Rodrigo Tena

# *FCC versus Acciona, o el caso del socio un poquito competidor*

## (Un ejemplo más del sempiterno quiero y no puedo del Registro Mercantil)

UNA nueva prueba para Sherlock Holmes? ¿Será ésta la ocasión en que la famosa perspicacia del detective –su extraordinaria habilidad para descubrir la verdad en base a simples indicios– resultará finalmente inútil? En principio, parece que no. Es más, una vez que su interlocutor le informe de los antecedentes del caso, cabe sospechar que Holmes exprese su impaciencia con una mueca de disgusto y le despida lejos de Baker Street, con destino al bufete de algún conocido abogado. Y, sin embargo, el supuesto plantea un fascinante problema de hechos manifiestos y evidentes, pero que paradójicamente no cabe conocer, y que sin embargo motivan una decisión, digna de la atención de la mente más brillante. Es una pena que el asunto no tenga sentido en Inglaterra y sólo en nuestro sistema español de calificación registral. Pero, consolémonos: si nos falta Sir Arthur Conan Doyle, al menos tenemos a Jardiel Poncela.

Reproduzcamos la hipotética conversación y expongamos primero a nuestro ilustre detective los datos indiscutidos: El 23 de junio de 2004 se celebra la Junta General de FCC con la finalidad, entre otras, de proceder al nombramiento de determinadas vacantes en el Consejo de Administración. Entre los socios concurrentes se encuentra Acciona que, como todo el mundo sabe, es una sociedad que se dedica al mismo tipo de negocio, en clara competencia con FCC y con no muchas otras. Haciendo uso del derecho que reconoce a los minoritarios el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, Acciona solicita designar a un número de consejeros proporcional a su participación. La iniciativa es aceptada y se procede al nombramiento; pero acto seguido se levanta un socio (sospecho que no sería un espontáneo) y pide a la asamblea, al amparo de lo dispuesto en el artículo 132,2 de la misma Ley, cesar a los recién nombrados por ostentar intereses contrapuestos, al concurrir en el socio que los designa la condición de competidor de la compañía. La Junta acuerda por mayoría proceder al cese y a su sustitución por otros consejeros por ella designados.

> *[..]*
>
> *El acuerdo de la Junta debería poder publicarse en el Registro Mercantil, sin perjuicio de que Acciona pueda legítimamente defender sus derechos en los Tribunales*
>
> *[..]*

Podemos fácilmente imaginar lo que Holmes diría a su visitante mientras le acompaña –amable pero decidido– a la puerta: aunque no hace falta ser muy perspicaz para saber que Acciona es competidora, si ella lo discute y por ello considera improcedente el cese y el nuevo nombramiento, el tema sólo lo pueden zanjar definitivamente los Tribunales a su requerimiento; y si aún reconociendo Acciona su condición de competidora, considera que pese a ello debe prevalecer en todo caso el 137 frente al 132, o que este último artículo circunscribe el conflicto de intereses al nombrado y no al que nombra, también lo declararán los Tribunales en su momento, pero siempre en un juicio contradictorio, con todas la garantías, con conocimiento completo de los hechos concurrentes y por quien tiene encomendada constitucionalmente la función de juzgar, porque en eso consiste nuestro Estado de Derecho. Mientras tanto, que el socio minoritario adopte todas las salvaguardias que el Ordenamiento le ofrece para garantizar sus hipotéticos derechos.

Si la lógica es universal, y no entiende de tiempo y espacio, también debería existir hoy en España. De hecho, nuestras normas y nuestra jurisprudencia parecen presuponerla. El acuerdo de la Junta debería poder publicarse en el registro encargado de dar publicidad a los acuerdos sociales trascendentes para terceros, el Registro Mercantil, sin perjuicio de que Acciona pueda legítimamente defender sus derechos en los Tribunales, advirtiendo de ello a los que pudieran resultar afectados mediante la correspondiente anotación en dicho Registro (artículo 155 del RRM). Pero, para llegar a tan lógica solución, en España hay que pasar por el siempre excitante filtro de la calificación registral, capaz de convertir lo simplemente elemental (querido Watson) en algo mucho más sugestivo. Décadas de monopolio y de impunidad fáctica, debido al inoperante mecanismo de revisión de sus actos, han convertido al registrador en un juez; eso sí, en un juez sin procedimiento, sin garantías, sin medios para formar su juicio y sin control público. El natural resultado es que sus decisiones resulten con excesiva frecuencia verdaderamente sorprendentes (y si cabe presumir en el presente caso el inevitable recurso será resuelto por la Dirección General de los Registros en un plazo relativamente breve, dada la resonancia mediática del tema, no nos debemos llevar a engaño sobre la situación de otros miles que, abandonada toda esperanza de resolución, descansan lánguidamente en los polvorientos anaqueles de la Dirección).

Así, en el caso que nos ocupa, el registrador considera legítimo el cese de los administradores designados por Acciona, pero, pese a ello, no considera que la junta esté legitimada para designar sus sustitutos, sino que esos puestos deben quedar "reservados" con el fin de que el socio minoritario proceda a una nueva designación. A tan curiosa conclusión se llega por el siguiente razonamiento: Se reconoce en primer lugar que el registrador no tiene medios para examinar una cuestión de hecho, como la efectiva concurrencia de la causa alegada como fundamento de la destitución. Bien, parece lógico. Pero, acto seguido, al examinar si la junta puede o no cubrir las vacantes, considera que no, que quedan reservadas para la minoría, precisamente porque como no tiene medios para conocer los hechos, no cabe estimar el carácter de competidor del accionista. Es decir, utilizando el mismo presupuesto, llega a la solución contraria.

> *[..]*
>
> *Décadas de monopolio y de impunidad fáctica han convertido al registrador en juez sin procedimiento, sin garantías, sin medios para formar su juicio y sin control público*
>
> *[..]*

Alcanzado este punto, entra en escena Jardiel Poncela, porque cuando el minoritario vuelva a designar administradores ejerciendo su "derecho de reserva", volverán a ser automáticamente cesados, ya que la mayoría sólo atiende a la condición del que le nombra para apreciar el conflicto de intereses, y así, *ad infinitum*. ¡Caramba! –cabría decir– si usted, registrador, asume que no puede conocer los hechos, no adopte decisiones, especialmente de tal importancia como negar la publicidad al acuerdo de una junta. Permita su acceso al Registro, a salvo del derecho del minoritario a impugnarlo judicialmente, en una sede en donde los hechos sí se pueden conocer con plenas garantías. Compórtese como el resto de sus compañeros europeos, funcionarios respetuosos con el tráfico –que no entorpecen con revisiones de fondo extemporáneas– y con los Tribunales –a los que reconocen el monopolio de la función judicial–. Reconozca los límites naturales implícitos a una institución cuya finalidad fundamental es publicar actos formalizados previamente, sin su intervención, y para cuyo control material a posteriori carece de los mínimos medios. No hay nada deshonroso en ello, al contrario.

Pero no, eso nunca, porque nuestros registros lo quieren todo, como juzgar sin conocer y, por tanto, para ellos todo es posible, como estar un poquito embarazado. El Registro Mercantil permite que la junta de FCC considere a Acciona un poquito competidora, lo suficiente como para permitirle cesar a los consejeros designados por esta última, pero no lo bastante como para nombrar a otros en su sustitución. Vaya, Holmes –diría el Watson de Jardiel– ha vuelto a sorprenderme. Elemental, Watson, elemental.

***Rodrigo Tena** es notario.*

### Juez arrogado

**ESTANDO en máquinas este ejemplar de ESCRITURA PÚBLICA, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado una resolución de fecha 14 de diciembre de 2004 por la que revoca la calificación del registrador de Barcelona, por considerar que se excede de su ámbito al arrogarse funciones propias de los Tribunales. El registrador debe limitarse a comprobar que el contenido del documento no es contrario a ley imperativa o al orden público de forma patente y que no falta ninguno de los requisitos esenciales que palmariamente viciarían el negocio documentado. También afirma que la inscripción de los consejeros designados por la Junta no impide que la minoria pueda impugnar judicialmente el acuerdo inscrito, haciendo constar este hecho en el registro por medio de anotación preventiva.**