

II. Resoluciones de la Dirección General

POR SALVADOR MÍNGUEZ SANZ,
EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA
y M.^a EMILIA ADÁN GARCÍA

PUEDE ESTABLECERSE EN LOS ESTATUTOS SOCIALES UN DERECHO DE RETRACTO A FAVOR DE LOS SOCIOS PARA EL CASO DE EJECUCION FORZOSA DE LAS ACCIONES, POR EL MISMO PRECIO, PACTOS Y CONDICIONES EN QUE LAS HAYA ADQUIRIDO EL ADJUDICATORIO, EN LUGAR DEL PRECIO QUE RESULTE CONFORME AL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTICULO 64.1, PARRAFO 2.º LSA.

DEBE SEÑALARSE EN LOS ESTATUTOS NO SOLO LA POSIBILIDAD MISMA DE LA RETRIBUCION, SINO TAMBIEN EL CONCRETO SISTEMA RETRIBUTIVO. (RESOLUCIÓN DE 23 DE FEBRERO DE 1993, BOE de 24 de marzo.)

Hechos. I. El día 14 de agosto de 1991, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de San Sebastián don José María Segura Zurbano, «Bodegas Olarra, Sociedad Anónima», modifica la redacción de los Estatutos sociales para adaptarlos a la nueva Ley de Sociedades Anónimas, aprobada en la sesión de la Junta general ordinaria y extraordinaria de accionistas, celebrada el día 27 de junio de 1991. En dichos Estatutos se establece: Artículo 9.— Transmisión de acciones.—Las acciones de la sociedad, así como los derechos de suscripción en ampliaciones de capital serán transmisibles por cualquiera de los medios hábiles en Derecho, pero siempre con sujeción a las limitaciones siguientes: 1.º Serán libres las transmisiones que se operen por causa de muerte; 2.º También serán libres las que se efectúen *inter vivos* entre los accionistas y sus cónyuges o descendientes, así como entre sociedades matrices y filiales, controlantes y controladas y viceversa, y las que se originen en virtud de fusión, absorción, incorporación o liquidación de cualquier compañía accionista; 3.º En los demás casos las transmisiones de acciones de la compañía, así como de los derechos de suscripción por actos *inter vivos*, vendrán sujetas a la Reglamentación siguiente: ... f) En caso de embargo o gravamen de las acciones de la sociedad, sin perjuicio de los preceptos legales

imperativamente establecidos en el procedimiento de que se trate, los accionistas tendrán derecho de retracto para adquirirlas por el mismo precio, pactos y condiciones que las haya adquirido el adjudicatario, quien pondrá en conocimiento de la administración de la sociedad su adquisición dentro de los treinta días siguientes para que los accionistas puedan ejercitar su derecho. Los plazos tanto para notificaciones como para el retracto serán los mismos que los antes fijados para proyectadas transmisiones voluntarias. Artículo 12.—Administración.—... El cargo de administrador será retribuido con las cantidades que establezca la Junta general.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de La Rioja, fue calificada con la siguiente nota: «Registro Mercantil de la provincia de La Rioja.—Presentado el documento que precede en este Registro, se ha inscrito parcialmente, a instancia del presentante, en el tomo 257 GENERAL folio 31, hoja número LO-805, inscripción 31. Se suspende la inscripción del apartado f) del artículo 9.º de los Estatutos al vulnerar lo dispuesto por el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas. El procedimiento elegido por la Ley para determinar en este caso el valor de las acciones es el de dictamen de auditor de cuentas, sea el de la sociedad, sea el nombrado por el Registro Mercantil, y ello debe entenderse así cuando el artículo 64.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin excepción alguna dice: «El mismo régimen se aplicará cuando la adquisición de las acciones se haya producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución», refiriéndose a lo dispuesto en el número 1 del mismo artículo, donde se establece el régimen antes citado. Se suspende asimismo la inscripción del artículo 12, párrafo tres, sobre retribución por la indeterminación que se deriva de su redacción, contraria al carácter que los Estatutos tiene de norma reguladora de la vida societaria, reconocido por los artículos 9.h) y 130 de la Ley de Sociedades Anónimas y 124 del Reglamento del Registro Mercantil. Contra esta nota pueden los interesados interponer recurso gubernativo en el plazo de dos meses desde su fecha.—Logroño, 18 de noviembre de 1991.—Firma ilegible.—El Registrador, Carlos Pindado López.»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: Que si el apartado f) del artículo 9.º de los Estatutos sociales vulnera lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas, la inscripción no se debe «suspender», sino «denegar». Que se intenta aplicar sin distinción alguna lo establecido para las transmisiones *mortis causa* a las que son consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, lo cual es contrario a los principios de Derecho, ignorándose que no se puede aplicar la misma norma a casos diferentes sin adaptarla a las diferencias de hecho. Que tampoco se entiende cómo se puede suspender y no denegar la inscripción del párrafo 3.º del artículo 12 de los Estatutos. En este caso, el criterio del calificador no está solamente apartado del mandato legal, sino también de la realidad social: a) Que la Ley de Sociedades Anónimas establece en su artículo 130 una norma sobre retribución de los administradores exactamente igual a la contenida en la Ley antigua en su artículo 74, pero añade algo contenido en el artículo 9.º, letra h), de la Ley de 25 de julio de 1989, que en los Estatutos sociales se fije el sistema de retribución de los administradores. Y se insiste en lo que dice la Ley citada y el texto refundido de 27 de diciembre de 1989: «sistema de retribución, si la tuviera...»; b) En la legislación vigente se aclara que el cargo de administrador será retribuido si así lo determinan los Estatutos sociales y que éstos deben fijar el

sistema de retribución, añadiendo diversas resoluciones que tal sistema puede ser combinado, pero que su determinación no puede dejarse a la Junta general (Resoluciones de 18 y 20 de febrero y 20 y 25 de marzo de 1991); c) Que en el caso que se estudia está claro que el cargo de administrador es retribuido y que el sistema de su retribución es la cantidad o cantidades concretas que establezca la Junta general. Que, sin embargo, el Registrador calificador no admite lo pactado por los socios, basado en la «indeterminación que se deriva de su redacción», y parece considerar que es necesario expresar en los Estatutos la cantidad exacta con la que mande ser retribuidos los administradores.

IV. El Registrador acordó mantener la calificación en todos sus extremos y modificar el término «suspensión» por el de «denegación» e informó: 1.º Que en cuanto a la inscripción del derecho de retracto del artículo 9.f) de los Estatutos, se ha defendido la aplicación del artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas por entender que es el significado del último párrafo de dicho precepto, interpretado con arreglo al artículo 3 del Código Civil. Que se considera injusto permitir que se establezca un sistema por el que los socios podrían, por ejemplo, adquirir acciones por precios inferiores a su valor real, beneficiándose de una situación en la que no han intervenido. Que, a estos efectos, las Resoluciones de 27 de abril y 6 de junio de 1990 vinieron a sentar unos criterios cuya importancia estriba en ser los mantenidos por el legislador en el artículo que se comenta. Que de seguirse el criterio del artículo 9.f) de los Estatutos, los socios podrían verse en unos casos beneficiados económicamente al adquirir acciones por valor inferior real, o perjudicados cuando la subasta haya sido instada para evitar precisamente estos derechos de tanteo y retracto, por lo que no cabe inscripción. 2.º Que tampoco cabe inscribir la cláusula del párrafo tercero del artículo 12 de los Estatutos, ya que vulnera las exigencias de determinación derivadas de los artículos 9.h) y 130 de la Ley de Sociedades Anónimas y 124 del Reglamento del Registro Mercantil, habiendo sido sentado el criterio interpretativo de las citadas normas las Resoluciones de 26 de abril de 1990 y 20 de febrero y 4 de octubre de 1991. Que la escueta redacción de la cláusula denegada deja al arbitrio de la Junta, primero, la decisión de la retribución, lo que es contrario a la necesidad de fijación de los Estatutos, y, en segundo lugar, el sistema, ya que la Junta podrá, dada la concisión de la cláusula, retribuir cada año en un concepto distinto: sueldo, participación en beneficios, etc.

V. El Notario recurrente interpuso recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que en relación con la redacción del artículo 9.º, letra f), de los Estatutos sociales, no se comprende cómo se puede establecer que los socios no pueden adquirir las acciones objeto de un procedimiento ejecutivo por el mismo precio que pagó el adquirente, obligándolos a su valoración, con el coste correspondiente, por un auditor de cuentas. Debería bastar, como argumento analógico, lo establecido en el artículo 1.535 del Código Civil, unido al más sencillo sentido común, para entender que la remisión del párrafo segundo del artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas, al régimen establecido en el párrafo primero del mismo precepto, lo es a la necesidad de precisión en los Estatutos sociales para que se dé el derecho de adquisición preferente, y a la necesidad de que se presente un adquirente de las acciones por su «valor real». Pero en el supuesto que se contempla del párrafo 2 del citado artículo 64, ya existe un valor de mercado fijado en una subasta judicial. Que en una economía de mercado, establecida por la Constitución española, el valor real es, en primer lugar, el

establecido por las partes, máxime cuando ha existido una subasta ante el Juez, a la que hay que suponer todas las garantías de que el mercado ha funcionado sólo cuando no ha habido mercado, como en el caso de la herencia, es cuando deberá intervenir un experto, que determina su valor. 2.º Que en relación con la redacción del artículo 12, párrafo 3.º, de los Estatutos hay que volver a citar las Resoluciones de 18 y 20 de febrero y 20 y 25 de marzo de 1991.

Fundamentos de derecho.—Vistos los artículos 1.255 del Código Civil; 9, 10, 64 y 130 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989.

1. La primera de las cuestiones que se debate en el presente recurso es la de decidir si establecido por los Estatutos sociales un derecho de retracto en favor de los socios para el caso de ejecución forzosa de las acciones de uno de ellos como consecuencia de su embargo o gravamen puede acordarse además que tal adquisición preferente se efectuará «por el mismo precio, pactos y condiciones» en que los haya adquirido el adjudicatario, o si por el contrario, el precio para tal adquisición ha de ser necesariamente el que resulte conforme al procedimiento previsto en el artículo 64.1.º, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas.

2. No cabe rechazar en principio la previsión estatutaria en la escritura calificada de prevalencia del precio de remate —a falta de acuerdo entre las partes— en el caso de ejercicio de ese derecho de adquisición preferente de acciones enajenadas en ejecución judicial o administrativa, ya que la previsión legal de aplicación a las enajenaciones forzosas del mismo régimen previsto en el artículo 64.1.º de la Ley de Sociedades Anónimas para los supuestos de transmisión *mortis causa* ha de entenderse en armonía con la diversidad sustancial existente entre ambas hipótesis y teniendo en cuenta que el precio del remate obtenido en los procedimientos judiciales o administrativos de ejecución es un fiel indicador del verdadero valor de los bienes enajenados debido a la objetividad e imparcialidad de los medios de tasación, así como a la publicidad y el carácter abierto de los cauces en que se desenvuelven estas enajenaciones.

3. Por todo lo expuesto ha de concluirse que la previsión contenida en el artículo 64.1.º, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas se concreta únicamente en la proclamación del derecho de adquisición preferente, no sólo en las transmisiones *mortis causa*, sino también en los casos de transmisión de acciones a consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; pero que en lo referente al precio para su ejercicio, en modo alguno puede excluirse la previsión estatutaria que señala como tal el importe del remate. Esta interpretación resulta además plenamente respetuosa con la seriedad que debe rodear a las enajenaciones forzosas; con la propia naturaleza del derecho de adquisición preferente en cuanto derecho a subrogarse en el lugar del comprador; con el principio de responsabilidad patrimonial universal en cuanto garantiza al acreedor la realización del íntegro valor en cambio de las acciones a ejecutar, con independencia del valor potencial de las mismas; por último, proporciona una solución equilibrada entre los intereses del accionista ejecutado y el de sus consocios, pues a la vez que garantiza al primero —tal como se ha indicado— el no perjuicio patrimonial, pone a los segundos al abrigo de pretensiones arbitrarias y les impide

colocarse en una posición ventajosa a la hora de la subasta frente a los demás postores.

4. Finalmente, es de observar que la cuestión planteada en este recurso no es la de determinar si el socio ejecutado o rematante —contra la previsión estatutaria específica— pueden exigir que prevalezca el precio de remate y no el valor real de las acciones obtenido conforme al procedimiento previsto en el artículo 64.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino la de decidir si este precepto legal cierra o no a los Estatutos la opción por el precio de remate en caso de enajenación forzosa de acciones; y en este sentido no cabe desconocer que el derecho de adquisición preferente en estos supuestos sólo se dará cuando los mismos Estatutos así lo hayan establecido y que si el único derecho que se trata de proteger es el de los accionistas, no existe obstáculo para que puedan regular a su arbitrio su desenvolvimiento, máxime cuando la previsión adoptada se limita a respetar el precio resultante de un procedimiento judicial o administrativo (véase arts. 1.255 CC y 10 LSA).

5. Respecto al segundo de los defectos recurridos que suspende la inscripción de la cláusula estatutaria en la que se establece que «el cargo de administrador será retribuido con las cantidades que establezca la Junta general», procede su confirmación.

Como ha señalado reiteradamente esta Dirección General, la compaginación del legítimo interés de los socios y las expectativas económicas de los propios administradores impone la necesaria previsión estatutaria tanto de la posibilidad misma de retribución de éstos como, en su caso, del concreto sistema retributivo que se prevea —sea éste simple o combinado—, a fin de que los accionistas puedan formarse una idea precisa de la significación de los derechos económicos de los administradores y de su repercusión a la hora de la fijación de los beneficios sociales distribuibles. Ello determina la eliminación de todas aquellas previsiones estatutarias, como la ahora debatida, en las que claramente se elude aquella exigencia, pues en definitiva se remite a la propia Junta toda decisión, tanto sobre la efectiva existencia de retribución como sobre su modalidad (esta cantidad lo mismo puede fijarse como un porcentaje de los beneficios habidos, que de modo alzado o a través de un tanto por asistencia, etc.) y alcance económico, difuminándose así la definición estatutaria de los derechos del socio, que la Ley presupone (vid. arts. 9 y 130 LSA).

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto y confirmar el 2.º defecto.

Madrid, 23 de febrero de 1993.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Sr. Registrador Mercantil de La Rioja.

(BOE de 24 de enero)

COMENTARIO

Como vemos resuelve la Dirección dos cuestiones que no tienen ninguna relación entre sí y que deben ser objeto de comentarios separados.

En la primera de las cuestiones, a mi juicio, considerablemente más inte-

resante, la Resolución se encuadra dentro de lo que podíamos denominar Resoluciones interpretativas, por que no vienen a solucionar un concreto conflicto de intereses, sino que interpretan un precepto legal; en este caso el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas. A primera vista sorprende la doctrina sentada, por que supone un giro, al menos parcial, respecto de la doctrina de la Resolución de 6 de junio de 1990 en primer lugar y, además, por que parece que no había nada que interpretar (*in claris non fit interpretatio*) ya que el citado precepto se limita a establecer con claridad que «el mismo régimen —el de las transmisiones *mortis causa*— se aplicará cuando la adquisición de las acciones se haya producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución. Efectivamente, puede interpretarse que ese «mismo régimen» es el establecido en el párrafo 1.º del artículo que sienta tres afirmaciones: 1.º La necesidad de establecer estatutariamente las restricciones en las transmisiones ejecutivas para que sean aplicables. 2.º La exigencia de la configuración de un derecho de retracto alternativo en favor de adquirente que obtenga el beneplácito de la Sociedad —por regla general los propios socios— o de la propia Sociedad. 3.º La fijación del precio equivalente al valor real por el procedimiento de la tasación a cargo de un auditor de cuentas.

Ahora, la Dirección entiende que la remisión es sólo respecto a los dos primeros requisitos y que la valoración del Auditor de Cuentas puede ser sustituida por el precio del remate.

Hay efectivamente un giro en la doctrina si no total sí evidente. En efecto, en la Resolución de 6 de junio de 1990 se discutió la eficacia, con relación a las ventas judiciales o administrativas, de una cláusula por la que se establecía un derecho de adquisición preferente por el precio fijado por un árbitro; precio que podía ser distinto del remate. El supuesto de hecho ocurría antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, aunque la Resolución se dictó, lógicamente, estando ya vigente la Ley y su artículo 64. El Registrador ponía reparo a que se retrayeran acciones adquiridas en un procedimiento judicial por precio distinto del remate. La Dirección no admitió la objeción y en consonancia con el nuevo texto del artículo 64 estableció la posibilidad del pacto, señalando, además, en doctrina muy ajustada y progresista, que desde luego considero que puede y debe trasladarse a todos los supuestos de pre-emoción, que «sólo permitirá obtener el verdadero valor de las acciones aquellos sistemas de tasación que tengan en cuenta los elementos inmateriales de la empresa como son las expectativas, la clientela, y en general el denominado fondo de comercio. El mismo sistema se establecía ya en la LSA. En efecto, en el artículo 21, al hablar del derecho de adquisición preferente de las participaciones sociales, en los casos de sucesión hereditaria, confiere a los socios sobrevivientes la facultad de adquirirlas por su valor real, que según el artículo 20 consiste en el fijado por tres peritos, nombrados uno por cada parte, y el tercero, de común acuerdo, o si esto no se logra por el Juez. Como vemos se establece un sistema de valoración similar, ya que el sistema pericial es antecedente del actual sistema mas perfecto de valoración por auditores. Ahora la Resolución contempla un supuesto de hecho distinto y el artículo 74 está en vigor, y, sin embargo, la Dirección admite que se pacte estatutariamente el precio del remate rebajando el párrafo segundo del artículo 64 en relación con la segunda parte de su párrafo 1.º a la condición de derecho supletorio.

El admitir el valor del remate tiene bastantes ventajas a mi juicio y mejora la regulación legal del valor de auditación pero también presenta algunos

inconvenientes. La ventaja más evidente es evitar la distorsión que se podía producir, y que ya indicaba el Registrador en la Resolución del 6 de junio de 1990 en su informe, si el bien rematado era adquirido por el retrayente por un valor —el de tasación— distinto del de remate, después que, aprobado el precio el rematante hubiera consignado el precio y hubiera pretendido ejercitar los derechos que las acciones rematadas le concedían. Si el valor de tasación era inferior al del remate, el rematante se vería despojado de un bien que había adquirido por legítimo título y cuyo precio había pagado y depositado en el Juzgado, sin saber bien quien le tendría que resarcir de la diferencia. Porque aunque el propio título de la acción le hubiera advertido de las restricciones a su transmisibilidad (artículo 53 LSA) no podría advertirle que el valor de una tasación efectuada con posterioridad iba a ser inferior a su propia valoración personal, valoración hasta cuya cuantía estuvo dispuesto a rematar las acciones. En cambio, si el valor fuera superior al del remate el problema sería menor y entiendo que el exceso de precio quedaría afecto a las resultas del juicio como si se hubiera rematado con cantidad superior, coincidente con la valoración.

Evidentemente el régimen que ahora se admite por vía de pacto es superior al legal y no se entiende por que no lo tuvo en cuenta el legislador al redactar el artículo, aunque la doctrina que sienta la Dirección permitirá establecerlo por vía estatutaria. No significa esto que el precio del remate no presente algunos inconvenientes porque también los plantea. El principal será que, con frecuencia, el precio del remate no coincidirá con el valor real que es el valor que exige el artículo 64 LSA y el 123 S del Reglamento del Registro Mercantil. En ocasiones será inferior al valor real ya que el artículo 1449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que se admitirán posturas desde las dos terceras partes del avalúo, otras veces el remate será superior al valor real de las acciones cuando se pretende conseguir determinadas mayorías por el rematante, lo que le llevará a rematar por precio superior a su valor real. En otras ocasiones el remate por un precio muy superior enmascarará ventas fraudulentas en connivencia del rematante y el rematado, para evitar las restricciones estatutarias. La Resolución no es ajena a éste problema pero puesta a optar elige la solución que a mi juicio es más ajustada y en su considerando tercero afirma que el sistema garantiza el valor en cambio con independencia del valor real que llama «valor potencial».

Queda finalmente que aclarar si la valoración por el precio del remate, con preferencia al valor de tasación por auditor es excepcional y única, o, llevando a sus últimas consecuencias la consideración de derecho supletorio del artículo 64, se podría pactar estatutariamente cualquier otro sistema de obtener el valor de la acción para ejercitar el retracto (Recordemos los de valor según el último balance aprobado, cotización oficial en Bolsa, capitalización del dividendo medio repartido durante varios ejercicios sociales anteriores a la transmisión, etc...). Entendemos que eso no es posible en base a la doctrina sentada en la Resolución de 6 de junio de 1990, y a la propia Resolución que comentamos. Efectivamente la de 6 de junio de 1990 parece que establece que la tasación es el único medio que permite obtener el valor real de las acciones y en la propia Resolución se indica que el pacto «proporciona una solución equilibrada entre los intereses del accionista ejecutado y el de sus consocios... y se limita a respetar el precio resultante de un procedimiento judicial o administrativo». No obstante sí creo posible, en base a lo afirmado, el establecer una cláusula que señalará como precio de adquisición preferente el supe-

rior entre el precio del remate y el valor de auditación de las acciones. Efectivamente tendría todas las ventajas de ambos sistemas, reforzaría la responsabilidad universal del deudor, y el derecho de acreedores y no perjudicaría a los terceros que a mi juicio son los acreedores del socio y el propio rematante. La segunda cuestión planteada en la Resolución, relativa a la retribución de los Administradores, es problema que parece poco importante y que sin embargo ha dado origen a numerosas Resoluciones antes y después de la reforma como las de 18 y 20 de febrero, 20 y 25 de marzo y 26 de julio de 1991, 17 de febrero de 1992 y esta que ahora comentamos y que, confirmando las Resoluciones de 18 y 20 de febrero y 20 y 25 de marzo de 1991, exige que los Estatutos, si pactan retribución a los Administradores, deben establecer el concreto sistema retributivo. Confieso mi perplejidad y mi creencia que cuando un artículo, el 130, cuya redacción actual coincide con la del artículo 74 de la antigua Ley del 51, provoca tal avalancha de jurisprudencia la culpa es del propio legislador que contribuye a crear confusión sobre una cuestión con una redacción poco afortunada. Dos partes tiene el precepto: La primera se limita a señalar que «la retribución de los Administradores debe ser fijada por los estatutos».

Garrigues y Uría en sus comentarios entienden que el sentido del precepto es que, si existe retribución, esta debe ser fijada, aunque, sin embargo, nada prohíbe que el cargo sea gratuito y lo será siempre que los Estatutos no hayan previsto expresamente la retribución, sin perjuicio de que los Administradores puedan percibir una retribución, aun en el caso de que el cargo sea gratuito, si prestan a la Sociedad una actividad profesional específica. Fijada la retribución, los estatutos deben establecer «el modo de retribuir a los Administradores: si mediante sueldo, dietas por asistencia a las reuniones del Consejo, participación en las ganancias, etc... Una vez fijado el criterio o sistema de retribución será la Junta General la encargada de fijar esta retribución».

Lanzas Galvache señala que «los Estatutos deben de ser claros en este punto: los cargos o son gratuitos o son retribuidos, y, en este último caso, aunque caben fórmulas cumulativas, no puede dejarse a la voluntad de la Junta la elección entre una u otra de las formas que admita, por que con ello se restaría innecesariamente seguridad, no sólo a los administradores..., sino también a los socios. No es necesario en cambio que los Estatutos fijen su cuantía que normalmente dependerá de la evolución de los negocios, por lo que puede confiarse a la Junta pero no al propio Consejo».

Ruano Borrella por su parte señala que el artículo 9 *h* de la Ley lleva a una consecuencia rígida respecto a la fijación o no en Estatutos del sistema de retribución; pues al decir «si la tuvieren» rechaza toda retribución que no resulte claramente de tales Estatutos, lo cual significa que no puede dejarse a decisión de la Junta General el determinar si los administradores habrán de ser o no retribuidos, lo cual le lleva también a rechazar que la Junta elija entre varios sistemas de retribución.

La segunda parte del precepto, mucho más interesante, se ocupa de la retribución consistente en una participación en los beneficios y ha dado origen a una doctrina, a mi juicio inadecuada, con la exigencia de la fijación de un porcentaje concreto, que exigió la Resolución de 29 de Noviembre de 1956, confirmada con la de 26 de abril de 1989. Sin entrar en el tema, por no ser objeto de este comentario nos limitaremos a señalar que parece más adecuado al sentido del precepto y a la realidad de la vida social la fórmula de consenso adoptada por los Registradores de los Registros Mercantiles de Valencia y una

comisión de Notarios de la misma capital que establecieron, que cuando la retribución consista en una participación en los beneficios, la cuantía debe necesariamente fijarse pero admitiendo que se señale un mínimo (que no sea cero o cantidad tan baja que equivalga a un mínimo formal pero no real) y un máximo (que por su cuantía sea excepcionalmente desorbitado).

Discute el Recurso —en el que el Notario invoca a su favor las Resoluciones de 18 y 20 de febrero y 20 y 25 de marzo de 1991— solamente si con el pacto «el cargo de administrador será retribuido con las cantidades que establezca la Junta General», se está precisando el concreto sistema retributivo. La Dirección entiende que no por dos motivos: 1.º Se remite a la propia Junta la decisión sobre la efectiva eficiencia de la retribución. 2.º No se concreta la modalidad ya que esa cantidad podría fijarse como un porcentaje de los beneficios o como una cantidad alzada.

No entiendo muy bien los escrúpulos de la Dirección y confieso que yo hubiera inscrito la cláusula, por que a mi juicio estaba claro que el cargo era necesariamente retribuido no existiendo ninguna indeterminación sobre la existencia o no de la retribución. Y segundo por que aunque las cantidades correspondieran a los otros posibles sistemas de retribución es decir dietas por asistencia a consejos o sueldo o incluso gastos de representación o cualquiera de las distintas modalidades que pudieran idearse, como la fijación numérica, en pesetas, corresponde a la Junta General, que juzga además sobre la procedencia o improcedencia de retribuir el cargo, según las circunstancias por las que atraviesa la sociedad (R. 27 de febrero de 1992), esa fijación numérica puede hacerla la Junta fijándose en los beneficios y de hecho la cuantificación económica de la marcha de la Sociedad viene determinada por los beneficios con lo que el intento del precepto queda inoperante.

Si el pacto, que ahora se deniega, hubiera sido que el cargo de administrador será retribuido por las cantidades que establezca la Junta General en concepto de sueldo o en conceptos de dieta hubiera sido inscribible, conforme a la Doctrina de la Dirección General y las facultades de la Junta hubieran continuado siendo las mismas. Creo que la solución del problema habría que buscarla en la «ratio» del precepto que para Garrigues y Uría está en “proteger a los Administradores y, al propio tiempo, a los accionistas. A los primeros, porque impide que la Junta suprima la retribución del Administrador o varíe el sistema de retribución establecido en los Estatutos, a menos que preceda una reforma estatutaria. A los accionistas, por que los administradores no tienen derecho a cambiar por su propia autoridad el sistema de retribución”. Pues bien, si esto es así todo se solucionaría a mi juicio, estableciendo que la retribución de los Administradores será fijada por la Junta General por los *quorum* reforzados exigibles para la modificación de los Estatutos. Si, previa reforma estatutaria, se puede crear, variar o suprimir el sistema y la proporción posible de retribución, con el mismo motivo, con estos *quorum* reforzados, se podría poder fijar la retribución de los Administradores sin problema alguno.

Pero de momento la dicción del 130 y la doctrina de la Dirección General de los Registros obliga a distinguir entre sistema de retribución y cuantía dentro de cada sistema que se adopta. Los tres sistemas posibles son la retribución por dietas, la retribución por sueldo y la retribución por participación en beneficio. La cuantía no hace falta fijarla estatutariamente en los sistemas 1.º y 2.º quedando su determinación al acuerdo de la Junta General; en el 3.º sistema debe fijarse necesariamente porcentaje aunque si se admite la rebaja

de los Registradores Mercantiles de Valencia bastará señalar un mínimo y un máximo. Además no cabrá fijar sistemas alternativos como por ejemplo por dietas o por sueldos y sí sistemas acumulativos de modo que se adicione dos cualquiera de los sistemas o incluso tres a la vez. Finalmente señalar que conceptualmente podría admitirse un sistema más sofisticado de retribución, pero su existencia no alterar en lo fundamental todo lo expuesto.

SALVADOR MÍNGUEZ SANZ

EL NEGOCIO DE APORTACION DE BIENES A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES NO ES INSCRIBIBLE SI CARECE DE CAUSA. (RESOLUCIÓN DE 11 DE JUNIO DE 1993, BOE de 9 de julio de 1993.)

Hechos. I. El día 24 de mayo de 1989, ante don Tomás Sobrino González, Notario de Saldaña, los cónyuges don Silvino P. P. y doña Catalina C. Ll. otorgaron una escritura de declaración de obra nueva de un edificio sobre una finca inscrita con carácter privativo de él. En dicha escritura se estableció lo siguiente: «II. Que don Silvino P. P. aporta la finca antes descrita a su sociedad de gananciales. III. Que don Silvino P. P. y su esposa, doña Catalina C. Ll., han realizado sobre la finca descrita en el expositivo I) de este instrumento la siguiente construcción: ...IV. Los comparecientes se ratifican en todas las operaciones contenidas en este instrumento solicitando del señor Registrador de la Propiedad se inscriba el edificio descrito a su nombre y con carácter ganancial».

II. Presentada primera copia de la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Saldaña fue calificada con la siguiente nota: «No procede la práctica de la inscripción solicitada de conformidad con los artículos 18, 19 Ley Hipotecaria, 429 y demás concordantes del Reglamento, por haberse observado los siguientes defectos: 1. El negocio jurídico de aportación es un negocio jurídico inexistente por defecto de causa (1.261-3 y 1.275 CC), y siendo preciso para la práctica de la inscripción un título perfecto (arts. 2 y 3 de la Ley Hipotecaria), no puede practicarse la inscripción solicitada. 2. La sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, no es más que una comunidad de bienes, si bien de tipo germánico o en mano común (R. de 30 de junio de 1927 y numerosas posteriores), y siendo preciso para inscribir en el Registro un titular (arts. 9-4 de la Ley y 51-9 del Reglamento), tampoco procede la inscripción. 3. Porque el conjunto de la operación envuelve un fraude de ley (art. 6-4, título preliminar, del CC), ya que amparándose en el artículo 1.355 CC se pretende un resultado contrario al ordenamiento jurídico: artículos 358 CC, 1.359, párrafo 1.º CC.—Saldaña, a 27 de junio de 1989.—El Registrador, firmado: Juan Ignacio de los Mozos Touya».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación, alegando: 1.º En cuanto al primer defecto de la nota: que no puede mantenerse que el negocio jurídico de aportación de un bien privativo a una sociedad de gananciales, tanto en general como en la forma concreta de la escritura calificada, carezca de causa, y ello no sólo por la presunción de existencia de causa del artículo 1.277 del Código Civil, sino por tratarse de un acto perfectamente realizable mediante acuerdo de los esposos, una vez que se permite la contratación entre los mismos, reconocido expresamente en el artículo 48.I.B), 3, del texto refundido del Im-