

2. MERCANTIL

LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES EN LAS ADQUISICIONES INDIRECTAS

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Doctor en Derecho y Abogado

Socii mei socius, meus socius non est

(Ulpiano, D.17.2.20)

SUMARIO: I. LA DISCUSIÓN EN LA PROPIA SENTENCIA. SU VOTO PARTICULAR.—II. LA ADMISIBILIDAD DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES EN SUPUESTOS DE ADQUISICIONES INDIRECTAS Y LA EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.—III. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD *VERSUS* PRINCIPIOS CONFIGURADORES DEL TIPO SOCIAL.—IV. EL MODELO FRANCÉS DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS).—V. EPÍLOGO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA DISCUSIÓN EN LA PROPIA SENTENCIA. SU VOTO PARTICULAR

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2011 (*JUR* 2001/76357), de la que ha sido ponente el Excmo. Señor Francisco MARÍN CASTÁN, se retoma el debate sobre la visión institucionalista o contractualista (1) del tipo social de la sociedad anónima.

Aunque mejor que retomarse dicha cuestión, consideramos que lo producido con dicho fallo judicial es la toma de postura por nuestro más Alto Tribunal a favor del carácter institucional y corporativo de la sociedad anónima, en detrimento de la mayor consideración que ha de merecer —en nuestra opinión—, el principio de la autonomía de la voluntad, también por qué no, en nuestro Derecho de Sociedades.

El caso resuelto por esta sentencia versa sobre una cláusula introducida en los estatutos sociales de una sociedad anónima, donde se preveía un derecho de rescate a favor de los accionistas en los supuestos en que varíe la composición accionarial de los mismos, es decir, cuando se produzca una adquisición indirecta de las acciones de la sociedad que estatutariamente intentaba prever dicho derecho de rescate.

La cláusula en cuestión era del siguiente tenor literal:

«Artículo 8 bis. Los accionistas y en su defecto la Sociedad tendrán un derecho de rescate sobre las acciones de las que sean titulares aquellas sociedades que adquieran la condición de accionista al amparo del apartado b) previsto en el

(1) Utilizando un símil bastante gráfico, Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (<http://derechomercantilespana.blogspot.com>) reseña esta sentencia del Tribunal Supremo de la siguiente forma: «Institucionalistas 1 – Contractualistas 0».

artículo 8, para el caso de que dichas sociedades por cualesquiera actos inter vivos modifiquen la composición personal de su censo de socios, de forma tal que dichos socios o quienes de ellos traigan causa, pierdan la posibilidad de ejercer la mayoría de al menos dos tercios (2/3) de los derechos de voto, dejándose en consecuencia de cumplir el aludido requisito.

No se considerará, a los efectos contemplados en el párrafo anterior, que se modifica el censo de socios de la sociedad propietaria de las acciones de Canteras de Santander, S. A., cuando aquellos por cualquier título transmitan sus acciones o participaciones sociales a ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del socio transmitente o en el supuesto de transmisiones mortis causa.

Para el ejercicio de este derecho de rescate, se seguirá el proceso establecido en el artículo 8 anterior, incluso en lo que se refiere a la valoración de las acciones, correspondiendo su inicio al órgano de administración de la Sociedad, a partir del momento en que tenga conocimiento de que se ha producido una transmisión de capital social que ha tenido como efecto uno de los supuestos previstos en el párrafo primero de este artículo.

El mismo derecho de rescate surgirá si, como consecuencia de la fusión o escisión de las sociedades que adquieran la condición de socio, las nuevas sociedades que nacieran de tales operaciones y que resultaren titulares definitivas de las acciones de Canteras de Santander, S. A., no fuesen controladas, en al menos dos tercios (2/3) de sus derechos de voto por personas que originariamente fuesen socias de Canteras de Santander, S. A. o que traigan causa de las mismas por derecho propio.

También surgirá el derecho de rescate en caso de disolución y liquidación de las sociedades que ostenten la condición de socio, pero solo frente a aquellos que como consecuencia de las operaciones de liquidación reciban en pago de su participación en el capital acciones de Canteras de Santander, S. A., salvo que se trate de personas físicas o jurídicas que originariamente fueron accionistas de Canteras de Santander, S. A. o traigan causa de quienes ostentaron tal condición.

En los casos de adquisición como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, surgirá el mismo derecho de rescate, salvo que el adjudicatario definitivo de las acciones nominativas o participaciones sociales objeto de ejecución sea alguna de las personas previstas en el párrafo segundo de este artículo, o sea previamente accionista de Canteras de Santander, S. A.

No será ejercitable el derecho de rescate frente a las transmisiones de acciones de Canteras de Santander, S. A. que pudiera hacer la sociedad que adquiera la condición de socio al amparo del supuesto b) del artículo anterior, revertiendo su titularidad a los propios socios de las mismas, entre los que originariamente las transmitieron o a quienes de ellos traigan causa. No obstante si como consecuencia de efectuar alguna de dichas reversiones se dejara de cumplir el requisito de control de al menos los dos tercios (2/3) del derecho de voto, surgirá el derecho de rescate frente a aquellas acciones que queden bajo la titularidad de aludidas sociedades.

El órgano de administración de la Sociedad podrá, en cualquier momento, directamente o a instancias de cualquier accionista, exigir de las sociedades que adquieran la condición de socio la acreditación de estar cumpliendo el requisito previsto en el apartado b) del artículo anterior.

Asimismo las sociedades que adquieran la condición de socios en base a lo previsto en el supuesto del artículo anterior dentro de los tres (3) primeros meses de cada ejercicio acreditarán ante Canteras de Santander, S. A., que continúan cumpliendo el requisito de control de al menos dos tercios (2/3) de los derechos de voto.

El incumplimiento de la citada obligación facultará al órgano de administración de la sociedad para suspender de los derechos políticos de socio a la sociedad que

incurra en dicha falta, si después de requerida para su cumplimiento no procediera al mismo en el plazo máximo de quince (15) días».

Pese a las múltiples cuestiones que pueden analizarse del texto de la sentencia citada, lo que en este momento nos interesa es precisamente la que realmente conforma la auténtica problemática jurídica resuelta en la misma, es decir, la que como se establece en el propio Fundamento de Derecho cuarto, consiste en lo siguiente: «...la cuestión que realmente se plantea es si una sociedad anónima, sociedad capitalista por autonomía, es compatible con una regulación estatutaria que acentúe la prevalencia del elemento personal, la identidad de sus socios, hasta el punto que la convierta en una sociedad esencialmente personalista».

O, dicho de otro modo, si la elección de la cláusula estatutaria debatida supone una desnaturalización del carácter abierto de la sociedad anónima, ya que con ella se produce la atención a un componente subjetivo en el accionariado de una sociedad anónima, impropia —según se desprende de la sentencia— del tipo configurador de la sociedad anónima.

Ciertamente, a la luz de esta sentencia, cabe volver a plantearse los límites que existen a la autonomía de la voluntad (más allá del art. 1255 del CC) en nuestro Derecho de Sociedades, y más concretamente los que pudieran venir por lo que se conoce como «elementos configuradores del tipo».

De nuevo, el tan debatido tema no resuelto satisfactoriamente a nuestro juicio, sobre la distinción entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, parece presidir el debate que nos ofrece esta sentencia del Tribunal Supremo.

Ni siquiera el legislador, en el reciente Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, nos descubre con claridad cuáles han de ser tales diferencias, aunque con las palabras que al respecto dedica en la Exposición de Motivos (que a continuación reproducimos por su interés en este asunto) se nos pone de manifiesto lo que anteriormente podría vislumbrarse en la introducción de este trabajo, es decir, el debate no ha perdido un ápice de su vigencia por lo que hemos de permanecer atentos a las próximas manifestaciones del mismo, que a buen seguro, continuarán produciéndose.

Dice la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, lo siguiente:

«IV. En el plano teórico la distinción entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada descansa en una doble característica: mientras que las primeras son sociedades naturalmente abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas; mientras que las primeras son sociedades con un rígido sistema de defensa del capital social, cifra de retención y, por ende, de garantía para los acreedores sociales, las segundas, en ocasiones, sustituyen esos mecanismos de defensa —a veces más formales que efectivos— por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa. No procede ahora hacer pronósticos sobre el futuro del capital como técnica de tutela de los terceros —tema que solo será posible afrontar adecuadamente en el marco supranacional de la Unión Europea—, pero sí interesa señalar que 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 sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones. El modelo legal subyacente no se corresponde con el modelo real, y esta circunstancia ha sido

tenida en cuenta por el legislador español y ha debido ser tomada en consideración a la hora de elaborar el texto refundido. Se produce así, en ese plano de la realidad, una superposición de formas sociales, en el sentido de que para unas mismas necesidades —las que son específicas de las sociedades cerradas— se ofrece a la elección de los particulares dos formas sociales diferentes, concebidas con distinto grado de imperatividad, sin que el sentido de esa dualidad pueda apreciarse siempre con claridad. De este modo queda sin respuesta la pregunta de cuál debe ser en el futuro la relación entre las dos formas principales de las sociedades de capital y la de si el tránsito de una a otra debe respetar los requisitos establecidos para la transformación o si se debe facilitar a través de técnicas más ágiles y sencillas. 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. El importante papel de las sociedades cotizadas en los mercados de capitales hace necesaria una intervención pública en la actividad económica orientada por una parte a la protección al inversor y por otra a la estabilidad, eficiencia y buen funcionamiento de los mercados financieros.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la regulación de las sociedades cotizadas quedará sistematizada, por una parte, en este texto refundido, para recoger los aspectos económicos eminentemente societarios y, por otra, en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, donde aparece la regulación de la vertiente financiera de este tipo de sociedades, presidida fundamentalmente por el principio de transparencia para asegurar el buen funcionamiento de los mercados y la protección al inversor».

En función de lo expresado por el legislador, puede observarse solo como una de las diferencias tradicionalmente esgrimidas por la doctrina para distinguir a la sociedad anónima de la sociedad de responsabilidad limitada, es decir, el carácter abierto de aquella frente al carácter cerrado de esta, lo es solo en el «plano teórico».

El propio legislador reconoce que esa distinción tipológica entre sociedades abiertas y cerradas no es absoluta y que el modelo legal no se corresponde con la realidad ya que la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas (salvo, obviamente las cotizadas), contienen cláusulas limitativas de la libre transmisión de las acciones (2).

Además, el legislador conviene en expresar que más que establecer una diferencia tipológica en cuanto a sociedad anónima *versus* sociedad de responsabilidad limitada, la contraposición de formas sociales ha de realizarse desde el carácter cotizado o no de la sociedad, ya que en ellas, en función de la propia esencia de los mercados de capitales es donde realmente puede defenderse una intervención pública en la vida económica para garantizar entre otras cosas, la protección del inversor.

(2) Ha existido acuerdo en permitir la utilización de la sociedad anónima configurada con las características de una sociedad de responsabilidad limitada cerrada. Vid., por ejemplo, MASSAGUER, «La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista General del Derecho*, diciembre de 1994, pág. 12963; POLO DÍEZ, *La concurrencia y selección de los tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital. ¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica*, Madrid, 1992, pág. 160; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el sistema español de sociedades de capital», en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, t. I. Madrid, 1996, pág. 7).

Por lo tanto, una primera aproximación a la sentencia analizada nos hace concluir que la *ratio decidendi* de la misma descansa en un modelo ideal y teórico distintivo entre las dos principales formas sociales, el carácter abierto o cerrado de las mismas, cuando la propia realidad jurídica ofrece otra perspectiva y es que los agentes del tráfico jurídico económico no tienen en cuenta dicha consideración a la hora de elegir el tipo social correspondiente.

Por tanto, más allá de la propia realidad existente, el presente fallo jurisprudencial está anclado en una distinción no solo teórica, sino ajena a la propia realidad social (criterio interpretativo de las normas, ex art. 3 del CC), descansando el mismo desde un plano excesivamente dogmático en cuanto al respeto de unos principios configuradores del tipo social, ciertamente difíciles de concretar, que no pueden servir como excusa a una grave restricción de la autonomía de la voluntad, cuando esta no contradice norma imperativa alguna, como creemos que sucede en el presente caso.

No ha de obviarse a este respecto que se ha afirmado sin discusiones la naturaleza contractual de los estatutos sociales, como, por ejemplo, se establece en la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1995 (*RJ* 1995/4208), al razonarse al respecto que: «*ha de entenderse que el Estatuto Societario no es una norma jurídica como tal, de las previstas en el artículo 1.1.6 del Código Civil, cuyo quebranto dé acceso al recurso de casación. Su estructura de carácter convencional o contractual, sirve de regla de conducta a la sociedad y a sus integrantes*», y que los criterios interpretativos para su correcto entendimiento también han sido expuestos por la jurisprudencia. De esta forma y a título ejemplificativo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2001 (*RJ* 2001/514), estableció como criterio rector interpretativo el de la buena fe mercantil al decir que: «*Aunque, según reiterada jurisprudencia, los Estatutos constituyen la reglamentación necesaria para el funcionamiento corporativo de la sociedad y sus normas habrán de ser observadas por todos los socios, pues regulan preceptivamente la vida interna de la compañía en tanto no se opongan a disposiciones legales con valor de ius cogens, no cabe olvidar que deben interpretarse según las normas de la buena fe mercantil*».

Pese a todo, la respuesta del Tribunal Supremo es la siguiente:

«...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».

Es decir, entiende el Tribunal Supremo que una limitación a la libre transmisión de acciones en casos de adquisiciones indirectas, convierte a la sociedad anónima en «esencialmente personalista», o «absolutamente cerrada», y que ello no es posible por vulnerar los principios configuradores de la sociedad anónima.

Afortunadamente, lejos de haber resultado una solución unánime la ofrecida por esta sentencia, la misma contiene un interesante y razonable voto particular formulado por el Excmo. Señor don Rafael Gimeno-Bayón Cobos, con el que coincidimos en su conclusión.

En dicho voto particular, lo que se analiza propiamente es: «...si son posibles las limitaciones a la transmisibilidad indirecta de acciones en una sociedad anónima no cotizada, sin que ello atente a los principios configuradores de este tipo societario, aunque puedan comportar como efecto reflejo la exclusión de un socio».

Los argumentos de dicho voto particular son los siguientes:

(i) RESTRICCIONES A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES

Legalmente, es posible el establecimiento de dicha restricción cuando recaiga sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas en los estatutos sociales, siendo nulas las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción, según se recogía en el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas y en el actual artículo 123 de la Ley de Sociedades de Capital.

De esta forma se afirma en el voto particular que la sociedad anónima «... *pese a ser tipológicamente una sociedad "naturalmente" pero no "esencialmente" abierta, los socios pueden configurar una sociedad cerrada y controlar quién vaya a ser el nuevo socio siempre que las restricciones cumplan los requisitos fijados por la norma (...)* Lo expuesto permite concluir que la norma reconoce como derecho inderrogable de los accionistas "transmitir la acción" o como se afirma en gráfica expresión, el accionista no puede quedar "prisionero de sus títulos". Dicho de otra forma, de la norma deriva que forma parte de las bases esenciales o principios configuradores de la sociedad anónima no cotizada la "transmisibilidad" de las acciones, pero que no dejan de ser más que simples mitos la "libre" transmisibilidad y la "irrelevancia subjetiva" de la identidad de los accionistas por tratarse de sociedades intuitu pecuniae».

(ii) ADMISIBILIDAD DE LAS RESTRICCIONES A LA TRANSMISIÓN INDIRECTA DE ACCIONES

Dicha admisibilidad puede concretarse tanto a través del cumplimiento de prestaciones accesorias estatutarias o a través de un derecho de adquisición forzosa, o incluso, mediante una obligación de transmitir.

De hecho, continua afirmando el voto particular: «...*Más aún, si se tiene en cuenta que cabe restringir la transmisión de acciones a favor de personas jurídicas, en la realidad la limitación opera ampliando la transmisibilidad de las acciones, al situar a personas jurídicas con una determinada configuración subjetiva en el mismo plano que de si una persona física que reuniese tales condiciones se tratase, por lo que la prohibición de tales restricciones en la práctica provoca el efecto perverso de restringir la transmisibilidad de las acciones de la sociedad base a otras sociedades, ante el riesgo de que en la sociedad accionista entre socios distintos de los originarios y no vinculados a los históricos de la sociedad base*».

(iii) LA VENTA FORZOSA Y LA EXCLUSIÓN DE SOCIOS

Los argumentos anteriores no contradicen ningún derecho del socio a permanecer como tal y a no ser excluido de la sociedad, como así lo demuestran casos, como la enajenación de las acciones del accionista moroso respecto de sus dividendos pasivos; el derecho de rescate en supuestos de adquisición por causa de muerte, o a consecuencia de un procedimiento administrativo o judicial; el incumplimiento de prestaciones accesorias estatutarias y el reconocimiento práctico del derecho de retracto.

(iv) LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Si se admite la venta forzosa en sociedades de responsabilidad limitada, ha de permitirse igualmente para la sociedad anónima.

(v) LAS ALTERNATIVAS TIPOLÓGICAS

Se afirma que: «...la realidad demuestra que las sociedades de responsabilidad limitada se han configurado tradicionalmente más como anónimas simplificadas y flexibles que como sociedades personalistas, viceversa, las sociedades anónimas, por razones de muy diversa naturaleza y para obtener distintos fines lícitos —entre ellos no perder su carácter esencialmente familiar— han incorporado con efectos satisfactorios para el tráfico la posibilidad de introducir elementos personalistas».

De esta forma, concluye su razonamiento el voto particular:

«Por ello entiendo que son lícitas las normas estatutarias que imponen una restricción positiva, dirigida a exigir, a modo de prestación accesoria 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 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».

II. LA ADMISIBILIDAD DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES EN SUPUESTOS DE ADQUISICIONES INDIRECTAS Y LA EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

El establecimiento de cláusulas estatutarias limitativas de la libre transmisión de acciones en casos de adquisiciones indirectas, ha venido siendo admitido por nuestra doctrina mercantilista, no sin discusiones al respecto manifestadas principalmente en relación con las objeciones puestas a la posibilidad de configurar un derecho de exclusión de accionistas en la sociedad anónima, siendo también frecuentemente respaldadas por nuestra práctica jurídica y por la registral.

En el presente caso, hemos de tener presente que la cláusula estatutaria analizada en esta sentencia del Tribunal Supremo regulaba un derecho de rescate en casos de adquisiciones indirectas.

Es decir, no se trataba de un derecho de adquisición preferente sino de un derecho de rescate (modalidad de restricciones a la libre transmisibilidad de acciones) de carácter convencional mediante el cual lo que se persigue con el mismo no es impedir la transmisión, como ocurriría en los casos de autorización o en los de adquisición preferente, sino que su finalidad es obligar al accionista correspondiente ante el acaecimiento de las circunstancias previstas en la misma (ejemplo, cambio de control) a transmitir las acciones a favor del beneficiario de la restricción (por ejemplo, otro accionista), por lo que este derecho de rescate juega realmente como si de un supuesto de exclusión estatutaria se tratara.

PERDICES HUETOS (3) se refiere al respecto del siguiente modo: «A poco que se mire, estas cláusulas [de rescate] son equiparables desde un punto de vista funcional a supuestos de exclusión estatutarios; o más simplemente, estas cláusulas son un expediente técnico de arbitrar auténticos supuestos de exclusión. Tal vez esta apreciación lleve a pensar en su inidoneidad en ciertos ámbitos, como el de la sociedad anónima, sobre la base del socio a su derecho a seguir siéndolo; acaso tan

(3) Antonio B. PERDICES HUETOS: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Editorial Civitas, 1997, págs. 249, 250 y 251.

solo en la sociedad limitada, se diría, tiene cabida tal posibilidad (art. 188.3 RRM). A nuestro juicio, sin embargo, en el actual estado de desarrollo de nuestra doctrina, las figuras de la exclusión y separación están ganando cada vez más terreno como elementos de la parte general del derecho de sociedades, con independencia de las peculiaridades que puedan presentar en cada tipo concreto. Si, por ejemplo, el socio de una sociedad colectiva o de responsabilidad limitada aceptó someterse a la obligación de transmitir a los otros sus participaciones en el momento de jubilarse, no se ve por qué debe ser distinta la consecuencia si la sociedad fuera una anónima (...). Por lo demás, este útil y en ocasiones imprescindible mecanismo lo es en nuestro derecho, donde ya eran conocidas en las sociedades anónimas laborales (arts. 10 y 11 LSAL 1986), y, donde, recientemente, han sido admitidas en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por el artículo 188.3 RRM (...).

Naturalmente, el papel de estas cláusulas no se agota en ser el mecanismo de cierre del sistema restrictivo en los casos de transmisiones involuntarias; nada obstante para que las partes puedan voluntariamente someterse a las mismas cuando así lo consideren de su conveniencia: por ejemplo, en los casos de sociedades profesionales donde la jubilación o la incapacidad fuerzan a quien las sufren a la transmisión de las acciones de la sociedad, o en el supuesto de que prevea esa transmisión para el caso de que el socio pase a ser administrador de una sociedad competidora (vid., art. 10 LSL y aunque parece un pacto no estatutario el previsto en el caso de la STS de 5-VII-1994, Ar. 6431), o en definitiva, en el caso de que se establezca que si el cónyuge *supérstite* adjudicatario de las acciones del fallecido vuelve a contraer matrimonio, vendrá obligado a transmitirlas a los restantes socios pertenecientes a determinada familia. El sometimiento voluntario del socio al contenido de esta cláusula y su inmodificabilidad sin su consentimiento son, como se verá, razones de sobra suficientes para que su admisión en el derecho de sociedades sea tan clara como lo es la de una opción de compra condicionada en el derecho común. Por lo demás, su estructura y régimen jurídico es igual al de los casos legalmente previstos.

Si bien es cierto, que en un primer momento la atención a las cualidades o requisitos del accionista en cuestión quedan atendidas o cubiertas con el examen de lo que podríamos llamar «primer nivel», no es menos cierto que la alteración accionarial del accionista persona jurídica de la sociedad anónima base, puede ser enormemente relevante en determinadas situaciones.

De esta forma, pensemos en el siguiente ejemplo: Una sociedad anónima «A», con acciones nominativas, tiene como objeto social la explotación del negocio «x», y su accionariado está compuesto por personas físicas y otras jurídicas. Si como consecuencia de una desavenencia en su accionariado, la persona jurídica mayoritaria decide vender sus acciones de la sociedad anónima «A» a la sociedad «B», que se dedica al mismo género de actividades «x» en clara competencia con la sociedad anónima «A», lo lógico en bien del interés social (entendido este, como el interés de todos los socios y no el de la mayoría de los mismos), es que se pongan trabas a la entrada en el accionariado de la sociedad anónima «A» a la sociedad «B».

Como hemos adelantado anteriormente, la admisión de cláusulas estatutarias que restrinjan la libre transmisibilidad de acciones en supuestos de adquisiciones indirectas, ha sido contemplada afirmativamente por la doctrina. En España, a título de ejemplo, destaca la atención y el estudio que en su día dedicara al tema PERDICES HUETOS.

Este autor parte de la validez de dichas cláusulas incluso para la sociedad anónima, reconociendo la posibilidad que tienen los socios de que se tenga en

cuenta el accionariado de la correspondiente sociedad anónima, a través de la contemplación subjetiva de dicho accionariado. PERDICES afirma (4) que: «consentido el ingreso de una persona jurídica como socio en una sociedad cerrada, es tal sujeto el relevante a efectos restrictivos, y no las concretas personas que puedan llegar a integrarlo; es decir, que los beneficiarios de la restricción asumen como irrelevantes los cambios subjetivos o de control en aquella. Esta regla, repetida ya varias veces, formula un principio desde luego disponible a la previsión expresa de las partes, que pueden hacer contemplación expresa de la composición subjetiva de la partícipe como dato determinante tanto de su admisión como de su permanencia en la sociedad».

Coincidimos con dicho autor en que no debe albergar dudas la admisibilidad de establecer en los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada que la adquisición indirecta se pudiera configurar como una causa de exclusión pura con reducción de capital, o incluso operada mediante el trámite de venta forzosa (rescate) de las participaciones a quien haya determinado la sociedad (art. 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil).

En cuanto a dicha posibilidad en la sociedad anónima, PERDICES opina lo siguiente (5):

«Más dudosa parece, en principio, la posibilidad de exclusión de un socio de una sociedad anónima en el caso de que nada se haya establecido en el contrato social. A nuestro juicio nada obsta a la previsión de cláusulas de exclusión expresa, pura o por medio de obligaciones de venta. Tan solo un pretendido derecho fundamental del socio a seguir siéndolo puede llevar a considerar desfavorablemente esta solución.

La intangibilidad del derecho del socio a permanecer en la sociedad tiene un origen contractual. En efecto, por la suscripción de la participación, un sujeto y sus sucesores han devenido partes de un contrato y este no puede ser disuelto respecto a una parte por la voluntad unilateral de las otras. El origen de la intangibilidad de la condición de socio se encuentra precisamente en el momento en que se concluye el contrato de sociedad. Pues bien, si en ese momento el socio admite limitar contractualmente su derecho en virtud de la aceptación de una cláusula estatutaria de rescate en el supuesto de cambio de control, no parece que deba haber duda sobre el tema. Entonces, la admisibilidad de la exclusión y su inocuidad respecto al derecho a permanecer como socios son resultado de la consideración del carácter convencional y contractual de la sociedad; nadie está legitimado para juzgar la bondad o no de lo decidido por los socios.

Que eso es así en las sociedades de personas, incluso en la limitada, resulta patente. Ningún inconveniente parece que deba haber entonces a que se siga idéntica solución en las sociedades anónimas que se acerquen a la configuración y a la racionalidad propias de las sociedades personalizadas. No se olvide en definitiva, que es el propio legislador quien permite la personalización de la sociedad anónima, hasta tal punto que solo las restricciones que hagan prácticamente intransmisible la acción son el límite máximo de la misma. Acaso una sociedad anónima pura, donde solo el *intuitus pecuniae* determine la aceptación de un socio hace extraña e innecesaria la posibilidad de exclusión —salvo falta de pago de dividendos pasivos, por supuesto—; pues bien, en aquellos casos donde son otros los requisitos que se prevén, es lógico que se hayan de tener en cuenta.

(4) *Op. cit.*, págs. 380 y 381.

(5) *Op. cit.*, págs. 383, 384 y 385.

En definitiva, y en breves palabras: si la Ley permite condicionar la entrada de un socio en una anónima a determinados requisitos o condiciones, del mismo modo debe permitir su exclusión cuando aquellos —especialmente cuando así se haya previsto estatutariamente— vengan a faltar. Por otro lado, la exclusión viene en no pocos casos a ser la única alternativa aceptable y eficiente frente a la disolución a que la entrada de un indeseable vendría seguro a producir».

En nuestra opinión, las anteriores reflexiones vienen dadas desde una visión acertadamente contractualista del problema. Una reflexión tipológica, no puede abonar tesis contrarias, ya que como hemos tenido oportunidad de comprobar el legislador (Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Capital) también permite la personalización de la sociedad anónima, puesto que considera que se trata de una sociedad naturalmente abierta en contraposición de la sociedad limitada que es esencialmente cerrada. Esto es, la desnaturalización del carácter abierto de la sociedad anónima y consiguiente *intuitus personae* de la misma se observa en la posibilidad —refrendada legalmente— de que puedan existir restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones nominativas, con los citados requisitos del artículo 123 de la Ley de Sociedades de Capital (anterior art. 63 de la Ley de Sociedades Anónimas), siendo de la opinión que dicha restricción pueda arbitrarse mediante el establecimiento de un derecho de rescate convencional, que operara como un supuesto de exclusión establecido en los estatutos de una sociedad anónima.

De esta forma, considerado el derecho de rescate como un supuesto de exclusión, conviene al menos exponer someramente cuál es el tratamiento que se realiza sobre la posibilidad de la exclusión de accionistas en la sociedad anónima, para poder argumentar la admisión de este tipo de cláusulas (6).

En nuestra legislación, la exclusión de socios se ha configurado por esencia para las sociedades personalistas (vid. art. 218 del Código de Comercio), habiendo sido objeto de rechazo para las sociedades anónimas por parte de un importante sector doctrinal (7).

En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de septiembre de 1983 (*RJ* 7016), razona que: «...a diferencia de las Sociedades personalistas en que aparece regulada la posibilidad de exclusión del socio de la sociedad..., no se encuentra ningún precepto que regule esta materia con carácter general en la Ley de Sociedades Anónimas, lo que es completamente congruente con la esencia capitalista de esta clase de Sociedad, en donde la obligación fundamental del socio es la de aportar y desembolsar la suma a que se comprometió y de ahí solamente por incumplimiento de esta obligación social quepa su exclusión a voluntad del propio ente social (...) la ampliación de las causas de exclusión en una Sociedad de tipo capitalista ha de ser examinada

(6) Para una mayor extensión sobre el tema, con abundante bibliografía nacional y extranjera, puede consultarse: BONARDELL LENZANO y CABANAS TREJO, «Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 12, 1998; PÉREZ RODRÍGUEZ, «La exclusión de socios en sociedades anónimas», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 2005-2, núm. 25.

(7) Vid. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid, 1976, págs. 460 y 461; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, tomo II, 1978, págs. 698 y 699, y GARCÍA VILLAVERDE, *La exclusión de socios. Causas legales*, Madrid, 1977, págs. 244 a 255. En contra, RODRÍGUEZ-SASTRE, «Exclusión de un accionista de sociedad anónima», en *Revista de Derecho Privado*, t. LIX, 1975, págs. 473 y sigs.

con desfavor, máxime si se observa que la propia Ley, incluso en el supuesto de que el socio tuviere el carácter de Administrador social y realizase actos graves competitivos para la actividad social, puede ser cesado en su cargo (art. 83), pero no privado de su cualidad de accionista».

No obstante, como se ha puesto de manifiesto (vid. PÉREZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 236-237): «...En los últimos años, sin embargo, un sector de nuestra doctrina (8) está empezando a admitir ya que la exclusión es una institución aplicable a distintas formas asociativas y tipos sociales, desde las sociedades de personas de estructura simple —sociedad civil— a formas corporativas más complejas —Sociedad Anónima, Asociación—, tal y como sostiene también desde hace tiempo la doctrina extranjera».

Los principales argumentos que se han venido doctrinalmente ofreciendo para la admisión de la exclusión de accionistas en la sociedad anónima (vid. PÉREZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 242 y sigs.) son los que a continuación resumimos:

(i) LA EXCLUSIÓN POR JUSTOS MOTIVOS

Como expusiera GIRÓN TENA (9) al tratar sobre las causas de exclusión previstas en el artículo 218 del Código de Comercio por el incumplimiento del socio, debido a la época de redacción del mismo, donde aún no había madurado la doctrina de la exclusión social: «...Esa anticipación en el tiempo que supuso no contar con una visión sistemática de la posibilidad de evitar la extinción de la sociedad mediante la simple salida del socio en el que se diera cualquier causa disolutoria subjetiva fue precisamente la causante de que nuestro legislador mercantil solo contemplara la exclusión por incumplimiento de las obligaciones del socio».

De esta forma, se ha ido admitiendo doctrinalmente una ampliación de los supuestos de exclusión, más allá, del genérico contemplado en el artículo 218.7 del Código de Comercio, donde se tendría también como causa de exclusión: «no solo los incumplimientos del socio, sino también cualquier comportamiento o circunstancia personal suya que, a la luz de las circunstancias del caso, determine la puesta en peligro del fin común o de cualquier otro modo haga inexigible para los demás su permanencia en la sociedad (...) El fundamento legal ha de residenciarse en el artículo 1258 del Código Civil, que obliga a integrar el contrato no solo con lo expresamente establecido por las partes o por la ley, sino con lo que se deriva de la buena fe. Y la buena fe —o, si se prefiere, el deber de fidelidad en que se traduce en el Derecho de Sociedades— exige que los socios acepten ser excluidos sin disolución de la sociedad cuando en su persona concurren circunstancias que ponen en peligro la consecución del fin común» (10).

(8) Vid., por ejemplo, ALFARO ÁGUILA-REAL, «Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Valladolid, 1998; VIERA GONZÁLEZ, «Las sociedades de capital cerradas y causas de separación y exclusión en la SA y en la SRL», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Thomson-Aranzadi, núm. 17, 2001-2; FERNÁNDEZ DEL POZO, «Greenmail y amortización no paritaria de acciones y de participaciones. Un examen crítico del estado de la cuestión en nuestra jurisprudencia», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Thomson- Aranzadi, 2003-2.

(9) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, 1976, pág. 666.

(10) PAZ-ARES, *La sociedad colectiva: cambios de socios, separación y exclusión*. Rodrigo Uría-Aurelio Menéndez. Curso de Derecho Mercantil, Editorial Civitas, Tomo I, págs. 654 y 655, 1999.

Por tanto, somos de la opinión de que la exclusión por justos motivos debería ser aplicable no solo en las sociedades de base esencialmente cerrada o personalista, sino también en aquellas sociedades que como la anónima pueden alcanzar tal grado de personalismo, en virtud de los pactos y condiciones pactados en el contrato social.

(ii) LA POSIBILIDAD DE CONFIGURAR SOCIEDADES ANÓNIMAS CERRADAS

Ya nos hemos pronunciado anteriormente acerca del carácter «naturalmente» abierto de la sociedad anónima, y «esencialmente» cerrado de la sociedad limitada, de ahí que la posibilidad de pactar prestaciones accesorias, así como estipular restricciones a la libre transmisibilidad de acciones pueden suponer, evidentemente, un tránsito del teórico carácter abierto de la sociedad anónima, en general, al carácter cerrado de una sociedad anónima, en particular (11).

En este sentido, por ejemplo, ALFARO ÁGUILA-REAL (vid., *op. cit.*, pág. 108) razonaba diciendo que: «...si se admite la exclusión en Sociedades de Responsabilidad Limitada debería admitirse igualmente en Sociedades Anónimas, ya que en este subtipo de Sociedad Anónima también existe la necesidad de desprendérse de los socios entorpecedores o indeseables que impiden o ponen en peligro la consecución del fin social».

En este punto, resulta sumamente interesante a nuestro juicio, observar cómo de *lege data*, ya se regula el derecho de exclusión en sociedades que pueden adoptar la forma de sociedad anónima.

En este sentido, puede observarse el artículo 14 de la Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales, donde con gran laxitud se prevé que: *«Todo socio profesional podrá ser excluido, además de las causas previstas en el contrato social, cuando infrinja gravemente sus deberes para con la sociedad o los deontológicos, perturbe su buen funcionamiento o sufra una incapacidad permanente para el ejercicio de su actividad profesional»* (12).

Es decir, de acuerdo con lo anteriormente establecido en una sociedad profesional que revista la forma de sociedad anónima se pueden regular cláusulas de exclusión estatutarias con carácter libre para los socios profesionales («además de las causas previstas en el contrato social»), de ahí que sirva de ejemplo, para la ausencia de justificación al rechazo propugnado acerca de la posibilidad de pactar cláusulas de exclusión estatutaria en una sociedad anónima. ¿Por qué en una sociedad anónima profesional sí, y en una sociedad anónima general, no? Se podría aducir, los especiales deberes que asisten a un socio profesional por razón de su propia naturaleza, sin embargo, el argumento sería absolutamente rechazable, cuando la propia norma a la que hemos hecho referencia, permite la libertad de pactos al respecto en el contrato social.

(11) Vid. Rojo, «La sociedad anónima como problema», en *¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica*, Madrid, 1992; GARRIDO DE PALMA, «La sociedad anónima, limitada familiar. La transmisión de acciones, de participaciones sociales y el cambio de socios en las mismas», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. II, Valencia, 1995.

(12) Para un tratamiento más extenso al respecto sobre este tipo societario particular, vid. Rosa GARCÍA PÉREZ, «Exclusión de socios profesionales», en *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*. Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 475 y sigs.; Aurora CAMPINS VARGAS, *La sociedad profesional*, Editorial Civitas, 2000, pág. 383 y sigs.

Otro ejemplo normativo lo podemos encontrar en el artículo 10 de la Ley 4/1997, de Sociedades Laborales, que expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo 10. Extinción de la relación laboral.

1. En caso de extinción de la relación laboral del socio trabajador, este habrá de ofrecer la adquisición de sus acciones o participaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 7 y si nadie ejercita su derecho de adquisición, conservará aquel la cualidad de socio de clase general, conforme al artículo 6.

Habiendo quienes deseen adquirir tales acciones o participaciones sociales, si el socio que, extinguida su relación laboral y requerido notarialmente para ello no procede, en el plazo de un mes, a formalizar la venta, podrá ser esta otorgada por el órgano de administración y por el valor real, calculado en la forma prevista en el artículo 8, que se consignará a disposición de aquel bien judicialmente o bien en la Caja General de Depósitos o en el Banco de España.

2. Los estatutos sociales podrán establecer normas especiales para los casos de jubilación e incapacidad permanente del socio trabajador, así como para los supuestos de socios trabajadores en excedencia».

Es decir, también cuando una sociedad laboral quede configurada bajo el tipo de la sociedad anónima se prevé un caso de exclusión de socios cuando estos hayan cesado en su relación laboral y no hayan procedido a la enajenación de sus acciones en la forma regulada.

En otros entes asociativos, igualmente vemos como el régimen de exclusión de socios, ha venido permitiéndose legislativamente. De esta forma podemos citar el artículo 64 de la Ley 1/1994, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, que establece lo siguiente:

«Artículo 64. Efectos de la exclusión de un socio.

1. El acuerdo de la Junta General por el que se excluye de la sociedad a un socio privará a este de su condición de tal y le otorgará el derecho al reembolso de las participaciones sociales, una vez extinguidas en su caso las obligaciones a cuyas garantías se hallaban afectadas.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el Consejo de Administración acuerde la exclusión de un socio por haber incumplido la obligación garantizada y ser dudoso el recobro de la cantidad pagada por la sociedad, el importe del reembolso de las participaciones del socio excluido se destinará a cubrir el pago realizado por la sociedad en virtud de la garantía.

Si el importe del reembolso excediera de la cantidad pagada por la sociedad, el exceso se destinará, en su caso, a una reserva para cubrir otras garantías otorgadas a favor del mismo socio que permanezcan vigentes.

3. En todo caso, tanto el importe del reembolso de las participaciones como la responsabilidad del socio excluido por dicho importe, en relación con las deudas contraídas por la sociedad con anterioridad a la fecha del reembolso, se regirán por lo establecido para la separación en el artículo 29».

Lo mismo ocurre en el artículo 16 de la Ley 12/1991, de Agrupaciones de Interés Económico, que prevé lo siguiente:

«Artículo 16. Pérdida de la condición de socio.

1. La condición de socio se perderá específicamente cuando dejen de concurrir los requisitos exigidos por la Ley o por la Escritura para ser socio de la agrupación

o cuando se declare su concurso, quiebra o suspensión de pagos. El socio cesante tendrá derecho a la liquidación de su participación de acuerdo con las reglas establecidas en la escritura y, en su defecto, en el código de comercio.

2. Quedan a salvo los supuestos generales de transmisión, separación o exclusión».

Por último, e igualmente, puede observarse el artículo 18.5 de la Ley General de Cooperativas, que dispone que:

«5. La expulsión de los socios solo procederá por falta muy grave. Pero si afectase a un cargo social el mismo acuerdo rector podrá incluir la propuesta de cese simultáneo en el desempeño de dicho cargo».

(iii) **LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD COMO REMEDIO EXTREMO PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS SOCIALES Y EL DEBER DE FIDELIDAD DEL ACCIONISTA**

En numerosas ocasiones (desafortunadamente) nos encontramos en la práctica como determinados socios que con su actitud contraria al interés social o fin común, provocan una situación de crisis en la empresa, por ejemplo, mediante la paralización de los órganos sociales (causa de disolución legalmente establecida para las sociedades anónimas y para las sociedades de responsabilidad limitada), con el único propósito de inducir con su actitud fraudulenta la disolución de la sociedad correspondiente y obtener o recuperar mediante la cuota de liquidación social el contravalor de la aportación social inicialmente efectuada, a costa de suponer dicho propósito individualista la disolución social.

En escenarios como el planteado, coincidimos con la doctrina en admitir la disolución social solo como último recurso y admitir la posibilidad de llevar a cabo la exclusión del socio que velando única y exclusivamente por sus intereses particulares lleva a la sociedad a la disolución. En estas situaciones, la exclusión social estaría más que justificada, pese a la ausencia de regulación positiva de la misma para estas situaciones en nuestra legislación de sociedades anónimas, en virtud de la aplicación de normas generales que proscriben la actuación contraria a las exigencias de la buena fe y el abuso del derecho (art. 7 CC), el fraude de ley (art. 6.4 CC), el principio de *pacta sunt servanda*, así como por la debida integración del contrato social (art. 1258 CC).

El deber de buena fe que tiene su correspondencia en el Derecho Societario en el deber de fidelidad del socio, así como en la persecución del interés social, no puede ser vulnerado mediante conductas contrarias al mismo que supongan la desaparición absoluta del fin común, mediante la disolución de una sociedad.

Estas consideraciones ya han sido puestas de manifiesto en nuestra doctrina cuando se ha evidenciado la preocupación por la desmesurada respuesta que ofrece nuestro Derecho de Sociedades en supuestos como el anteriormente planteado. De esta forma, ALFARO ÁGUILA-REAL (13) razona diciendo que: «...En este caso, imponer (por parte del legislador o por parte del socio minoritario) a los restantes la disolución de la sociedad constituye una respuesta desproporcionada y contraria a la función que corresponde genéricamente al Derecho contractual, ya que no se entendería por qué no puede limitarse la respuesta legal a "sacar" de la sociedad al socio que provoca la perturbación permitiendo a los demás con-

(13) Vid., *op. cit.*, pág. 98.

tinuar la persecución del fin común evitándoles la necesidad de disolver, liquidar y posteriormente reconstituir la sociedad sin el socio perturbador».

III. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD VERSUS PRINCIPIOS CONFIGURADORES DEL TIPO SOCIAL

Según hemos podido comprobar, el argumento principal de la sentencia analizada reside en que el derecho de rescate estatutario ante adquisiciones indirectas contradice los principios configuradores del tipo de la sociedad anónima, ya que la admisión de dicha cláusula estatutaria supondría —a juicio del Tribunal Supremo— una personalización de la sociedad anónima.

Ello supone que hayamos de atender el significado y alcance del referido concepto «principios configuradores» del tipo social para delimitar si desde una comprensión del mismo puede llegarse a la conclusión de la sentencia, lo cual, de nuevo adelantamos, no creemos posible sino es desde un desmesurado cercenamiento a la autonomía de la voluntad de los accionistas contratantes.

El tratamiento de la cuestión parte hoy en día del análisis del artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital (cuyos antecedentes son el art. 10 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 12.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) que prevé lo siguiente:

«Artículo 28. Autonomía de la voluntad.

En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido».

La introducción en nuestro Ordenamiento Jurídico del concepto «principios configuradores» se produjo con la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, sin un adecuado o conveniente debate parlamentario (14), aunque el origen del concepto es de claro carácter doctrinal. Así, GIRÓN (15) se pronunciaba al respecto: «una particular configuración de la doctrina de la institución, en la que entra en juego no solo la estructura combinada y unitaria para la función prevista para cada tipo, sino la concepción de estas organizaciones como cauces dados en interés general. El apartamiento de estos criterios originaría ilicitud. El objetivo que cumplirían los principios configuradores dentro de este contexto es claro: frenar la deformación por vía de la libertad de pactos, pues la autonomía privada ha de cesar allí donde se detecta un fraude del sentido y función de los tipos legales».

(14) Para un mayor detalle, vid. Daniel ESPINA, *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, 2003; PEÑAS MOYANO, «Tratamiento de la función, naturaleza, interpretación y límite de los estatutos de la sociedad anónima española en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 21, 2003.

(15) *Op. cit.*, pág. 89.

El concepto ha sido criticado por la abstracción del mismo, PAZ-ARES (16) se refiere al respecto diciendo que: «...la doctrina que se aproxima a ellos no es capaz de definirlos con precisión, y no es de extrañar, porque —como sucede en el paradigma del que traen causa— no se dejan definir. Las definiciones que se registran en la literatura son siempre ambiguas, imprecisas, oscuras. El resultado es la creación al amparo de los principios configuradores de un derecho doctrinal caracterizado por una elevada dosis de incertidumbre (según acreditan el gran número de disputas y dudas que suscita su interpretación entre los autores) y de arbitrariedad (que queda también evidenciada empíricamente por la diversidad de contenidos que se le asignan). Nada de esto debe sorprender, pues la ambigüedad, la imprecisión y la oscuridad son propiedad congénitas de las categorías del conocimiento intuitivo y, en esa medida, pertenecen al propio modo de ser —más metafísico que analítico— de los principios configuradores del tipo».

Como podemos ver, ni el concepto ni el abordamiento doctrinal del mismo, resultan lo suficientemente clarificadores a los efectos del propósito que nos hemos puesto. En nuestra opinión, los denominados principios configuradores del tipo no funcionan como un individualizado límite a la autonomía privada contractual, únicamente sometida inicialmente a la estructura y superior aplicación de la norma imperativa (17) y del Orden Público.

De esta forma, estos principios configuradores vendrían a funcionar como una especie de normativa rectora dentro del tipo social existente en nuestro Ordenamiento Jurídico, con el fin de adecuar la voluntad privada al contenido imperativo del Derecho Societario y al Orden Público (18).

(16) PAZ-ARES, ¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL).

(17) En cuanto al carácter imperativo de la normativa societaria, en el tema que nos ocupa, recientemente se ha expuesto lo siguiente, por A. VAQUERIZO, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Ángel Rojo-Emilio Beltrán (art. 28), t. I, Editorial Civitas, 2011, págs. 392 y 393: «Más controvertido resulta, sin embargo, el grado de imperatividad de las normas que disciplinan las relaciones internas de la sociedad, entre las que poseen especial relevancia aquellas que tratan de garantizar la efectividad de los derechos individuales de cada socio (...) Finalmente, resultan también controvertidas las cláusulas que restringen el derecho de adquisición preferente de los socios, así como las dirigidas a establecer mecanismos de valoración de las participaciones sociales que impidan al socio obtener el valor razonable con ocasión de su salida de la sociedad (...) En fin, en este mismo ámbito de las relaciones internas, se consideran igualmente imperativas las normas que reglamentan el funcionamiento de los órganos sociales».

(18) A. VAQUERIZO (*op. cit.*, págs. 394 y 395) define los principios configuradores del tipo del siguiente modo: «En realidad, los principios configuradores se pueden —y deben— identificar con las características o los rasgos estructurales básicos de la sociedad, que se pueden inducir del articulado de la Ley. En efecto, el carácter indisponible de esos principios se justifica por la necesidad de establecer por ley los elementos tipológicos esenciales e inalterables de cada una de los tipos sociales para permitir la adecuada identificación de cada uno de ellos en el tráfico, respondiendo así a la decisión de política legislativa de mantener el carácter tasado de las formas societarias, con el fin último de impedir que afloren organizaciones atípicas que puedan perturbar esa seguridad del tráfico o generar confusión respecto del derecho aplicable. La falta de concreción legal de estos principios plantea el problema de su determinación y de su extensión como límite a la libertad de pactos. Precisamente ello, se advierte, en general, la conveniencia de procurar una interpretación restrictiva de esos principios, en el sentido de no incurrir en la pretensión de fundamentar en ellos el carácter imperativo de normas que carecen de sí mismas de un contenido tipológico esencial. Al establecer los principios configuradores como límite de

Así, como gráficamente ha descrito PAZ-ARES, admitido el *numerus clausus* de los tipos sociales (19), la autonomía privada «no opera por fuera de los tipos legales, opera por dentro» (20), lo que implica, en nuestra opinión, que la misma no pueda quedar anulada por aplicación de unas supuestas características tipológicas, elevadas, por cierta doctrina y la sentencia analizada a categoría indisponible para las partes. Es decir, el supuestamente infranqueable carácter abierto de la sociedad anónima no puede ser elevado a categoría de principio configurador con el que limitar la autonomía contractual de las partes. Una forma de pensar así, no supone más que «sacralizar» un concepto al fin pretendido, que no es otro que el encasillamiento a una estructura normativa y contractual indisponible para las partes del contrato de sociedad, completamente ajena a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma a interpretar (art. 3 del CC y art. 28 de la LSC).

Si bien es cierto, en nuestra opinión, que desde la aparición de nuestras leyes societarias especiales en 1951 (LSA) y en 1953 (LSL), la intención del legislador, manifestada en sus Exposiciones de Motivos, pasando por la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, ha sido la de establecer una especie de estanqueidad societaria entre ambos tipos sociales, la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, basada en el carácter abierto de aquella y el cerrado de esta, lo que ha supuesto a juicio de cierto sector doctrinal, la existencia de un mayor grado de imperatividad en la sociedad anónima que en la sociedad de responsabilidad limitada, no es menos cierto, como hemos comprobado, que dicha pretendida estanqueidad ha venido siendo menguada tras ciertas reformas de nuestro Derecho de Sociedades (por ejemplo, sociedades profesionales) que suponen (al menos, en este aspecto que nos ocupa) un mayor grado liberalizador a dicho sentimiento restrictivo e imperativo-social.

De ahí, que coincidamos con PAZ-ARES (21) en que: «...Desde una perspectiva contractual, los principios configuradores del tipo son única y exclusivamente los principios derivados de la normativa imperativa de los tipos, y por tanto, no introducen un límite sustancialmente distinto del anteriormente examinado», debiendo cesar la autonomía contractual, en las citadas palabras de GIRÓN, «donde se detecta un fraude al sentido y la función de los tipos legales» (22).

la autonomía privada, la Ley hace referencia a aquellas normas que definen los rasgos organizativos fundamentales de las sociedades de capital».

(19) Vid., con carácter general, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, 1977.

(20) PAZ-ARES, «La sociedad mercantil. Mercantilidad e irregularidad». Uría-Menéndez. *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.^a ed., Thomson- Civitas, 2006, pág. 549.

(21) PAZ-ARES, *La sociedad mercantil. Mercantilidad e irregularidad...*, pág. 551.

(22) Por el contrario, A. VAQUERIZO (vid., *op. cit.*, pág. 394), opina lo siguiente: «El segundo de los límites a la autonomía de la voluntad se refiere a los denominados "principios configuradores" del tipo social. Se trata de un concepto jurídico escasamente determinado por la doctrina y la jurisprudencia, cuyo contenido interesa precisar. A este respecto, es evidente que los principios configuradores tienen un contenido distinto al de las leyes imperativas en general, ya que el artículo distingue ambos conceptos: los principios configuradores constituyen un límite a la autonomía privada que se señala inmediatamente después del límite representado por las leyes».

En ocasiones, estos principios configuradores se han identificado con el denominado "orden público societario", mera especificación del límite general a la autonomía de la voluntad constituido por el orden público (art. 1255 CC). En el ámbito societario, el orden público estaría referido —más allá de la vinculación con los derechos y libertades contractuales

El esfuerzo dogmático en elaborar una categoría (principios configuradores) independiente y autónoma del carácter imperativo del tipo social correspondiente, aunque plausible, no nos ofrece mayor resultado.

Una visión institucionalista del tipo social no casa bien, a nuestro juicio, con el principio constitucional de libertad de empresa (art. 38 de la Constitución Española), dentro del cual ha de otorgarse un importante papel a la autonomía de la voluntad de las partes, cuando la misma no resulte contraria a normativa imperativa o al orden público, que en este campo, puede ser calificado como Societario. Razones de protección de los intereses de mercados institucionalizados y regulados por razones superiores a las de la elección de un tipo social, sí que justifican un arquetipo contractual societario limitado desde el punto de vista de la libertad contractual. Por ello, la cotización de la sociedad anónima en mercados organizados, sí puede implicar restricciones a la libre construcción del contenido de la relación jurídica compleja que supone la caracterización de accionista de una sociedad, donde los derechos y deberes del miembro de dicha relación jurídica han de ser contemplados no solo desde la suscripción al contrato social, sino desde bienes o intereses mayores propios de la economía de mercado.

No existe ninguna especialidad, fuera de las sociedades anónimas cotizadas, que haya de ser contemplada en nuestro Derecho Societario desde el recurso a los citados principios configuradores del tipo social, distinta de la prevista en nuestro Derecho general de sociedades (art. 1255 CC). Aspiraciones de otro tipo, no solo se pueden concebir desde un deseado arquetipo social impuesto por el legislador, sino desde posiciones particulares que continúan abonando especialidades rigurosamente dogmáticas dentro de nuestro Derecho General de Sociedades, ajenas a la creación de la estructura social y a la estipulación de relaciones jurídicas destinadas al fin común asociativo.

De esta forma, el derecho de exclusión societario y las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones que pudieran suponer dicha exclusión, si son libremente acordada por las partes, son manifestaciones concretas de la relación jurídica social que conforman el haz de derechos y obligaciones de la posición de socio devenida del contrato social. Dicha expresión contractual se ha venido admitiendo de *lege data* en la gran mayoría de fenómenos asociativos propios de nuestro Derecho General de Sociedades, de ahí que no puedan existir justificaciones para no admitirlas dentro del contrato de sociedad anónima, cuando no exista vulneración de norma imperativas (por ejemplo, señalamiento de las causas de la restricción a la libre transmisión de acciones en los estatutos de la sociedad anónima con prohibición de las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción «el socio no puede ser prisionero de sus títulos»), ya que no alcanzamos a vislumbrar —por la inexistencia de la misma— ninguna razón de Orden Público que impidiera la adopción estatutaria de dichos recursos asociativos.

De ahí que los principios configuradores del tipo solo puedan servir como vehículo transmisor o canalizador de la imperatividad societaria y del orden

del socio (como sucede, por ejemplo, con la prohibición de aquellos pactos que supongan la obligación de quedar el socio indefinidamente vinculado a la sociedad)—. Esta idea de relacionar los principios configuradores con el orden público societario aparece, a veces, en las sentencias de los Tribunales (vid., entre otras, SSTS de 29-11-2007 y 30-5-2007). Sin embargo, como es evidente, el límite del orden público es un límite general de la autonomía privada (art. 1255 CC), plenamente operativo, aunque la Ley no contuviera referencia alguna a los principios configuradores».

público societario a la adecuada respuesta de nulidad de la cláusula estatutaria contraria bien a tal imperatividad o a dicho orden público societario.

Esta inexistencia de particularidad o de finalidad de los principios configuradores del tipo social distinta a la función tuitiva general que la norma imperativa tiene en el concreto tipo social, nos lleva a confirmar que el análisis de la cuestión no puede ser abordado sino desde los tradicionales límites de la autonomía de la voluntad que han de aplicarse *mutatis mutandi* de nuestro Derecho Patrimonial a nuestro Derecho General de Sociedades.

PAZ-ARES (23) desde su visión del concepto de autonomía privada en relación con la reconstrucción del derecho de sociedades, afirma lo siguiente: «El principio de autonomía privada se configura así con un doble alcance: atribuye a la voluntad de las partes poderes normativos para elaborar el derecho desde dentro (por los contratantes) y erige a esa misma voluntad de las partes, sea real o presunta, en criterio directriz de la elaboración del derecho desde fuera (por los legisladores, los jueces, los autores, etc.). No hace falta decir que una hipótesis de esta naturaleza entraña todo un programa de reconstrucción del derecho de las sociedades de capital: a) desde el punto de vista de los fines, supone que el derecho de sociedades tiene como objetivo básico la maximización de los objetivos de las partes (eficiencia); b) desde el punto de vista de su contenido, que ha de formularse por el legislador e interpretarse y extenderse por los intérpretes tratando de reflejar o reproducir las expectativas normativas de las partes (voluntad hipotética), y c) desde el punto de vista de sus pretensiones, que ha de ser moderado, es decir, consciente de que su fuerza de gobierno es intercambiable con otros mecanismos disciplinares provistos por el mercado (“ordenación privada”»).

De esta forma, un intervencionismo legislativo y judicial de este tipo no puede ser fruto de acogida en el moderno Derecho General de Sociedades, que margine el ámbito de la autonomía privada en situaciones donde no existe una justificación, ni por razones de índole económica, ni por razones de protección de los intereses de las partes en el contrato de sociedad. O sea, la desviación de los principios configuradores del tipo social, la construcción de la sociedad anónima cerrada en este caso, ha de sustentarse desde una justificación de los intereses particulares en juego, pero sobre todo ha de pivotar sobre el fin común o interés social. Desde este prisma, una correcta justificación contractual de las causas que necesariamente han de preverse en los estatutos para la existencia de la restricción a la libre transmisibilidad de acciones, debe servir como justa ponderación de dichos intereses y tener como resultado, por tanto, la admisión de la restricción estatutaria analizada.

No obstante, no pretendemos que nuestras anteriores reflexiones sean consideradas como apuntes que pretenden reverdecer la concepción más liberal del contrato, para que al amparo de posturas excesivamente liberales, la ingeniería económica y jurídica propia de los agentes económicos en mejor posición sean sujetos de un producto o de un exagerado recurso al *laissez faire laissez passer*.

Una correcta interpretación del artículo 1255 del Código Civil no puede suponer ello, si coincidimos que este debe ser el límite natural a la autonomía de la voluntad de las partes impuesto por los principios configuradores del tipo social. Una adecuada «ordenación privada» por las partes del contrato de sociedad no puede ni debe conducirnos a una libertad absoluta de configuración del tipo social elegido, que desnaturalice el interés común social dirigido a la consecución del ánimo de lucro, causa del contrato de sociedad.

(23) Vid. PAZ-ARES, *¿Cómo entendemos...?*

Como dijo DE CASTRO, después de unas valiosísimas reflexiones sobre la concepción de la autonomía de la voluntad (24): «...Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos cláusulas y condiciones que se desvien del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato (...).

Ante todo, que de lo expuesto no se infiere, ni cabe deducir una devaluación del principio de la autonomía de la voluntad; su valor sigue siendo indiscutible, como unido íntimamente al respeto debido de la libertad de la persona, y consecuentemente tampoco debería hablarse de una decadencia o muerte del contrato. Ni siquiera puede decirse con exactitud que se trate de una nueva concepción de la autonomía de la voluntad. El cambio que se advierte en la doctrina no es más que el resultado del relativo abandono de ciertos modernos perjuicios, del propio individualismo exaltado que inspiró el liberalismo del siglo XIX y el más reciente neoliberalismo que abandera la nueva *lex mercatoria*. El vacío así producido ha permitido advertir que la autonomía de la voluntad tiene límites inmanentes, los que fueran considerados naturales e indiscutibles por el Derecho Común.

Esto parece evidente, en cuanto desaparecen los prejuicios originados por la concepción liberal del contrato. Los pactos leoninos son necesariamente nulos. Conclusión que impone el artículo 1255 del Código Civil, adecuadamente interpretado. Las leyes a las que se refiere no son tan solo las expresas o claramente imperativas, sino también las llamadas dispositivas, en cuanto estas establecen la regulación normal de las relaciones contractuales y cuyo abandono a favor de uno de los contratantes requiere por ello, en cada caso, su especial justificación. La moral impone el calificativo de inmoral al pacto leonino. Interpretación del artículo 1255 que concuerda con el movimiento manifestado en las leyes, que van cambiando el sistema jurídico en la mayor parte de los países...».

En este caso concreto es el propio modelo legal el que permite la existencia de la restricción a la libre transmisión de acciones cuando se justifique la misma en la correspondiente cláusula estatutaria. La exigencia de dicha justificación, propia por otro lado, del poder dispositivo que concede el modelo legal restrictivo de la libre transmisibilidad de las acciones, supone una íntima conexión —a nuestro juicio— con la doctrina de la causa concreta y del propósito del negocio jurídico, requisito justificativo que se hace más presente y necesario si como en el modelo de cláusula estatutaria analizada en esta sentencia del Tribunal Supremo, puede desembocar en una exclusión del accionista correspondiente, no tipificada legalmente ni diseñada por tanto por el arquetipo social dictado por el legislador. Por tanto, en clave de dictados normativos dispositivos o imperativos,

(24) DE CASTRO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*, Centro de Estudios Registrales, t. II, págs. 1316 y 1321, 1997.

la inexistencia de un desequilibrio contractual que pudiere justificar la nulidad de la cláusula estatutaria analizada con el consabido resultado de exclusión, aceptada por las partes desde el mismo momento de perfección del contrato social, no puede suponer una ilicitud de la misma, al no ser contraria a los principios configuradores del tipo social.

Analizada la problemática desde la ausencia de imperatividad absoluta de la norma societaria que regula las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones y la justificación del recurso a su utilización en función del carácter dispositivo de la misma, solo nos restaría acercarnos al Orden Público, o si se quiere «Orden Público Societario» como otro límite natural propio de la autonomía de la voluntad, y por tanto impuesto por los principios configuradores del tipo social.

De nuevo DE CASTRO (25) nos enseñó que existen dos clases de orden público, ya que: «El orden público jurídico se basa en normas extrapositivas, no expresadas en textos legales y su específica finalidad se centra en evitar que, por medio de la libertad de contratar, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne al buen sentido de lo justo o de la moral. De ahí que su eficacia sea negativa, la de declarar nulos ciertos convenios, los que por contrarios al orden público tiene un propósito, objeto o una causa ilícita. El orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encamendada a la Administración, la que actúa por delegación expresa o tácita, mediante el arbitrio de sus funcionarios, por reglamentos, órdenes e instrucciones. Se manifiesta con eficacia positiva, imponiendo haceres para establecer la prevista ordenación económica. La que puede tener motivaciones de interés general, pero también clasistas o a favor de ciertos particulares. En ocasiones cabe que origine la nulidad total de los convenios que la contradigan, en otros casos, la nulidad relativa o parcial, o bien su reforma o acomodación; pudiendo dar lugar a sanciones penales y multas administrativas» (26).

(25) Vid. DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones...*, págs. 1306 y 1307. En consecuencias prácticas sobre los dos conceptos de orden público, DE CASTRO razona que: «...Las diferencias señaladas se traducen en la distinta situación en que se halla el Juez, respecto de cada orden público. El orden público jurídico otorga al Juez un papel de protagonista, el de concretar e interpretar los criterios básicos de la moral, de las buenas costumbres y de lo justo, inmanentes o trascendentales, del sistema jurídico en vigor, los que vienen a limitar o moderar la libertad de los contratantes; ello corresponde a su estricto oficio de administrar justicia. En cambio, no le corresponde ser un experto en economía, ni adivinar, ni colaborar con las arcanas o abiertas intenciones de quienes manejan, para bien o para mal, la economía del país; todo ello es extraño al propio contenido judicial. Respecto al llamado orden público económico, el Juez habrá de limitarse a cumplir lo mandado expresamente por el legislador o por el funcionario en quien aquel delegue (interpretación estricta)».

(26) Más recientemente, se ha afirmado que el orden público económico es el conformado por la «constitución económica». De esta forma, DIEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*), 6.^a ed., Thomson-Civitas, 2007, pág. 54), expone lo siguiente: «En otro plano, es indiscutible que existe lo que con acierto se ha denominado constitución económica de una sociedad, que designa el marco jurídico fundamental de la actividad económica o, dicho de otro modo, el orden del proceso económico. Entendido de este modo, existe una constitución económica que está contenida dentro la constitución política. A esta idea responde el artículo 38 de la Constitución y la referencia a la libre empresa en el marco de una economía social de mercado. Sin embargo, existe también una «constitución económica» más profunda, que no se refleja necesariamente en la constitución política, pero que comprende un conjunto de principios y de líneas de inspiración sobre las cuales la actividad económica de la sociedad se desarrolla. Es a este conjunto de principios al que llamamos, en sentido estricto, orden público económico».

En este sentido, si hemos identificado la necesaria justificación de la actuación de las partes para aplicar correctamente la norma dispositiva, justificación que creemos se encuentra plenamente conectada con la doctrina de la causa concreta y del propósito del negocio jurídico (27), y cuya ausencia de justificación o contravención causal supondría la ilicitud de la misma si no se persiguiera así el interés común o fin social, creemos que con esta cautela se salva cualquier contradicción de la cláusula estatutaria analizada con el denominado orden público jurídico, por lo que el Juez en el análisis de la misma no puede hacerse valer de esta extrapositividad que le otorgaría gran margen de actuación en la calificación de la cláusula.

Por otro lado, no comprendemos que pueda alegarse como contraria al orden público económico la existencia de una cláusula que restrinja la libre transmisibilidad de acciones en una sociedad anónima en los supuestos de adquisiciones indirectas, aunque pudiera tener como resultado una exclusión del correspondiente socio, mediante el argumento general consistente en el carácter abierto de la sociedad anónima o que en esta no se ha previsto legalmente el modelo de exclusión del socio. Una correcta ponderación del principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución Española y de la intervención del Estado en los asuntos económicos que se prevé en los supuestos del artículo 128 de la Constitución Española, no puede llevar a soluciones propuestas como la que recoge la cuestionada, por nosotros, sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2011 (28).

No existe, a nuestro juicio, ninguna infracción de principios constitucionales económicos, ni de ningún otro dictado legislativo, que pudieran justificar el rechazo judicial de una cláusula estatutaria similar con las cautelas apuntadas.

(27) Vid., sobre el particular, MORALES MORENO, «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Editorial Civitas, pág. 323 y sigs.

(28) A. VAQUERIZO (*op. cit.*, págs. 395 y 396), en relación con el pacto de restricciones a la libre transmisibilidad de acciones y en cuanto al convenio relativo a causas de exclusión diferentes a las legales, se pronuncia del siguiente tenor: «Por último, al margen de la incidencia de los principios configuradores sobre la libertad de pactos en general, la mención de estos principios como límite a la autonomía estatutaria suscita la cuestión del propio contorno delimitador de las formas sociales o, expresado en otros términos, del carácter más o menos rígido —o más o menos intercambiable— de los rasgos diferenciadores que las distinguen entre sí. Bajo este aspecto, la admisibilidad de la eventual asunción por vía estatutaria de elementos o rasgos legalmente previstos para una forma social distinta plantea algunas controversias que solo pueden resolverse desde una aproximación también, en cierto modo, casística. En el ámbito de la sociedad anónima —y de la sociedad comanditaria por acciones— la posibilidad de incorporar elementos característicos de la sociedad limitada se halla, en algunos casos, expresamente prevista por la Ley, al permitir, por ejemplo, las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de las acciones bajo ciertos límites, algo que pone de manifiesto el carácter polivalente de la función que cumple esta forma social en el tráfico. Pero, más allá de esta constatación, el carácter conforme o no a derecho de esta suerte de hibridación del tipo social por vía estatutaria requiere un análisis particular que, en todo caso, debe orientarse a partir de la interpretación restrictiva de los principios configuradores anteriormente indicada. Así, con carácter general, deben considerarse admisibles las cláusulas en virtud de las cuales se excluya, por ejemplo, la cooptación en el consejo de administración de la sociedad anónima, así como aquellas que establezcan causas de separación o exclusión de socios distintas a las previstas legalmente, y ello con independencia en este momento de la valoración que merezca su contenido concreto en cada caso particular».

Solo, como hemos dicho, desde el otorgamiento de un excesivo protagonismo a la intervención pública mediante un estricto e injustificado entendimiento del tipo de la sociedad anónima, por otro lado, contrario a las exigencias demandadas por los agentes económicos, pueden sostenerse tesis como la que preconiza esta sentencia del Tribunal Supremo, es decir, desde una concepción excesiva institucionalizada del fenómeno tipológico de la sociedad anónima, como corporación ajena a su también naturaleza contractual.

IV. EL MODELO FRANCÉS DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS)

Possiblemente una de las formas societarias más flexibles que conozcamos en nuestro entorno jurídico más cercano, sea la *société par actions simplifiée* (29) (sociedad por acciones simplificada) regulada en el Código de Comercio francés, frente al paradigma societario alemán que goza de mayor imperatividad, como es la *Aktiengesetz* (30).

En el campo que nos ocupa, el artículo L. 227-17 del Código de Comercio francés prevé expresamente un supuesto de exclusión estatutaria para los casos de cambio de control de una persona jurídica socia de la sociedad por acciones simplificada.

El texto reza literalmente del siguiente tenor:

«Article L. 227-17:

Les statuts peuvent prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié au sens de l'article L. 233-3 doit, dès cette modification, en informer la société par actions simplifiée. Celle-ci peut décider, dans les conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pecuniaires de cet associé et de l'exclure.

Les dispositions de l'alinéa précédent peuvent s'appliquer, dans les mêmes conditions, à l'associé qui a acquis cette qualité à la suite d'une opération de fusion, de scission ou de dissolution».

Es decir, los estatutos pueden prever que aquellas sociedades socias cuyo control sea modificado deban, desde el propio momento de la modificación, informar a la Sociedad de Acciones Simplificadas (SAS). Esta podrá decidir, en las condiciones fijadas en estatutos, suspender el ejercicio de los derechos no pecuniarios de esta sociedad y excluirla. Esto también podrá aplicarse, en las mismas condiciones, a todo aquel que haya adquirido la calidad de socio mediante una operación de fusión, escisión o de disolución.

O sea, vemos como en un modelo tipológico ciertamente flexible, donde se deja gran ámbito a la autonomía de la voluntad de las partes, como es la sociedad por acciones simplificada francesa, encontramos un supuesto de hecho

(29) Sobre la sociedad por acciones simplificada francesa, puede verse el estudio de la misma realizada por Linda NAVARRO MATAMOROS, *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho Europeo de Sociedades: La SAS francesa y su incidencia en el Derecho español*, Editorial Comares, 2009.

(30) De gran interés resulta el estudio introductorio realizado por EMBID IRUJO a la traducción de la Ley alemana de Sociedades Anónimas, de 6 de septiembre de 1965 (*BGBL*, I, pág. 1089), en su versión última llevada a cabo por el artículo 1 de la Ley de 31 de julio de 2009 (*BGBL*, I, pág. 2509), Marcial Pons, 2010.

análogo al planteado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2011, aunque con una consecuencia jurídica distinta a la adoptada por el fallo de nuestro más Alto Tribunal.

La sociedad anónima simplificada francesa se enmarca pues dentro de un proceso flexibilizador del Derecho de Sociedades que se está llevando a cabo a nivel internacional, que permite como se ha dicho adaptar el tipo social correspondiente a las necesidades del tráfico jurídico y de los socios de la misma, y un claro ejemplo, de dicho aspecto flexibilizador, es la potenciación del ámbito de la autonomía contractual de los socios quienes gozan de una gran libertad para la configuración del tipo social a través de cláusulas estatutarias, como la analizada en el presente caso, es decir, incluso previéndose la posibilidad estatutaria que tienen los socios de articular un mecanismo de exclusión ante el cambio de control de la persona jurídica socia de la sociedad anónima simplificada.

V. EPÍLOGO

Decisiones como la que hemos tenido oportunidad de tratar al hilo de esta sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2011, descansan en un excesivo dogmatismo e incorrecto —a nuestro juicio— entendimiento de la realidad jurídico-económica actual, que resulta tendente al abandono rigorista de concepciones estrictamente corporativistas e institucionalistas del contrato de sociedad anónima mediante la creación de sociedades anónimas con marcado carácter cerrado.

Como con acierto dijera en su día DE CASTRO (31) en sus reflexiones acerca del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas (que fuera antecedente de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951): «...El Anteproyecto parte de la creencia en unos principios connaturales a la “esencia” de la Sociedad Anónima, que hay que respetar y que es imposible contradecir.

La intangibilidad dogmática, la existencia de unos principios y de una esencia connatural a la Sociedad Anónima son afirmaciones que a un civilista le parecen restos de las ilusiones que creara antaño la concepción positivista del pandectismo. La Sociedad Anónima, figura jurídica moderna y artificial, carece de fundamento extrapositivo, y, lo mismo que ha sufrido grandes y fundamentales cambios en su estructura y funcionamiento, nada impide que pueda sufrir otros más profundos para adaptarla a nuevas necesidades económicas o políticas y que signifiquen una alteración de esencia y principios».

La referida carencia de fundamento extrapositivo de los principios alegados suponen, a nuestro entender, que la limitación de la autonomía de la voluntad que se pretende mediante el recurso a los mismos haya de coincidir con los tradicionales límites de la autonomía de la voluntad, como son la norma imperativa y el orden público, aplicables también en nuestro Derecho General de Sociedades.

De ahí que, para evitar que pactos como el analizado sean expulsados de la vida social estatutaria, o bien que solo puedan ser utilizados en el seno de acuerdos parasociales, con el problema existente en cuanto a la ejecución y oponibilidad de los mismos frente a la sociedad en cuestión, resultare conveniente *de lege ferenda*, abordar legislativamente cuestiones como la tratada y por los motivos expuestos.

(31) DE CASTRO Y BRAVO, «¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la sociedad anónima», en *La persona jurídica*, Editorial Civitas, 2.^a ed., 1984, pág. 55.

De hecho el panorama actual de la sociedad anónima en relación con la sociedad limitada, no resulta demasiado esperanzador. Así, según nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística de 16 de mayo de 2011 (con datos provisionales a marzo de 2011), de las 9.313 sociedades mercantiles creadas en el mes de marzo, el 99,2 por 100 son limitadas y el 0,8 por 100 anónimas. De las 3.607 sociedades que amplían capital, el 90,2 por 100 son limitadas y el 9,7 por 100 anónimas. En marzo, el número de sociedades anónimas creadas disminuye un 6,4 por 100 en términos interanuales, mientras que el de limitadas aumenta un 6,8 por 100.

Ante las consideraciones expuestas y los resultados estadísticos citados, al margen de una valoración económica de los mismos ante el estado actual de crisis en que se encuentra inmersa la economía española, ¿estamos también asistiendo realmente a una crisis de la sociedad anónima?... *Qui prodest?*

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL: «Conflictos intrasocietarios (los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Valladolid, 1998.
- BONARELLI LENZANO y CABANAS TREJO: «Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades, Aranzadi*, núm. 12, 1998.
- CAMPINS VARGAS: *La sociedad profesional*, Editorial Civitas, 2000.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, tomo II, 1978.
- DE CASTRO Y BRAVO: *¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la sociedad anónima. La persona jurídica*, Editorial Civitas, 2.^a ed., 1984.
- DE CASTRO: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*, Centro de Estudios Registrales, t. II, 1997.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6.^a ed., Thomson-Civitas, 2007.
- EMBID IRUJO: *Traducción de la Ley alemana de Sociedades Anónimas de 6 de septiembre de 1965 (BGBl, I, pág. 1089)*, en su versión última llevada a cabo por el artículo 1 de la Ley de 31 de julio de 2009 (BGBl., I, pág. 2509). Marcial Pons, 2010.
- ESPINA: *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, 2003.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, 1977.
- *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el sistema español de sociedades de capital. Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, t. I. Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ DEL POZO: «Greenmail y amortización no paritaria de acciones y de participaciones. Un examen crítico del estado de la cuestión en nuestra jurisprudencia», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Thomson-Aranzadi, 2003-2.
- GARCÍA PÉREZ: *Exclusión de socios profesionales. Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen fiscal y corporativo*. Thomson-Aranzadi, 2007.
- GARCÍA VILLAVERDE: *La exclusión de socios. Causas legales*, Madrid, 1977.
- GARRIDO DE PALMA: «La sociedad anónima, limitada familiar. La transmisión de acciones, de participaciones sociales y el cambio de socios en las mismas», en

- Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, T. II, Valencia, 1995.*
- GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid, 1976.
- GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades*, 1976.
- MASSAGUER: «La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista General del Derecho*, diciembre de 1994.
- NAVARRO MATAMOROS: *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho Europeo de Sociedades: La SAS francesa y su incidencia en el Derecho español*, Editorial Comares, 2009.
- PAZ-ARES: *La sociedad colectiva: cambios de socios, separación y exclusión*. Rodrigo URÍA-AURELIO MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Editorial Civitas, 1999.
- *La sociedad mercantil. Mercantilidad e irregularidad*. URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.^a ed., Thomson-Civitas, 2006.
- *¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)*.
- PEÑAS MOYANO: «Tratamiento de la función, naturaleza, interpretación y límite de los estatutos de la sociedad anónima española en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 21, 2003.
- PERDICES HUETOS: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Editorial Civitas, 1997.
- PÉREZ RODRÍGUEZ: «La exclusión de socios en sociedades anónimas», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 2005-2, núm. 25.
- POLO DÍEZ: *La concurrencia y selección de los tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital, ¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica*, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ-SASTRE: «Exclusión de un accionista de sociedad anónima», en *Revista de Derecho Privado*, t. LIX, 1975.
- ROJO: *La sociedad anónima como problema. ¿Sociedad anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica*, Madrid, 1992.
- VAQUERIZO: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Ángel Rojo-Emilio Beltrán (art. 28), t. I. Editorial Civitas, 2011.
- VIERA GONZÁLEZ: «Las sociedades de capital cerradas y causas de separación y exclusión en la SA y en la SRL», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Thomson-Aranzadi, núm. 17, 2001-2.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1995 (RJ 1995/4208).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2001 (RJ 2001/514).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2011 (JUR 2001/76357).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de septiembre de 1983 (RJ 7016).

RESUMEN

SOCIEDAD ANÓNIMA
RESTRICCIONES A LIBRE
TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2011, se niega la validez de un derecho de rescate configurado en los estatutos de una sociedad anónima por contradecir los principios configuradores del tipo de la sociedad anónima, desde una rigidez dogmática y una visión institucionalista de la sociedad anónima en clara contradicción con el principio de autonomía de la voluntad social.

ABSTRACT

PUBLIC LIMITED COMPANY
SHARE TRANSFER RESTRICTIONS

The Supreme Court's ruling of 10 January 2011 denies the validity of a right of redemption as worded in a public limited company's articles of association on the grounds that the stated terms contradict the configuring principles of the concept of the public limited company. The position is one of dogmatic rigidity, taking an institutionalist view of the public limited company, in clear contradiction with the rule of corporate autonomy of will.