

Roj: **STS 708/2011 - ECLI:ES:TS:2011:708**Id Cendoj: **28079110012011100069**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/01/2011**Nº de Recurso: **786/2007**Nº de Resolución: **889/2010**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP S 1652/2006,**  
**STS 708/2011**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Enero de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación por interés casacional interpuesto por la compañía mercantil demandante CANTERAS DE SANTANDER S.A. (CANDESA), representada ante esta Sala por el procurador D. Javier Cereceda Fernández-Oruña, contra la sentencia dictada con fecha 3 de noviembre de 2006 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cantabria en el recurso de apelación nº 634/05 dimanante de los autos de juicio verbal nº 128/05 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santander, de lo Mercantil, sobre recurso contra resolución presunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado desestimando recurso contra calificación negativa del registrador mercantil. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado, Dirección General de los Registros y del Notariado, representada y defendida por el abogado del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 10 de marzo de 2005 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil CANTERAS DE SANTANDER S.A. (CANDESA) contra la Administración del Estado, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando se dictara sentencia "por la que:

1.- *Se revoque la calificación de inscripción parcial emitida por el Registro Mercantil de Santander de la Escritura de Elevación a Público de Acuerdos Sociales, otorgada por Canteras de Santander, S.A., ante Notario de Camargo Domingo Pérez del Olmo, con fecha 8 de enero de 2004.*

2.- *Se declare expresamente la validez de los acuerdos en la citada escritura contemplados, en especial el artículo 8 bis de los Estatutos Sociales de Canteras de Santander, S.A.*

3.- *Ordene la inscripción total en el Registro Mercantil de Santander de los acuerdos recogidos en la escritura otorgada por Canteras de Santander S.A.*

4.- *Se condene en costas a la Administración del Estado".*

**SEGUNDO.-** Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santander, de lo Mercantil, dando lugar a los autos nº 128/05 de juicio verbal, se reclamó el expediente correspondiente a la Dirección General de los Registros y del Notariado y, una vez recibido, se convocó a las partes a la preceptiva vista, citándose a la parte demandada en la persona del abogado del Estado.

**TERCERO.-** En la vista la parte actora se ratificó en su demanda, el abogado del Estado se opuso a la misma y, al no proponerse más prueba que la documental del expediente y el propio expediente aportado, se declararon las actuaciones vistas para sentencia.



**CUARTO.-** No obstante, antes de dictarse sentencia la registradora mercantil de Santander remitió oficio personándose en las actuaciones, y por providencia de 22 de junio de 2005 se la tuvo por personada.

**QUINTO.-** Con la misma fecha 22 de junio de 2005 la magistrada-juez del mencionado Juzgado dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: *"DESESTIMANDO la demanda interpuesta por CANTERAS DE SANTANDER, S.A., representada por la Procuradora doña Belén de la Lastra Olano contra la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO por la Dirección General de los Registros y el Notariado, en la persona del Abogado del Estado contra la desestimación por silencio administrativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado del recurso gubernativo interpuesto contra la calificación negativa del Registro Mercantil de Cantabria, se mantiene la calificación de inscripción parcial emitida por el Registro mercantil de Santander de la Escritura de Elevación a Público de los acuerdos Sociales, otorgada por Canteras de Santander, S.A., ante Notario de Camargo Domingo Pérez del Olmo, con fecha de 8 de enero de 2004, con imposición de las costas procesales a la actora."*

**SEXTO.-** Después de dictada dicha sentencia la parte actora presentó recurso de reposición contra la referida providencia, el cual fue estimado por auto de 26 de septiembre de 2005 que acordó no admitir la personación de la registradora mercantil de Santander en calidad de parte.

**SÉPTIMO.-** Interpuesto por la demandante contra la antedicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 634/05 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, ésta dictó sentencia en fecha 3 de noviembre de 2006 con el siguiente fallo: *"Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CANTERAS DE SANTANDER S.A. contra la Sentencia de referencia, revocándola a los solos efectos de no imponer a ninguno de los litigantes las costas de la primera instancia, confirmando la resolución recurrida en todo lo demás y sin hacer tampoco especial imposición de las costas devengadas en la alzada a ninguno de los litigantes"*.

**OCTAVO.-** Anunciado recurso de casación por la actora-apelante contra la sentencia de apelación, el tribunal de instancia lo tuvo por preparado al amparo del art. 477.2-3º LEC y, a continuación, dicha parte lo interpuso ante el propio tribunal por interés casacional en sus modalidades de oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y resolución de puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

**NOVENO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes, se dictó auto el 27 de enero de 2009 admitiendo el recurso por interés casacional pero únicamente en su modalidad de oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

**DÉCIMO.-** En su modalidad admitida, el recurso considera infringidos los arts. 1255 y 1258 CC, 63 LSA y 123 RRM según la interpretación que resulta de las sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1999 (rec. 488/95), 16 de marzo de 1995 (rec. 3496/91) y 6 de marzo de 1998 (rec. 591/94).

**UNDÉCIMO.-** El abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso considerándolo inadmisibles por no contener una verdadera crítica de la sentencia recurrida y sí una mera transcripción de sentencias, oponiéndose también en el fondo y solicitando se inadmitiera o, subsidiariamente, se declarase no haber lugar al recurso y se impusieran las costas a la parte recurrente.

**DUODÉCIMO.-** Por providencia de 1 de septiembre de 2010 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 21 de octubre siguiente, pero por providencia de esta última fecha se acordó suspender el referido señalamiento y que la sentencia se dictara por el Pleno de los magistrados de la Sala, señalándose a estos efectos la votación y fallo para el 13 de diciembre siguiente, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El presente recurso de casación por interés casacional se interpone contra una sentencia de apelación dictada en el juicio verbal que prevé el art. 328 de la Ley Hipotecaria para sustanciar en vía judicial las impugnaciones o recursos contra las resoluciones expresas o presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de calificación negativa del registrador.

En el caso examinado la resolución impugnada fue presunta y la calificación negativa, de una registradora mercantil, afectó a una parte de la modificación de los estatutos de una sociedad anónima, concretamente a la incorporación de un nuevo artículo cuyo texto era el siguiente:

**" Artículo 8 bis.-** Los accionistas y en su defecto la Sociedad tendrán un derecho de rescate sobre las acciones de las que sean titulares aquéllas sociedades que adquieran la condición de accionista al amparo del apartado



b) previsto en el artículo 8, para el caso de que dichas sociedades por cualesquiera actos ínter 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".

Este artículo venía precedido de otro, el 8, que fue modificado por acuerdo de la misma Junta General que aprobó la incorporación del artículo 8 bis, siendo la redacción del artículo 8 modificado la siguiente:

" **Artículo 8** . El propósito de transmitir ínter vivo las acciones a favor de cualquier persona, deberá ser notificado de forma fehaciente, en el domicilio de la Sociedad, al órgano de administración, indicando el número e identificación de las acciones ofrecidas, precio de venta por acción, condiciones de pago y demás condiciones de la oferta de compra de acciones que, en su caso, el accionista oferente alegase haber recibido de un tercero, así como los datos personales de éste si pretendiese obtener autorización del órgano de administración para la enajenación.

El órgano de administración, en el plazo de quince (15) días computado desde el siguiente a la notificación indicada, lo comunicará, a su vez, a todos los accionistas para que los mismos dentro de un nuevo plazo de treinta (30) días computado desde el siguiente a aquél en que haya finalizado el anterior, comuniquen al órgano de administración de la Sociedad su deseo de adquirir las acciones en venta.



*En el supuesto de que varios accionistas hiciesen uso de este derecho de adquisición preferente, las acciones en venta se distribuirán por el órgano de administración entre aquellos a prorrata de su participación en el Capital Social y si, dada la indivisibilidad de éstas, quedaran algunas sin adjudicar, se distribuirán entre los accionistas peticionarios en orden a su participación en la Sociedad, de mayor a menor y en caso de igualdad la adjudicación se realizará por sorteo.*

*En el plazo de quince (15) días, contados a partir del siguiente en que expire el de treinta (30) concedidos a los accionistas para el ejercicio del tanteo, el órgano de administración comunicará al accionista que pretenda transmitir, el nombre de los que desean adquirirlas y el número de acciones que corresponden a cada uno de ellos.*

*Los accionistas que deseen adquirir las acciones quedarán obligados a otorgar título de compraventa y pagar el precio comprometido en el plazo máximo de quince días contados a partir de la fecha en la que el órgano de administración de por finalizado el proceso de distribución de acciones entre aquellos que accedan a la compra.*

*Transcurrido el último plazo sin que ningún socio haga uso de su derecho de tanteo, podrá adquirirlas la Sociedad, para su amortización, dentro de un plazo de treinta (30) días. Transcurrido este último plazo sin que la Sociedad haga uso de su derecho, el accionista podrá disponer libremente de las acciones en un plazo de seis (6) meses en las mismas condiciones que las haya ofrecido, y si no llevase a cabo la enajenación antes de finalizado este plazo deberá en su caso comunicar de nuevo su deseo de transmitir inter vivos las acciones en la misma forma establecida en este artículo.*

*El precio de la adquisición, a falta de acuerdo, será el que corresponda al valor razonable de la acción, entendiéndose como tal el que determinen tres (3) auditores, uno (1) propuesto por el transmitente, otro (1) por el órgano de administración, que deberá designar a alguno distinto al auditor de la sociedad, y un tercero (1) por insaculación entre tres que propongan de común acuerdo los dos auditores designados.*

*Las transmisiones sin sujeción a lo dispuesto en el presente artículo no serán válidas frente a la Sociedad que rechazará la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas.*

*En los casos de adquisición por causa de muerte, por herencia o legado, o como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, se aplicará igual restricción y con las mismas excepciones, debiendo la Sociedad, si no autoriza la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas, presentar al peticionario, cumpliendo los requisitos establecidos en los párrafos anteriores, un adquirente de sus acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor razonable en el momento en el que se solicite la inscripción de acuerdo con lo previsto en la Ley, determinándose dicho valor en la forma establecida en la Ley de Sociedades Anónimas.*

*Transcurridos dos (2) meses desde que se presentó la solicitud de inscripción sin que la Sociedad haya procedido en la forma anterior, dicha inscripción deberá practicarse.*

*Quedan expresamente exceptuadas del cumplimiento de las reglas anteriormente establecidas, bastando para su efectividad, con carácter previo a su formalización, la mera comunicación a la Sociedad, que deberá inscribirlas en el libro registro de acciones nominativas, las transmisiones de acciones de la Sociedad que por cualquier título se lleven a efecto a favor de:*

*a) Ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del accionista transmitente.*

*b) De cualquier sociedad limitada o anónima de la que el transmitente sea socio o se incorpore como tal a ella, y mantenga con el resto de los socios un grado de parentesco de al menos hasta el sexto grado civil directo o colateral y cuyo capital social esté distribuido en acciones nominativas, donde con relación a las mismas alguno o algunos de los actuales accionistas de Canteras de Santander, S.A. y, en su caso, quienes de ellos traigan causa, dispongan al menos de dos tercios (2/3) del total de los derechos de voto de dichas sociedades. Para acreditar este requisito, a la comunicación de la transmisión de las acciones deberá unirse, para su inscripción en el libro registro de acciones nominativas, certificación expedida por el órgano de administración de la Sociedad adquirente en la que se acredite el cumplimiento de lo previsto en el presente apartado.*

*Serán de cuenta de la Sociedad el conjunto de gastos que se generen como consecuencia del desarrollo del proceso anteriormente establecido, así como los que devenguen por su intervención en el mismo los auditores que resulten designados para la valoración de las acciones."*

*La calificación negativa del artículo 8 bis por la registradora mercantil, que denegó su inscripción, se fundó en que " no es una norma que regule la organización y funcionamiento de la sociedad sino que regula el derecho de rescate a favor de la sociedad sobre acciones que fueron válidamente adquiridas según la Ley y los estatutos por terceros , lo que contradice los principios configuradores de la Sociedad Anónima (art. 10 LSA ). Por otra parte,*





es un pacto que establece obligaciones a futuros titulares de acciones que no han prestado su consentimiento, en contra de lo dispuesto en los arts. 1258 y 1261 CC".

Impugnada esta calificación negativa ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por la sociedad anónima y transcurridos tres meses sin que aquélla dictara resolución expresa, la sociedad interpuso la demanda de juicio verbal interesando se revocara la calificación, se declarase expresamente la validez de los acuerdos de modificación estatutaria, especialmente del nuevo artículo 8 bis antes transcrito, y se ordenara la inscripción total en el Registro Mercantil de los acuerdos documentados en la escritura pública presentada en su día en dicho Registro. Fundamentos de esta petición eran, en esencia, que el derecho de rescate no menoscababa la libre transmisibilidad de las acciones sino que imponía el cumplimiento de determinadas normas a la sociedad que las adquiriera, tal y como también se le imponía el cumplimiento del resto de los artículos estatutarios; que el artículo 8 bis, de redacción compleja pero no oscura, reflejaba un pacto estatutario legalmente válido por concurrir escrupulosamente todas las condiciones para su validez; que cualquier norma de una sociedad llamada a producir efectos frente a terceros incidía en la organización y funcionamiento de aquélla; que si un tercero, en este caso sociedad mercantil, tenía que cumplir determinados requisitos en cuanto a composición de su accionariado y ejercicio de voto interno para adquirir válida y libremente acciones de la sociedad impugnante, era "*lógico y normal*" que se le exigiera "*el permanente cumplimiento de los mismos*" , pues de otro modo no servirían de nada las excepciones al derecho de adquisición preferente contempladas en el artículo 8 de los estatutos, inmediatamente anterior al conflictivo art. 8 bis; que lo que escaparía a la coherencia interna del funcionamiento y organización de la sociedad recurrente sería que la sociedad adquirente dejara de cumplir los requisitos que en su momento le permitieron adquirir las acciones válidamente sin serle opuesto el derecho de adquisición preferente, pues en tal caso se permitiría una derogación tácita e indirecta del derecho de adquisición preferente sin cobertura legal alguna; que la tesis de la sociedad recurrente contaba con el apoyo de sentencias de algunas Audiencias Provinciales, como la de Valencia, y de algún Tribunal Superior de Justicia, como el de Navarra; que en la nota de calificación negativa no se expresaba qué principio configurador de la sociedad anónima estaba en contradicción con el art. 8 bis de los estatutos ni se especificaba qué norma se infringía, ajustándose dicho artículo, desde luego, a lo previsto en el art. 63 LSA ; que lo único legalmente prohibido son las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción, algo que no sucede en el presente caso porque la transmisión es perfectamente posible y sólo se ha configurado un derecho de rescate para sociedades que incumplan las condiciones; que el propio Reglamento del Registro Mercantil recoge un derecho de rescate análogo en su artículo 188.3 , aunque aplicado a las sociedades de responsabilidad limitada, lo que no significa prohibición para las anónimas sino posibilidad de traslado análogo a éstas para flexibilizar la separación de regímenes jurídicos criticada por la doctrina; que el art. 8 bis no convertía al accionista en "*prisionero de sus títulos*" , en el sentido contemplado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de mayo de 1993; y en fin, que el art. 8 bis de los estatutos tampoco era contrario a los arts. 1258 y 1261 CC porque la sociedad que adquiriera acciones de la sociedad recurrente ya conocería las resultas de su adquisición en virtud de unas normas estatutarias inscritas en el Registro Mercantil.

En el expediente de la Dirección General de los Registros y del Notariado reclamado por el Juzgado con carácter previo a la celebración de la vista del juicio verbal, constaba informe de la registradora mercantil justificando su calificación negativa con base en unos argumentos que pueden resumirse así: 1) La sociedad anónima es la sociedad capitalista por antonomasia, en la que la acción comporta un conjunto de derechos y es una parte del capital; 2) aunque esto no excluye que los estatutos sociales puedan exigir determinadas circunstancias subjetivas para poder tener la condición de socio, especialmente por la vía de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones autorizadas por el art. 63 LSA , sin embargo el derecho de rescate establecido en el controvertido artículo 8 bis de los estatutos, previsto legalmente en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y admisible para las anónimas mediante pactos de retroventa o condiciones resolutorias, equivalía de hecho a una sanción por el incumplimiento de unos requisitos después de la adquisición, sanción para imponer la cual sería competente el órgano de administración pudiendo incluso suspender al socio en el ejercicio de sus derechos políticos, algo que sólo puede tener lugar por disposición legal, resolución judicial o, en su caso, acuerdo de la Junta General; y en fin, que el artículo 8 bis era contrario a los arts. 1858 y 1261 CC porque en caso de transmisión forzosa de las acciones en un procedimiento judicial o administrativo el acreedor de un socio de la sociedad titular de las acciones vinculadas no podría embargar sus acciones o participaciones, porque si las embargaba y adquiría en ejecución, la sociedad podría ser sancionada, de suerte que existirían futuros titulares que podrían verse afectados como consecuencia de la norma sancionadora.

Celebrada la vista del juicio verbal, durante la cual el abogado del Estado se opuso a las pretensiones de la sociedad demandante, se dictó en primera instancia sentencia desestimatoria de la demanda cuyos fundamentos son, en esencia, los siguientes: 1) La jurisprudencia citada en la demanda versaba sobre un



caso diferente del enjuiciado, concretamente las limitaciones a la libre transmisibilidad y no un derecho de rescate similar al contemplado en el controvertido artículo 8 bis; 2) la calificación negativa de la registradora mercantil era correcta porque a diferencia de las sociedades limitadas, para las que expresamente se prevé la expulsión de un socio en los arts. 98 LSRL y 207 y 188.3 RRM, en el caso de las sociedades anónimas no había ninguna norma similar; 3) la modificación de los estatutos de una sociedad anónima aplicando analógicamente disposiciones reguladoras de la sociedad limitada borraría las diferencias entre uno y otro tipo societario; 4) pese a existir ciertamente opiniones doctrinales favorables a pactos como el plasmado en el conflictivo art. 8 bis, éste no podía entenderse ajustado a la ley por suponer en la práctica la exclusión de un socio derivada de la adquisición de sus acciones por la sociedad u otros socios; 5) de aplicarse analógicamente a las sociedades anónimas lo permitido para las de responsabilidad limitada, serían exigibles los requisitos establecidos en el art. 207 RRM, esto es el consentimiento de todos los socios expresado en la junta o supliéndolo en acta notarial; 6) además, tampoco se ajustaba el art. 8 bis de los estatutos al art. 44 LSA, pues se facultaba al órgano de administración para suspender los derechos políticos del socio.

Interpuesto recurso de apelación por la sociedad demandante, el tribunal lo desestimó, salvo en materia de costas, por los siguientes fundamentos: 1) El ámbito del juicio verbal especialmente arbitrado por la Ley Hipotecaria se limita a los argumentos o razones de la calificación negativa del registrador, sin extenderse a ulteriores motivaciones introducidas por vía de informe; 2) el principio general de autonomía de la voluntad del art. 1255 CC tiene su concreción para las sociedades anónimas en el art. 10 de su ley reguladora, estableciendo como única limitación que los pactos y condiciones que los accionistas juzguen convenientes no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima; 3) la primera y más destacada característica de la sociedad anónima es su carácter capitalista, de suerte que lo que interesa no son las condiciones personales de sus socios sino la participación que cada uno tenga en el capital social y la identidad de los derechos que las acciones de la misma confieran a su titular; 4) por tanto, uno de los principios configuradores de la sociedad anónima "es el de la irrelevancia frente a la sociedad de las alteraciones subjetivas que puedan producirse entre sus socios"; 5) desde este punto de vista el derecho de rescate contemplado en el controvertido artículo 8 bis contraviene dicho principio por no fundarse en la participación social de la sociedad adquirente de acciones de la sociedad apelante, sino "en el cambio subjetivo que puede operarse en quien siendo socio viene obligado a transmitir"; 6) con ello "los derechos sociales ya no se hacen derivar exclusivamente de la titularidad de las acciones-idénticos cuando éstas sean de la misma clase, sino del posible cambio de las cualidades subjetivas del propietario de las acciones a rescatar, lo que sin lugar a dudas contraría el principio de igualdad entre accionistas de la misma clase (art. 49.2 LSA), y que no es sino otra manifestación del carácter capitalista y no personalista de este tipo de sociedades mercantiles"; 7) el derecho español "no permite, por el carácter capitalista de la sociedad anónima, que en su ámbito se introduzcan estatutariamente cláusulas de exclusión de la condición de socio, que es lo que el derecho de rescate supone"; 8) la posibilidad legal, en el art. 63 LSA, de restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, fundamento especialmente invocado por la sociedad apelante, no desvirtúa la calificación negativa impugnada, fundada no en aquel precepto sino en el art. 10 de la misma ley; 9) además, el conflictivo artículo 8 bis "no tiene por finalidad restringir la transmisibilidad de las acciones sino configurar una inadmisibile causa de exclusión de los socios de una sociedad anónima, pero incluso desde la óptica de cláusula restrictiva de la transmisibilidad de las acciones, acontece que la misma cae de lleno en la prohibición del art. 63 LSA, por cuanto impide que personas extrañas al grupo familiar que actualmente detentan el control en Candesa, puedan participar en el futuro en esa sociedad, lo que sí hace que sus acciones sean prácticamente intransmisibles fuera de los socios de la sociedad recurrente y sus parientes".

Contra la sentencia de apelación la sociedad demandante-apelante ha interpuesto recurso de casación por interés casacional, y todas las referencias a la legislación societaria deben entenderse hechas a la vigente antes del reciente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

**SEGUNDO** .- Aunque el escrito de interposición del recurso de casación invoca dos de las tres modalidades de interés casacional contempladas en el apdo. 3 del art. 477 LEC, concretamente oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y resolución de puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, esta Sala admitió en su momento el recurso únicamente por interés casacional en la primera de dichas modalidades, de modo que ahora se prescindirá por completo de examinar las alegaciones del recurso referidas a esa posible contradicción entre Audiencias Provinciales.

Como exponentes de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que la sociedad recurrente considera opuesta a la sentencia recurrida se citan en el recurso tres sentencias de esta Sala: la de 25 de octubre de 1999 (rec. 488/95), en cuanto considera posible la limitación a la transmisibilidad de acciones y la objetivación de un precio para su rescate por la sociedad anónima con base en la limitación previamente establecida; la



de 16 de marzo de 1995 (rec. 3946/91), en cuanto considera que el límite de la autonomía de la voluntad en la redacción de los estatutos de una sociedad anónima es el establecido en los arts. 1255 y 1258 CC y que son posibles las cláusulas penales en el marco estatutario sin contradecir los principios configuradores de la sociedad anónima; y la de 6 de marzo de 1998 (rec. 591/94), en cuanto declara que caben restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones y la limitación debe contener específica y adicionalmente un derecho de retracto, pues de no ser así no se podrá ejercitar.

El abogado del Estado, en su escrito de oposición al recurso, ha interesado, en primer lugar, su inadmisión por carecer de la mínima motivación exigible, ya que no contiene una verdadera crítica de la sentencia recurrida sino que se limita a transcribir diversas sentencias y a extraer la supuesta doctrina que contienen, siendo verdadero fundamento de la sentencia impugnada el art. 10 LSA y no su art. 63 en el que se centra el recurso; y en segundo lugar, la desestimación del recurso por no razonar que la sentencia impugnada infrinja de ningún modo el ordenamiento jurídico, ya que de las tres sentencias citadas por la parte recurrente únicamente la de 16 de marzo de 1995 se refiere a una cuestión similar a la litigiosa, pero sin pronunciarse sobre la legalidad de una cláusula de exclusión de los socios sino sobre el efecto de no ser esta cláusula completa al no establecer el sistema necesario para la anulación de las acciones.

**TERCERO** .- No procede acoger las razones alegadas por el abogado del Estado para que la Sala aprecie en este momento procesal que el recurso no es admisible.

Es cierto que, de las tres sentencias de esta Sala citadas por la parte recurrente como exponentes de la doctrina jurisprudencial a la que se opondría la sentencia impugnada, ninguna trata específicamente de la misma cuestión sobre la que versa el presente litigio. Así, la sentencia de 16 de marzo de 1995 (rec. 3496/91) no analiza la validez de la cláusula estatutaria de una sociedad anónima de médicos que declaraba la incompatibilidad del socio que prestara servicios contratados con otra entidad, pues esta cláusula fue considerada válida por el tribunal de apelación y quien entonces recurrió en casación fue la propia sociedad anónima demandada y no los socios demandantes, sino que trata de lo incompleta que resultaba la cláusula penal de anulación de los títulos de los socios incompatibles al no preverse la forma o manera de enajenar las acciones. Por su parte la sentencia de 6 de marzo de 1998 (rec. 591/94) versa sobre las consecuencias de una transmisión de acciones sin cumplir los trámites previstos en los estatutos para el ejercicio del derecho de adquisición preferente y, en particular, sobre si la nulidad de la transmisión, apreciada en el caso por el tribunal de apelación, era o no compatible con un derecho de retracto de la demandante. Y la de 25 de octubre de 1999 (rec. 488/95), en fin, se ocupa en realidad de una cláusula estatutaria similar al artículo 8 de los estatutos de la sociedad aquí actora y recurrente, no a su controvertido artículo 8 bis, y de lo que trata realmente es del incumplimiento, en una transmisión de acciones, de los requisitos previstos en los estatutos para permitir el ejercicio del derecho de adquisición preferente y, más en particular, de si este derecho sólo se daba en los casos de venta de las acciones o también, como en definitiva acaba considerando esta Sala, en los de aportación de las acciones a otra sociedad.

Sin embargo, ni la diversidad de materias entre las tres sentencias referidas ni su falta de total coincidencia con la materia del presente recurso determinan que éste no sea admisible, pues cuando precisamente por la propia novedad de la materia que plantee el recurso por interés casacional resulte prácticamente imposible la invocación de sentencias que específicamente traten de la misma, será admisible aquel recurso que, como el presente, someta a la decisión de esta Sala una cuestión jurídica relevante y de interés general citando como exponentes de su doctrina jurisprudencial las sentencias que, versando sobre materias relacionadas con esa cuestión, puedan considerarse representativas de unos determinados criterios o postulados jurisprudenciales de carácter más general pero que, a modo de principios, permiten dar respuesta fundada a la nueva cuestión planteada, máxime si además de las sentencias citadas en el recurso cabe tener en consideración otra u otras igualmente dictadas por esta Sala que también guarden relación con la cuestión de que se trate.

En cuanto a la objeción del abogado del Estado relativa a la falta de motivación del recurso por no contener una verdadera crítica de la sentencia impugnada, no deja de tener razón, pues ciertamente el recurso prescinde por completo del art. 10 LSA, que es el fundamentalmente aplicado por el tribunal sentenciador para resolver la cuestión litigiosa. Sin embargo tampoco este defecto es determinante de que el recurso deba considerarse no admisible, porque la cita de las tres referidas sentencias de esta Sala junto con la de los arts. 63 LSA, 1255 y 1258 CC y 123 RRM permite comprender sin ningún género de dudas que lo planteado ante esta Sala, como cuestión de interés casacional, es si el denominado "derecho de rescate" del cuestionado artículo 8 bis de los estatutos de la sociedad recurrente supone ir más allá de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones contenidas en su artículo 8 hasta el punto de acabar contradiciendo "los principios configuradores de la Sociedad Anónima" a que se refiere el art. 10 LSA, todo ello desde el punto de partida de que el artículo 8 de los estatutos necesariamente ha de considerarse ajustado al art. 63 LSA porque no fue calificado negativamente por la registradora mercantil y por tanto no es objeto del presente litigio.



**CUARTO** .- Entrando por tanto a resolver el recurso, la cuestión que realmente se plantea es si una sociedad anónima, sociedad capitalista por antonomasia, es compatible con una regulación estatutaria que acentúe la prevalencia del elemento personal, la identidad de sus socios, hasta tal punto que la convierta en una sociedad esencialmente personalista.

Recientemente el legislador, en la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ha señalado que "en el plano teórico" una de las notas características que distinguen las sociedades anónimas de las de responsabilidad limitada es que "mientras las primeras son sociedades naturalmente abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas". Y si bien acto seguido constata 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", reconociendo así que "el modelo legal subyacente no se corresponde con el modelo real", no es menos cierto que este texto legal, posterior a la calificación aquí impugnada, sigue manteniendo en lo esencial las características anteriores de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada, dejando para el futuro una regulación en la que "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".

Partiendo, pues, de que la distinción entre sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada no era, al tiempo de la calificación impugnada, una distinción puramente teórica sino real en el plano normativo, como lo sigue siendo ahora incluso en mayor medida según resulta de comparar el art. 123 del citado texto refundido, que trata de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, con el art. 63 LSA de 1989 aplicable al caso, la respuesta a la cuestión planteada es que 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.

Sentado lo anterior, debe concluirse que la calificación negativa del controvertido artículo 8 bis por la registradora mercantil se ajustó a la LSA de 1989 porque al establecer dicho artículo un "derecho de rescate" omnímodo y sin sujeción a plazo alguno, no por razón de actividades de las sociedades adquirentes que fueran contrarias a los intereses de la sociedad actora-recurrente sino por razón de cualesquiera vicisitudes internas de aquellas sociedades adquirentes, incluidas su fusión y su escisión, determinantes de la pérdida de control absoluto de la sociedad adquirente por los socios, o sus familiares, de la sociedad recurrente, el sustrato personal acababa imponiéndose en los estatutos en un grado tal que el carácter capitalista, abierto y anónimo de la sociedad recurrente quedaba prácticamente eliminado hasta convertir en ilusorio, como con acierto razona el tribunal sentenciador, el principio de igualdad entre accionistas de la misma clase que se desprende del art. 49.2 LSA. Y tanto es así, que incluso se impone a la sociedad adquirente, en el antepenúltimo párrafo del artículo 8 bis, una sujeción permanente y perpetua ("en cualquier momento") al control del órgano de administración de la sociedad actora-recurrente sobre la composición personal de su censo de socios.

La sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 2009 (rec. 2242/03) señaló que "cabría preguntarse sobre las consecuencias que asumen las sociedades cooperativas y agrarias y los empresarios individuales relacionados con la fruta cuando deciden agruparse bajo la forma de una sociedad eminentemente capitalista como es la sociedad anónima", pues también entonces se planteaba un problema de control personal de una sociedad anónima en relación con restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, y el problema se resolvía por esta Sala, citando sus sentencias de 25 de octubre y 30 de abril de 1999, sobre la base de que el principio o regla general en el régimen jurídico de las sociedades anónimas es el de la libre transmisibilidad de las acciones, como por demás resulta con toda claridad de que en la redacción del art. 63 LSA el adverbio "sólo" se encuentre al comienzo de su apdo. 1 y no al inicio de su apdo. 2, del mismo modo que en el art. 123 del texto refundido de 2010. Esto justifica a su vez que el principio contrario, de validez de cualesquiera cláusulas restrictivas de la transmisión de las participaciones, reflejado en el art. 188.1 RRM para las sociedades de responsabilidad limitada, con su consecuencia, establecida en el apdo. 3 del mismo artículo, de otorgar validez a las cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurren las circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos, no sea "trasladable analógicamente" sin más, como la sociedad recurrente proponía en su demanda de juicio verbal, a las sociedades anónimas, dada la preponderancia en éstas del elemento o carácter capitalista sobre el personalista.

A todo lo antedicho, que conduce a la desestimación del recurso, se une que la legislación societaria, especialmente a partir del reconocimiento normativo en 1995 de una figura tan aparentemente contradictoria en sus propios términos como la sociedad unipersonal, brinda hoy una diversidad de tipos societarios tan amplia que, jurídicamente, debe tener como lógica correspondencia una interpretación del art. 10 LSA (hoy





art. 28 del ya citado texto refundido) que, en cuanto concreción para las sociedades anónimas del principio de autonomía de la voluntad que informa los arts. 1255 y 1258 CC, considere no admisibles, por traspasar el límite de los principios configuradores, aquellas cláusulas estatutarias que, como la aquí conflictiva, supongan una auténtica desnaturalización del tipo societario escogido para el desarrollo del objeto social, al convertir en esencialmente cerrado un tipo de sociedad que es naturalmente abierta.

**QUINTO** .- Al desestimarse el recurso procede, conforme al art. 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la LEC, imponer las costas a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL** interpuesto por la compañía mercantil demandante CANTERAS DE SANTANDER S.A. (CANDESA), representada ante esta Sala por el procurador D. Javier Cereceda Fernández-Oruña, contra la sentencia dictada con fecha 3 de noviembre de 2006 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cantabria en el recurso de apelación nº 634/05

2º.- E imponer las costas a la parte recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-Francisco Marin Castan.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.**

## Voto Particular

### VOTO PARTICULAR

**FECHA:10/01/2011**

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos a la sentencia de diez de enero de dos mil once, dictada en el recurso de casación número 786/2007, en cuya votación y fallo ha participado.

### PRIMERO: ANTECEDENTES

#### 1. Antecedentes

1. Ante todo quiero dejar expresa constancia de que estoy totalmente de acuerdo con la detallada exposición de antecedentes descrita en el fundamento del derecho primero de la sentencia de la que respetuosamente discrepo.

2. No obstante, para facilitar la comprensión de este voto particular, entiendo conveniente sintetizar el marco en el que se desarrolla el recurso, a cuyo efecto nada más transcribiré aquellos párrafos que definen la parte esencial de la controversia alrededor de la que orbitan otros aspectos que pueden ser discutibles pero que, tal como se ha planteado, en mi opinión resultan accesorios, todo ello en el bien entendido de que el texto completo de los artículos que en parte transcribiré se contiene en la referida sentencia a la que me remito a tal efecto.

3. Los hechos que definen el conflicto, en lo que interesa a efectos de este voto particular, son los siguientes:

1) El 28 de noviembre de 2003 la sociedad CANTERAS DE SANTANDER, SA celebró junta general extraordinaria que se celebró con la asistencia de accionistas titulares de acciones representaban el 99,045% del capital social.

2) La junta acordó la modificación del artículo 8 de los estatutos sociales y la incorporación del controvertido artículo 8 bis.

3) El artículo 8 regula sin especialidades dignas de mención:

a) El ejercicio por los accionistas y, en su caso, por la sociedad para su amortización, del derecho de tanteo sobre las acciones de aquellos accionistas pretendieren transmitir a favor de cualquier persona.

b) La posibilidad de denegar la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas en el caso de adquisición de acciones por terceros por causa de muerte, o a consecuencia de un procedimiento



judicial o administrativo de ejecución, en cuyo caso la sociedad debe presentar al peticionario un adquirente de sus acciones u ofrecerse a adquirirlas la propia sociedad.

4) El referido precepto estatutario también regula dos excepciones al derecho de adquisición preferente que, por su importancia, transcribo literalmente en su parte bastante:

*"las transmisiones de acciones de la sociedad que por cualquier título se lleven a efecto a favor de:*

a) *Ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos del accionista transmitente.*

b) *De cualquier sociedad limitada o anónima de las que el transmitente sea socio o se incorpore como tal a ella, y mantenga con el resto de los socios un grado de parentesco de al menos hasta el sexto grado civil directo o colateral y cuyo capital social esté distribuido en acciones nominativas, donde con relación a las mismas alguno o algunos de los actuales accionistas de Canteras de Santander, S.A., en su caso, quienes ellos traigan causa, dispongan al menos de dos tercios (2/3) del total de los derechos de votos de dichas sociedades. Para acreditar este requisito, a la comunicación de la transmisión de las acciones deberá unirse, para su inscripción en el libro registro de acciones nominativas, certificación expedida por el órgano de administración de la Sociedad adquirente en la que se acredite el cumplimiento de lo previsto en el presente apartado".* 5) El artículo 8 bis regula el derecho que identifica como de "rescate" de las acciones de las que sean titulares aquellas sociedades que hayan adquirido la condición de accionistas al amparo del artículo 8 b), y su núcleo es del siguiente tenor:

*"Los accionistas y en su caso la sociedad tendrán 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 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".*

6) El precepto, además: a) extiende el derecho de rescate a los supuestos de disolución y liquidación, fusión o escisión de las sociedades, y ejecución judicial o administrativa; b) articula el procedimiento de control en cada ejercicio del mantenimiento por las sociedades tenedoras de las acciones del requisito de titularidad de al menos dos tercios (2/3) derecho de voto; y c) reconoce la facultad del órgano de administración de suspender el ejercicio de sus derechos políticos a la sociedad que no lo acredite dentro de los 15 días siguientes al requerimiento a tal efecto; pero, como he indicado, en mi opinión se trata de cuestiones accesorias.

## **2. Identificación de la cuestión litigiosa**

4. A fin de delimitar este voto particular conviene también dejar constancia de que únicamente abordaré la cuestión referida a 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.

5. Dejaré al margen otras cuestiones, como: a) las derivadas de la inserción sobrevenida en los estatutos de cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad bajo el régimen vigente en el momento de adopción del acuerdo (hoy reguladas en el segundo párrafo del artículo 123.1 de la Ley de Sociedades de Capital ); b) la regularidad de la fórmula de control de distribución del capital social; c) las facultades del órgano de administración para suspender el ejercicio de derechos políticos; y d) cualesquiera otras sobre las que, al no haber sido planteadas, no es preciso pronunciarse.

## **3. Extremos objeto de discrepancia**

6. Finalmente, creo conveniente fijar los extremos de la opinión de la mayoría de los que discrepo y que son los siguientes:

1) La sentencia de la que discrepo sostiene que el precepto estatutario establece un "derecho de rescate" omnímodo y sin sujeción a plazo alguno, determinante de que el sustrato personal acabe imponiéndose en los estatutos, en un grado tal que el carácter capitalista de la sociedad anónima recurrente resulta prácticamente eliminado, hasta convertir en ilusorio el principio de igualdad entre accionistas de la misma clase que se desprende del artículo 49.2 LSA .

2) También sostiene que la validez de cualesquiera cláusulas restrictivas de la transmisión de las participaciones en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada reflejada en el artículo 188.1 del Reglamento del Registro Mercantil no es "trasladable analógicamente" a las sociedades anónimas, dada la preponderancia en éstas del elemento o carácter capitalista sobre el personalista.

3) Finalmente sostiene que la legislación societaria, brinda una diversidad de tipos societarios tan amplia que, jurídicamente, debe tener como lógica correspondencia una interpretación del artículo 10 de la Ley de



Sociedades Anónimas (hoy 28 de la Ley de Sociedades de Capital) que ponga como límite las cláusulas estatutarias que supongan una auténtica desnaturalización del tipo societario escogido para el desarrollo del objeto social como acontece en este caso que convierte en esencialmente cerrada un tipo de sociedad que es naturalmente abierta.

## SEGUNDO: POSIBILIDAD DE RESTRICCIONES A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES

7. Desconocidas en el Código de Comercio de 1885, el artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, recogiendo una práctica extendida en la sociedad española, admitió de forma expresa la licitud de las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en el artículo 46 al disponer que *"Las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción sólo serán válidas frente a la sociedad cuando estén expresamente recogidas en los estatutos. En todo caso, la transmisión de las acciones nominativas deberá ser comunicada por escrito a la sociedad y anotada por ésta en el libro correspondiente"*, de donde pasa con notables mejoras técnicas al artículo 63 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas vigente en el momento de adopción del acuerdo aprobando el artículo litigioso, a cuyo tenor:

1. Solo serán válidas frente a la sociedad las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos.
2. Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción.
3. La transmisibilidad de las acciones solo podrá condicionarse a la previa autorización de la sociedad cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla.

*Salvo prescripción contraria de los estatutos, la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad.*

*En cualquier caso, transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida.*

8. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123 del Reglamento del Registro Mercantil, cuyo estudio omito por no venir al caso, del análisis de este precepto deriva de forma indiscutida que mediante estas limitaciones, 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 siguientes requisitos fijados por la norma, los dos primeros mediante la técnica de la exigencia positiva, el tercero siguiendo la de la exclusión:

- 1) Que recaigan sobre acciones nominativas.
- 2) Que estén expresamente impuestas por los estatutos.
- 3) Que la cláusula estatutaria no hagan prácticamente intransmisible la acción.

9. Lo expuesto permite concluir que la norma reconoce como derecho inderogable de los accionistas a "transmitir la acción" o como se afirma en gráfica expresión, el accionista no puede quedar "prisionero de sus títulos".

10. 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 nada más que simples mitos la "libre" transmisibilidad y la "irrelevancia subjetiva" de la identidad de los accionistas por tratarse de sociedades "intuitu pecuniae".

## TERCERO: LAS RESTRICCIONES A LA TRANSMISIÓN INDIRECTA DE ACCIONES

### 1. Planteamiento

11. Partiendo de la indiscutida posibilidad de restricciones a la libre transmisibilidad de acciones, la cuestión aquí planteada se centra en la posibilidad de restricciones a la transmisión indirecta de acciones.

12. En efecto, definidas doctrinalmente como aquellas que, ante la concurrencia de determinadas circunstancias, imponen al socio la obligación de transmitir sus acciones o participaciones a favor de la sociedad, socios o terceros, aunque pueden provocar la exclusión de socios, no puede prescindirse de la función instrumental que cumplen en el conjunto de los estatutos, que no es otro que el de establecer una limitación positiva indirecta a la libre transmisibilidad de acciones desconectada de cualquier otra circunstancia diferente a la pérdida de las condiciones requeridas para acceder a la condición de socio, y de hecho tan limitación a la libre transmisibilidad es aquella que interfiere en su transmisión voluntaria, como la que la impone coactivamente, como lo prueba el tratamiento que en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada impone el Reglamento del Registro Mercantil, al regular las cláusulas estatutarias



que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones en el artículo 188.3, entre las cláusulas sobre transmisión de las participaciones sociales, y no en el artículo 207 al tratar de la exclusión de partícipes.

## **2. Admisibilidad de las restricciones a la transmisión indirecta de acciones**

13. Admitida la posibilidad de que los estatutos impongan restricciones a la transmisión de acciones, se plantea la licitud de las llamadas protecciones de segundo nivel en transmisiones indirectas a fin de, por un lado, permitir la transmisión sin restricciones a favor de ciertas sociedades, y, por otro, evitar que mediante la transmisión de las acciones o participaciones de la sociedad holding, o su aportación a otras sociedades vía liquidación, fusión o escisión, puedan burlarse por los terceros beneficiarios las limitaciones impuestas a la libre transmisibilidad impuestas a tales sociedades en el momento de su adquisición, haciendo imposible a los socios preexistentes de la propia sociedad el ejercicio de su derecho de adquisición preferente.

14. En mi opinión ninguna objeción puede plantearse a la imposición de la carga de venta forzosa para el caso de pérdida de las condiciones determinantes de su adquisición sin restricciones y, en concreto, para el supuesto de que se altere la identidad de quien ejerce el control sobre la misma, tanto si se entiende que la norma estatutaria impone la obligación de impedir que las participaciones indirectas pasen a extraños no deseados como prestación accesoria a la aportación de capital, como si se mantiene que reconoce a favor de los accionistas y de la sociedad un derecho de adquisición forzosa cuando concurren determinadas circunstancias; como si se califica de obligación forzosa de transmitir.

15. 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 si de 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 entren socios distintos de los originarios y no vinculados a los históricos de la sociedad base.

16. Dicho de otra forma, la declaración de nulidad del artículo 8 bis de los estatutos a lo que puede conducir fácilmente es a suprimir la mención de tales sociedades entre los supuestos exceptuados a la restricción y, en definitiva, a restringir más su libre transmisibilidad.

### **CUARTO: LA VENTA FORZOSA Y LA EXCLUSIÓN DE SOCIOS**

17. Lo expuesto no atenta contra un inexistente derecho intangible a ser socios y a no ser excluidos mediante la venta forzosa de sus acciones, que impida incluir en los estatutos cláusulas de exclusión, como lo demuestran:

- 1) La previsión contenida en el artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y hoy el 84 de la Ley de Sociedades de Capital;
- 2) El derecho previsto de forma expresa en el artículo 64 de la referida Ley de 1989 para los supuestos de adquisición de acciones por causa de muerte o a consecuencia de un procedimiento judicial administrativo de ejecución;
- 3) Según unánime doctrina, el incumplimiento de las prestaciones accesorias cuando así estuviere previsto por los estatutos; y
- 4) El frecuente reconocimiento en la práctica societaria del derecho de retracto.

### **QUINTO: LA VENTA FORZOSA Y LA IGUALDAD**

18. La previsión estatutaria tampoco atenta contra el principio de igualdad de los socios, ya que para vulnerarla es preciso que la cláusula afecte de forma discriminatoria a quienes jurídicamente se hayan en la misma situación, lo que no acontece en este supuesto en el que todas, absolutamente todas las sociedades adquirentes de acciones de la sociedad CANTERAS DE SANTANDER SA se someten exactamente al mismo régimen.

19. Cuestión radicalmente diferente a la igualdad de derechos atribuidos por las acciones de la misma clase es la exigencia de que los potenciales adquirentes -todos los potenciales adquirentes-, deban reunir ciertos requisitos y que quien carece de ellos - todos los que carecen de ellos- se hallen en trance de ver vetado su acceso a tal condición, o de que los accionistas -todos los accionistas- una vez adquiridas las acciones deban conservar las características exigidas en su momento para facilitar su acceso a dicha condición, y que de perderlas puedan verse obligados a vender sus acciones, ya que, repetimos, la sociedad anónima tolera de forma expresa las sociedades cerradas dentro de los límites antes expuestos.

### **SEXTO: LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.**





20 La mayoría admite que en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada cabe la venta forzosa, por lo que no me extenderé en justificar este extremo con el que estoy de acuerdo dada la finalidad del presente voto limitada a exponer mis discrepancias con la decisión mayoritaria.

21. Pues bien, aunque soy consciente de que las diferencias tipológicas pueden impedir a un determinado tipo de sociedad soluciones previstas para otras -se ha afirmado en gráfica expresión que no caben centauros con cuerpo de anónimas y alma de cooperativa-, por lo que a las anónimas no les resulta aplicable sin más las reglas de las sociedades de responsabilidad limitada, la proximidad entre ambos tipos de sociedades capitalistas permite concluir que, como regla, lo que es natural en un tipo está permitido en el otro si no está prohibido en este, por lo que resulta de aplicación el principio contenido en el Digesto, Libro I, Título III, Ley XXIII " *qua non sunt prohibita, permisa intelliguntur* " (lo que no está prohibido se entiende permitido),.

#### **SÉPTIMO: LAS ALTERNATIVAS TIPOLÓGICAS**

22. Finalmente, en mi opinión la mayoría magnifica la llamada cuestión tipológica, y:

1) Se aparta del principio de polivalencia funcional propio de los tipos sociales capitalistas como instrumentos para desarrollar actividades económicas.

2) Introduce una innecesaria rigidez en un sector del ordenamiento jurídico que, a remolque de la evolución meteórica del mercado, como indica la Ley 3/2009, de 3 abril , sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se halla en permanente evolución y en el que, como afirma la exposición de motivos el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, " *pese a las grandes reformas del pasado siglo XX subsisten faltas de coordinación, imperfecciones y lagunas respecto de las cuales doctrina y jurisprudencia han ofrecido soluciones legales divergentes sin que exista razón suficiente*".

23. A lo expuesto hay que añadir 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, al extremo de que la referida exposición de motivos de la Ley de Sociedades de Capital, tras poner de relieve que " *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* " , afirma que " *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 (...) 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*".

#### **OCTAVO: LA ESTIMACIÓN DEL RECURSO**

24. En definitiva, la sentencia de la que discrepo:

1) Introduce una innecesaria rigidez de los tipos.

2) Sustituye el principio de libertad estatutaria por el de libre opción tipológica.

3) Construye de forma innecesaria el principio general de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil que se concreta en el artículo 10 de la ley de sociedades anónimas, en aras a unos principios configuradores de la sociedad anónima que la Ley no define ni identifica.

25. 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 a 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.



26. En consecuencia, en mi opinión el recurso debe ser estimado.

**NOVENO: COSTAS**

27. La estimación del recurso llevaría aparejado que no haya lugar a la condena en las costas causadas por el mismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

28. No procede la imposición de las costas de la apelación que debió estimar el recurso.

29. La estimación de la demanda en el juicio verbal en materia de calificación negativa del Registro, a salvo supuestos especiales, no debe conllevar la condena en las costas.

**DÉCIMO: FALLO**

El fallo de la sentencia, de conformidad con lo hasta ahora expuesto, debería ser estimatorio sin imposición de las costas del recurso y sin imposición de las causadas en primera y en segunda instancia. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CLEDOJ