

3. CLAUSULAS LIMITATIVAS A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES.—ESTAS CLÁUSULAS, POR SU EXCEPCIONALIDAD, HAN DE CONFIGURARSE CON EXTREMO CUIDADO, DE MANERA QUE NO EXCEDAN DE LA MERA Y JUSTIFICADA LIMITACIÓN DE TRANSMISIBILIDAD, NI ATENTEN AL SISTEMA Y ESENCIA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA NI A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PRIVADO QUE PUEDAN DESEMPEÑAR EN LA ORGANIZACIÓN DE LA FAMILIA Y SU RÉGIMEN ECONÓMICO.

ES CONTRARIA A LA LEY SUPONER UNA PROHIBICIÓN DE DISPONER LA CLÁUSULA DE «CONSENTIMIENTO», QUE HACE DEPENDER LA VALIDEZ DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS Y DE GRAVAMEN DEL ACCIONISTA EXCLUSIVAMENTE DE LA VOLUNTAD DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, EN VEZ DE SOMETER EL MECANISMO DE LA EJECUCIÓN PRENDARIA AL JUEGO DE LOS DERECHOS PREFERENCIALES ADQUISITIVOS DEL ARTÍCULO 7 O A OTROS VÁLIDOS EN DERECHO.

*Resolución de 15 de marzo de 1974 (B. O. del E. de 1 de abril).*

Por escritura autorizada en Zaragoza el 29 de diciembre de 1972 ante el Notario don David Mainar Pérez, se constituyó por la viuda e hijos de Pellicer la Compañía mercantil «Talleres Pellicer, S. A.», nombrándose presidente a la viuda, doña Eulogia García Ara, y vicepresidente, secretario y vicesecretario a los restantes socios, sus hijos don Mariano, don José Antonio y don Santos Pellicer García, los dos primeros casados y soltero el último; que el artículo 7 de los Estatutos sociales dice que «podrá realizarse libremente la enajenación o venta de acciones, entre accionistas exclusivamente, por igual número entre todos ellos, y las que resten en exceso serán sorteadas entre los mismos. La mujer viuda de accionista seguirá disfrutando de la propiedad de sus acciones y del usufructo de viudedad de las que sean propiedad de los herederos del causante, pero no podrá enajenarlas ni transmitir las por herencia a otras personas fuera de sus hijos o de los demás accionistas, y en este último caso, a partes iguales, sorteando el exceso entre los mismos. La mujer viuda de accionista que contraiga nuevo matrimonio deberá transmitir todas sus acciones a sus hijos, y a falta de éstos o de su no aceptación, a los demás accionistas a partes iguales, sorteando entre los mismos las que excedan de la igual distribución. El precio será el expresado por el vendedor, y a falta de conformidad con los adquirentes será fijado por dos peritos, designados uno por el transmitente y otro por el presunto adquirente, y si entre estos peritos no hubiere tampoco acuerdo, se fijará el precio por un tercero designado por sorteo entre dos peritos, nombrado uno por cada uno de los primeros peritos, sin que pueda transcurrir más de un mes entre las designaciones y el peritaje. En los casos de transmisión *mortis causa* de las acciones, y cuando los herederos sean personas distin-

tas de aquellas de libre transmisión *inter vivos* o de los hijos del causante, deberán tales herederos presentar, dentro del plazo de seis meses después de ocurrir el óbito de su causante, los documentos que acrediten su condición de heredero y los títulos representativos de las acciones ante el Consejo de Administración, que lo notificará a los demás accionistas que puedan ejercer el derecho de preferente adquisición, en la forma, plazos y precios establecidos en las transmisiones *inter vivos*. Si en las transmisiones *inter vivos* o *mortis causa* ningún accionista hiciera uso del derecho de adquisición preferente, podrá la Sociedad, en el plazo de un mes, ejercer tal derecho, al solo efecto de amortizar las acciones con la consiguiente reducción del capital. Si algún accionista no quisiere adquirir la parte proporcional de acciones que le pertenezca, las rechazadas serán adquiridas por los demás accionistas, a partes iguales y sorteando entre los mismos las que sobran de la distribución igualitaria. Toda transmisión efectuada sin observar los precedentes requisitos privará a las acciones de los derechos políticos y económicos atribuidos por las leyes y estos Estatutos»; que según el artículo 9, «ningún accionista podrá, sin previa autorización del Consejo, pignorar en todo o en parte, ofrecer en garantía o comprometer en otras empresas las acciones suscritas ni, en general, constituir derecho real sobre ellas»; que conforme al artículo 15, que trata de la asistencia y desarrollo de las Juntas sociales, «en cuanto al número de asistentes o representados a las Juntas y a la formación de mayorías de capital y accionistas para la validez de los acuerdos, se estará a lo dispuesto en la legislación vigente. La asistencia a las Juntas podrá hacerse directamente por los accionistas o por sus representantes en virtud de escrito, incluso privado, pudiendo conferirse la representación solamente a accionistas, salvo en los supuestos de representación legal», y que con arreglo al artículo 16, «la Junta general será presidida por el presidente del Consejo de Administración o accionista que lo represente asistido del secretario, quienes ostentarán, por tanto, el cargo de presidente y secretario de la Junta. Los acuerdos se transcribirán en el libro de actas, que serán firmados por el presidente y secretario obligatoriamente y deberán ser extendidos y aprobados a continuación de su celebración. Las reuniones tendrán lugar en el domicilio social, salvo las de Juntas universales, o sea, las celebradas sin previa convocatoria por acuerdo unánime de todos sus accionistas o sus representantes».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentado el documento que antecede a las once horas del día de hoy, bajo el número 895, al folio 186 vuelto del tomo 18 del Diario de presentación, se deniega su inscripción por los siguientes defectos: A) El párrafo tercero del artículo 7 de los Estatutos, por que ha de regirse la Compañía que se constituye, más que el establecimiento y una limitación en la transmisión de las acciones, lo que estatuye es, por vía de una condición resolutoria, la exclusión del socio de la Compañía, condición que se entiende como contraria a la moral y a las buenas costumbres y, por tanto, implícita en el artículo 1.255 del Código civil. B) Que al condicionar, en el artículo 9 de dichas normas estatutarias, la validez de la pignoración, compromiso o constitución de un derecho real de las acciones de la Compañía a la autorización del Consejo de Administración y no establecer, por el contrario, el sometimiento del mecanismo de la ejecución prendaria al juego de los derechos preferenciales adscritos al artículo 7 de dichas normas, es evidente que tal autorización, dependiente únicamente de la voluntad del Consejo de Administración, es una verdadera y absoluta prohibición de disponer, abiertamente rechazada por la jurisprudencia, por el espíritu de la legislación vigente y por la doctrina, amén de resultar contraria a la naturaleza del título-valor. C) Si bien, conforme al artículo 60 de la Ley de Sociedades Anóni-

mas, es factible la delegación o representación del accionista en la Junta general a favor de otra persona, con las limitaciones que dicho artículo establece, sin embargo, dado el origen electivo del cargo de presidente del Consejo de Administración—bien en el acto constitutivo o en Juntas generales posteriores al mismo—y sus especiales funciones en las referidas Juntas, se considera que su función no es delegable, como lo confirman, además, las fuentes de donde emana dicho nombramiento, y que enumera el artículo 61 de la repetida Ley de Sociedades Anónimas. Los defectos apuntados se estiman como insubsanables, por lo que no procede extender anotación de suspensión, que, por otra parte, no ha sido solicitada.

Los otorgantes de la escritura interpusieron recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, alegando: Que discrepan del criterio del Registrador en cuanto estima que en el artículo 7 de los Estatutos se establece una condición resolutoria contraria a la moral y buenas costumbres; que en el citado artículo no se prohíbe a la viuda de un socio fallecido que contraiga nuevo matrimonio, lo que, evidentemente, sería contrario a la ley, a la moral y a las buenas costumbres, sino que mediante una cláusula limitativa se cierra el paso a la introducción en la Sociedad de un extraño no contratante a través de su matrimonio con la viuda de un socio fallecido; que tal limitación está autorizada por el párrafo quinto del artículo 11 de la misma Ley de Sociedades Anónimas, en relación con el 46 de la misma Ley, y 1.255 del Código civil y 116 del de Comercio; que la Sociedad constituida, aunque adopta la forma de anónima, es en realidad una entidad familiar *intuitu personae*, constituida entre la madre y sus hijos de doble vínculo; que pensar que a causa de esta condición la viuda de un socio fundador pudiera incurrir en una situación real de inmoralidad es tanto como temer que un socio, limitado en sus facultades de enajenación, pudiera suicidarse al no disponer de las cantidades líquidas que conseguiría en una libre venta de sus acciones; que por igual razón habría de tacharse de inmoral la pérdida del usufructo viudal por causa de nuevo matrimonio, sin que deba presumirse que tal causa suponga una coacción a la viuda para casarse de nuevo; que el derecho positivo debe fundarse, naturalmente, en la moral y en la ética, pero nunca hasta el extremo de adentrarse en la ascética y posibilidades de pecar en un ambiente de perfección espiritual; que por lo que respecta al apartado B de la nota impugnada, se opone, asimismo, a lo preceptuado en el párrafo quinto del artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1951, en relación con el 46 de la misma Ley, y 50 y 116 del Código de Comercio y 1.255 del Código civil; que eminentes tratadistas sostienen la licitud de las llamadas cláusulas aprobatorias para la transmisión y gravamen de las acciones frente a terceros; que otro ilustre mercantilista afirma que la Sociedad Anónima familiar cerrada es una auténtica fortaleza donde el elemento personal supera al capitalista, por lo que es difícil considerar ilícita y contraria al orden público la prohibición de toda cesión de acciones, confirmando este criterio la sentencia de 27 de enero de 1968; que por lo que atañe al apartado C de la nota del Registrador, es evidente que interpreta el artículo 16 estatutario de una manera contraria a su espíritu y a su letra; que en tal precepto no se dice que el presidente del Consejo de Administración delegue su cargo, sino que lo que delega son sus derechos de accionista; que al no estar designado estatutariamente quién presidirá la Asamblea, le corresponde al presidente del Consejo de Administración, y a falta de éste, al accionista que elijan los socios asistentes a la reunión; que lo que dice el artículo 16 citado es que las Juntas serán presididas, en primer término, por el que lo sea del Consejo de Administración y, en segundo lugar, por el accionista que le represente; que, por consiguiente, el sustituto del presidente no preside la Asamblea como si lo fuese del Consejo, sino como representante del accionista, que además de tal con-

dición reúne la de ser presidente; que parece claro, por tanto, que se trata de una elección anticipada con el carácter de sustitución, que determina la persona que ha de presidir por la circunstancia de ostentar la representación de un accionista relevante, de donde resulta que el derecho no nace por la delegación del cargo, sino por la delegación de los derechos del accionista; que según el artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas, todo accionista que tenga derecho de asistencia a las Juntas podrá hacerse representar por medio de otra persona; que el presidente del Consejo, cuando se hace representar en la Asamblea, no es como tal presidente del Consejo, sino como simple accionista, y nada obsta para que en este supuesto se señale ya por pacto social que el accionista que le represente presidirá la Asamblea, con lo cual se evita la elección concreta por los asambleístas asistentes; que, en definitiva, se trata de una designación de presidente de Asamblea en virtud de Estatutos y con el carácter subsidiario de sustituto del primer designado, por lo cual la fuente de designación no es la delegación, sino el pacto social condicionado a que no asista el presidente del Consejo, sino que sea representado por otro accionista, y que aunque la redacción del texto, a primera vista, pudiera no ser del todo clara, basta un atento examen para llegar a la conclusión de que ni se pretendió consignar una cláusula contraria a la ley ni se deduce de su literalidad semejante sentido.

A la vista del escrito de los recurrentes, y previa consulta entre los cotitulares de la oficina, se acordó reformar la calificación desistiendo del tercer defecto señalado en la nota, manteniéndose los dos primeros, por los siguientes fundamentos: Que si bien es cierto que la realidad económica, especialmente en determinada región española, presenta la existencia de gran número de Sociedades en las que el factor personal incide en forma más importante que el capitalista, no lo es menos que la doctrina se encuentra dividida en este punto, sin que haya posibilidad de admitir la viabilidad de determinados pactos sociales de las referidas Compañías anónimas cerradas que estén en contradicción con la vigente ley que las regula, sin disponer de más apoyatura que el *intuitu personae*, por lo que las normas legales le son totalmente aplicables; que, como consta en la nota de calificación, el párrafo tercero del artículo 7 de los Estatutos sociales supone, más que una limitación de disponer, el establecimiento, por vía de una condición resolutoria, de la exclusión de un socio de la Compañía, condición que, a la luz de los artículos 792 y 793 del Código civil, equivale a una prohibición absoluta de contraer matrimonio, considerada por dichos artículos contraria a la moral y a las buenas costumbres, y que, en términos generales, resulta ilícita, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.255 del mismo cuerpo legal; que la condición establecida en el presente caso no obedece a razones familiares o personales, en que podría estar más o menos justificada, sino exclusivamente a motivos económicos, a los que se subordina un acto tan íntimo y personal como es el matrimonio, sin que pueda tampoco traerse a colación la extinción del usufructo viudal aragonés, precisamente basado en razones de otro tipo; que con respecto al segundo de los defectos señalados, su razón de ser nace de su propia naturaleza, o sea, de su específico carácter de cláusula de consentimiento, que no puede llegar al extremo de hacer prácticamente imposible la transmisión por la prohibición absoluta del artículo 9 estatutario, que convierte al accionista en un esclavo de su título, lo que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de enero de 1968, condena como ilícito, y que como normas aplicables señala los artículos 53 a 58 del Reglamento del Registro Mercantil; 5, 498, 972, 973, 988 y 1.255 del Código civil; 116 y 118 del Código de Comercio; 11, 37 y 46 de la Ley de Sociedades Anónimas; las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1957, 28 de junio de 1958, 19 de abril de 1960, 5 de abril de 1961, 17 de abril

de 1957 y 27 de enero de 1968, y las resoluciones de la Dirección General de 17 de junio y 5 de noviembre de 1956.

Vistos los artículos 1.255 del Código civil; 11, 37 y 46 de la Ley de Sociedades Anónimas; las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1957, 19 de abril de 1960 y 17 de abril de 1967, y la resolución de este Centro de 17 de junio de 1956.

Respecto al primer defecto señalado, si la libre circulación de las acciones en la Sociedad Anónima tiene un valor relativo, por reconocimiento de la propia ley, que admite cláusulas limitativas a su libre transmisibilidad «cuando están expresamente impuestas por los Estatutos» (art. 46), no es menos cierto que, por su misma excepcionalidad, estas cláusulas han de configurarse con extremo cuidado, de manera que su mecanismo, que ha de ser perfecto y funcional, no exceda de una mera y justificada limitación de transmisibilidad ni atente, por una parte, al sistema y a la esencia de la naturaleza capitalista de la Sociedad Anónima—en principio, alejada del *intuitu personae*, propio de entidades familiares que hallan sede y forma más natural en otro tipo de Sociedades— y, por otra, y sobre todo, a superiores principios del derecho privado que puedan jugar en la organización de la familia y su régimen económico.

A la luz de tales principios, la redacción terminante del párrafo tercero del artículo 7 de los Estatutos, sometidos a calificación registral, ofrece graves reparos desde el momento en que obliga a la accionista, viuda de accionista, que contraiga matrimonio, y por este simple hecho, a la transmisión de sus propias acciones, con la consiguiente pérdida de su condición de accionista en la Sociedad, de la que queda excluida, lo cual evidencia que la pretendida cláusula estatutaria es algo más que una cláusula de limitación de transmisibilidad de las acciones y supera su problemática.

En el terreno del derecho privado general, dicho párrafo tercero del artículo 7 puede llegar a estimarse, en efecto, atentatorio a la moral, conforme al artículo 1.255 del Código civil, toda vez que pone en cuestión la celebración o no celebración de segundas nupcias para determinar el estatuto social de la mujer, con lo que violenta, además, las actuales corrientes de no discriminación por razón de sexo, que van ganando terreno en nuestro Código civil y en el concepto de orden público, sin que valga, en campo mercantil, el argumento de la cesación del usufructo foral de viudedad, institución aragonesa suficientemente justificada en el ámbito estrictamente familiar, pero incluso más moderada que la exclusión societaria, sin paliativos, que ahora se cuestiona.

Respecto al segundo defecto, que, como expresa la nota de calificación al estructurar la cláusula del artículo 9 como de «consentimiento» y hacer depender la validez de los actos dispositivos y de gravamen del accionista exclusivamente de la voluntad del Consejo de Administración, en vez de «someter el mecanismo de la ejecución preñada al juego de los derechos preferenciales adquisitivos del artículo 7» o a otros válidos en derecho, los Estatutos establecen una verdadera y absoluta prohibición de disponer, contraria a la ley.

Por último, no hay que entrar en el examen del defecto tercero de la nota, que ha sido eliminado previa consulta entre los cotitulares de la oficina a la vista del escrito de los recurrentes.

Esta Dirección General ha acordado confirmar la nota del Registrador.

COMENTARIO.—Contempla la anterior resolución el problema de la naturaleza de las «cláusulas limitativas a la libre transmisibilidad de las acciones», y dentro de ellas, de las llamadas «cláusulas de consentimiento». También este punto se encuentra desarrollado con gran parquedad por la ley en su artículo 46, que exige para la validez de las limitaciones a la libre transmisibilidad que estén expresamente impuestas por los Estatutos, y por el artículo 104 del R. R. M., expresivo de que tales limitaciones se

consignen, además, en los títulos respectivos. Es, por tanto, la doctrina la que ha desarrollado dichas cláusulas y no precisamente bajo el criterio de uniformidad.

Los puntos de fricción respecto de la existencia de restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones se agudizan en las Sociedades Anónimas cerradas o familiares, que sin dejar de ser sociedades de capital ofrecen cierto matiz personalista, ya que en ellas la elección de los socios se hace teniendo en cuenta sus cualidades y dotes personales. Es, por tanto, en este tipo de Sociedades Anónimas donde actúan principalmente las cláusulas restrictivas a la libre transmisión.

Como queda indicado, la exigencia impuesta por la ley es la de que tales cláusulas consten en los Estatutos, además de la restricción del artículo 14 de que no se puedan transmitir las acciones mientras no esté inscrita la Sociedad en el Registro Mercantil. Con independencia de estos límites a las cláusulas restrictivas, influyen también el del respeto a la libre negociabilidad de los títulos valores, en el sentido de no considerar válidas las limitaciones cuando sean de tal magnitud que equivalgan a una imposibilidad absoluta de transmitir los títulos, es decir, a una verdadera prohibición de disponer, ni cuando supongan una infracción de lo dispuesto con carácter genérico en el artículo 1.255 del Código civil —leyes, moral y orden público.

Prescindiendo de las matizaciones de la doctrina en torno a la naturaleza y clase de estas restricciones—cláusulas de conocimiento y de consentimiento, etc.—, es indudable que al imponer la ley para su validez límites tan genéricos como los que quedan expresados, son prácticamente inagotables las posibles fórmulas de pacto de estas restricciones, aplicables tanto a las transmisiones *inter vivos* como *mortis causa*.

En la resolución que se comenta, la nota calificatoria del Registrador señala dos defectos insubsanables. El primero con relación al artículo 7, 3, de los Estatutos sociales, que expresa que «la mujer viuda del accionista que contraiga nuevo matrimonio deberá transmitir todas sus acciones a sus hijos, y a falta de éstos o de su no aceptación, a los demás accionistas». En el fondo, el hecho del matrimonio priva a la mujer de la condición de socio, restricción que habrá de tenerse por no puesta, ya que, en cierto modo, encaja en el artículo 793 del Código civil. De ahí el buen criterio del Registrador de considerar que este artículo estatutario, más que una limitación a la transmisión de las acciones, lo que estatuye es, por vía de una condición resolutoria, la exclusión del socio de la compañía, restricción contraria al artículo 1.255 del Código civil. Análogo criterio mantiene la Dirección, que señala, además, que tal restricción no está acorde con las tendencias actuales en torno a la no discriminación por razón de sexo.

En cuanto al segundo defecto, la denegación no se justifica, a nuestro juicio, con la misma claridad. Dice el artículo 9 de los Estatutos que ningún accionista podrá sin previa autorización del Consejo pignorar en todo o en parte, ofrecer en garantía o comprometer en otras empresas las acciones suscritas ni, en general, constituir derecho real sobre ellas. Este precepto envuelve, según el Registrador, una verdadera prohibición de disponer, al condicionar la validez de los actos señalados a la autorización del Consejo y no someter el mecanismo de la ejecución prendaria al juego de los derechos preferenciales del artículo 7 de los Estatutos. Este criterio se mantiene íntegramente por la Dirección.

La cláusula restrictiva antes expresada es de «consentimiento», puesto que concede al Consejo de Administración de la Sociedad el veto previo a la constitución de gravámenes y derechos reales sobre las acciones cuando éstos se constituyan en favor de personas extrañas a la Sociedad. Según la misma, entendemos que el accionista no padece una prohibición

de disponer, ya que puede constituir gravámenes y derechos reales sobre sus acciones en beneficio de los restantes accionistas sin necesidad de autorización del Consejo. Así lo dispone el artículo 7 de los Estatutos, que autoriza para la enajenación y venta entre accionistas. En consecuencia, parece que no debe hablarse de prohibición absoluta de disponer, ya que la disposición puede darse, al igual que el gravamen, entre el círculo restringido de los accionistas, puesto que no otro sentido tiene el artículo 9 estatutario referido al gravamen en favor de personas extrañas a la Sociedad.

E. F. C.