

tienen acceso al Registro de la Propiedad (art. 166, 11, del Reglamento Hipotecario), las anotaciones preventivas a que se refiere el artículo 172, 2, del Reglamento Hipotecario, solicitudes privadas de cancelación (artículo 208, 2, del Reglamento Hipotecario), pero en ninguno de estos casos está el supuesto de que trata esta resolución, que es, en definitiva, una modificación del régimen económico de comunidad de bienes, que pasa a ser un régimen de separación y que cabe considerarlo como unas capitulaciones matrimoniales. De ahí las dificultades que vemos del acceso de este documento al Registro de la Propiedad, no sólo por los defectos de forma (arts. 11, 2, y 1.327 del Código Civil), sino por la aplicación de la normativa que rige el Registro de la Propiedad sobre la base del artículo 10, 1, del Código Civil. Principio de publicidad que se aplica por la Ley del lugar donde se hallan los bienes inmuebles; en este caso, se trata de un piso adquirido en Madrid.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ

- *SE CONSIDERA INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO MERCANTIL LA CLAUSULA ESTATUTARIA POR LA QUE SE PROHIBE A LOS SOCIOS, MIENTRAS LO SEAN, DEDICARSE A LAS ACTIVIDADES QUE CONSTITUYEN EL OBJETO SOCIAL.*
- *EN CAMBIO, NO SE ADMITE EL SOMETIMIENTO DE LOS ACCIONISTAS A LA JURISDICCION TAN SOLO DE LOS JUZGADOS DE MADRID, CON EXCLUSION DE CUALQUIER OTRO FUERO, PORQUE EL ARTICULO 70, 2.º, DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS ES DE DERECHO NECESARIO Y NO PERMITE LA TRANSACCION.*
(RESOLUCIÓN DE 26 DE JULIO DE 1988. «BOE» DE 20 DE AGOSTO).

A) *Hechos.*—I. El día 24 de septiembre de 1987, el Notario de Valdemoro, don José Ramón Antón Riesco, autorizó escritura de constitución de la Compañía Mercantil «Sanrese, S. A.». Los artículos 10, 32 y 33 de los Estatutos de dicha Sociedad establecen lo siguiente:

Art. 10. La acción confiere a su titular la condición de socio y le atribuye, entre otros, los derechos a la participación en las ganancias y en el patrimonio en caso de liquidación de la Sociedad, el de preferente suscripción en la emisión de nuevas acciones por aumento de capital, el de asistir y votar en las juntas generales, el de impugnar y pedir la nulidad de los acuerdos sociales y el de exigir la responsabilidad de los administradores.

Queda prohibido a los socios dedicarse fuera de la Sociedad a las actividades que constituyan el objeto social durante el tiempo que dure su calidad de socios.

Art. 32. Las cuestiones que se susciten entre la Sociedad y uno o más accionistas, o entre éstos como tales, serán resueltas con arreglo a la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 67 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas, sobre impugnación de acuerdos sociales.

Art. 33. Los accionistas se someten expresamente a la jurisdicción del Juzgado de Madrid y concordantes, con renuncia a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles.

II. Presentada la referida escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Examinado el precedente documento, se suspende la inscripción por adolecer de los siguientes defectos: 1. El último párrafo del artículo 10 de los Estatutos no se aviene con una Sociedad de tipo capitalista como la Anónima; el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas señala que se es socio por la adquisición de una acción; sólo en las Sociedades de carácter más personalista se admite la restricción para los socios en el ejercicio de la actividad de la Sociedad (art. 137 del Código de Comercio, y sólo para los administradores en el art. 12 de la Sociedad Limitada). 2. Debe salvarse en el artículo 33 de los Estatutos la competencia que señala el 2.º apartado del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que al ser de derecho necesario no admite transacción. Los defectos son subsanables.—Madrid, 13 de enero de 1988.—El Registrador.—Firmado: Luis María Stampa Piñeiro».

III. El Notario autorizante interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que causa extrañeza la nota puesta por el funcionario calificador, puesto que con anterioridad a la presente escritura se han realizado en la Notaría, a cargo del Notario recurrente, escrituras de la misma naturaleza y con los mismos e idénticos Estatutos, que han causado las correspondientes inscripciones en el Registro Mercantil. 1. En cuanto al apartado primero de la nota de calificación: Que, según la doctrina, la diferencia entre las Sociedades Anónimas y las Sociedades de carácter personalista no radica esencialmente en la restricción para los socios del ejercicio de la actividad de la Sociedad, sino que más bien se derivan por las modalidades de su fundación, por el número de otorgantes en la escritura, por la denominación o razón social, por el número mínimo de socios, por el número máximo de socios, por la división del capital en acciones negociables, por el desembolso del capital, por los aumentos del capital social, por la transmisibilidad de las acciones y participaciones, por el régimen de las Juntas y acuerdos, por la forma de tomar los acuerdos, por el derecho de voto, por impugnación de los acuerdos, por el nombramiento de administradores, por todas las especialidades del balance de cuentas y, finalmente, por las diferencias existentes en torno a la disolución y liquidación de unas y otras. Que la nota no es clara, ya que encubre, bajo una calificación de tipo general, un defecto que no ha sido sancionado con prohibición por ningún precepto, ni por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y sentencias del Tribunal Supremo. Que en la Sociedad Anónima, se distinguen hoy dos tipos claros y diferenciados: La Sociedad grande, abierta al público o capitalista, y la Sociedad más restringida, que se conoce doctrinalmente con el nombre de Sociedad Anónima familiar, en cuya virtud se modifica de modo regular el modelo recogido en la Ley de Sociedades Anónimas, haciéndola más propia de algo nuevo parecido a una Sociedad con reglas exteriores de representación y un régimen interior similar a una Sociedad Colectiva de Responsabilidad Limitada. Que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de abril de 1960 y 4 de octubre de 1982 establecen que en las Sociedades de capital modesto o familiares, las normas legales han de aplicarse con mayor flexibilidad. Que la única limitación establecida parece ser, a juicio del Registrador, para las Sociedades personalistas, especialmente las de responsabilidad colectiva, las de

los artículos 137 del Código de Comercio y 12 de la Ley de Responsabilidad Limitada; sin embargo, se olvida de la Exposición de Motivos de la propia Ley de Responsabilidad Limitada, de la que se deduce que la prohibición de ejercer el mismo género de comercio que las Sociedades de Responsabilidad Limitada es excesiva para imponerla a los socios en general; no lo es, en cambio, en relación con los administradores. Pero de lo dicho anteriormente no se deduce nada respecto de las Sociedades Anónimas, en las que no se sanciona, en modo alguno, la prohibición de concurrencia a los accionistas mientras ostentan dicha cualidad o condición, y, por tanto, lo que no está prohibido, está permitido. Que la normativa por la que ha de regirse la Sociedad Anónima objeto de este recurso es, en primer término, sus Estatutos; en segundo lugar, la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, y por las demás disposiciones legales concordantes que sean aplicables (art. 1.º de los Estatutos). Que los artículos 50 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas y 1.255 del Código Civil, a que hace referencia la Ley de Sociedades Anónimas, no prohíben la posibilidad de que los socios de una Sociedad Anónima de tipo peculiar, más bien familiar, puedan ser restringidos en el ejercicio de la actividad de la Sociedad; igualmente, de acuerdo con el artículo 85 de la Ley citada, en el caso presente son los propios socios fundadores los que imponen la limitación, si bien dejando a salvo la posibilidad de que en momentos ulteriores dicha limitación sea derogada por los propios miembros o socios de la Sociedad. Que las normas de Derecho deben ser interpretadas con arreglo a los criterios y principios de la buena fe, de conformidad con los artículos 58 del Código de Comercio y 1.258 del Código Civil, deber jurídico de cooperar legalmente al fin perseguido por el ordenamiento y las relaciones convenidas a su amparo; en este caso, tal deber no se puede interpretar nunca como prohibición, y el principio de legalidad a través de la calificación del órgano correspondiente no debe ser el cúmplase la calificación *ut pereat mundus*, sino el que se cumpla *ut non pereat mundus*. Que el socio adquiere alguna acción de la sociedad constituida en la escritura calificada, la adquirirá con la prohibición establecida en el artículo 10 de los Estatutos. Que, por otro lado, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 11, 5.º, de la Ley de Sociedades Anónimas. De entre las cláusulas potestativas que permite el citado precepto, no hay más limitación que la establecida en el artículo 1.255 del Código Civil, y así lo ha reconocido reiteradamente el Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 14 de febrero de 1963 y 27 de enero de 1968. Que la gran Empresa que lo sea por el número de socios no tiene nada que ver con la Sociedad a que se hace referencia en este recurso, que son tres socios que se conocen y que no quieren que se les vaya de las manos. Que dentro de dicha línea, y desde el punto de vista de *lege ferenda*, tal es el significado que establece el artículo 626 del Código Civil suizo, la Ley alemana de 1965, el Código Civil italiano en el artículo 2.328; además, inciden en este criterio las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 1958 y 5 de noviembre de 1965. Que frente a las Sociedades Anónimas abiertas, se sitúan aquellas otras en que se distribuye su capital entre un número reducido de socios, y aquí nos encontramos ante la llamada Sociedad Anónima cerrada, versión española de la anglosajona —clase *corporation*—. En esta Sociedad, el *intuitus personae* vuelve por sus fueros, y el éxito de sus esfuerzos depende de que la reglamentación legal de la Sociedad

Anónima sea más o menos porosa y flexible. Que una Sociedad Anónima cerrada se distingue de una Sociedad abierta al público: por el número de socios, cuantía de capital y cotización en Bolsa de los títulos. Estas son las diferencias más claras entre la pequeña y grande Empresa en nuestro Derecho. La Sociedad que se trata goza de la naturaleza de pequeña Empresa. Este fenómeno de la distinción se agudiza en la Sociedad por acciones, respecto a tercero, en la que los participantes se consideran como socios colectivos entre sí y han buscado, por medio de acuerdo entre ellos conseguir para la Empresa unas ventajas similares a las de una Sociedad personalista; fenómeno que, desde el punto de vista legalista, parece un acoplamiento de términos contradictorios, pero que ha sido reconocido por los Tribunales extranjeros y españoles. También se ha dicho que esta Sociedad pequeña goza de la naturaleza de una Sociedad Anónima familiar y de una Sociedad colectiva *de facto*, y, finalmente, tomando el problema desde el punto de vista económico, se ha definido la Sociedad cerrada como una Sociedad en la que dirección y propiedad son sustancialmente idénticas, y también se ha señalado que en estas Sociedades todas las acciones pertenecen a personas que participen activamente en la dirección y en la conducción de los asuntos. Que en el Derecho alemán de Sociedades —Ley de 1965— es válido el pacto que establece la no intervención de los socios en empresa industrial o comercial que tenga el mismo objeto social y prevé la sanción al socio infractor. Que la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1961 declara la licitud de una cláusula incorporada a los Estatutos, que dice: «Todo accionista, mientras lo sea, no podrá ejercer negociación semejante al privativo y esencial fin de la Sociedad». 2. En lo referente al apartado 2.º de la nota de calificación: Que es mucho más confuso que el apartado 1.º, debido a que se confunden normas de Derecho imperativo con sometimiento de la materia a Juzgados especiales y, además, no se tienen en cuenta todos los artículos de los Estatutos que se refieren a la materia. Que donde se salva la competencia que señala el 2.º apartado del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas es en el artículo 32 de los Estatutos. Que de la lectura de los artículos 32 y 33 de los Estatutos, interpretada sistemáticamente, se deduce que la nota del funcionario calificador no tiene razón de ser alguna: 1.º, porque los artículos 32 y 33 de los Estatutos se refieren a normas de Derecho procesal, pero que en ningún caso conculcan el mandato necesario o imperativo de los artículos 67 a 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, que en todo caso quedan a salvo, y 2.º, se deben distinguir tres clases de competencia por razón de la materia en el procedimiento de la Ley de Sociedades Anónimas de sus artículos 67 a 70, ambos inclusive. Así se deben distinguir: las competencias objetiva, territorial y funcional. Todo ello queda a salvo con los artículos 32 y 33, tan citados, de la escritura calificada; pero lo que no tiene en cuenta la nota calificadora son las siguientes fases: 1.ª La posibilidad de que las partes pacten antes de entrar en el proceso imperativo y necesario de los artículos 67 y 70, la Ley de Arbitraje de Derecho Privado. 2.ª Que el artículo 33 lo que está estableciendo es la posibilidad de la creación del domicilio electivo que se da y se permite en determinados casos, lo que se llama en el Derecho procesal *prorrogatio fori*, que permiten los artículos 56 y 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los únicos acuerdos sociales impugnables por el cauce de los artículos 67 y siguientes son los que se refieren a la impugnación de todos los relativos a una

Junta, y son los tomados por la Junta general, como órgano de expresión de la voluntad social, y todos aquellos que sirvan para preparar las Juntas en que hayan de adoptarse y en las que se puedan tomar decisiones que afecten a su posible eficacia, pero no los que se refieren a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1967, 25 de enero y 14 de febrero de 1968, 23 de noviembre de 1970, 16 de junio de 1972, 10 de enero y 27 de diciembre de 1973, 20 de diciembre de 1975 y 15 de junio de 1976. Que lo único que dicen los socios fundadores es que los accionistas se someten expresamente a la jurisdicción de los Juzgados de Madrid y concordantes, con renuncia a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, pero entendiéndose fuera de los casos en que no sean aplicables los artículos 67 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, salvedad que queda señalada en el artículo 32 de los Estatutos. Que, por último, en el presente caso, resulta que en el domicilio electivo, *prorrogatio fori* y competencia territorial coinciden plenamente.

IV. El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos e informó: Que el hecho de que otras escrituras de análogo contenido a la que originó este recurso se hallan inscritas en el Registro Mercantil no es óbice para que se pueda disentar de la calificación anterior de otros Registradores y no vincule la calificación que éstos hayan hecho; y, a este respecto, hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 4.º de la Orden de 26 de noviembre de 1986. Que, en cuanto al primer defecto de la nota de calificación, el recurrente asimila las Sociedades de capital modesto o familiares a las Sociedades personalistas. Sin embargo, ni la Ley de Sociedades Anónimas, ni el anteproyecto de Ley de las mismas, y tampoco la Directiva comunitaria, distinguen entre Sociedades grandes o pequeñas, y, por tanto, por mucha distinción que se quiera hacer y flexibilidad de aplicación de las normas que las regulan, no ha de ser tanta que desnaturalice la esencia de la Sociedad Anónima. Hay que entender, teniendo en cuenta la doctrina mercantil, que en una Sociedad prototipo de las capitalistas, como la Anónima, poco importan las condiciones personales de los socios ni la actuación de los mismos. En este sentido se han manifestado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de abril de 1967, y la Dirección General de los Registros, en Resolución de 16 de septiembre de 1983. La creación doctrinal de la Sociedad Anónima familiar se realizó al amparo del artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas, radicando su especialización en la admisión de las cláusulas estatutarias que conceden un derecho preferente a la adquisición de las acciones, al resto de los socios en caso de transmisión de aquéllas, ya que no existe apoyatura legal que permita un mayor desarrollo. Por otro lado, es tal la importancia que en una Sociedad Anónima tienen la acción y los derechos a ella incorporados que un sector doctrinal los menciona como tercera categoría junto a la tradicional distinción entre derechos reales y de crédito. Dichos derechos se estructuran alrededor de la acción y de la condición de accionista, sin que, en ningún caso, se haga referencia a las condiciones personales o a la conducta del socio. Si bien las limitaciones que se pretenden establecer respecto a la actitud de algún socio son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico, y su encaje corresponde a otro tipo societario; para dar a la Sociedad un cariz familiar, lo procedente es utilizar otra Sociedad, la Limitada, que fue concebida para tal propósito, o la Colectiva o Comanditaria; lo contrario sería desviar la naturaleza de la sociedad capitalista. Por último, hay que señalar que la primera

parte de la nota está conforme a la Resolución citada del 16 de septiembre de 1983, en la que se debatió un caso análogo al presente. Que en lo que concierne al segundo defecto de la mencionada nota calificadora, los artículos 67 a 70 de la Ley de Sociedades Anónimas establecen un procedimiento especial para la impugnación de los acuerdos sociales con carácter imperativo, que, en lo que aquí interesa, opera en un doble aspecto: No se puede excluir el procedimiento al no ser inapelable el juicio arbitral, siendo la competencia exclusiva la del Juez de Primera Instancia del lugar de la celebración de la Junta general. En cuanto al primer pronunciamiento así lo señaló el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de enero de 1968, y, efectivamente, en el artículo 32 de los Estatutos sociales de la escritura presentada se salva tal aspecto, en cuanto al arbitraje privado. Sin embargo, en cuanto a la competencia judicial por razón del lugar de la celebración de la Junta general, el artículo 33 de los Estatutos no sólo no la deja a salvo, sino que regula otra específica: la jurisdicción de Madrid; por tanto, no es admisible la aseveración del recurrente de que la sumisión de las partes a dicha jurisdicción debe entenderse fuera de los casos en que no sean aplicables los artículos 67 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que para entender tal cosa debe decirlo en la escritura, y ante su silencio se entiende todo lo contrario, que se ha querido excluir la jurisdicción, que señala el artículo 70, 2.º, de la Ley citada. La necesidad de someterse al fuero del Juez de Primera Instancia del lugar de la celebración de la Junta general viene determinada por el carácter imperativo, que en este punto tiene la Ley de Sociedades Anónimas. Así lo declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de junio de 1959. El argumento del recurrente respecto a que coincide el domicilio electivo y competencia territorial carece de fundamento, ya que la Junta general no siempre ha de reunirse en el domicilio social, conforme lo establecido en el artículo 119 del Reglamento del Registro Mercantil, aparte la posibilidad de variar en cualquier momento el domicilio, previa modificación estatutaria, pues no hay que olvidar que la competencia que señala el artículo 70, 2.º, es la del Juez del lugar de la celebración de la Junta. Por último, ni aun aplicando con flexibilidad la norma legal por tratarse de una Sociedad familiar o de escaso capital, cabría admitir el precepto estatutario controvertido, pues la jurisprudencia no es favorable a este tipo de Sociedades, como lo demuestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1962.

B) *Resolución de la Dirección General.*—El Centro Directivo, en este caso, ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto, revocando el primero de los defectos de la nota impugnada y confirmándola en cuanto al resto.

Para ello se ha basado en los siguientes

C) *Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 11, 5.º; 46; 70, 2.º, y 85, de la Ley de Sociedades Anónimas; 10 y 20 de la Ley de Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada; 104 del Reglamento del Registro Mercantil, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1959.

1. La primera de las cuestiones planteadas en el presente recurso versa sobre la inscribibilidad de la cláusula estatutaria, por la que se prohíbe a los socios, mientras lo sean, dedicarse a las actividades que constituyen el objeto social; inscribibilidad que es rechazada por el Registrador en función de la incompatibilidad que dicha limitación personal guarda con

la esencia capitalista de la Sociedad Anónima y con la regulación legal de este tipo social.

2. La cuestión planteada implica decidir si la previsión estatutaria en cuestión encaja dentro del tipo social de la Anónima. A tal efecto, interesa destacar: a) En nuestro ordenamiento jurídico, la exclusión de la responsabilidad personal del socio por las deudas sociales no se concede como elemento del molde social que deba ir indisolublemente unido a la desconsideración absoluta de las personas de los socios; aquella exclusión lo que requiere es la constitución de un patrimonio responsable sujeto en su constitución, gestión y liquidación en su día a ciertos requisitos y garantías en favor de acreedores y socios, pero no impone aquella desconsideración, sino que simplemente la hace posible y ordinaria, al reducir en tan notable medida las repercusiones personales derivadas de la participación en la sociedad, con lo cual se incrementa, a la vez, los estímulos al desarrollo del fenómeno societario, tan conveniente al crecimiento económico del país. Son, pues, en última instancia, los constituyentes quienes determinarán el grado de desconexión que mejor se ajuste a sus objetivos y pretensiones. Así resulta de los artículos 10 y 20 de la Ley de Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. b) La regulación legal de la Sociedad Anónima no excluye de modo absoluto toda consideración personal, como lo pone de manifiesto la admisibilidad de limitaciones estatutarias a la transmisión de acciones (confróntese arts. 46 de la Ley de Sociedades Anónimas y 104 del Reglamento del Registro Mercantil) y la ausencia de prohibición específica de prestaciones accesorias en conexión con el criterio general de que se encuentra permitido todo lo no prohibido, y con el artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas, que, eludiendo cualquier concreción, prevé la posibilidad de establecer nuevas obligaciones a cargo de los socios, de modo que al amparo del margen de actuación que a los fundadores concede la propia Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 11, 5.º, ha de reconocerse la cabida que en el tipo legal de la Anónima tiene la previsión ahora debatida en tanto que conectada a la cualidad de socio y transmisible con ella, pero sin que esto signifique prejuzgar si en el caso concreto se halla debidamente regulado su preciso alcance y repercusiones en relación con las restantes características de la Sociedad constituida.

3. Respecto al segundo de los defectos de la nota recurrida, imposibilidad de alterar en los Estatutos la competencia territorial delimitada por el artículo 70, 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas para los procesos de impugnación de los acuerdos sociales, debiendo realizarse la debida salvedad en el artículo 33 de los Estatutos, no procede sino confirmarlo en su integridad, dado el carácter imperativo de dicho criterio competencial, resaltado tanto por la misma norma («... con exclusión de cualquier otra») como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de junio de 1959), sin que quepa admitir la alegación del recurrente en el sentido de que dicha competencia queda salvada en el artículo 32 de los Estatutos, por cuanto dicho artículo, sobre producirse en una perspectiva diferente (sujeción a la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, sin perjuicio de los arts. 67 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas), tiene carácter más general que el artículo 33, específicamente dedicado al tema de la competencia territorial de los órganos judiciales y en el cual se estipula, para todo tipo de procesos, sin salvedad

alguna, que «los accionistas se someten expresamente a los Juzgados de Madrid, con renuncia a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles».

D) COMENTARIO.—La resolución tiene dos cuestiones completamente ajenas la una de la otra que reclaman, naturalmente, un examen por separado.

I. Plantease, en el primero de los defectos manifestados por el Registrador, el problema de la admisibilidad de una cláusula estatutaria que prohíbe a los socios, mientras lo sean, dedicarse a las actividades que constituyen el objeto social. El Registrador considera que la cláusula desnaturaliza la esencia de la Sociedad Anónima, al imponer al accionista prestaciones accesorias distintas de la obligación única de realizar su aportación. El Notario la defiende en base, sobre todo, a que no hay precepto alguno que la prohíba. La Dirección, en base también a la ausencia de una prohibición expresa y al principio de que es lícito todo lo que no está prohibido, confirma la reclamación del Notario.

La cláusula que plantea la posibilidad de exigir a los socios de las Sociedades Anónimas prestaciones accesorias distintas de la aportación, se inserta dentro del problema más amplio del «deber de fidelidad», que es materia discutida en las Sociedades de capital y, sobre todo, en las Sociedades Anónimas.

La doctrina tradicional ha negado la exigencia de ese deber en base a que la despersonalización y patrimonialización de la condición de socio postula que no se le pueda exigir a éste más que la obligación de aportación. Además, no hay relaciones de socio a socio a las que aplicar este deber.

GIRÓN, que considera que esto es válido en las grandes Sociedades, cree, por contra, que cabe exigirlo cuando el socio actúa como tal, ya que entonces surge la comunidad de fin y la promoción societaria que exige la aplicación de la buena fe propia de todas las comunidades, aunque aclare que este deber de fidelidad será mayor o menor según la concreta forma social (una gran Sociedad Anónima, Sociedad Anónima familiar, Sociedad de Responsabilidad Limitada).

GARRIGUES y URÍA, en sus comentarios, consideran que lo que interesa del socio no es su actividad personal, sino su aportación patrimonial. Al socio se le valora por lo que tiene en la Sociedad y no por lo que es, personalmente considerado. Siendo las aportaciones en dinero esencialmente fungibles, los socios de las Anónimas se convierten también en socios fungibles, es decir, sustituibles por otros, sin que por ello sufra la constitución de la Sociedad.

CÁMARA dice que sobre el accionista no pesa otra obligación que la que dimane de su deber de aportación.

La propia Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, considera que... «la prohibición de ejercer el mismo género de comercio que la Sociedad de Responsabilidad Limitada parecía excesiva para imponerla a los socios en general», y por ellos sólo se estableció tal prohibición para los administradores en el artículo 12, párrafo 2.

En la doctrina moderna, claramente, VICENT admite que en la Sociedad Anónima se establezcan otras obligaciones o prestaciones accesorias, incluso con facultad de exclusión al socio en caso de incumplimiento.

El Tribunal Supremo, en una Sentencia de 5 de abril de 1961 —que no se recoge en los vistos de la resolución que se comenta, y que CÁMARA

califica de inteligente y progresista—, declara la licitud de una cláusula incorporada a los Estatutos por la que los socios se obligan a no hacer competencia a la Sociedad, prohibiéndoseles el ejercicio de la misma industria social y sancionando esta prohibición con la pérdida de la condición de socio y de todos sus derechos, que declarará la Junta general. Considera el Tribunal Supremo que la cláusula «es propia de las Sociedades Colectivas, pero que también puede establecerse en las Anónimas», ya que no va contra la naturaleza jurídica de la Sociedad. Considera también que este tipo de Sociedades adornadas con tales cláusulas y con una «indudable consideración personal tienen cierto colorido que las distinguen y que, como las familiares, obligan a adoptar precauciones elementales, como... eliminación de competencias... garantizadoras de la armonía y buen funcionamiento de esas Sociedades, que la doctrina viene admitiendo al amparo de la libertad de constitución y contratación, siempre que la Ley, la moral y el orden público sean respetados».

En cambio, la Dirección no fue tan firme en esa Resolución de 16 de septiembre de 1983, que invoca el Registrador en la defensa de su nota: Para ser socio se exigía la condición de comerciante con establecimiento de venta al por menor de productos que constituirían el objeto social. Los socios eran excluidos si cesaban en sus actividades comerciales y la Dirección no admitió la cláusula.

Con esto entramos en los efectos del incumplimiento de estas cláusulas, que en la escritura recurrida no se regulan y a las que parece referirse la Dirección cuando dice: «Sin que esto signifique prejuzgar si en el caso concreto se halla debidamente regulado su preciso alcance y repercusiones en relación con las restantes características de la Sociedad constituida».

El deber de fidelidad en los socios colectivos y comanditarios se manifiesta en la prohibición de competencia que pesa sobre ellos (art. 136 del Código de Comercio), y su incumplimiento tiene su sanción en la exclusión del socio infractor y en la atribución a la Sociedad de los beneficios de las operaciones. Además, como señala VICENT, a ello se añade la indemnización de daños y perjuicios efectivamente causados.

En la Sociedad Anónima, la exclusión del socio y consiguiente rescisión parcial es únicamente consecuencia y efecto de incumplimiento del deber de aportación (art. 44 de la Ley de Sociedades Anónimas). No obstante, señala VICENT que cuando a las Sociedades Anónimas se establecen otras obligaciones o prestaciones accesorias, los recursos del artículo 44 no sirven, y en tal caso parece necesario reconocer a las Sociedades Anónimas la facultad de excluir al socio que incumple el contrato de Sociedad en cuanto a estas obligaciones o prestaciones accesorias. La exclusión debe admitirse como aplicación del principio general del artículo 1.124 del Código Civil, cuya aplicación especifica el ámbito del Derecho de Sociedades, que viene establecido en el artículo 218 del Código de Comercio.

En el mismo sentido, RODRÍGUEZ SASTRE considera posible la exclusión de un accionista de Sociedad Anónima acordada en Junta general por «justos motivos», entendiendo por tales «el incumplimiento de sus deberes sociales».

GARCÍA VILLAVARDE (*La exclusión de socios*, Montecorvo, Madrid, 1977) cree que en las Sociedades Anónimas se ha querido limitar el juego de la exclusión al supuesto del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, y esto con independencia de si las obligaciones conexas con la posición

jurídica del socio se reducen a la de la aportación o presentan un contenido de mayor amplitud. Aun aceptando la posibilidad de exigir obligaciones distintas a la aportación, parece claro que el legislador no ha querido que tengan alcance resolutorio más que aquel incumplimiento, y precisamente en los términos de subsidiaridad del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Otra cosa distinta es que otros posibles incumplimientos reciban una sanción que, en todo caso, será distinta a la de exclusión. Cree GARCÍA VILLAVARDE que la inexistencia de una cláusula general, como la del párrafo 7 del artículo 218, así lo avala.

La Dirección General, más cautelosa en la citada Resolución de 16 de septiembre de 1983, contempla con disfavor las causas de exclusión en base al artículo 83, párrafo 2.º Efectivamente, dispone el precepto que el Administrador de una Sociedad, si lo es de otra, puede ser cesado en su cargo, aunque no privado de su cualidad de accionista. No admite, pues, la causa de exclusión.

No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de junio de 1982, considera como causa de exclusión la competencia desleal por parte de uno de los socios.

Resumiendo: queda claro la posibilidad de pactar prestaciones accesorias distintas de la aportación social en las Sociedades Anónimas, aunque ya no queda tanto la posibilidad de pactar la exclusión del socio que contravenga el pacto por acción u omisión.

En lo que coincide plenamente con el Registrador que puso la nota es en que la admisión de la cláusula supone un paso más en el camino de acuñación de ese tipo de Sociedad híbrida que la doctrina llama familiar y el Notario, en su recurso, Sociedad cerrada. No existe ese tipo de Sociedad en nuestro Derecho. A partir de la publicación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la necesidad de que el *intuitus personae* juegue en determinadas Sociedades Anónimas de pocos socios y escaso capital ha desaparecido. Lo contrario, efectivamente, supone desnaturalizar la Sociedad de Responsabilidad Limitada, hasta el punto que hoy es muy difícil distinguir diferencia alguna entre determinadas Sociedades Anónimas, de las de Responsabilidad Limitada, salvo en aspectos muy concretos de observancia de determinados requisitos que muy raramente se cumplen en la práctica.

El nuevo Derecho societario tampoco recoge ese tipo de Sociedad Anónima personalista y acentúa las diferencias entre Sociedades Anónimas y Limitadas. Por eso, la remisión que hace la Dirección, como uno de los argumentos para justificar su fallo, al artículo 10 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, me parece desacertada, porque si, precisamente, el redactor de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada consideró necesario introducir por vía de precepto legal la posibilidad de exigir prestaciones accesorias, parece claro deducir que las tales prestaciones no puedan existir en un tipo social cuya Ley reguladora no las contempla.

II. La segunda cuestión que resuelve la resolución se refiere a la necesidad de hacer la salvedad de la competencia específica del artículo 70, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas cuando se pacte la sumisión al fuero de determinado lugar. Es frecuente que los Estatutos contengan disposiciones adicionales o finales referentes a jurisdicción y competencia, sometiendo las cuestiones suscitadas entre accionistas, o entre ellos

y la Sociedad, al juicio de árbitros de derecho o de equidad. Como señala CANO, las tales cláusulas son de una licitud incuestionable. Ahora bien, dado el carácter imperativo y de orden público de las normas procesales de los artículos 70 y siguientes, y como señaló el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de enero de 1968, deben modalizarse las cláusulas, dejando a salvo los procedimientos imperativos de la Ley. No es, pues, posible ventilar por procedimiento arbitral, sino por el especial del artículo 70 de la Ley, la impugnación de los acuerdos sociales. Dados los términos en que está concebido tal precepto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el legislador al establecer este procedimiento, especialmente ágil, al decir de CÁMARA, la doctrina y la jurisprudencia estiman que nos encontramos ante un supuesto de Derecho necesario. Ahora bien, no hay obstáculo que impida pactar la cláusula compromisoria para las demás cuestiones litigiosas que puedan suscitarse entre los accionistas y la Sociedad. Así se hace en una gran mayoría de los Estatutos con expresa exclusión de los procedimientos imperativos.

De otro lado, es igualmente frecuente el pacto de sumisión al fuero de los Juzgados y Tribunales de domicilio social en tales cuestiones litigiosas.

Ahora bien, la competencia judicial para el específico procedimiento del artículo 70 se determina en su párrafo 2.º El precepto es, por supuesto, imperativo también, como puso de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1959, que recoge la Dirección. Existe, pues, un supuesto idéntico en este pacto al contemplado en el pacto que estudiábamos antes. La Dirección, con buena lógica, aplica al mismo supuesto la misma consecuencia y exige la salvedad del artículo 70, 2.º, que creemos podrá hacerse utilizando también una fórmula amplia.

Si los dos pactos se contienen en un solo artículo estatutario bastará con una sola salvedad, pero si los pactos se contienen en distintos artículos habrá que hacer la salvedad de ambos.

SALVADOR MÍNGUEZ SANZ
Registrador Mercantil de Castellón