

8. HABIENDO DESIGNADO LA JUNTA GENERAL PARA ACTUAR COMO ÓRGANO ADMINISTRATIVO A DOS ADMINISTRADORES CON CARÁCTER SOLIDARIO, NO ES APLICABLE EL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN CUANTO SE REFIERE A LA RENOVACIÓN PARCIAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.

NO ES APLICABLE EL ARTÍCULO 1.518 DEL CÓDIGO CIVIL PARA DETERMINAR EL PRECIO DE READQUISICIÓN DE ACCIONES EN EL SUPUESTO DE EJERCICIO DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE POR LOS SOCIOS NO TRANSMITENTES DE AQUÉLLOS.

ES VÁLIDA LA NORMA ESTATUTARIA QUE PREVEA UN SISTEMA DE VALORACIÓN OBJETIVA, DE MANERA QUE QUEDE ASEGURADO UN JUSTO PRECIO A LOS INTERESADOS.

*Resolución de 11 de febrero de 1986 (B. O. del E. de 28 de febrero).*

A) *Antecedentes.*—Don Luis Enrique Barberá Soriano, Notario de Calella, interpone recurso gubernativo contra la negativa del Registrador Mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de constitución de la Sociedad «Llars del Maresme, Sociedad Anónima».

Mediante escritura autorizada por el Notario de Calella don Luis Enrique Barberá Soriano el día 16 de mayo de 1984, don José Doménech Grantche, doña Purificación Ruiz Sánchez y don Juan García Martínez procedieron a fundar la Compañía «Llars del Maresme, Sociedad Anónima», estableciendo, entre otros, los siguientes preceptos estatutarios: «Artículo 7.º Administración: La Junta General, mediante acuerdo tomado con los requisitos exigidos para la modificación de Estatutos, decidirá la forma concreta de Administración, optando entre un Administrador único, varios Administradores solidarios hasta un máximo de tres o un Consejo de Administración compuesto por un mínimo de tres miembros y un máximo de cinco. Los Administradores no precisarán ser accionistas y ejercerán el cargo por el plazo que determine la propia Junta General que los elija. Toda renovación del Consejo deberá ser parcial... Artículo 9.º Sindicación de acciones: ... En el caso de que cualquier socio enajenase sus acciones o parte de ellas sin atenerse a lo dispuesto en los párrafos anteriores, los demás socios o la Sociedad, en su caso, podrán, dentro de un plazo de dos meses, a contar desde la fecha en que se hubiese puesto en conocimiento del órgano de administración la enajenación de aquéllas, ejercitar el derecho de retracto para adquirirlas, siendo en tal caso su precio el satisfecho por el tercer adquirente, siempre que no exceda del que corresponda a las acciones en el haber líquido social del último balance practicado, y en el caso de que excediere, el retrayente no vendrá obligado a satisfacer el precio superior máximo satisfecho... En todo caso, serán nulas las transmisiones que no se ajusten a este pacto y la Sociedad no reconocerá el carácter de socio y el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones, cuando no se hubiese cumplido lo anterior estipulado».

Presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue calificada con nota del tenor siguiente: «No admitida la

inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos de carácter insubsanable: 1.º En el artículo 7.º de los Estatutos se infringe, por omisión, el artículo 73 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, al no constar la forma en que ha de tener lugar la renovación parcial del Consejo, según tiene declarado la Dirección General de los Registros (Resolución de 24 de noviembre de 1981). 2.º En el artículo 9.º se regula un derecho de retracto, infringiéndose el artículo 1.518 del Código Civil, pues el precio del retracto, por la propia naturaleza de este derecho, no puede ser inferior al de la compra más los gastos del contrato. 3.º En el mismo artículo 9.º no puede admitirse una 'declaración de nulidad' que sólo compete al órgano judicial, aparte de que la transmisión, en cualquier caso, sufre efectos *inter partes*. Por otro lado, esta afirmación de nulidad es contradictoria con la regulación de un derecho de retracto. No procede tomar anotación preventiva. La presente nota se extiende con la conformidad de mis cotitulares. Barcelona, 6 de julio de 1984.—El Registrador (firma ilegible)».

Don Luis Enrique Barberá Soriano, Notario autorizante del documento calificado, interpuso recurso gubernativo contra la nota, y alegó lo que sigue:

1.º En cuanto a la nota en su conjunto, que lamenta la falta de una línea homogénea y congruente en la calificación del Registro Mercantil de Barcelona, ya que en los Estatutos los que ahora se tachan de defectos se han inscrito en ese Registro medio centenar de veces aproximadamente —provocando el desconcierto aludido en la Resolución de 1 de diciembre de 1982—.

2.º El calificativo de insubsanable atribuido a los defectos no es correcto, ya que los Estatutos y la escritura social contienen todos los datos y menciones necesarias para que la Sociedad tenga plena personalidad jurídica, y los defectos aluden a un hipotético Consejo de Administración y a uno de los pactos lícitos que no influyen sobre la Sociedad como persona.

3.º La calificación se aparta del criterio de interpretación del artículo 3.º del Código Civil, no atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma y olvidando la equidad como elemento de ponderación, con desprecio de la interpretación más favorable para que surta efectos; la calificación se aparta de la doctrina del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 20 de abril de 1960, recogida por la Resolución de 4 de octubre de 1982, que dejó establecido que «cuando se trata de Sociedad Anónima de capital modesto las normas legales han de ser aplicadas con mayor flexibilidad, sin sujeción a un criterio automático, sino con la prudencia que el Derecho requiere».

4.º En cuanto al primer defecto de la nota, señala que el artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas no exige la constancia expresa en los Estatutos de cómo se tiene que renovar parcialmente el Consejo; que la Resolución de 24 de noviembre de 1981 no es aplicable por contemplar un supuesto distinto; que aun suponiendo que sea siempre necesario determinar la forma de renovación parcial del Consejo en los Estatutos, lo cierto es que en los Estatutos calificados sí se prevé la forma de renovación, remitiéndose al acuerdo de la Junta, que cuidará de cumplir el mandato de la renovación parcial.

5.º En cuanto al defecto segundo, indica que por el hecho de citar en el artículo 9.º de los Estatutos el derecho de retracto, no resulta aplicable, sin más, el artículo 1.518 del Código Civil establecido para la venta a carta de gracia o con pacto de retro mal llamado retracto convencional; lo que regula el artículo 9.º de los Estatutos es un derecho de tanteo en sus dos fases de tanteo de preadquisición y postadquisición, perfectamente admisible según los artículos 1.255 del Código Civil y 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, igual que la determinación del precio de tanteo, que no es totalmente libre. Si no se hiciera esta prevención en cuanto al precio del tanteo, podría quedar burlado mediante la fijación de un precio desorbitado que impediría el ejercicio de su derecho a los demás socios. La determinación del precio se hace por referencia a un valor objetivo —haber líquido social del último balance practicado—, en línea con lo dispuesto en los artículos 1.447 y 1.448. El adquirente que compra con infracción de la normativa estatutaria no puede llamarse a engaño, pues los Estatutos están inscritos en el Registro Mercantil y se presume que su contenido es conocido por todos y no puede invocarse su ignorancia. Es ilógico pensar que una infracción de un consocio lleva aparejado para el socio retrayente un perjuicio, cual sería el de abonar los gastos e impuestos.

6.º En cuanto a las razones expuestas en el tercer defecto de la nota, señala que obedecen al conceptualismo jurídico que no atiende a los intereses en juego. No se niega que la declaración de nulidad sólo compete al órgano judicial y el párrafo estatutario no hace más que avisar de la posible sanción, habiéndose convertido en una cláusula de estilo copiada del artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Limitada. Tampoco se niega que la transmisión antiestatutaria surta efectos *inter partes*, pero de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1983, si bien el contrato obligacional es perfectamente válido, el comprador no adquiere la condición de socio ni podrá actuar como tal; que la nulidad sea contradictoria con el ejercicio del derecho de retracto no es más que una entelequia conceptual que no tiene en cuenta los intereses mercantiles.

El Registrador Mercantil dictó acuerdo confirmando la nota recurrida, y alegó:

1.º Que la calificación de insubsanables de los defectos señalados se basa en que no pueden ser modificados sino mediante un nuevo acuerdo de modificación de Estatutos y, por tanto, mediante un nuevo otorgamiento sustancial; cuando, a juicio del Registrador, los Estatutos infringen la Ley, hay que calificarlos negativamente, por muy modesto que sea el capital de la Sociedad.

2.º En cuanto al primer defecto, indica que es precisamente la Resolución de 24 de noviembre de 1981 la que impone que «habrá de prevenirse en los Estatutos la forma en que ha de tener lugar» la renovación parcial del Consejo; el funcionario recurrente confunde tiempo con plazo, desconociendo que cuando dicen los Estatutos que «... y ejercerán el cargo por el plazo que determine la propia Junta que los elija», ya está imponiendo a la Junta la obligación de establecer un límite en el tiempo de actuación de dichos Administradores, pues eso es precisamente lo que quiere significar la palabra plazo.

3.º En cuanto al segundo defecto de la nota, el Notario parte de la base de que es igual la denominación que se adopte, porque el Registrador

Mercantil tiene que ser flexible, lo que es opuesto al rigor jurídico y conceptual que debe existir entre auténticos profesionales del Derecho y a la propia naturaleza del Registro Mercantil. Ese derecho de adquisición preferente postadquisitiva, a que alude el recurrente, no puede ser otra cosa que lo que la tradición jurídica ha venido conociendo con el nombre de retracto, el cual se define como el derecho que se concede al vendedor o a un tercero de subrogarse en lugar del que adquiere una cosa; la subrogación ha de entenderse en las mismas condiciones del contrato, pues, en otro caso, no cabría hablar de subrogación. Esa es la *ratio legis* del artículo 1.518 del Código Civil, aplicable no sólo a la venta con pacto de retro, sino también al denominado derecho de retracto, y así lo confirma el artículo 1.525 del Código Civil.

4.º En cuanto al tercer defecto apuntado, señala que no cabe que en unos Estatutos se efectúe una declaración de nulidad que sólo compete al órgano judicial, sin que sea argumento para rebatir esta tesis el que utiliza el recurrente de que es una cláusula de estilo copiada del artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, puesto que la Ley sí marca qué actos pueden ser nulos, siendo, por tanto, la declaración estatutaria contraria al orden público. Por otro lado, la declaración de nulidad es incompatible con el ejercicio de un derecho de retracto, pues si la transmisión es nula, ¿cómo puede un socio subrogarse en lugar del adquirente? Lo correcto hubiera sido declarar que la Sociedad no reconocerá al adquirente la cualidad de socio y conceder el derecho de retracto a los demás socios.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.*— Vistos los artículos 11, h); 46, y 71 a 73; las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962 y 20 de marzo de 1975, y la Resolución de este Centro de 24 de noviembre de 1981.

Considerando que en el presente expediente hay que distinguir unas cuestiones meramente formales de las que constituyen la esencia del recurso y, en relación a las primeras, conviene señalar que la lectura íntegra del artículo 9.º de los Estatutos sociales muestra claramente que el sentido dado al término «nulidad» de las transmisiones —que, por cierto, utiliza el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada— es el de entender que cuando aquellas transmisiones no se ajusten a lo establecido, la Sociedad puede desconocer la transmisión y no reconocer al adquirente el carácter de socio y el ejercicio de los derechos sociales.

Considerando igualmente que la lectura del mencionado artículo 9.º pone de manifiesto que se ha incluido en los Estatutos sociales una de las variadas cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones, regulándose desde la doble vertiente de voluntad del socio de enajenarlas con notificación al órgano administrativo para que los restantes socios puedan adquirirlas (tanteo), y caso de enajenación por el socio incumpliendo lo ordenado en la cláusula, la posibilidad de readquirirlas los demás accionistas.

Considerando que entrando ya en los problemas de fondo, son dos los planteados: a) si el artículo 7.º de los Estatutos infringe el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de renovación parcial del Consejo de Administración, y b) si el precio de readquisición de las acciones puede ser el que corresponde en el haber líquido social del último balance practicado, aunque éste sea inferior al de compra, sumando los gastos del contrato.

Considerando que en cuanto a la primera cuestión hay que observar que el artículo 73, 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a la renovación parcial cuando existe Consejo de Administración, pero tal precepto no es aplicable en el caso presente, en que, de conformidad con lo establecido en los Estatutos sociales, se ha designado por la Junta para actuar como órgano administrativo a dos Administradores con carácter solidario por un plazo de cinco años, situación, por tanto, que no exige el determinar la forma de renovar tales cargos.

Considerando que en el supuesto de que en un futuro la Junta General, con los requisitos que se exigen para modificar los Estatutos, según exige su artículo 7.º, decidiera optar por otro sistema de administración, entre ellos, designar un Consejo, sería entonces el momento adecuado de fijar la forma y plazo de renovación parcial, que ya aparece previsto, si bien en términos genéricos, en los vigentes Estatutos sociales.

Considerando, en cuanto a la segunda cuestión, que hay que partir —al no haberse reflejado en los resultandos— de la base de que el artículo 9.º de los Estatutos, en su primera parte, establece una cláusula limitativa de transmisión de acciones muy similar a la recogida en el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y dispone la cláusula discutida que en caso de discrepancia entre los interesados acerca del precio de venta de las acciones se acudirá a la valoración pericial de las mismas, y sólo si el socio no cumple las normas de notificación que el artículo estatutario impone es cuando la valoración se hará con arreglo a otro índice —el del último balance—, siempre que no sea superior al máximo que se haya satisfecho por el adquirente.

Considerando que a la Sociedad le es, en principio, indiferente el precio que se haya podido pactar entre el cedente y el cesionario, en el negocio traslativo que celebran, ya que puede —como antes se indicó— desconocer la cualidad de accionista en el nuevo adquirente, si se incumplió la norma estatutaria, y de ahí que no exista obstáculo que impida aplicar la alternativa que ofrece al socio que desee transmitir sus acciones, pues ambos sistemas de valoración están basados en criterios objetivos, que aseguran el justo precio a los interesados: uno, inspirado en el recogido por el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y el otro, en el valor real de los títulos, según el último balance.

Esta Dirección General ha acordado revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V.S. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 11 de febrero de 1986.—El Director general, Gregorio García Ancos.

C) COMENTARIO.—Creo, en primer lugar, que merecen serias objeciones las opiniones expresadas por el Notario recurrente en relación con la forma en que se efectúa la calificación por el Registrador y el alcance de la misma.

No cabe, a mi juicio, argumentar que «la falta de una línea homogénea y congruente en la calificación del Registro Mercantil, donde se pretende la inscripción del documento, provoca desconcierto», pues la esencia de la función calificador, base del principio de legalidad registral, reside en la total y absoluta independencia de criterio del Registrador, no sólo por lo que

respecta al de otros, sino también al de él mismo en relación con anteriores calificaciones.

Tampoco resulta convincente la manifestación del recurrente, en el sentido de considerar errónea la calificación de insubsanables atribuida a los defectos del documento presentado para su inscripción, partiendo de la premisa de que «tanto la escritura social como los Estatutos contienen todos los datos y menciones necesarios para que la Sociedad tenga plena personalidad jurídica».

La determinación del carácter subsanable o insubsanable de las faltas advertidas es una de las cuestiones más arduas, a veces, en el ejercicio de la profesión registral, que cuenta, en este aspecto, con directrices más o menos precisas, según los casos, emanadas de la doctrina y de la jurisprudencia. Pero como aquéllas no le vinculan de modo definitivo, al fin, es el Registrador quien asume directamente la responsabilidad de señalar el alcance de los defectos observados teniendo en cuenta su trascendencia legal y su posible subsanación. Así, en el supuesto aquí planteado, e independientemente del acierto o no de la calificación, el Registrador en su examen y juicio sobrepasa el marco de la existente personalidad jurídica considerando que «los defectos no pueden ser modificados sino mediante un nuevo acuerdo de modificación de Estatutos y, por tanto, mediante un nuevo otorgamiento sustancial», siendo, por tanto, insubsanables.

Sin embargo, lo que considero más sorprendente es la invocación que hace el recurrente del artículo 3.º del Código Civil y, concretamente, de ciertos criterios de interpretación en él contenidos, esto es, «la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma» y «la equidad como elemento de ponderación».

Por supuesto que la determinación del sentido de la norma a través de la interpretación, y su especial aquilatamiento o afinamiento por vía de la equidad, constituyen parte de la función registral, máxime si se tiene en cuenta que ésta participa, aun con singularidades incuestionables, de la naturaleza propia de los actos de jurisdicción voluntaria.

Pero lo que no acierto a ver es la implicación de la «realidad social del tiempo en que se aplican las normas» cuando ni éstas, ni la naturaleza de los supuestos presuntamente contemplados por aquéllas, ofrecen la menor proyección social, como veremos a continuación.

En efecto, entrando ya en el fondo del recurso, el Registrador señala que: «En el artículo 7.º de los Estatutos se infringe, por omisión, el artículo 73 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, al no constar la forma en que ha de tener lugar la renovación parcial del Consejo».

Conforme al artículo 11, 3.º, *h*), de la Ley de Sociedades Anónimas corresponde a los Estatutos definir la estructura del órgano u órganos que han de ejercer la administración de la Sociedad. Las posibilidades son, sin embargo, tres: Administrador único, Administradores solidarios y Consejo de Administración. Es decir, se descarta la administración confiada a varias personas para que la ejerzan mancomunadamente. Así, el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que «cuando la administración de la Sociedad se confíe a varias personas *conjuntamente* éstas constituirán Consejo de Administración». Confirma este criterio el apartado *h*) del artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil al disponer *que los Estatutos deberán determinar si la administración se confiere a uno o varios Administradores solidarios o a un Consejo de Administración*. El requisito

de la *renovación parcial del Consejo* y, por ende, la *determinación de la forma* en que ésta deba llevarse a cabo sólo se refiere, pues, al supuesto de administración colegiada de la Sociedad, según se infiere del párrafo primero del citado artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Ocorre, sin embargo, que frente a las alegaciones formuladas por el Notario recurrente y el Registrador sobre *si consta o no la forma de la renovación parcial del Consejo*, la Dirección General de Registros considera *no aplicable el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas*, dado que *en el momento presente no existe Consejo de Administración* y si dos Administradores solidarios nombrados por la Junta General de acuerdo con una de las previsiones estatutarias. En la resolución que se ha tenido a la vista no aparece este dato fundamental y que traslada el problema, como bien dice el órgano directivo, al futuro posible en que la Junta General, con los requisitos que se exigen para modificar los Estatutos, optara por utilizar otra de sus previsiones en materia de administración, esto es, la administración colegiada.

La segunda cuestión de fondo planteada, se refiere a la regulación estatutaria del *derecho de adquisición preferente* ejercitable por los socios no transmitentes en el caso de enajenación de acciones por cualquiera de ellos. En este punto hay que destacar tres aspectos, dos de ellos considerados como formales por la Dirección General: el de la *denominación*, empleada en el documento calificado al tratar el «derecho de retracto para adquirir las acciones ya transmitidas», y el de la sanción estatutaria prevista —la *nulidad*—, para el caso de que las transmisiones efectuadas no se ajusten a lo establecido en las normas fundacionales.

La *denominación* utilizada, no muy felizmente por cierto, de «derecho de retracto», no impide, a mi entender, sin embargo, la fácil comprensión de la naturaleza y el alcance del derecho concedido. En cuanto a la *nulidad* establecida por los Estatutos sociales para el caso de incumplimiento de sus reglas en los supuestos de transmisión de acciones, estoy de acuerdo con la Dirección General de Registros cuando señala que, además de venir avalado el término por el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el sentido que ha de darse a aquél es el de «desconocimiento por parte de la Sociedad de la transmisión efectuada, y el no reconocimiento al adquirente del carácter de socio y, por tanto, del ejercicio de sus derechos como tal».

El tercero de los aspectos a que antes se ha hecho referencia constituye, por tanto, el núcleo central del defecto señalado, esto es, «si el precio de readquisición de las acciones por los demás socios puede ser el que corresponda según el haber líquido social del último balance practicado, aunque éste sea inferior al de compra, sumando los gastos del contrato».

Pues bien, la Dirección General de los Registros y del Notariado considera que el sistema de valorización establecido en los Estatutos (precio estipulado o el correspondiente al haber líquido social, según el último balance practicado cuando aquél fuere superior al que resulta de éste) *está basado en criterios objetivos que aseguran un justo precio a los interesados*.

El último considerando tiene, a mi juicio, dos quiebras: una, entiendo que por error material que no afecta al fondo del asunto, que se refiere al supuesto del *socio que desee transmitir sus acciones*, cuando la cuestión que se dilucida es la fijación del precio en los casos de *transmisión de acciones ya efectuada y ejercicio del derecho de adquisición preferente*

*de las mismas por los socios no transmitentes; otra, que no profundiza en las argumentaciones del recurrente y del funcionario calificador a propósito de la aplicación o no a este caso del artículo 1.518 del Código Civil.*

Personalmente, estoy de acuerdo con el Notario, ya que el citado precepto, situado en la sección 1.ª del capítulo VI, relativa al «retracto convencional», e invocado por el artículo 1.507 del Código Civil (vendedor que se reserva el derecho a recuperar la cosa vendida), no es aplicable a este supuesto, rigiendo el principio de libertad de pacto siempre y cuando quede establecido un *sistema de valoración objetivo que asegure un justo precio*, según señala la Dirección al revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

J. L. B. DE R.