

CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE JOSE ZAFORTEZA CALVET

JOAN VIDAL PERELLÓ
REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

Ante todo deseo expresar mi agradecimiento a nuestro Presidente que me honra con el encargo de contestar al discurso de ingreso en esta Academia de D. JOSE ZAFORTEZA CALVET. Se trata de un discurso con grandes dotes de originalidad, tanto por el tema elegido (ya que apenas se hallan trabajos sobre el socio minoritario como objeto singular de estudio) como por su metodología.

En segundo lugar me parece necesario adelantar que este escrito no será de «contestación» —si se me permite el uso de este barbarismo anglosajón—. No tema, pues, el nuevo académico, ningún tipo de rapapolvo, para lo que me falta categoría y repugna a mi sentido de la amistad y, sobre todo y por encima de todo, porque básicamente simpatizo con sus posiciones teórico-doctrinales de aplaudir todos aquellos preceptos que protegen al pequeño accionista y criticar aquellos que le marginan. Y es lógico que sea así entre personas que han tenido una misma y vieja tradición cristiana. Sin embargo, séame permitido hacer algunas observaciones de matiz.

El discurso que acabamos de escuchar está montado sobre tres grandes bloques de problemas: la constitución, el funcionamiento y la extinción de las sociedades anónimas, al que, fundamentalmente, me voy a acomodar en aras de la claridad expositiva. Antes, no obstante, deseo analizar dos aspectos previos.

A) El primer aspecto se refiere a la inexistencia de una Exposición de Motivos, suprimida en el Senado con argumentos de que, por tratarse de un

mandato de la Comunidad, no precisa justificación. Este tipo de argumentación es absolutamente improcedente: **en primer lugar**, porque los límites impuestos por la Comunidad están orientados a conseguir una armonización básica, y no igualitaria, una armonización de mínimos, por lo que no hubiera estado de más explicar v.g., por qué el legislador español ha optado por un capital mínimo de 10 millones de Pts., pudiéndolo haber hecho por uno de cinco (!) y, **en segundo lugar**, por la consideración decisiva de que se trata de una Ley «bifronte». Dicho en otras palabras, es falso que se trate sólo de una Ley de adaptación a las Directivas de la Comunidad: se trata —y ello en primer lugar— de una Ley de reforma parcial de nuestra legislación mercantil vigente, lo que postula inexorablemente una Exposición de Motivos... El Profesor Quintana Carlo nos advierte que no nos dejemos engañar por la expresión «parcial», porque ello no excluye la profundidad de la reforma (piénsese en el Capítulo IV relativo a los órganos sociales que en principio no tenía por qué ser modificado en absoluto pero que, sin embargo, ha sufrido alteraciones en un tercio de su articulado).

B) El segundo aspecto que, con carácter previo, impone una reflexión es el relativo a la necesidad de precisar qué se entiende por socio minoritario, ya que la Ley no lo dice (ni, bien mirado, tiene por qué decirlo, en cuanto se trata de un concepto no jurídico, sino sociológico); pero tampoco resulta demasiado difícil: por tal hay que entender un titular de acciones cuyo paquete represente un porcentaje bajo del capital social. Se me puede objetar que este razonamiento es malo, de una parte porque implica una petición de principio: obsérvese que todo consiste en desplazar la oscuridad de la expresión «socio minoritario» a la oscuridad de la expresión «bajo porcentaje». Cosas así nos permiten tomar conciencia de por qué hoy en día la mayor y mejor parte de los esfuerzos de los especialistas en Filosofía del Derecho están centrados en problemas de lenguaje. De todos modos, la Ley soslaya con mucha frecuencia este tipo de problemas, al exigir distintas proporciones, según los casos.

Por otra parte, conviene no perder de vista en ningún momento que, aun tratándose de accionistas minoritarios, estamos hablando de sociedades anónimas, en las que lo esencial es el capital y no las personas, que la Sociedad Anónima irrumpe en la Historia como el instrumento técnico-jurídico por excelencia del fenómeno capitalista y que el minoritario es el accionista que menos se la juega. Digo esto porque, con frecuencia, una nueva perspectiva permite enriquecer la visión de una realidad ciertamente compleja.

Pasemos ya al análisis concreto de los distintos preceptos que, al parecer del nuevo Académico, inciden en el tratamiento del pequeño accionista. Les recuerdo que el discurso está plagado de valoraciones éticas, de aquello que en Sudamérica denominan, en pomposo castellano «la estimativa». La técnica

es lícita siempre que se deslinden debidamente los campos del «ser» y del «deber ser», técnica que, evidentemente, practica el Sr. Zaforteza Calvet.

En el tema relativo a la constitución —independientemente de otros supuestos citados en el discurso que protegen tanto al accionista minoritario como a los demás: regulación procedimental de la fundación sucesiva, acciones privilegiadas, verificación de la voluntad de no inscribir, etc., que se justifican por una voluntad omnicomprensiva de quien trata el tema— el precepto más llamativo es el 37 el cual, con dudosa técnica (ya que en un mismo párrafo habla de quorum de asistencia y de número máximo de votos a emitir) señala que el número mínimo de acciones para asistir a la Junta no podrá ser superior al uno por mil del capital social». Independientemente de la valoración que merezca este precepto, en aquellos casos en que los Estatutos se acojan a aquel límite serán muchos los pequeños accionistas que quedarán excluidos de las Juntas (piénsese en las grandes sociedades bancarias, eléctricas, etc.). Semejante situación abonará la aparición de aquel fenómeno conocido con el nombre de «PROPIEDAD FIDUCIARIA», formulado por el jurista noreamericano WALTER JONES: «Property must be sought in control» («El núcleo de la propiedad —de las acciones— no debe buscarse en sus titulares, sino en quienes la controlan») todo ello propiciado por la necesidad de agrupación de acciones que, en la práctica se realiza mediante el depósito de las mismas en un Banco, acompañado de un poder de representación. repito, es discutible el juicio de valor que merece esta norma; pero para mí es negativo.

Otro punto que llama poderosamente la atención en este capítulo es el relativo a la nulidad de la sociedad. Precepto absolutamente novedoso, el art. 31 contiene el elenco —«*numerus clausus*»— de posibles causas de nulidad que se han incrustado en la Ley como un tributo al sistema comunitario. A mí se me hace difícil imaginar que pueda darse en la práctica alguno de los supuestos, puesto que, al menos en España, el doble filtro de Notarios y Registradores Mercantiles hacen impensable la aplicación de este precepto. Y, además, adviértase:

– Solamente es causa de nulidad la ilicitud del objeto, no su indeterminación, que representa el motivo de discusión por excelencia.

– De nada sirve exigir tres socios fundadores y luego establecer como causa de nulidad la falta de voluntad efectiva de «al menos, dos socios fundadores».

– Es absurdo exigir como causa de nulidad «la incapacidad de todos los socios fundadores» ¿Por qué la de todos?

Respecto al grupo de preceptos relativos al funcionamiento de la sociedad y, en particular, a la posición del socio minoritario, llama la atención:

1.º El optimismo del nuevo académico respecto a la nueva regulación de la modificación de Estatutos, no me parece justificado (art. 84) porque, si bien

es cierto que el artículo 58 rebaja al 25% del capital suscrito el quorum de asistencia en segunda convocatoria, también lo es que, para adoptar válidamente acuerdos se requiere el voto favorable de los dos tercios (!) del capital presente o representado.

2.º No me parece admisible la afirmación de que el accionista minoritario «podría verse absolutamente desamparado» ante un cambio de domicilio social dentro del mismo término municipal decidido por los administradores de la sociedad. Téngase en cuenta que para tal cambio se requiere el correspondiente documento público, la inscripción en el Registro Mercantil y la publicación en dos de los periódicos más importantes de la provincia. Francamente, el desamparo del accionista minoritario queda reducido a verdaderos mínimos.

3.º En materia de Junta General Ordinaria, téngase presente que no siempre la reducción de los quorums para constitución de la Junta beneficia al pequeño accionista. La Legislación anterior caso de acciones normativas exigía en determinados acuerdos la asistencia de dos «quorums», uno de capital y otro de accionistas lo cual en algunos casos podía favorecer a los minoritarios, que sabían que con su no asistencia imposibilitaban la celebración de la Junta.

4.º La impugnación de acuerdos de las Juntas, regulada en los artículos 67 y siguientes sanciona la distinción, hoy deshauciada por los mejores juristas, entre acuerdos nulos (contrarios a la Ley) y anulables (contrarios a los Estatutos o lesivos a la sociedad)... esta regulación lleva al absurdo de que el Registrador, al calificar acuerdos de una Junta manifiestamente contrarios a los Estatutos, no podría denegar su acceso al Registro por requerirse una previa declaración judicial de nulidad. Y no se me diga que con esperar el transcurso del plazo para impugnar (cuarenta días), queda solucionado el proble, puesto que tal plazo se computa desde la publicación oficial en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Estas cosas ocurren cuando se trasplantan normativas de países basados en criterios de publicidad distintos.

Y ya, para acabar, un pequeño comentario sobre las acciones sin voto, previstas en el artículo 47. Estas acciones, que pueden alcanzar hasta el 50% del capital social, parecen pensadas para socios con poca participación que, si bien pueden ser muchos, no dejarán de ser minoritarios cada uno de ellos. Estos socios sí tienen una serie de nuevas ventajas, como son:

- Mínimo de un 5% de interés.
- Una vez deducido este 5%, derecho al mismo porcentaje sobre el resto de beneficios que todas las demás.
- Si no se puede llegar al cinco por ciento, éste es acumulativo durante cinco ejercicios.

– Mientras tengan pendiente el cobro de todo o parte de dicho 5%, tienen derecho a voto.

– Derecho al voto caso de modificación estatutaria que afecte a sus intereses.

O sea, que quedan únicamente privadas del derecho de voto —salvo la excepción citada— y el derecho a agruparse para nombrar administradores.

Finalmente procede hacer un especial énfasis sobre el hecho de que esta «respuesta» o «contestación» ha hecho referencia a los extremos más llamativos y brillantes del discurso de José Zaforteza —sin menoscabo de otros de igual o superior importancia: piénsese en toda la gama que ofrece la normativa contable— y que la limitación de tiempo disponible —viejo truco de viejos opositores— me prohíbe afrontar. Me sentiré colmado de satisfacción si alguna de mis matizaciones le sirve para posteriores estudios. En todo caso, a él se las brindo junto con mi felicitación más cálida, y mi agradecimiento a todos ustedes por su atención y respeto.

Muchas gracias.