

RAFAEL ARENAS GARCIA: Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional, Madrid, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000. 478 páginas

La mayoría de las operaciones societarias más frecuentes en el comercio internacional (ad. ex. constitución de sociedades, constitución de sucursales y filiales, fusiones, escisiones, transferencias de sede, etc) adoptan finalmente, en los sistemas modernos de Derecho de sociedades, una fisonomía registral. En efecto, estas operaciones suelen culminar en apuntes o asientos en los libros habilitados al efecto, circunstancia que convierte al registro mercantil en testigo directo de aquéllas. Este marcado protagonismo, sin embargo, no había suscitado hasta el momento una atención específica por parte de la doctrina, que se ha centrado, normalmente, en los aspectos sustantivos de las operaciones societarias. Resulta por tanto una novedad importante en la literatura española de DIPr. la aparición de la monografía que anotamos, cuyo objeto es el análisis de las operaciones de comercio internacional desde la perspectiva propia del Registro Mercantil.

Pese a tratarse de un trabajo de DIPr, el esquema seguido no aparece articulado en torno a los problemas típicos de esa rama del ordenamiento. El autor parte directamente de cada una de las situaciones u operaciones en las que es reclamada una actuación registral o inscripción. Estas situaciones, a su vez, han sido agrupadas teniendo en cuenta las dos principales funciones que desempeña el registro mercantil en la actualidad: por un lado, la función de publicidad respecto a los comerciantes individuales y las sociedades de personas, de la que se ocupa el capítulo primero; por otro, la función de control respecto de las sociedades de capital, donde son verificados el cumplimiento de las condiciones de constitución y las reglas de funcionamiento de las compañías anónimas, objeto del capítulo segundo. Mientras las sociedades de personas pueden existir al margen del registro, estableciéndose cierta sanción para el caso de no inscripción, las sociedades de capital carecen de existencia al margen de dicha inscripción. De ahí esta distinción instrumental que permite al autor exponer, en capítulos separados, el distinto tipo de tratamiento que han de recibir los documentos u operaciones a inscribir por parte del registrador en uno y en otro caso. Cierra la obra un capítulo tercero, más breve pero también más denso en aportaciones, donde bajo el título "instrumentos del Registro Mercantil y DIPr", el autor se ocupa, de forma más directa, de los problemas típicos de DIPr, entre ellos, el reconocimiento de documentos por el Registrador Mercantil y los problemas de ley aplicable que ha de solventar. Se contiene aquí también un interesante ensayo, aunque breve, en torno a la cooperación interregistral.

El punto de partida de la monografía se puede resumir en la siguiente hipótesis: en el ámbito societario las cuestiones registrales no son un mero trasunto de la regulación sustantiva pues "lo correcto y regular desde una perspectiva registral no se corresponde a veces con lo sustancialmente válido". Las reglas y principios propios del Registro Mercantil mantienen una interesante pugna con los planteamientos meramente sustantivos, en cuanto que, finalmente, las operaciones societarias pueden quedar condicionadas al cumplimiento de los requisitos de la inscripción. Bajo esta hipótesis, la monografía adopta como hilo conductor el test de la calificación registral de las operaciones que han de acceder al Registro, y se conduce de la mano de la legislación y de la jurisprudencia conectadas a cada situación. La metodología adoptada se completa con otras tres perspectivas de análisis que, a su vez, se entrecruzan y complementan: en primer lugar, desde una perspectiva funcional, el autor ofrece explicaciones a los cometidos del registro mercantil, incluso desde la perspectiva del análisis económico del Derecho; a su vez, la utilización de una perspectiva de Derecho comparado, utilizada también de forma instrumental, permite contrastar las soluciones del DIPr. español en este ámbito con las que ofrecen los ordenamientos de nuestro entorno más cercano. Finalmente, el autor redondea la visión del Registro con una perspectiva histórica,

de lo más interesante, que permite dar sentido a buena parte de la regulación actual del Registro Mercantil y del Derecho de sociedades.

El seguimiento de esta metodología conduce a muy variadas conclusiones, que recorren las más de cuatrocientas páginas de que consta la monografía, y que son difíciles de resumir en el breve espacio que ocupa esta nota. Por ello aconsejamos su lectura, que con seguridad sugerirá al lector nuevas e interesantes perspectivas de análisis y nuevas soluciones a problemas típicos del régimen de las sociedades internacionales. A continuación realizaremos un breve resumen del contenido de la monografía, exponiendo con mayor detalle algunas de las propuestas o conclusiones que más han llamado nuestra atención.

Tras un repaso histórico, muy clarificador, sobre los orígenes y la evolución de los registros mercantiles, el capítulo primero arranca con la delimitación del ámbito territorial del Registro Mercantil respecto de los empresarios individuales. Se trata de saber qué comerciantes tienen la obligación de inscribirse. Se ocupa aquí la monografía del significado del criterio domiciliario, de la determinación de la cualidad y capacidad del comerciante extranjero, del tratamiento que en DIPr merecen las prohibiciones de comerciar, así como del régimen de la afectación de los bienes matrimoniales a las resultas del comercio del cónyuge. La conveniencia de dar la máxima publicidad a algunos de estos aspectos conducen a sugerir una necesaria coordinación entre el Registro Mercantil y el Registro Civil, y a su vez con registros extranjeros en los que puedan estar inscritas las capitulaciones matrimoniales. Por razones análogas el autor tampoco estima razonable la denegación del acceso al Registro Mercantil de las capitulaciones matrimoniales de aquellos comerciantes que, domiciliados en España, carezcan de capitulaciones inscritas en el Registro Civil. El epígrafe concluye con el análisis de la problemática registral de la emigración y la inmigración del comerciante, poniéndose de relieve las insuficiencias que la normativa en vigor muestra respecto de este tipo de traslados.

Del mayor interés son las líneas que se ocupan de la función de publicidad y de seguridad jurídica que cumple el Registro Mercantil respecto de las sociedades de personas. En estas páginas el lector encontrará, en primer lugar, un análisis de Derecho comparado en torno a la protección que se dispensa a quien confía en lo publicado en los registros mercantiles. Pero mayor atención merecen las reflexiones en torno a los vínculos que ha de poseer una sociedad con nuestro país para que resulte obligado su acceso al Registro Mercantil y, por tanto, para ser española. Tras descartar como criterios la ubicación en España de un establecimiento de la compañía o el ejercicio de actividades comerciales en nuestro país, el Dr. Rafael Arenas procede a interpretar el art. 28 Cc. Como se sabe, este precepto presenta cierta problemática cuando ha de ser aplicado a las sociedades de personas, pues una sociedad de este tipo puede haber sido constituida de conformidad con las previsiones de distintos Derechos de sociedades al mismo tiempo, sin que sea posible, en tal caso, dar operatividad al criterio de la constitución con arreglo a un concreto Derecho. Para estos casos el autor prescinde del criterio de la constitución y propone considerar como españolas a las sociedades que tengan su domicilio en España en virtud de lo establecido en el art. 41 Cc, rechazando el reconocimiento de aquellas sociedades que, aunque puedan haber sido válidamente constituidas según un Derecho distinto del español, tengan su domicilio en España (ex. Art. 28.2 Cc). Pese a su originalidad, no es ésta la única vía interpretativa posible del art. 28 Cc cuando es de aplicación a las sociedades que no requieren una inscripción con carácter constitutivo para adquirir personalidad jurídica. En otro lugar hemos mantenido que, en los supuestos en los que el criterio de la constitución con arreglo a determinadas formalidades de un Derecho estatal resulta inoperativo, por ser comunes tales requisitos a varias legislaciones, sería posible dar preferencia al Derecho societario más cercano a los socios, por ejemplo al determinado a través de una designación del domicilio de la sociedad, o a través de la selección del Derecho más previsible, habida cuenta que, en el fondo, el

criterio de la constitución se fundamenta en el criterio de la autonomía de la voluntad. En tales casos, el principio de la inoponibilidad del estatuto de la sociedad cuando ha sido generada una determinada apariencia en el tráfico vendría a funcionar como correctivo a la posibilidad de que los socios sometan su sociedad a un Derecho más próximo a ellos que pudiera perjudicar las expectativas de terceros que contratan con aquélla. Es también posible un enfoque distinto respecto de la problemática de DIPr. que merecen las sociedades de personas extranjeras. A nuestro modo de ver, sólo las sociedades de capital, aquéllas en cuya constitución es preceptiva una inscripción en el Registro Mercantil, presentan problemas de reconocimiento, pues en estos supuestos el reconocimiento de la sociedad es el único modo que permite a dicha sociedad, que disfruta de un régimen jurídico con ciertas ventajas derivadas de la incorporación y la inscripción (ad. ex. responsabilidad limitada de los socios por las deudas de la sociedad), la aplicación de su régimen jurídico completo tal y como viene establecido por el Derecho del país de su constitución. Por el contrario, las sociedades de personas pueden bien merecer un tratamiento estricto de ley aplicable, incluso en aquellos casos en los que exista inscripción de la sociedad en el extranjero, siempre que dicha inscripción tenga carácter declarativo y no constitutivo. La mera inscripción, y más si es voluntaria, no debería determinar un cambio en la contemplación de los problemas de tales sociedades, y su traslado desde el ámbito de la ley aplicable al de la eficacia extraterritorial. Con seguridad, este tratamiento generará conflictos positivos o negativos de nacionalidad, que habrán de ser resueltos, en defecto de norma específica, a través de la aplicación analógica del art. 9 Cc.. Por lo demás, resulta muy original la propuesta de aplicar analógicamente a las sociedades de personas el principio contenido en el art. 5.2 LSA y el art. 6.2 LSRL, que obliga a las sociedades a situar su domicilio en España cuando tengan en su territorio su principal establecimiento o explotación en su territorio.

Al objeto de favorecer el acceso al registro de los empresarios extranjeros, de dotarles de publicidad, y de cumplir mejor con las exigencias del Derecho comunitario, el autor propone una calificación flexible de los establecimientos secundarios en nuestro país de empresarios extranjeros. Resulta fácilmente compartible la denuncia que realiza el autor del modo en que, mediante la constitución de sucursales, pueden fácilmente obviarse los mecanismos de control que existen en cada país a la hora de constituir una sociedad, afirmación que queda ilustrada con la misma sentencia del TJCE dictada en el caso Centros. El trabajo se decanta a favor de una interpretación de la sentencia Centros, aunque no la única existente, en la que no es posible denegar el reconocimiento de las sociedades válidamente constituidas en un Estado miembro de la UE, siempre sin negar la posibilidad de que existan límites a la actividad de estas sociedades, que habrán de ser concretados por el TJCE. Cierra este epígrafe el análisis del procedimiento de inscripción de la sucursal, donde se propone una flexibilización de las exigencias del 12.6 Cc respecto de la aplicación del Derecho extranjero, y un examen de las sucursales en el extranjero que puedan ser constituidas por sociedades del ordenamiento del registro.

Pero sin lugar a dudas las cuestiones más prácticas, por su frecuencia en el tráfico societario, son abordadas en el capítulo segundo, que se ocupa de las sociedades de capital. El autor se ocupa primeramente de dejar bien clara la diferente función que corresponde al Registro Mercantil en las sociedades de capital respecto de las sociedades de personas. Y para este cometido se sirve, conjuntamente, de la perspectiva funcional, la histórica y la que procede del Derecho comparado. Destaca especialmente la explicación funcional y económica que se ofrece del Registro Mercantil: su cometido queda vinculado al ahorro de costes de transacción, y al propósito de facilitar información necesaria para la conclusión de los contratos que se enmarcan en el ámbito societario y cuya obtención fuera de los mecanismos del Registro sería excesivamente costosa. Al facilitar estos datos, el Registro contribuye a que aumente el número de transacciones. Junto a esta perspectiva, el autor

descubre también interesantes vías de evolución futura para los cometidos del Registro Mercantil, que pasarían por el decaimiento de sus funciones de control (para velar por la solvencia de las sociedades en atención a la protección de acreedores y accionistas), pues en la actualidad existen otros mecanismos que llevan a cabo esa actividad de control mediante la vigilancia de las instituciones encargadas de recibir los fondos que los participantes dedican a la inversión (ad. ex. instituciones de control en los mercados bursátiles). La calificación registral es el segundo pivote de este primer epígrafe del capítulo segundo. En síntesis, la atribución de efectos materiales, y de cierta presunción de veracidad, a lo inscrito conlleva la necesidad del control que ha de llevar a cabo el registrador a través de la calificación. En este punto, la exposición va mucho más allá del marco legal en vigor para señalar los intereses en presencia en cada caso, y los difíciles equilibrios por los que han de optar los legisladores, apareciendo aquí de nuevo todo el caudal explicativo del Derecho comparado. De especial interés son las páginas que se dedican a la posibilidad de que un Notario extranjero pueda impugnar, a través de un recurso gubernativo, la calificación realizada por el encargado del Registro, siendo fácilmente compartible la opinión del autor de que deberían ser los jueces de lo civil, y no los del orden contencioso administrativo, los competentes para conocer de estas cuestiones, a pesar de que no sea ésta la solución seguida por el Derecho español.

Los conceptos de nacionalidad y de domicilio de las sociedades, así como el reconocimiento de las sociedades extranjeras, son tratados en la delimitación del ámbito del Registro Mercantil. Sin duda, el autor domina con destreza ese concepto, a veces difícil y confuso, en que consiste el “reconocimiento de sociedades extranjeras”, por lo que habría sido conveniente haber empleado la oportunidad de esta obra para comenzar a superar dicha terminología, que no sólo se presta a equívocos y puede inducir a error, sino que carece de la necesaria precisión, pues las consecuencias del no reconocimiento, como se sabe, pueden ser muy variadas, varían en cada ordenamiento y en ningún caso suponen la negación de la existencia de cierta personificación en el ente en cuestión. En el siglo XXI parece que ya es hora de comenzar a enfocar los problemas de la internacionalidad de las sociedades bajo otra perspectiva, en el modo, por ejemplo, en que tales problemas han sido tratados por la Ley suiza de DIPr. En el mismo epígrafe se trata también la diferente función que corresponde al Registro respecto de las sociedades propias y respecto de las sociedades extranjeras: mientras en el primer caso se tratará de un control de regularidad de la constitución, en el segundo bastará con la acreditación de que la sociedad ha sido válidamente constituida de acuerdo con el Derecho regulador de la misma (art. 5.3 RRM). De nuevo la perspectiva de Derecho comparado permite al autor ilustrar debidamente estas diferentes funciones. Esta diferencia conllevará, correlativamente, una diferencia de métodos de regulación de los actos o hechos jurídicos que han de acceder al registro. Concluye el autor este epígrafe con el análisis de los aspectos registrales relacionados con la inmigración y la emigración de sociedades, prestando especial atención a las posibilidades de transferencia de sede social que han sido habilitadas tanto para la AEIE como para la SAE, cuyo Reglamento y Directiva complementaria fueron aprobados el 8 de octubre de 2001. Entre las conclusiones a que llega la obra en esta parte destacan la denuncia de la desigualdad de tratamiento que en la actualidad reciben la emigración y la inmigración de sociedades en los Derechos estatales, la cuestionable previsión legal de un convenio internacional en el que se establezca el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad para dicha transferencia de sede al extranjero y, especialmente, la propuesta de aplicar analógicamente a las transferencias de sede al extranjero las normas relativas a las transformaciones sociales, dada la gravedad del acuerdo de cambio de domicilio social al extranjero, que debería, por tanto, verse rodeado de garantías análogas a las que tienen tales operaciones de transformación.

Se ocupa el autor seguidamente de examinar las peculiaridades que rodean a la constitución de sociedades del foro cuando en dicha constitución interviene algún elemento

de extranjería. Se analizan aquí, por ejemplo, las limitaciones a la participación de personas jurídicas extranjeras en sociedades nacionales que pueden provenir de los estatutos de la sociedad participante, del Derecho regulador de esta sociedad, o bien del Derecho regulador de la sociedad que se pretende constituir. El estudio no se desliza meramente a través del examen de tales límites, sino que desciende al punto de vista del registrador, indicando en cada caso qué límites podrían ser apreciados por aquél y cuáles no. Del mayor interés es el análisis que se efectúa de la excepción del interés nacional que establece el art. 10.8 Cc. En términos generales, el autor se muestra reacio a la utilización de la excepción del interés nacional para sanar la falta de capacidad de una persona jurídica para intervenir en la constitución de otra. Se destaca también la necesidad de que el Notario y el Registrador presten debida atención al hecho de que las aportaciones realizadas a la sociedad por los socios estén en el extranjero, supuestos en los que a la necesidad de aplicar varias leyes para que se produzca el efecto transmisivo de la propiedad será preciso añadir, eventualmente, la aplicación de la normativa sobre inversiones extranjeras.

El trabajo se ocupa también de la publicidad que efectúa el Registro Mercantil de la vida de la sociedad, (órganos sociales, cuentas de la empresa, situaciones de crisis, disolución, acuerdos sociales, etc). Desde el punto de vista del DIPr la publicidad registral de los acuerdos sociales presenta, como aspectos más relevantes, la posible extranjería de los documentos que constituyen el título de acceso al Registro, y la delimitación del alcance del control de legalidad que debe realizar la autoridad encargada del Registro. Vuelve aquí el análisis de Derecho comparado a ilustrar la situación, optando el autor por proponer la limitación del control del registrador a comprobar que desde el punto de vista de tal Derecho los acuerdos se han adoptado de forma válida. Se tratan también aquí la competencia territorial del registro para legalizar los libros sociales, así como para el nombramiento de expertos independientes y auditores, poniéndose de relieve, en estos casos, la problemática que plantea el hecho de que tales expertos o auditores lleven a cabo sus funciones en el extranjero (posibles problemas con el desarrollo de una función pública). E igualmente se ofrece un tratamiento de DIPr de la obligación de presentar cuentas anuales, donde destacan las diversas aproximaciones del Derecho español, francés y alemán al cumplimiento de las directivas comunitarias sobre publicidad de las cuentas anuales. El epígrafe cierra con el análisis de las funciones especiales que corresponden al registro en los procesos de fusión (instrumento de publicidad y control del proceso de fusión, y colaboración en dicho proceso mediante el nombramiento de los expertos que han de informar sobre la operación). En estos casos ha de ser necesaria una estrecha colaboración interregistral. En este punto se tratan las cuestiones de ley aplicable de la fusión y su combinación con los aspectos registrales, llegando el autor a resultados que a veces resultan sorprendentes, tales como el escaso predicamento que ha de darse al art. 9.11.2 Cc. respecto de la regularidad del proceso de fusión internacional de sociedades. Concluye el capítulo con el tratamiento registral de las crisis empresariales y de la disolución de la sociedad.

Finalmente, bajo el título “instrumentos del Registro Mercantil y DIPr” el capítulo tercero aborda, de forma separada, los aspectos de DIPr más genuinos que afectan a la labor del encargado del Registro. El grueso de estas páginas se ocupa del sector de la eficacia extraterritorial, donde se examinan temas tan diversos como los tipos de documentos extranjeros que pueden tener acceso al Registro Mercantil (documentos notariales, judiciales y administrativos), los presupuestos que han de concurrir para caracterizar como “público” a un documento extranjero (ad. ex. naturaleza de la autoridad y papel de dicha autoridad en la elaboración del documento), o las condiciones que han de cumplir los documentos extranjeros para su reconocimiento (legalización y traducción). El autor muestra aquí, por ejemplo, la problemática típica que respecto del carácter público del documento pueden tener los documentos extranjeros simplemente “intervenidos” por Notarios, típicos de los sistemas

anglosajones, o las exigencias legales de “equivalencia” entre el documento extranjero y la escritura pública del Derecho del registro, proponiendo interpretaciones del sistema en cada caso. Merecen especial atención las páginas que se ocupan del reconocimiento del contenido del documento. Propone aquí el autor la posibilidad de establecer regímenes variables para el reconocimiento de un documento extranjero en dependencia de los efectos concretos que se pretendan obtener del mismo, poniendo como ejemplo de tal doble regulación la establecida en el art. 84 RRC. Un sistema de este tipo, dice el autor, ofrecería la ventaja de proporcionar al público cierta información relativa a una sociedad extranjera (por ejemplo, declaración de quiebra realizada en el país de su sede social), con la mera constatación de la apertura de dicho proceso, sin perjuicio de que para conseguir el pleno reconocimiento de las medidas adoptadas en el procedimiento de insolvencia fuera preciso seguir el procedimiento de reconocimiento de decisiones extranjeras que fuese aplicable. El propio autor reconoce que dicha solución no tiene un fácil acomodo en la regulación existente, a pesar de lo cual intenta una interpretación, muy original, al objeto de mantener su propuesta que pasaría por la creación de una laguna axiológica respecto del art. 20 Cc y 38 RH. En sus palabras “la no inclusión de una regulación específica del problema que nos ocupa no creemos que pueda achacarse a un deseo consciente del legislador de exigir en estos supuestos el previo reconocimiento de la sentencia extranjera para que pueda figurar en el registro, sino a la falta de atención por el problema”. La función de publicidad que cumple el Registro Mercantil sin duda quedará optimizada si la publicación, con valor informativo, de ciertos hechos no queda supeditada al previo procedimiento de exequatur de una sentencia, por lo que la propuesta del autor de distinguir diversos regímenes de acceso de los documentos al Registro resulta del todo razonable. Ahora bien, en tales casos, dado que la decisión sólo es “anotada”, con valor informativo, y sin producir ningún tipo de efecto jurídico ulterior, pensamos que dicha anotación no debería ser descrita con la denominación de “reconocimiento”, al objeto de no desvirtuar el significado de dicho término. En la última parte de la monografía el autor realiza un breve ensayo en torno a la finalidad de la cooperación interregistral y los mecanismos que dicha cooperación podría utilizar. El lector encontrará en estas páginas las razones que justifican dicha colaboración interregistral, entre las cuales se cuentan el aseguramiento de la certeza en la publicidad del Registro y la facilitación del tráfico jurídico internacional. Operaciones complejas como la fusión internacional de sociedades o la transferencia internacional de sede social sin duda podrán quedar facilitadas si existen cauces de colaboración entre los Registros involucrados en tales operaciones. Entre los mecanismos de dicha cooperación la obra sugiere la emisión y la admisión de certificados, a instancia del interesado, e incluso a instancia del encargado de un registro extranjero. Sugiere el autor que el funcionamiento de esta cooperación exigiría una mínima coordinación entre los Derechos en presencia, y en ciertos casos también la existencia de un convenio internacional.

En suma, estamos en presencia de un trabajo científico, muy bien documentado, que incorpora, además de un vasto elenco bibliográfico, un estudio jurisprudencial comparado que proporciona una valiosa información al lector. Tras haber expuesto algunas de las conclusiones y argumentos utilizados por el Dr. Arenas García, y sin perjuicio de que algunos de ellos puedan o no ser compartidas por el lector, no nos queda sino animar de nuevo a la lectura directa de este libro, que se convierte, sin lugar a dudas, en obra de referencia para cualquier estudioso de las sociedades en el comercio internacional y para todo operador jurídico que haya de llevar a cabo alguna de estas operaciones.

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA