

Una propuesta para los casos de contravención de cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones

Un viejo debate que aún no ha sido resuelto por la jurisprudencia: el remedio procedente para los casos de transmisión contrarios a las restricciones sociales estatutarias o legales.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Exposición

§ 1. Tomando el artículo 123 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) a modo de síntesis de los distintos esquemas posibles de restricciones a la transmisibilidad, aquéllos son de tres clases: consentimiento previo necesario de la sociedad (arts. 107.2 y 123.3 LSC), derecho de adquisición preferente (art. 123.3 RRM) y prohibición simple de transmitir durante determinado tiempo (arts. 108.4 y 123.4 RRM).

§ 2. Mucho se ha escrito ya sobre las sanciones jurídicas aplicables a supuestos de transmisión

de participaciones o acciones sociales en las que no se respete el derecho de adquisición preferente estatutario de los socios y/o de la sociedad o el derecho de la sociedad a consentir, con más o menos discrecionalidad, el negocio transmisivo. Todas las teorías han sido ensayadas: nulidad por infracción de norma, nulidad por falta de poder de disposición, ineficacia frente a la sociedad y a los socios por falta de poder de disposición, inoponibilidad a la sociedad, anulabilidad del negocio, conversión del derecho de adquisición en un retracto. Al menos respecto de las participaciones de una sociedad de responsabilidad

limitada, la solución de nulidad/anulabilidad parece rechazada por el artículo 112 de la Ley de Sociedades de Capital, que aboga por una suerte de «ineficacia» relativa a la sociedad e, implícitamente, por una eficacia plena interpartes (validez) y (no está claro) por una eficacia externa frente a sujetos distintos de la sociedad o de los socios de ésta.

§ 3. Nunca podría proponerse que el contrato adquisitivo de acciones y participaciones con infracción del régimen estatutario de restricciones deba conducir a la nulidad del negocio (SAP Madrid, Sección 28.^a, de 8 de febrero del 2012, JUR 2012\113948). Evidentemente el negocio transmisivo no es nulo, porque no le falta un elemento esencial ni es merecedor de reproche por razón de contenido. Las partes pueden reclamar el cumplimiento, así como la resolución por falta de cumplimiento. Tampoco los terceros a los que el contrato fuera oponible (v. gr., segundo adquirente, garante real, etc.) podrían extraer ninguna ventaja —ganando rango, por ejemplo— mediante una declaración de ineficacia.

§ 4. Podría proponerse que en tal caso se incurriese en un vicio de anulabilidad, de forma que la incertidumbre resultante estuviese al menos sujeta a un régimen de prescripción/caducidad de cuatro años. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1996 (RJ 1996\1256), pero entendió que el vicio estaba convalidado. Lo mismo vino a sostener *obiter* dicho tribunal en su Sentencia de 8 de noviembre del 2005 (RJ 2005\7623).

§ 5. En tercer lugar, se podría defender la inoponibilidad del negocio a la sociedad. Y

aquí habría que elegir si esta inoponibilidad proviene de una norma especial societaria o es la consecuencia de la ineficacia del negocio (y su efecto transmisivo) para la sociedad, como yo creo preferible. De tal manera, la sociedad no tendría que reconocer la condición de socio al adquirente en tanto en cuanto no se produjera una ratificación en los términos del artículo 1259 del Código Civil eternizando situaciones de interinidad ni siquiera cancelable mediante la usucapión.

2. Propuesta

§ 6. Mi propuesta discrepa del tratamiento clásico (y profundo) de la materia hecho por PERDICES en una obra justamente celebrada (*Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, 1997). No comparto su interpretación de los artículos 1261 del Código Civil (en cuanto a lo referido a la falta de poder de disposición del *tradens*, pág. 108) y 1259 del

mismo código (en cuanto excluye el conflicto, sin necesidad, del supuesto de la norma, pág. 110) ni su concepción restringida del ámbito de la anulabilidad (pág. 110). Tampoco comparto su posición «estratégica» de salida de negar la existencia de un *numerus apertus* de derechos reales (de adquisición preferente), de forma que luego, de manera algo artificiosa (y procesalmente inviable), tiene que llegar a la misma situación que la que seguiría de un retracto, sin verse obligado a conceder *in verbis* que la eficacia del derecho de adquisición se resuelve en un retracto puro y duro (págs. 160-172).

§ 7. En mi opinión, ninguna de estas propuestas procede. Si la cláusula contiene un derecho de adquisición preferente en favor de la

El remedio último para la infracción estatutaria es siempre un retracto

sociedad o de los socios, la única sanción admisible es reconfigurar la cláusula (si no lo han hecho ya los estatutos) como un derecho de retracto (contra, lo sostenido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.^a, de 8 de febrero del 2012, JUR 2012\113948) en los mismos términos temporales, a contar desde que la transmisión ya efectuada se comunique a la sociedad. No está claro si es ésta la doctrina que propone la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril del 2007 (RJ 2007\3407). No se trata de justificar ahora una vez más que allí donde se reconozca un derecho de tanteo haya que descubrir forzosamente un retracto implícito, sino de apuntar la simple razón de que la sanción mediante retracto es el medio más limpio y menos costoso de restaurar el *status quo* previo a la infracción de la restricción estatutaria y porque de esta forma la restricción sólo es operativa si efectivamente las partes interesadas quieren hacerla valer, es decir, si la restricción formulada en abstracto obedece a un interés real. En otros términos, se diría, si quieres que la transmisión no te sea oponible, retrae en el mismo plazo de que dispondrías para el tanteo, a contar desde que el socio rebelde comunique la transmisión o sea conocida de otra forma por los interesados.

§ 8. Supongamos que esta reconfiguración de la restricción estatutaria en retracto no es posible. Pensemos, por ejemplo, en una cláusula de autorización. Si esta autorización sólo puede ser denegada a cuenta de que la sociedad o los socios ejerciten un derecho de rescate, entonces el derecho de retracto vuelve a ser la solución procedente. Si la autorización puede ser

denegada sin que se proponga una adquisición alternativa, la solución correcta es la anulabilidad del artículo 1301 del Código Civil.

§ 9. Con la expansión objetiva que han supuesto los artículos 1301.5.^º del Código Civil, 100 de la Ley General para la Defensa de

los Consumidores y Usuarios y 109 del Texto Refundido de la Ley Concursal, la anulabilidad ha dejado de ser un simple remedio de rescisión contra las deficiencias volitivas del declarante. La

estructura del remedio permite hoy su extensión a cualquier vicio de ineficacia cuando no estén en juego intereses generales de orden público y haya que limitar la legitimación y el plazo, en razón de los intereses en presencia. La anulabilidad es también una solución más líquida y con menos *leverage* estratégico que la inoponibilidad del artículo 1259 del Código Civil. La sociedad podrá hacer ineficaz la transmisión, pero en un plazo de cuatro años, que tendría que contar desde la consumación del negocio, con posibilidad de convalidar tácitamente por el artículo 1311 de dicho código, mientras que la inoponibilidad no está en principio sujeta a plazo. Las soluciones de ineficacia/inoponibilidad pura son ineficientes porque pueden prolongar indefinidamente la existencia de una situación interina irregular, dando lugar casi necesariamente a que el conflicto se encone o acabe despachándose mediante un recurso a los remedios de abuso de derecho.

§ 10. Si la restricción estatutaria consiste en una prohibición temporal de transmisión, de nuevo la anulabilidad —y por las mismas razones— es la solución más justa y eficiente.

El remedio de «inoponibilidad» o «ineficacia» frente a la sociedad es ineficiente

§ 11. Pero, incluso en estos casos en que opera el residuo de anulabilidad, hay que conceder a la sociedad y a los socios un derecho de retracto *alternativo* de la anulabilidad si un derecho de esta clase puede ser reconstruido por medio de la interpretación integradora de los estatutos. Las consecuencias de la nulidad provocada por el ejercicio de la acción

de anulabilidad (y de la inoponibilidad o de la nulidad) no son siempre buenas para la sociedad porque, si las partes del negocio siguen de acuerdo, puede resultar una opaca relación fiduciaria en la que el socio restituido a su condición se mantenga operando como un simple agente desinteresado por cuenta de un tercero que oficiaría de socio real.