

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 10 DE ENERO DE 2011 (708/2011)**

**Inadmisión en SA de cláusula estatutaria
de transmisión indirecta de acciones**

Comentario a cargo de:
María del Sagrario Navarro Lériða
Profesora Contratada Doctor de Derecho Mercantil
UCLM

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 10 DE ENERO DE 2011**

ID CENDOJ: 28079110012011100069

PONENTE: *EXCMO. SR. DON FRANCISCO MARÍN CASTÁN*

Asunto: El TS no admite inscribir en los estatutos de una SA una cláusula de restricción a la transmisión indirecta de acciones, al entender que tal cláusula atenta contra los principios configuradores de la SA, pues la convierten en una sociedad absolutamente cerrada. El voto particular de uno de los magistrados defiende sin embargo la licitud de las normas estatutarias que impongan una restricción positiva, con independencia de que el tipo escogido se ajuste o no a la estructura ideal de la sociedad anónima estrictamente capitalista, abierta y regida por el “*intuitus pecuniae*”, ya que en modo alguno vulneran las previsiones imperativas contenidas antes en la Ley de Sociedades Anónimas, y hoy en la Ley de Sociedades de Capital.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. La cuestión tipológica y los llamados principios

configuradores de la sociedad anónima. 5.2. Las cláusulas de restricción de transmisibilidad lícitas en las sociedades anónimas y la naturaleza de la cláusula de “rescate”. 5.3. La obligada reconducción del problema al régimen de la exclusión de accionistas. 5.4. Voto particular. 5.5. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

La sentencia trae causa de un recurso de casación por interés casacional que se interpone contra una sentencia de apelación dictada en el juicio verbal que prevé el art. 328 de la Ley Hipotecaria para sustanciar en vía judicial las impugnaciones o recursos contra las resoluciones expresas o presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de calificación negativa del registrador. En el caso examinado la resolución impugnada fue presunta y la calificación negativa, de una registradora mercantil, afectó a una parte de la modificación de estatutos de una sociedad anónima, concretamente a la incorporación de un nuevo artículo que pretendía incorporar un derecho de rescate a favor de los demás accionistas y de la sociedad para el caso de que se produjese un cambio en la composición de las sociedades-socias de manera que los que las controlaban perdiesen, por cualquier motivo, el control de las mismas. La calificación negativa de este artículo (a la postre 8 bis) cuya incorporación en los Estatutos se pretendía, se fundó, en sede registral, en que “no es una norma que regule la organización y funcionamiento de la sociedad sino que regula el derecho de rescate a favor de la sociedad sobre acciones que fueron válidamente adquiridas según la Ley y los estatutos por terceros, lo que contradice los principios configuradores de la Sociedad Anónima (art. 10 LSA). Por otra parte, es un pacto que establece obligaciones a futuros titulares de acciones que no han prestado su consentimiento, en contra de lo dispuesto en los arts. 1258 y 1261 CC”.

2. Soluciones dadas en primera instancia

En el caso de autos, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda amparándose en los siguientes fundamentos. 1) La jurisprudencia citada en la demanda versaba sobre un caso diferente del enjuiciado, concretamente las limitaciones a la libre transmisibilidad y no un derecho de rescate similar al contemplado en el controvertido artículo 8 bis; 2) la calificación negativa de la registradora mercantil era correcta porque a diferencia de las sociedades limitadas, para las que expresamente se prevé la expulsión de un socio en los arts. 98 LSRL y 207 y 188.3 RRM, en el caso de las sociedades anónimas no había ninguna norma similar; 3) la modificación de los estatutos de una sociedad anónima aplicando analógicamente disposiciones reguladoras de la sociedad limitada borraría las diferencias entre uno

y otro tipo societario; 4) pese a existir ciertamente opiniones doctrinales favorables a pactos como el plasmado en el conflictivo art. 8 bis, éste no podía entenderse ajustado a la ley por suponer en la práctica la exclusión de un socio derivada de la adquisición de sus acciones por la sociedad u otros socios; 5) de aplicarse analógicamente a las sociedades anónimas lo permitido para las de responsabilidad limitada, serían exigibles los requisitos establecidos en el art. 207 RRM, esto es el consentimiento de todos los socios expresado en la junta o supliéndolo en acta notarial; 6) además, tampoco se ajustaba el art. 8 bis de los estatutos al art. 44 LSA, pues se facultaba al órgano de administración para suspender los derechos políticos del socio.

3. Soluciones dadas en apelación

Interpuesto recurso de apelación por la sociedad demandante, el Tribunal lo desestimó, salvo en materia de costas, por multitud de fundamentos entre los que pueden destacarse a efectos de este comentario: 1) Que la primera y más destacada característica de la sociedad anónima es su carácter capitalista, de suerte que lo que interesa no son las condiciones personales de sus socios sino la participación que cada uno tenga en el capital social y la identidad de los derechos que las acciones de la misma confieran a su titular; 2) Que uno de los principios configuradores de la sociedad anónima “es el de la irrelevancia frente a la sociedad de las alteraciones subjetivas que puedan producirse entre sus socios y que desde este punto de vista el derecho de rescate contemplado en el controvertido artículo 8 bis contraviene dicho principio por no fundarse en la participación social de la sociedad adquirente de acciones de la sociedad apelante, sino “en el cambio subjetivo que puede operarse en quien siendo socio viene obligado a transmitir”; 3) Que con ello “los derechos sociales ya no se hacen derivar exclusivamente de la titularidad de las acciones –idénticos cuando éstas sean de la misma clase–, sino del posible cambio de las cualidades subjetivas del propietario de las acciones a rescatar, lo que sin lugar a dudas contraría el principio de igualdad entre accionistas de la misma clase que no es sino otra manifestación del carácter capitalista y no personalista de este tipo de sociedades mercantiles que por tanto; 4) Que el derecho español “no permite, por el carácter capitalista de la sociedad anónima, que en su ámbito se introduzcan estatutariamente cláusulas de exclusión de la condición de socio, que es lo que el derecho de rescate supone”; 5) Que incluso desde la óptica la óptica de ser considerara como cláusula restrictiva de la transmisibilidad de las acciones, acontece que la misma cae de lleno en la prohibición del art. 63 LSA, por cuanto impide que personas extrañas al grupo familiar que actualmente detentan el control en la mercantil puedan participar en el futuro en esa sociedad, lo que sí hace que sus acciones prácticamente intransmisibles fuera de los socios de la sociedad recurrente y sus parientes.

4. Los motivos de casación alegados

En primer lugar, señala el Tribunal que aunque el escrito de interposición del recurso de casación invoca dos de las tres modalidades de interés casacional contempladas en el apdo. 3 del art. 477 LEC, concretamente oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y resolución de puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, esta Sala admitió en su momento el recurso únicamente por interés casacional en la primera de dichas modalidades, de modo que ahora se prescindirá por completo de examinar las alegaciones del recurso referidas a esa posible contradicción entre Audiencias Provinciales.

Como exponentes de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que la sociedad recurrente considera opuesta a la sentencia recurrida se citan en el recurso tres sentencias de esta Sala: la de 25 de octubre de 1999 (rec. 488/95), en cuanto considera posible la limitación a la transmibilidad de acciones y la objetivación de un precio para su rescate por la sociedad anónima con base en la limitación previamente establecida; la de 16 de marzo de 1995 (rec. 3946/91), en cuanto considera que el límite de la autonomía de la voluntad en la redacción de los estatutos de una sociedad anónima es el establecido en los arts. 1255 y 1258 CC y que son posibles las cláusulas penales en el marco estatutario sin contradecir los principios configuradores de la sociedad anónima; y la de 6 de marzo de 1998 (rec. 591/94), en cuanto declara que caben restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones y la limitación debe contener específica y adicionalmente un derecho de retracto, pues de no ser así no se podrá ejercitar.

Si bien es cierto que de las tres sentencias de esta Sala citadas por la parte recurrente como exponentes de la doctrina jurisprudencial a la que se opondría la sentencia impugnada, ninguna trata específicamente de la misma cuestión sobre la que versa el presente litigio, sin embargo ni la diversidad de materias entre las tres sentencias referidas ni su falta de total coincidencia con la materia del presente recurso determinan que éste no sea admisible, pues cuando precisamente por la propia novedad de la materia que plantee el recurso por interés casacional resulte prácticamente imposible la invocación de sentencias que específicamente traten de la misma, será admisible aquel recurso que, como el presente, someta a la decisión de esta Sala una cuestión jurídica relevante y de interés general citando como exponentes de su doctrina jurisprudencial las sentencias que, versando sobre materias relacionadas con esa cuestión, puedan considerarse representativas de unos determinados criterios o postulados jurisprudenciales de carácter más general pero que, a modo de principios, permitan dar respuesta fundada a la nueva cuestión planteada, máxime si además de las sentencias citadas en el recurso cabe tener en consideración otra u otras igualmente dictadas por esta Sala que también guarden relación con la cuestión de que se trate.

Señala el Tribunal que lleva razón el abogado del Estado al objetar la falta de motivación del recurso por no contener una verdadera crítica de la sentencia impugnada, pues ciertamente el recurso prescinde por completo del art. 10 LSA, que es el fundamentalmente aplicado por el tribunal sentenciador para resolver la cuestión litigiosa. Sin embargo, y es aquí donde cabe circunscribir el *corpus* de la resolución, tampoco este defecto es determinante de que el recurso deba considerarse no admisible, porque la cita de las tres referidas sentencias de esta Sala junto con la de los arts. 63 LSA, 1255 y 1258 CC y 123 RRM permite comprender sin ningún género de dudas que lo planteado ante esta Sala, como cuestión de interés casacional, es si el denominado “derecho de rescate” del cuestionado artículo 8 bis de los estatutos de la sociedad recurrente supone ir más allá de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones contenidas en su artículo 8 hasta el punto de acabar contradiciendo “los principios configuradores de la Sociedad Anónima” a que se refiere el art. 10 LSA, todo ello desde el punto de partida de que el artículo 8 de los estatutos necesariamente ha de considerarse ajustado al art. 63 LSA porque no fue calificado negativamente por la registradora mercantil y por tanto no es objeto del presente litigio.

En definitiva pues, el Tribunal pretende “casar”, arrojando luz en una materia, que si bien novedosa (por ser la primera vez que debe analizarse una cláusula estatutaria del tenor literal de la controvertida en el supuesto de hecho), entronca con asuntos nucleares del derecho de sociedades anónimas.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *La cuestión tipológica y los llamados principios configuradores de la sociedad anónima*

La fundamentación de la sentencia se mueve, de manera reiterada, en la defensa de la naturaleza de la sociedad anónima como sociedad eminentemente abierta, frente a la sociedad de responsabilidad limitada. Así, señala, que recientemente el legislador, en la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ha señalado que “en el plano teórico” una de las notas características que distinguen las sociedades anónimas de las de responsabilidad limitada es que “mientras las primeras son sociedades naturalmente abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas”. Sin embargo, el propio Tribunal “minora” la declaración de la EM según la cual “esa contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas –salvo, obviamente, las cotizadas– son socieda-

des cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones”, reconociendo así que “el modelo legal subyacente no se corresponde con el modelo real”. Y minorando esta declaración, se aferra el Tribunal a que el texto legal, que debe recordarse es posterior a la calificación impugnada en el caso de autos, sigue manteniendo en lo esencial las características anteriores de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada (abierta y cerrada respectivamente), dejando para el futuro una regulación en la que “más que una rígida contraposición por razón de la forma social elegida, la distinción esencial radicaría en tener o no la condición de sociedad cotizada”.

No ha faltado doctrina que ha alabado la posición del Tribunal, expeditiva y clarificadora, frente a un legislador “mero observador” que olvida que no es filósofo ni sociólogo, sino ordenador. Y que no encontrando la necesidad de ordenar, debe mantener silencio (Illescas Ortiz [2012], pgs. 209-2010).

Sin embargo, y como línea de principio, entendemos que la verdadera comprensión del complejo asunto aquí tratado no debería perderse en el tenebroso bosque de conceptos como “principios configuradores” o “polivalencia funcional” de los dos tipos principales de sociedades de capital. Y es que tras muchos años parece que lo único que sí puede hacerse es dudar de que esos “principios configuradores” en el caso que nos ocupa, de la sociedad anónima, sean ciertamente eso, principios, cauces para dar seguridad jurídica y no diques o muros levantados como cortapisas a falta de auténtica argumentación jurídica, fugas escapistas de los problemas concretos que la realidad societaria presenta y seguirá presentando constantemente. No puede caerse así en la tentación de llevar a cabo “una elefantiasis de los mismos, plétora sin mas razón de ser que el criterio personal del intérprete, con perturbación de la seguida jurídica y de la profundización objetiva en el problema real planteado” (en palabras de Garrido de Palma, V.M. [1996], pgs. 1875-1876).

Ha sido mucha la doctrina estudiosa del tema, en el ámbito de la autonomía de la voluntad en una y otra forma societaria. Y lo que parece claro es que la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, pueden ser, ambas, abiertas y cerradas, al menos pueden ambas abrirse o cerrarse en función del uso legítimo de la autonomía de la voluntad.

En efecto, no es fácil extraer de los esquemas legales de la SA y la SRL un “tipo normativo ideal” de cada una de ellas que sirva como arquetipo o modelo al legislador para orientar la actuación de los agentes económicos. Es posible por tanto que quizá sólo puede hablarse de un “tipo prevalente” de SA y otro de SRL, aquél más abierto, y este más cerrado, tipo “prevalente” entendido, señala la doctrina, como “tipo frecuencia-normativo”, esto es el tipo normativo que más atención ha merecido por parte del legislador, pero que al no excluir la existencia de otros “tipos normativos” menos frecuentes en el esquema legal, no puede generalizarse a todos los supuestos de hecho pero no excluyen (Viera González, J.A. [2002], pgs. 251-252)

Lo relevante es pues que el juego de la autonomía de la voluntad no violenta la “lógica” del derecho de sociedades.

5.2. *Las cláusulas de restricción de transmisibilidad lícitas en las sociedades anónimas y la naturaleza de la cláusula de “rescate”*

Partiendo pues el Tribunal de que la distinción entre sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada no era, al tiempo de la calificación impugnada, una distinción puramente teórica sino real en el plano normativo, se analiza la cláusula objeto de impugnación como verdadero supuesto de cláusula restrictiva de la transmisibilidad de acciones. Apelando a la norma que regulaba el tema en la Ley de 1989 (art. 63) y a la que hoy lo contempla (art. 123 de la LSC), concluye la sentencia que la respuesta a la cuestión planteada es que una sociedad anónima no puede tener una regulación estatutaria que la configure como esencialmente personalista o absolutamente cerrada por estar ello en contradicción con los principios configuradores de la Sociedad Anónima.

Pues bien, sin perjuicio de lo que se diga en las líneas que siguen, debe adelantarse aquí que el debate no está en el marco de las restricciones a la transmisibilidad, pues en efecto, la lectura de la cláusula en cuestión permite atisbar que lo pretendido es justamente lo contrario: la absoluta transmisibilidad, eso sí, forzada.

La doctrina ha señalado que el universo de posibles tipos de cláusulas restrictivas de la transmisibilidad de acciones es amplio, y por tanto cabría toda una rica gama de cláusulas dada la potencial multiplicidad de los diseños normativos. Si bien, se señala, en la práctica pueden encontrarse con dos grupos diferenciados: los que limitan una condición pura a la facultad de disposición y que se resuelven en una autorización a favor de su beneficiario; y otros cuya operatividad se resuelve en una adquisición de la participación sometida a restricción, bien porque la adquisición sea la forma de manifestarse de la autorización (adquisición preferente, prelación, ...) o bien porque esa adquisición sea facultad del beneficiario ante eventos no necesariamente transmisivos (rescate) (Perdices Huetos, A.B., [1997] pgs. 45-47).

De tratarse de una cláusula que opera en el ámbito de la transmisión de acciones, ésta podría encuadrarse en el último de estos supuestos. En efecto, la cláusula consagra un “derecho de rescate” de las acciones de la compañía a favor de sus socios o de ella misma; se otorga ese derecho especialmente cuando los socios “rescatables” fueran sociedades y su accionista de control perdiera en determinadas circunstancias el control de los dos tercios de votos en la junta general de su sociedad –la sociedad participante– con el consiguiente reflejo en la composición de la mayoría de la sociedad participada, a la postre, la que pretende modificar sus estatutos.

Ahora bien, ese supuesto “rescate” más que a un supuesto de restricción a la transmisión de acciones, se asemeja ciertamente a un derecho a excluir a esos supuestos socios rescatables, cuando cambian el sustrato personal no de ellos (pues la persona jurídica no muta) sino de su núcleo de control. En definitiva pues, lo pretendido por la mercantil es introducir una cláusula por la que los socios personas jurídicas de la misma podrían ser privados de su condición de socio, obligando a vender sus acciones a los demás socios o a la propia sociedad, cuando se produce un cambio en su accionariado que modifique el núcleo de control.

Se sostiene por parte de la doctrina que ha analizado el asunto, que la cláusula cuya inclusión se pretende es un supuesto de “restricción a las transmisiones indirectas” (Sánchez Álvarez, M.M [2012]), pgs. 202-203), entendidas como aquellas que tratan de impedir que, mediante la transmisión del capital social de las personas jurídicas-accionistas (sin olvidar que en el caso de autos esa “transmisión” se amplía a muchos supuestos), se vulneren las cláusulas estatutarias de restricción a la transmisión de acciones o participaciones. Pues bien, si se considera como transmisión indirecta de las acciones, la modificación o cambio en la composición del capital social del socio persona jurídica o en el de sus sociedades dominantes, que conlleve a su vez un cambio en el centro último de decisión o control del citado socio persona jurídica, parece que es ciertamente este el supuesto. Pero no es menos cierto que no puede entenderse que lo pretendido por la cláusula analizada sea “restringir las transmisiones indirectas”. Éstas se producirán o no, es decir, el cambio de control en las sociedades socias de la mercantil que pretende la modificación de sus estatutos podrán darse (fusión, integración en grupo, ...), y la pretendida cláusula impugnada no “restringe” la transmisión. Lo que pretende es que ese hecho desencadene una venta forzosa de las acciones titularidad del socio persona jurídica a favor de los demás socios o de la propia sociedad que modifica sus estatutos.

Antes de entrar a estudiar la ilicitud de la cláusula desde la perspectiva de la exclusión de socios podría intentarse analizar el fundamento de otros supuestos de “ventas forzosas”. Dos supuestos podrían contemplarse: el institución del *squeeze out*, y las llamadas cláusulas de “acompañamiento” o “arrastre”, esto es, los pactos de “tag y drag-along”, que si bien nacidas en el marco de sociedades de inversiones específicas y *start ups*, se han generalizado.

Ahora bien, ninguno de los dos nos ayuda a encontrar, por falta de identidad, licitud en la modificación estatutaria pretendida. En el primer supuesto porque el espacio natural donde opera el *squeeze out* es el marco de las OPAs, y con la doble vertiente de “derecho de compra” del que ha obtenido en la OPA el 90% de los derechos de voto, y de “derecho de ser comprado” del que por no acudir a la OPA ha quedado en situación de minoritario (en el marco de una mala decisión al dilema del prisionero), y por más que pueda inten-

tarse una ampliación del radio de la operatividad de este instituto en el marco de la amortización “no paritaria” de acciones; en el segundo porque esos pactos de “tag y drag-along” –con los primeros se permitiría proteger al socio minoritario de la exclusión en la venta del paquete de control; con los segundos, por el contrario se protegería al socio de control de la extorsión de la minoría (ya sea esta de bloqueo o sea simplemente una minoría incómoda)– operan en el marco de lo parasocial (Saez Lacave, M^a I./Bermejo Gutiérrez, N., [2007]), con los problemas, a pesar de la doctrina vertida a favor de su *enforcement*, que plantea su oponibilidad. (Fernández del Pozo, L, [2007]; Paz-Ares, C., [2005]).

Por último, cuestión diferente es que el desincentivo para que se produzcan cambios de control en las sociedades socias de la mercantil participada venga de la mano de inclusión de prestaciones accesorias de difícil cumplimiento. Lo que entronca con el derecho de exclusión que es objeto del siguiente punto.

5.3. *La obligada reconducción del problema al régimen de la exclusión de accionistas*

Si bien como se ha indicado, el Tribunal enfatiza en la no adecuación de la cláusula impugnada al régimen de las restricciones de la transmisibilidad de las acciones por “personalizar” la mercantil, hasta límites no soportables por la propia naturaleza de la sociedad anónima –así habla de “desnaturalización” el tipo societario escogido para el desarrollo del objeto social, al convertir en esencialmente cerrado un tipo de sociedades que es naturalmente abierta– no es menos cierto que en la sentencia, al menos de manera clara en los fundamentos que en primera instancia y apelación se dieron, se entiende, sin género de dudas, que el conflictivo artículo estatutario impugnado no tiene por finalidad restringir la transmisibilidad de las acciones sino configurar una inadmisibles causa de exclusión de los socios de una sociedad anónima.

Tal es nuestra opinión, defendiendo que ciertamente debe entenderse que tras esa pretendida cláusula de restricción a las transmisiones indirectas – en este sentido debe advertirse que ciertamente la disposición en los estatutos de la cláusula impugnada, tras un supuesto de “regular” restricción a la transmisión, pretendía “ayudar” a esa interpretación– lo que existe realmente es una pretensión de sancionar estatutariamente una causa de exclusión.

Debe entenderse que hoy, y tras el debate suscitado años atrás, la exclusión no debe situarse en el plano de los “tipo legales”, debiendo permitirse sólo en sociedades personalistas, sino que puede operar en todo tipo de sociedades.

Dejando al margen el debate sobre la licitud de una cláusula estatutaria de exclusión “por justa causa” (Viera González, J.A. [2002], pgs. 276-277), cuestionable en la medida que de conformidad con parte de la doctrina, no puede

ampararse su legalidad en la existencia de un principio general del Derecho según el cual los contratos duraderos o por tiempo indefinido siempre pueden ser extinguidos a iniciativa de una de las partes (o de ambas) si concurre un justo motivo, pues incluso de estar tal principio vigente en nuestro derecho no sería fundamento suficiente para la exclusión de socios porque dicho principio cobra verdadero sentido en supuestos donde la finalidad pretendida es liberar a una de las partes de su propio vínculo contractual, mientras que en la exclusión tiene un efecto mucho más drástico, pues implica la facultad (colectiva) de extinguir el vínculo de otro sujeto (el socio excluido) (Alonso Ledesma, C., [2013]), lo cierto es que hoy, de conformidad con la Ley de Sociedades de capital nada impediría recoger en los estatutos de una sociedad anónima cláusulas estatutarias de exclusión de conformidad con artículo 351 LSC. Norma que acertadamente señala la doctrina (Pulgar Ezquerro, J. [2013]) unifica el régimen de exclusión estatutario en las sociedades de capital, extendiendo el tradicional régimen de exclusión de socios por causas estatutarias de las Sociedades de Responsabilidad Limitada también a las sociedades anónimas, con lo que de algún modo se supera la tradicional concepción de este tipo social como pura corporación capitalista con la que resultaba coherente el clásico planteamiento presente en la Ley de Sociedades Anónimas de considerar posible en este tipo social la exclusión del socio solo por el incumplimiento de la obligación esencial del socio de aportar y desembolsar la suma comprometida, y más tarde, ampliando por la doctrina la posibilidad de inclusión de cláusulas estatutarias de exclusión en los estatutos como sanción por el incumplimiento de prestaciones accesorias.

Abandonada así la inicial vinculación de la fijación de causas estatutarias de exclusión al incumplimiento de obligaciones sociales que, en gran medida, encontraba su fundamento de política jurídica en una concepción punitivo-sancionadora de la exclusión (“perjuicio penal”), la pretendida cláusula de restricción de las transmisiones indirectas impugnada, podría reconducirse al ámbito de la exclusión de socios, y cumpliendo con los requisitos legales, nada podría objetarse a su licitud.

En efecto, de cumplirse con el régimen de la unanimidad en la incorporación estatutaria de la concreta cláusula, de adopción del acuerdo de exclusión por parte de la Junta, *ex art.* 352 LSC y valoración (valor razonable) por experto independiente en caso de falta de acuerdo entre la sociedad y el socio según los artículos 353 y siguientes de la norma –aspecto éste de la valoración, sin duda de gran interés y clave para entender el supuesto de exclusión (Muñoz García, A., [2005])–, no tendría que analizarse lo pretendido, cláusula limitativa de las transmisiones indirectas, bajo parámetros ciegamente difíciles de aprehender como la falta de tratamiento igualitario de los socios.

Cuestión diferente es si compartimos o no el motivo estatutariamente elegido para accionar la causa de exclusión. Dicho de otro modo, si es “razonable”

activar la exclusión por un cambio de control de las sociedades socias de la mercantil que quiere “cerrarse”, lo que entronca con el grado de objetivación los motivos de exclusión –como puede verse en la doctrina de las sociedades profesionales–, y en el caso concreto, con los problemas que todo cambio de control conlleva y con el debate sobre si el mismo es “positivo” o no para la sociedad.

5.4. *Voto particular*

La sentencia aquí comentada tiene particular interés por contener un voto particular del Magistrado Exmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayón-Cobos.

En esencia este voto particular considera que debe estimarse el recurso y por tanto, afirma la validez de la cláusula estatutaria impugnada. Las razones para apartarse de la opinión mayoritaria: 1) Que la interpretación realizada introduce una innecesaria rigidez de los tipos. 2) Sustituye el principio de libertad estatutaria por el de libre opción tipológica. 3) Construye de forma innecesaria el principio general de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil que se concreta en el artículo 10 de la ley de sociedades anónimas, en aras a unos principios configuradores de la sociedad anónima que la Ley no define ni identifica.

Entiende así el Magistrado que son lícitas las normas estatutarias que imponen una restricción positiva, dirigida a exigir, a modo de prestación accesorias para la permanencia en la sociedad, que se mantengan en la sociedad accionista las condiciones que permitieron su entrada en la misma sin restricciones, con independencia de que el tipo escogido se ajuste o no a la estructura ideal de la sociedad anónima estrictamente capitalista, abierta y regida por el “intuitus pecuniae”, ya que en modo alguno vulneran las previsiones imperativas contenidas antes en la Ley de Sociedades Anónimas, y hoy en la Ley de Sociedades de Capital.

Según se ha dicho, la debilidad de este argumento, no vendría tanto por mantener posiciones “contractualistas”, frente a una pretendida posición “institucionalista” del Tribunal (pues según se ha visto tal dicotomía es más una falacia que un argumento), sino por la propia percepción de la cláusula a la que erróneamente califica de restricción positiva enlazándola con el régimen de las prestaciones accesorias, que ciertamente no tiene identidad de razón con el caso planteado, pues ni hay prestaciones accesorias, ni las consecuencias del incumplimiento de las mismas tienen campo de acción natural en las restricciones a la transmisión, sino en el régimen de exclusión de socios, según lo visto.

5.5. *Conclusión*

Debe compartirse pues la decisión del Tribunal en orden a considerar inadmisibles una reforma estatutaria que pretenda incorporar una cláusula que,

llamada de “rescate” no representa, como pretende, un supuesto de restricción a las transmisiones indirectas, sino un verdadero derecho de exclusión.

Es claro que los perfiles entre tipos societarios cada vez son más difusos, y que efectivamente puede hablarse de crisis de los “principios configuradores”. No es menos cierto que aún hoy, y a falta de esa decidida apuesta por reconocer sólo diferencias “tipológicas” entre sociedades cotizadas o no, las posibilidades de abrir o cerrar una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada sigue residiendo en el marco de la autonomía de la voluntad, no exenta de límites.

Es claro también que no puede desconocerse que los operadores, ante la inseguridad jurídica que la aplicación hermenéutica de esos límites configuran conlleva, tienden a echarse en las manos del derecho común, “abandonando” el derecho societario, proliferando así pactos parasociales y obligando a analizar la eficacia de los mismos en sede societaria o su posibilidad de acceder al Registro.

Pero en nuestra opinión, la clave es que el Derecho de sociedades no puede violentarse, obligando a los aplicadores y estudiosos a interpretar la norma vigente y a procurar soluciones que satisfagan a los sometidos a ella.

Es por ello que quizá pueda plantearse aquí alguna propuesta de modificación legal que permita de algún modo, conseguir la finalidad buscada por cláusulas como la aquí analizada, sin tener que entrar en juego el proceso de exclusión.

Si se analiza con detenimiento lo dicho en este comentario, ciertamente, la esencia de la cláusula impugnada era entender a los socios, personas jurídicas, como titulares de unas acciones “amenazadas” de tener que ser obligatoriamente transmitidas a los demás socios o a la sociedad, si se produce un cambio de control en ellos. No estaríamos hablando de clases diferentes de acciones, en las que a unas de ellas (titularidad de esos socios personas jurídicas) se vincula la realización de una concreta prestación (que sería, preguntamos, prestación de no hacer, no permitir un cambio de control) sino de verdaderas acciones rescatables.

Si lo que hay detrás en definitiva es la facultad solutoria del vínculo asociativo conferido a la sociedad que redacta la cláusula que pretende incorporarse, este derecho de rescate equivale, de hecho, a una exclusión del socio condicionada al cumplimiento de unos concretos hechos. De configurarse las acciones titularidad de los socios personas jurídicas, cuyo núcleo de control puede cambiar, como acciones rescatables, se evitaría tener que acudir a la unanimidad, toda vez que la aceptación de esa “fatal caducidad” se acepta contractualmente en el momento de la emisión, sabiendo el titular que de darse la condición, expresa y conocida de cambio de control, la sociedad o los demás accionistas, “rescatan” esas acciones.

Ahora bien, esto implicaría reformar el régimen de las acciones rescatables, sacándolo de su entorno “natural”, el de las sociedades cotizadas, y reelaborando su actual razón de ser como instrumento de financiación. Un análisis y desarrollo de esta propuesta, lo que que no es objeto de este comentario, determinará si la misma pudiera fructificar como alternativa, abriendo la puerta a soluciones razonables en el marco de otras realidades societarias, por ejemplo, de la constitución de empresas con una importante connotación de base tecnológica, trayendo de nuevo a nivel “societario” lo que por vía de pactos parasociales, los operadores buscan.

6. Bibliografía utilizada

- Alonso Ledesma, C., “La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios”, *RDM*, n° 287, 2013, pgs 89-128.
- Fernández de la Gándara, L., *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977.
- Fernández del Pozo, L. “El enforcement societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de los pactado en protocolo familiar publicado”, *RdS*, n° 29, 2007, pgs. 139 y ss.
- Garrido de Palma, V.M., “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, AA.VV, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo II, pgs. 1869 y ss.
- Illescas Ortiz, R. “SENTENCIA de 10 de enero de 2011. El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los tipos sociales (S.A. y S.R.L.) y la aplicación analógica de sus normas”, *CCJC*, n° 88, 2012, pgs. 195-211.
- Muñoz García, A., “Determinación del valor razonable de las acciones o participaciones por un tercero, en caso de restricción estatutaria a la transmisibilidad intervivos”, en *RdS*, n° 25, 2005, pgs. 297 y ss.
- Paz-Ares, C. «El enforcement de los pactos parasociales», en *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, 3 (2005), pgs.19 y ss.
- Perdices Huetos, A.B., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997.
- Sáez Lacave, M^a I./Bermejo Gutiérrez, N., “Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad (A vueltas con los pactos de *tag- y de drag-along*)”, *RdS*, n° 28, 2007, pgs. 133 y ss
- Sánchez Álvarez, M.M., “Transmisión indirecta de acciones y principios configurables del tipo (Comentario a la STS 708/2011, de 10 de enero), *RdS*, n° 39, 2012, pgs- 377-411.
- Viera Conzález, J.A. *Las sociedades de capital cerradas*, Aranzadi, 2002.