

# Transmisión de la condición de socio y derechos de adquisición preferente

## Análisis crítico de la RDGRN de 23 de julio del 2019

**Ignacio de la Fuente Muguruza**

Abogado del Área de Mercantil de Gómez-Acebo & Pombo

---

*El derecho estatutario de adquisición preferente actúa a modo de rescate en transmisiones mortis causa. La posterior transmisión a los socios ejercitantes tiene lugar desde la comunicación del ejercicio del derecho. Análisis de la posición del socio saliente.*

### 1. Introducción

El objeto de este análisis es analizar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) núm. 13597/2019, de 23 de julio (RJ 2019\3692), publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 231, de 25 de septiembre, que aborda la cuestión de la adquisición de la condición de socio en el marco de una transmisión *mortis causa* con derechos de preferencia estatutarios. La cuestión posee gran trascendencia práctica y no ha recibido tratamiento uniforme en doctrina y jurisprudencia, por lo que puede resultar de interés una valoración de la resolución que ofrece la Dirección General sobre el fondo de la cuestión. Efectivamente, determinar los elementos necesarios y el momento en el que se produce la transmisión de acciones y participaciones y el reconocimiento de la condición de socio son cuestiones esenciales para resolver problemas habituales relativos a la persona legitimada para ejercer los derechos inherentes a dicha condición de socio, así como la forma y condiciones para ello.

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Sentado lo anterior, dedicaremos este artículo a analizar a) el supuesto de hecho objeto de estudio, b) los argumentos planteados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, c) las diversas posiciones doctrinales al respecto, d) una breve propuesta sobre el ejercicio de los derechos sociales por socios salientes y e) conclusiones de lo anterior.

## 2. Supuesto de hecho

- a) En fecha desconocida fallece uno de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada. La comunidad hereditaria del causante la componen la esposa del socio y sus hijos. Resultan adjudicatarios de las participaciones de la sociedad dos de los hijos, don J. A. G. G. y don F. A. G. G. Además, el primero de ellos ostenta la condición de administrador mancomunado de la sociedad.
- b) Informada la noticia del fallecimiento, tres de los socios sobrevivientes comunican a los herederos por conducto notarial el ejercicio del derecho de «preferente adquisición» (tal y como se recoge estatuariamente) previsto en el artículo 7.C de los estatutos sociales en los siguientes términos: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los socios sobrevivientes tendrán un derecho de preferente adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor real que tuvieran el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado». Completa el artículo una regla de legitimación de herederos o legatarios como la prevista por el artículo 110.1 del Real Decreto Ley 1/2010, de 2 de julio, de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), según la cual, «[l]a adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio».
- c) El 5 de marzo del 2019 la sociedad otorga escritura pública de aumento de capital que es suscrito por los herederos del fallecido alegando su condición de socios en tanto no se les abone el precio de las participaciones. La escritura se presenta en el Registro Mercantil de Málaga el 25 de marzo del 2019 y es objeto de calificación negativa.
- d) El 25 de marzo del 2019 se celebra nueva junta general de la sociedad con la participación, según el criterio de la mesa, de socios titulares de participaciones sociales representativas de un 75 % del capital social, en la que se aprueba el cese de uno de los dos administradores mancomunados (el heredero don J. A. G. G.) y el nombramiento de la administradora mancomunada restante, doña A. B. N. G., como administradora única. Los herederos del causante no son convocados a la junta.
- e) Dichos acuerdos se recogen en acta notarial que se presenta en el Registro Mercantil de Málaga y es objeto de calificación negativa. Esta calificación es recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por determinados socios de la sociedad. La Dirección General desestima el recurso y confirma la calificación por los motivos que veremos a continuación.

### 3. Calificación de la Dirección General de los Registros y del Notariado

La resolución resume con detalle los antecedentes del caso para después desarrollar los motivos de la calificación, que, en síntesis, son los siguientes:

- a) Como cuestión previa, plantea la vinculación entre las calificaciones del acta notarial con la escritura de aumento de capital previa y referida anteriormente. No estima procedente efectuar valoraciones al respecto, toda vez que la inscripción del acta es suspendida.
- b) En segundo lugar, y como cuestión principal, la Dirección General de los Registros y del Notariado confirma el criterio del registrador de inadmitir la manifestación del presidente de la junta y considerar la junta inválidamente convocada. Entiende el centro directivo que los herederos continúan siendo socios de la sociedad hasta el momento en el que se pague el precio de sus participaciones (no es suficiente la manifestación del ejercicio del derecho de adquisición preferente) y que, por tanto, debieron ser convocados a la junta general. Se basa para ello en el siguiente razonamiento: a) el primer apartado del artículo estatutario 7.C confiere a los herederos (o legatarios) la condición de socios; b) la transmisión de las participaciones por causa de muerte tiene lugar a favor de los herederos (o legatarios) desde el momento del fallecimiento, como consecuencia de nuestro sistema romano de sucesión; c) el mecanismo de limitación de la transmisión de las participaciones (con irrelevancia del nombre que se le dé en los estatutos) se aplica únicamente a modo de rescate tras la adquisición por los herederos de la condición de socios; d) por tanto, los herederos seguían siendo titulares de las participaciones y, asimismo, socios de la sociedad, en el momento de celebración de la junta (el 25 de marzo del 2019). Aclara *obiter dicta* que el criterio de la junta en contrario no vincula de modo absoluto al registrador, que puede obviar dicha consideración, siempre que «de los hechos result[e] una situación de conflicto tal que resulte patente la falta de legalidad y acierto de la declaración de la mesa».
- c) Concluye confirmando igualmente los motivos del registrador para suspender la inscripción del acta relativos a la necesidad de que toda modificación de la estructura del órgano de administración como la que tuvo lugar debe constar 1) en el orden del día y 2) formalizarse en escritura pública, no siendo suficiente el acta notarial.

No serán objeto de análisis en este estudio los criterios procedimentales descritos en los puntos a y c anteriores, para centrarnos en el estudio de la cuestión relativa a la transmisión *mortis causa* de participaciones y al ejercicio de derechos de adquisición preferente descritos en el apartado b.

### 4. Derechos de adquisición preferente y transmisiones *mortis causa*

La transmisión por causa de muerte de acciones o participaciones sujetas a cláusulas restrictivas reviste especial complejidad por entremezclar regulaciones dispares como el derecho sucesorio y el societario. No extraña por tanto la existencia de diferentes posiciones doctrinales al respecto.

Un sector de la doctrina (profesores Garrigues y Broseta<sup>1</sup>) considera que la transmisión *mortis causa* de las acciones o participaciones sujetas a restricción no se produce hasta que se complete el mecanismo previsto estatutariamente o, al menos, que la condición de socio del heredero o legatario queda en suspenso hasta ese momento, tal y como parece desprenderse de una interpretación literal del artículo 124.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por el contrario, otro sector (profesor Perdices<sup>2</sup>), al que se adhiere la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución al igual que nosotros, considera las cláusulas restrictivas (en particular los derechos de adquisición preferente) en supuestos *mortis causa* como mecanismos de «rescate» que se verifican *ex post*. No cabe hablar en estos casos de un verdadero derecho de adquisición preferente «puro» de los socios sobrevivientes para adquirir con carácter de preferencia las participaciones respecto de los herederos del causante. Así, la transmisión tiene lugar en un doble momento: una primera transmisión a favor de los herederos o legatarios (supeditada a la aceptación de la herencia) y consecuencia del sistema romano de sucesión, y una posterior a favor de los ejercitantes del derecho. Esta vía parece más acorde con el artículo 110.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Cuestión distinta es el momento de perfección de esta segunda transmisión a favor de los socios ejercitantes del derecho de rescate. Siguiendo la regulación sobre cesión de créditos que resulta de aplicación, no es sencillo determinar el momento en el que se debe entender perfeccionada la compraventa y cedida la posición de socio, dado que aquella no distingue entre perfección y entrega de la cosa.

De conformidad con el profesor Perdices<sup>3</sup>, seguido por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la perfección y entrega de las participaciones se retrasa hasta el momento del pago. Según este criterio, efectivamente, debe mantenerse que los herederos seguían siendo socios en el momento de celebración de la junta (el 25 de marzo del 2019) y que, por tanto, debieron ser convocados para la válida constitución de ésta. Tal interpretación podría ser acorde con la referencia estatutaria al necesario pago «al contado» del precio. Sin embargo, parece forzada si tenemos en cuenta la expresa voluntad de los socios de restringir en la medida legalmente posible la entrada de nuevos socios.

En nuestra opinión, es correcta la idea de que este tipo de cláusulas son verdaderos contratos de compraventa sujetos a doble condición: a) acaecimiento del supuesto de hecho (fallecimiento

---

<sup>1</sup> Entre otros, GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, Imprenta Aguirre (págs. 558 y ss.), y BROSETA PONT, MANUEL, y MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos (págs. 452 y ss.).

<sup>2</sup> Por todos, PERDICES HUETOS, ANTONIO B., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Editorial Civitas (págs. 254 y ss.).

<sup>3</sup> PERDICES HUETOS, ANTONIO B., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Editorial Civitas (págs. 155 y ss.).

del socio) y b) ejercicio del derecho. Así, la mera comunicación de ejercicio conlleva la perfección de la compraventa con eficacia traslativa de la condición de socio<sup>4</sup>.

De esta forma, no podemos compartir los razonamientos del registrador mercantil, que niega la transmisión a los socios que ejercieron el derecho de adquisición preferente por no «constar documento alguno de transmisión de las mil participaciones sociales del socio fallecido como establece el artículo 106 LSC...», ni de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que considera que «el derecho de adquisición preferente produce su efecto cuando se haya reembolsado al socio heredero o legatario el valor de sus participaciones».

Sobre el primer argumento, es mayoritaria la doctrina y la jurisprudencia que entienden que el requisito de constancia en documento público de la transmisión de las participaciones sociales constituye simplemente un requisito *ad probationem*, y no *ad solemnitatem*, por lo que no cabe condicionar la eficacia de la transmisión al otorgamiento de dicho documento público. Sobre el segundo, sin duda el más conflictivo, consideramos la obligación de pago del precio como una obligación contractual que sigue a la perfección de la compraventa, pero no un requisito para la transmisión en sí. Aunque la Dirección General de los Registros y del Notariado no entra a valorar este asunto, se objeta a este razonamiento que la falta de precio supone la falta de un requisito esencial para la validez de la compraventa. Sin embargo, sostenemos sobre la base del artículo 1447 del Código Civil (CC) que el precio es determinable y, por tanto, la compraventa perfeccionada<sup>5</sup>.

Así pues, consideramos que el 25 de marzo del 2019 (fecha de celebración de la junta de cese y nombramiento de administrador único), las participaciones habían sido transmitidas a los socios ejercitantes y, en consecuencia, los herederos carecían en ese momento de la condición de socio. Así, la junta fue celebrada válidamente (al menos en lo que respecta a esta cuestión).

## 5. Ejercicio de derechos sociales por socios salientes

Independientemente de lo anterior, es interesante completar el análisis apuntando al menos la problemática relativa a la peculiar posición del socio saliente y los derechos y deberes que surgen en este tipo de situaciones interinas. Por ejemplo, el heredero que adquiere la condición de socio, aunque condicionada al eventual ejercicio de derechos de rescate, o la del socio que ejerce su derecho de separación.

La cuestión principal es la desafección (o carencia absoluta de afección) respecto del interés social que se produce en el socio-titular en estos casos como consecuencia de los mecanismos de

---

<sup>4</sup> En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección Primera) número 518/2006, de 19 diciembre, que citan los socios recurrentes.

<sup>5</sup> En este sentido, la Sentencia de la Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 1112/2000, de 29 de noviembre, sobre un derecho de adquisición preferente.

salida previstos que retrotraen la fecha para la valoración de las acciones o participaciones al momento inicial del periodo. De esta forma se produce una ruptura del equilibrio entre el ejercicio de los derechos y la asunción de riesgo por el socio saliente que la regulación societaria no puede amparar. A pesar de los riesgos que esta situación entraña tanto para el resto de los socios como para la propia sociedad (p. ej., el ejercicio de derechos contrario al interés social o la falta de diligencia en el cumplimiento de obligaciones sociales), no ha recibido suficiente consideración en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Por nuestra parte consideramos que debe reconocerse al titular de las acciones o participaciones la condición de socio —incluso durante el periodo interino— para que pueda desenvolverse con normalidad en la vida societaria y facilitar la debida conservación del valor de las acciones o participaciones durante ese tiempo (piénsese, por ejemplo, en el caso de un aumento de capital durante el periodo interino suscrito por el resto de los socios con efectos de dilución para el titular definitivo de las acciones o participaciones).

Ello no impide someter esta posición a ciertas cautelas en consideración de la multiplicidad de intereses involucrados. Así, la función principal del socio saliente durante dicho periodo interino debe ser la de un administrador de buena fe y diligente para la conservación del valor de las acciones o participaciones que ejerza los derechos y cumpla con las obligaciones necesarias a estos efectos (por analogía, cf. arts. 804, 185, 271, 1766 y ss. del Código Civil o arts. 306 y ss. del Código de Comercio).

Ello implica reconocer a terceros con interés legítimo (p. ej., consocios o titulares de eventuales derechos de adquisición sobre éstas) su legitimación para el ejercicio de acciones que permitan tutelar esta función. Sin pretensión de hacer un análisis exhaustivo de la cuestión (que deberá resolverse *in casu*) y sin perjuicio naturalmente de los derechos expresamente reconocidos legalmente (p. ej., impugnación de acuerdos sociales), apuntamos la posibilidad de reconocer a dichos terceros acciones que permitan obligar al socio saliente a la consecución de las actuaciones que pudiesen ser necesarias para la conservación del valor de las acciones o participaciones (*ex art. 1121 CC*), a modo de ejemplo, la obligación del socio saliente a) de consensuar el sentido del voto con carácter previo, b) de solicitar información a la sociedad o c) de suscribir nuevas acciones o participaciones para evitar posibles diluciones.

## 6. Conclusiones

Dada la profusión de ideas planteadas, concluimos con un resumen esquemático de las principales conclusiones:

- a) La transmisión de acciones o participaciones por causa de muerte se produce a favor de los herederos o legatarios desde el momento del fallecimiento (condicionada a la aceptación de la herencia o legado).
- b) Eventuales derechos de adquisición preferente en transmisiones por causa de muerte se consideran mecanismos de rescate que operan *ex post*.

# G A \_ P

- c) La mera comunicación del ejercicio del derecho de rescate conlleva la perfección de la compraventa con efecto traslativo. La determinación del precio y su pago constituyen obligaciones posteriores a la transmisión.
- d) Lo anterior no impide reconocer a terceros interesados (p. ej., socios titulares de derechos de rescate) acciones (ex art. 1121 CC) frente a los salientes (p. ej., herederos) para que lleven a cabo las actuaciones necesarias para la conservación del valor de las acciones o participaciones.
- e) En definitiva, es fundamental articular estatutariamente las cuestiones anteriores de forma precisa, bien sea para limitar o restringir eficazmente la entrada de nuevos socios no deseados (p. ej., configuración vitalicia de las participaciones, amortización automática por causa de muerte o compraventa diferida al momento del fallecimiento), bien para aclarar el régimen de legitimación derivado de las acciones o participaciones concretas durante el periodo interino.