ejercitarlo.

De este modo, la renuncia puede hacerla: *a)* en la propia Junta General que toma el acuerdo de ampliación del capital; *b)* comunicándola formalmente a los Administradores de la Sociedad; *c)* dejando de ejercitar simplemente el derecho en el plazo señalado al efecto.

Pues bien, el examen de la cláusula cuarta de la escritura de constitución de Sociedad, que motivó el recurso comentado, nos lleva a las siguientes conclusiones:

1.^a Nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 116 del Reglamento del Registro Mercantil y no en el del artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas.

2.^a Por tanto, no hay una autorización al Consejo de Administración para que éste utilice la facultad de decidir sobre el aumento del capital social en los términos establecidos en el expresado artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino un *verdadero acuerdo ya adoptado por unanimidad por la Junta General* como pacto de la propia escritura de constitución, siendo los actos posteriores al mismo, según establece la Dirección General de los Registros en uno de sus considerandos, «una mera ejecución de los citados acuerdos».

3.^a Como consecuencia de lo expuesto, los accionistas tienen un derecho de suscripción preferente concreto surgido en el momento mismo del acuerdo, que pueden negociar y, por supuesto, renunciar, conforme al artículo 92 de la Ley de Sociedades Anónimas, del que resulta el *ius optandi*, y apartado 6 del artículo 114 del Reglamento del Registro Mercantil. Ello no significa el establecimiento de una prohibición de disponer frente a los posibles nuevos titulares que adquieran acciones antiguas hasta

(1) ALEJANDRO BÉRGAMO: *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, vol. II, págs. 543 y ss.

la total ejecución del acuerdo, sino que representa una manifestación clara de uno de los derechos que el ordenamiento jurídico concede al accionista.

En cuanto a los otros dos defectos señalados por el Registrador, compartimos el criterio de la Dirección y entendemos que aunque pudiera discutirse la acertada o no utilización de unos términos susceptibles de tener otros significados jurídicamente hablando, sin embargo, en este caso, creemos que no afectan a la inteligibilidad cabal de los pactos escriturados partiendo de una interpretación de conjunto de todos ellos.

J. L. B. DEL R.

3. NO ES TÍTULO VÁLIDO EL ACTA DE PROTOCOLIZACIÓN DE UNA CARTA DE PAGO INTERVENIDA POR AGENTE DE CAMBIO Y BOLSA PARA CANCELAR UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA INSCRITA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN GARANTÍA DEL PRECIO APLAZADO EN LA VENTA DE UN INMUEBLE.

Resolución de 13 de diciembre de 1985 (B. O. del E. de 17 de enero de 1986).

I. *Hechos*.—Habiendo sido presentado en el Libro Diario por dos veces el documento en cuestión, ha sido el mismo objeto de dos notas de calificación:

A) La primera, relativa exclusivamente al acta de protocolización por haber sido éste el único documento aportado, es del tenor literal siguiente: «Denegada la cancelación solicitada en el adjunto documento por autenticarse el pago, base de la cancelación por Agente de Cambio y Bolsa, cuyas facultades como Fedatario se limitan a los actos de comercio, en el que no está comprendido el presente.—Calificada como insubsanable.—Extendida de conformidad con mi cotitular, a petición expresa del presentante.—Las Palmas de Gran Canaria, 5 de junio de 1984.—El Registrador.—Firma ilegible».

B) La segunda, se practica en vista de dicha acta acompañada de la carta de pago correspondiente, y literalmente dice: «Denegada la cancelación solicitada en el adjunto documento, al que ahora se une el que figura al reverso y no había sido anteriormente aportado, por autenticarse el pago, base de la cancelación por Agente de Cambio y Bolsa, cuya facultad como Fedatario se limita a los actos de comercio, en el que no está comprendido el presente.—Defecto insubsanable.—Extendida de conformidad con mi cotitular y a petición expresa del presentante.—Las Palmas de Gran Canaria, 19 de noviembre de 1984.—El Registrador.—Firma ilegible».

Los fundamentos de Derecho alegados por el recurrente básicamente descansan sobre dos pilares, a saber: