

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 7

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2010

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Coordenação: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 7 (julho/dezembro 2010)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

LA EXCLUSIÓN DE UN SOCIO DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL ¿TIENE QUE SER NECESARIAMENTE ACORDADA POR LA JUNTA GENERAL?¹

A EXCLUSÃO DE UM SÓCIO DE UMA SOCIEDADE DE CAPITAL DEVE NECESSARIAMENTE SER DELIBERADA PELA ASSEMBLÉIA GERAL?

Mauricio Troncoso Reigada

Resumen: Este artículo pretende argumentar de forma sucinta porqué, en el Derecho español de sociedades de capital, la competencia para acordar la exclusión de un socio no tiene porque necesariamente recaer en la Junta General, sino que la misma puede ser atribuida por los estatutos de la sociedad a otros órganos sociales, o a un administrador o socio determinado, o incluso a un tercero.

Palabras clave: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, junta general, autonomía estatutaria, exclusión de socios.

Resumo: Este artigo pretende argumentar de forma sucinta o porquê, que no direito espanhol de sociedades de capital, a competência para concordar com a exclusão de um sócio não tem porque necessariamente recair sobre a Assembléia Geral, mas sim que a mes-

1 Este artículo fue publicado en la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 2008, num. 27, pp. 137-145.

ma pode ser atribuída pelos estatutos da sociedade a outros órgãos societários, ou a um administrador ou sócio determinado, ou inclusive a um terceiro.

Palavras-chave: sociedade anônima, sociedade de responsabilidade limitada, assembléia geral, autonomia estatutária, exclusão de sócios.

1. Este trabajo tiene por objeto exponer de forma sucinta las razones por las que es posible mantener que, en el ordenamiento jurídico español, la decisión de excluir no tiene por ser tomada por la Junta General, sino que puede serlo por otro órgano societario o otra persona. Y ello tanto en el caso de las sociedades anónimas, en adelante S.A.² (lo que, como veremos a continuación, resulta bastante

2 Aunque falta en la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; en adelante LSA) una regulación propia de la exclusión de socios, parece claro que la medidas previstas en el art. 45 LSA para el caso de incumplimiento de la obligación de pago de los dividendos pasivos, constituye un supuesto normativizado, en este tipo social, de exclusión del socio moroso, en el caso de que la mora afecte a todas sus acciones (cfr. por todos, Otero Lastres, José Manuel. *Dividendos pasivos (arts. 42 a 46 LSA)*. In Uría, Rodrigo — Menéndez, Aurelio — Olivencia, Manuel. *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. III (*Fundación de la Sociedad Anónima*). Madrid: Civitas, 1994, pp. 229 y ss., p. 282; Beltrán, Emilio. *Los dividendos pasivos en la reforma de la sociedad anónima, Actualidad Civil*, 1989-1, pp. 697 y ss., p. 706). Junto al mismo, la mayoría de la doctrina considera que, en aquellos supuestos en los que en la S.A. se hayan establecido prestaciones accesorias, cabe también que los estatutos prevean la exclusión del socio que incumple la obligación de realizarlas (cfr. Beltrán, Emilio. *Disolución parcial*, in Montoya Melgar, Alfredo (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Tomo II. Madrid: Civitas, 1995, pp. 2538 y ss., p. 2539; Gutiérrez Gilsanz, Javier. *Sociedad anónima y exclusión de socios*, *Revista de Derecho de Sociedades*, 1999, 12, pp. 336 y ss., p. 357 e *ibi* abundante bibliografía; *contra*, no obstante, Bonardell Lenzano, Rafael — Cabanas Trejo, Ricardo. *Separación y exclusión de socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Pamplona: Aranzadi, 1998, pp. 27-30). En nuestra opinión, no existen razones para restringir la utilización de este instituto general a todo el derecho de sociedades en este concreto tipo social, de manera que consideramos, siguiendo a nuestra más atenta y moderna doctrina (cfr. Alfaro Aguila-Real, Jesús. *La exclusión de socios*. In Paz-Ares, Cándido (coord.), *Tratando de la sociedad limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1997, pp. 887 y ss., p. 890 n.4, y sobre todo los argumentos expuestos en Alfaro Aguila-Real, Jesús. *Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)*, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al*

claro al menos en parte, vgr. posibilidad de otorgarle esta facultad al órgano de administración), como de las sociedades de responsabilidad limitada, en adelante S.L.³

2. Ciertamente, para poder mantener esta posición con respecto a estas últimas es necesario solventar el problema derivado del

Profesor Justino F. Duque, Vol. 1. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1998, pp. 89 y ss., p. 108, donde además se rebate la posición contraria que ha sido mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 16-IX-1983 —*Rep. Aranzadi* 7016-), que cabe establecer otras causas de exclusión en los estatutos de una S.A, aun faltando en la LSA un precepto similar al art. 98 II de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL) [por la afirmativa, también, Gutiérrez Gilsanz, Javier. *Revista de Derecho de Sociedades*, 1999, 12, pp. 358 y 360; Fernández del Pozo, Luis. *La amortización de acciones y las acciones rescatables*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 45-46 y 162-163, entre otras; también parece inclinarse por este posición, al menos por lo que hace referencia a las sociedades anónimas pequeñas y cerradas, Martínez Jiménez, María Isabel. *Comentario a los arts. 98 a 103 LSRL*. In Arroyo, Ignacio — Embid, José Manuel (coord.), *Comentarios a la Ley de sociedad de responsabilidad limitada*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 967 y ss., p. 971; *contra*, Cabanas Trejo, Ricardo. *Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones y derecho de retracto*, *Praxis Boletín de Información Mercantil*, Mayo 1992, pp. B-13/2 y ss. p. B-13/10; Cabanas Trejo, Ricardo — Calavia Molinero, José Manuel (coord.). *Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Barcelona: Editorial Praxis, 1995, p. 662); Bonardell Lenzano, Rafael — Cabanas Trejo, Ricardo. *Separación y Exclusión*, pp. 27-30; Sánchez Rus, Heliodoro. *La amortización forzosa de acciones en el derecho español*, *Revista de Derecho de Sociedades*, 1999, 11, pp. 205 y ss., p. 210].

3 Curiosamente, nuestra doctrina no se ha ocupado de este problema, habiéndose centrado más bien en la cuestión de si, en el procedimiento extrajudicial de exclusión, la legitimación para excluir debe ostentarla la sociedad, tesis corporativa, o, por el contrario han de tenerla los socios (vid la alusión a la misma en Martínez Jiménez, María Isabel. *Comentarios*, p. 979, con referencias doctrinales de las dos posturas).

En nuestra opinión, esta controversia es secundaria, en la medida en que a lo único a lo que se refiere es, a falta de regulación expresa, a quién debe corresponderle naturalmente esta competencia, cuestión que, con mayor o menor acierto (en función lógicamente de las posturas que previamente se mantuvieran), ha sido ya resuelta positivamente para las S.L. (otra cosa es lo que ocurre con respecto a la S.A., donde ante la ausencia de una reglamentación algún autor ha considerado que la postura más coherente sería entender que son los otros socios los que deberían ostentar la legitimación; cfr. Gutiérrez Gilsanz, Javier, *Revista de Derecho de Sociedades*, 1999, 12, p. 360), en el sentido de atribuírsela a la Junta General, esto es, a favor de la tesis corporativa (cfr. art. 99 LSRL); lo cual no resulta óbice para que, dado que como veremos a continuación no hay base para sustentar que ésta es una competencia exclusiva de la Junta General, los estatutos no puedan realizar una atribución distinta.

hecho de que el art. 99 LSRL aluda a la Junta General como al órgano al que le corresponde tomar la decisión de excluir a un socio⁴.

En nuestra opinión, sin embargo, este obstáculo no es tal en la medida en que debe entenderse, siguiendo a nuestra más moderna y atenta doctrina, que la regulación del procedimiento de exclusión contenida en los arts. 99-102 LSRL tiene carácter dispositivo⁵. A favor de este planteamiento militan, a nuestro juicio, distintos argumentos.

En primer lugar, y desde una perspectiva de filosofía jurídica, porque se debe considerar que en esta cuestión rige, como por principio ocurre en materia de Derecho de Sociedades y, en general, de Derecho privado, el principio de autonomía de la voluntad, concretizado en este sector del ordenamiento jurídico en el principio de libertad estatutaria (art. 12.3 LSRL)⁶.

4 Así, el art. 99.1 LSRL afirma: “La exclusión requerirá acuerdo de la Junta General. En el acta de la reunión se hará constar la identidad de los socios que hayan votado a favor”. Es necesario indicar que la mayoría de nuestra doctrina parece leer el art. 99 LSRL en clave imperativa, entendiendo que es preciso siempre un acuerdo de la Junta General (así, por ejemplo, véase por todos, García Villaverde, Rafael. *Exclusión de socios*. In Rodríguez Artigas, Fernando *et al.* (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, Tomo II. Madrid: Mac Graw-Hill, 1996, pp. 1023 ss., pp. 1032-1038; Cabanas Trejo, Ricardo — Calavia Molinero, José Manuel (coord.), *Ley*, pp. 667-668; Rodríguez Martínez, José Domingo. “Separación y exclusión de socios”. In Bercovitz, Alberto (coord.), *La sociedad de responsabilidad limitada*. Pamplona: Aranzadi, 1998, pp. 627 y ss., p. 641; Leña Fernández, Rafael — Rueda Pérez, Manuel Ángel. *Derecho de separación y exclusión de socios en la sociedad limitada*. Granada: Comares, 1997, p. 113); éste es también el planteamiento del art. 208.1.1º del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM), en la medida en que, para poder inscribir la exclusión, exige que en la correspondiente escritura pública conste necesariamente el acuerdo de la Junta General o el testimonio de la resolución judicial firme.

5 Cfr. Alfaro Aguila-Real, Jesús. *Tratando*, pp. 887 y 908. Parece inclinarse también por esta posición, Mellado Rodríguez, Manuel. *Separación y exclusión del socio de la sociedad de responsabilidad limitada*. In Nieto Carol, Ubaldo. *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Madrid: Dykinson, 1998, pp. 921 y ss., p. 945.

6 Cfr. Alfaro Aguila-Real, Jesús. *Tratando*, pp. 887 y 908. *Contra*, Rueda Pérez, Manuel Ángel. *Comentario a los arts. 95 a 102 LSRL*. In AaVv., *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, I, Madrid: Colegios Notariales de España, 1995, pp. 435 y ss., p. 448 el cual afirma que «es lógico que a la gran libertad en la regulación de las causas de exclusión corresponda una mayor rigidez en el procedimiento» (v. también afirmando el carácter imperativo del procedimiento

En segundo lugar, porque no se ven razones por las cuales el carácter dispositivo se afirma con respecto a un elemento tan importante del procedimiento como son las vías de vehiculización y no se deba aceptar con relación al resto de las cuestiones de procedimiento. En efecto, a la hora de ocuparse de las formas de instrumentalizar la exclusión de un socio, numerosos autores han venido manteniendo que, junto a la amortización (que ya se encontraba prevista en el primitivo tenor literal del art. 102 LSRL), también es posible acudir no sólo a la adquisición por la sociedad de las participaciones del socio afectado (posibilidad que ya venía siendo afirmada por un sector de la doctrina con anterioridad a que haya sido positivizada por la nueva redacción que de los arts. 102 y 40.1 LSRL ha efectuado la ley 7/2003, de 1 de abril), sino también a la posibilidad de imponerle al socio excluido una transmisión en favor de otro socio o incluso un tercero⁷. Pues bien, la pregunta que procede hacerse es, si la regulación del procedimiento de exclusión contenida en la LSRL es dispositiva en este punto, no se ve porque no lo pueda ser en otros, puesto que no existe ninguna razón para diferenciar unos de otros; esto es, no se ve porqué unos preceptos van a ser imperativos y otros dispositivos, cuando del texto de estos artículos no se deduce ninguna diferencia: *ubi lex non distinguere, nec nos distinguere debemus*.

Y, por último, un argumento de carácter valorativo. Mantener lo contrario llevaría a una injustificada e insostenible contradicción de

recogidos en los arts. 99 y ss. LSRL, Leña Fernández, Rafael — Rueda Pérez, Manuel Ángel. *Separación y exclusión*, p. 112). Como acertadamente rebate Alfaro Aguila-Real, Jesús. *Tratando*, p. 908, n. 44, «el argumento no convence porque nuevamente se invierte indebidamente la carga de la argumentación sobre el carácter imperativo». Acerca de los límites a esta configuración, v. Alfaro Aguila-Real, Jesús. *Tratando*, pp. 908-913.

7 Por todos, García Villaverde, Rafael. *Exclusión de socios*. In *La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Número extraordinario de la Revista de Derecho de Sociedades, 1994, pp. 367 y ss, p. 378 (con respecto al Derecho Proyectoado); y ya con referencia al antiguo tenor del art. 102 LSRL, v. García Villaverde, Rafael. *Sociedades de responsabilidad limitada*, pp. 1044-1045 (aunque no resulta del todo claro si es una verdadera opción posible o un mero *desideratum*); Gutiérrez Gilsanz, Javier. *Revista de Derecho de Sociedades*, 1999, 12, p. 362, con ulteriores referencias.

valoración con respecto a lo que ocurre en sede de S.A. En efecto, si en este último tipo social debe entenderse que los estatutos pueden regular, en gran medida, la exclusión de un socio que incurre en mora de todas sus acciones y, sobre todo, gozan de amplia libertad para establecer un procedimiento de exclusión del socio incumplidor de la obligación de realizar prestaciones accesorias, resultaría un contrasentido mantener que en sede de S.L. el margen de libertad estatutaria es menor, cuando precisamente se supone que este último tipo social está dotado de un mayor grado de flexibilidad y libertad.

3. Este carácter dispositivo que, como regla general, cabe predicar de todo el procedimiento contenido en los arts. 99-102 LSRL, debe también predicarse del art. 99 LSRL, puesto que no existen razones que puedan justificar que se trata de un precepto de *ius cogens* y, por tanto, que estemos en presencia de una excepción a esta regla.

En concreto, consideramos que no es posible alegar motivos basados en un reparto de competencias entre los órganos societarios. Desde nuestro punto de vista, no nos encontramos ante una competencia propia de la Junta General⁸, pero que resulta delegable (lo que sería otro camino para poder atribuir su ejercicio a otros, si bien, no como propia —i.e. ex estatutos—, sino por delegación —ex acuerdo en este sentido—), sino que no es una competencia propia (en el sentido de exclusiva) de la Junta, por lo que puede ser asignada por los estatutos directamente a otros órganos —vgr. a los administradores—, incluso, a alguna/s persona/s en concreto.

8 Contra, Esteban Velasco, Gaudencio. *Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley*. In Rodríguez Artigas, Fernando *et altri* (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, Tomo I. Madrid: Mac Graw-Hill, 1996, pp. 549 y ss., pp. 564-566, el cual, a pesar de considerar que el modelo legal de distribución de competencias no viene configurado de manera rígida, de forma que sería susceptible de modificación vía estatutos, parece mantener que la exclusión de socios es competencia exclusiva e indiscutible de la Junta General; v. también en este último sentido, Garrido de Palma, Víctor. *La exclusión de socios. Su expulsión del seno social*. In Garrido de Palma, Víctor — Sánchez González, José Carlos — Gardeazábal del Río, Francisco Javier — Aranguren Urriza, Francisco José — Garrido Chamorro, Pedro. *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tomo II. Madrid: Trivium, 1998, pp. 143 y ss., p. 162.

A favor de entender que la referida competencia no es exclusiva de la Junta General milita un argumento de carácter sistemático-valorativo. En efecto, si contemplamos esta cuestión en sede de S.A., observaremos como resulta especialmente significativo que con respecto al único supuesto positivizado de exclusión (el del socio incumplidor de la obligación de pago de los dividendos pasivos, en el caso de que la mora afecte a todas sus acciones; cfr. art. 45 LSA), se entienda que es el órgano de administración el que ostenta esta competencia⁹. Pues bien, si esto es así en la S.A. no se ve porqué (no existe ninguna *ratio* que lo justifique) los estatutos no pueden proveer la misma solución en la S.L.. Mantener lo contrario supone incurrir en una clarísima contradicción de valoración.

4. En consecuencia, si el procedimiento contenido en los arts. 99-102 LSRL es dispositivo, la sociedad goza de libertad para configurar el órgano decisorio. O dicho de otra forma, el hecho de que el art. 99 prevea que le corresponda a la Junta General tomar la decisión de excluir sólo significa que ésta es la solución supletoria, para el caso de que los socios no dispongan otra cosa con respecto a esta cues-

9 V. Martínez Jiménez, María Isabel. *Comentarios*, p. 979. Distinto, implícitamente, es el planteamiento de Otero Lastres, José Manuel. *Comentario*, pp. 282-283, el cual considera que «la amortización de las acciones y la consiguiente reducción del capital social deberán ser decididas por la Junta general de accionistas con los requisitos exigidos para la modificación de los Estatutos (art. 164.1 LSA)» (en el mismo sentido, Beltrán, Emilio. *Los dividendos pasivos*. Madrid: Civitas, Madrid, 1988, p. 80; Beltrán, Emilio. *E.J.B.C.*, p. 2540; en un contexto distinto, el del ejercicio del derecho de separación, mantiene también que la Junta General es el único órgano competente para acordar tanto la amortización, como la reducción de capital Brenes Cortes, Josefa. *El derecho de separación del accionista*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 511). Comparando la posición de estos autores con respecto a la competencia para acordar una reducción de capital, consideramos sin embargo, que ello no significa que la Junta General sea también la competente para acordar la amortización. En nuestra opinión, esta cuestión debe ser resuelta (por que no existen razones que lleven a lo contrario) de la misma forma que con respecto al otro instrumento alternativo que está a disposición de la sociedad para vehicular la exclusión del socio moroso: la enajenación forzosa de sus acciones; pues bien, si los administradores son los competentes para proceder a la misma (v. Beltrán, Emilio. *E.J.B.C.*, p. 2540), también deben serlo para acordar su amortización, en el caso de que no sea posible efectuar la referida enajenación.

tión, pero no impide, en consonancia con su carácter dispositivo, que los estatutos puedan atribuir esta competencia a otros sujetos.

a) Así, comenzando con el supuesto más sencillo, ningún problema existe, desde nuestro punto de vista, para que los estatutos encomienden esta decisión al *órgano de administración*¹⁰. Y ello, tanto si le dejan libertad al respecto (i.e. prevén lo que podríamos denominar como una cláusula de exclusión facultativa), como si le imponen la obligación de acordar la exclusión de un socio, en el caso de que se den determinadas circunstancias (i.e., establecen lo que podríamos calificar como una cláusula de exclusión imperativa). Si ambas opciones son posibles cuando la competencia le corresponde a la Junta General, no se ve porque no pueden serlo cuando los estatutos atribuyan esta decisión al órgano de administración (es más, y como factor coadyuvante, existe un cierto paralelismo, en nuestra opinión, con lo que sucede con determinadas cláusulas restrictivas a la transmisión; en concreto, entre las primeras y las cláusulas de consentimiento que permitan otorgar o denegar la autorización si concurren —o no concurren— ciertas circunstancias, cuando esta competencia le corresponda al órgano de administración, cosa que en el supuesto de las S.A. será lo que suceda, salvo que los estatutos otorguen esta facultad a otra persona —cfr. 63.3 II LSA-, mientras que en la S.L. deberá preverse expresamente en ellos —cfr. arts. 24.2 y 29.2 LSRL-).

b) Mas las posibilidades no se circunscriben a éstas. En este sentido, cabe también conferir la facultad de excluir a *otros órganos sociales*¹¹ (tanto si han sido creados para desempeñar asimismo otras

10 En sede de S.L., alude también a la posibilidad de que las cláusulas estatutarias atribuyan a los administradores esta decisión, Alfaro Aguila-Real, Jesús. Tratando, p. 909; en la doctrina alemana v. Soufleros, Illias. Ausschließung und Abfindung eines GmbH-Gesellschafters, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1983, p. 9. *Contra*, Garrido de Palma, Víctor. *Sociedad de responsabilidad limitada*, II, p. 162.

11 Acerca de la posibilidad de que, al menos en la S.L., los estatutos puedan crear órganos sociales facultativos, esto es, prevean otros distintos de la Junta General y del órgano de administración, v. Esteban Velasco, Gaudencio. *Sociedades de responsabilidad limitada*, p. 558.

funciones, como si lo han sido específicamente con esta finalidad¹²), *a un administrador o administradores en concreto o a un/os socio/s*¹³.

c) A nuestro parecer, cabe incluso otorgar esta competencia a *un tercero ajeno a la relación social*¹⁴. A favor de esta solución milita un argumento sistemático: si es posible que los estatutos configuren una cláusula de autorización en la que se atribuya a un tercero la facultad de consentir¹⁵ o que incorporen una obligación de transmisión en la que el acreedor de la misma sea un tercero (cfr., para la S.L.

12 Si se admite la posibilidad de que los estatutos puedan crear órganos *ad hoc* para decidir sobre la autorización o no de una concreta transmisión (cfr. Perdices, Antonio. *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid: Civitas, 1997, p. 64), no vemos porqué no se puede admitir la creación de órganos estatutarios que tengan por misión tomar las decisiones en materia de exclusión.

13 V. con respecto a la posibilidad de conferírsela a un socio, Alfaro Aguila-Real, Jesús. Tratando, p. 909.

14 En nuestra opinión, no existen obstáculos para que en los estatutos se establezcan, en general, derechos a favor de terceros. En este sentido, resulta significativo que, como comentaremos a continuación, el art. 188.3 RRM admita la posibilidad de cláusulas estatutarias que prevean la obligación de transmitir a un tercero las participaciones de una S.L. cuando concurren circunstancias que estén expresadas de forma clara y precisa, esto es, que prevea que los estatutos puedan conceder a terceras personas el derecho a adquirir las participaciones en determinadas circunstancias. O que el art. 188.2 RRM reconozca que los estatutos pueden concederles un derecho de adquisición preferente. En Alemania parece discutirse el carácter estatutario, en sentido material, de las cláusulas que atribuyan derechos a favor de terceros. Mientras que algunos autores lo niegan (v. por todos, Ulmer, Peter. *Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?*. In *Festschrift Winfried Werner*. Berlin — New York: Walter de Gruyter, 1984, pp. 911 y ss., pp. 922-925), otros no se muestran tan tajantes (cfr. Emmerich, Volker. §2 (Form des Gesellschaftsvertrages). In *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band I (§§1-44). Köln: Verlag Otto Schmidt KG, 9 Aufl., 2000, pp. 207 y ss. Rdn. 11, pp. 211-212). No faltan los tratadistas que se limitan a indicar que los estatutos pueden delegar competencias en manos de terceros (así, Lutter, Marcus — Hommelhof, Peter. *GmbH-Gesetz Kommentar*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 15. Aufl., 2000, §46, Rdn. 1, p. 702). Con respecto a la S.A., la propia *Aktiengesetz* se refiere en distintos parágrafos a la posibilidad de conceder a terceros *Sonder-vorteilen* (cfr. por ejemplo, el §26).

15 Mientras que la admisibilidad de este tipo de cláusulas para las S.L es clara [v. por todos, Sánchez González, José Carlos. *Transmisión de participaciones sociales*. In GARRIDO DE PALMA, Víctor — GARRIDO CHAMORRO, Pedro — GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier — SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos — ARANGUREN URRIZA, Francisco José. *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tomo I. Madrid: Trivium, 1996, pp. 699 y ss., pp. 712 y 716-718], la

el art. 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, en adelante RRM)¹⁶, no se ve por qué no debe permitirse conferir a un tercero la

cuestión puede parecer discutible en relación a las S.A. [así, la doctrina se muestra dividida; mientras que algunos autores se muestran contrarios, *vid.* por ejemplo, Galán López, Carmen, *Cláusulas de «autorización» o «consentimiento» a la transmisión de acciones*. In Alonso Ureba, Alberto. — Duque Domínguez, Justino — Esteban Velasco, Gaudencio — García Villaverde, Rafael — Sánchez Calero, Fernando (coord.). *Derecho de Sociedades Anónimas*, Tomo II, Vol. 2. Madrid: Civitas, 1994, pp. 1033 y ss., pp. 1114-1117, esp. 1116; no faltan voces favorables a la admisibilidad, cfr. la autorizada opinión de Perdices, Antonio. *Cláusulas*, pp. 56-62], puesto que el art. 123.2 RRM establece que «[l]os estatutos no podrán atribuir a un tercero la facultad de consentir o autorizar la transmisión». No obstante, en nuestra opinión, el mismo no resulta óbice para la admisibilidad de este tipo de cláusulas también con respecto a la S.A., dado que la citada norma reglamentaria es un precepto nulo en la medida en que, sin apoyo legal, establece restricciones a la autonomía de la voluntad [en este sentido, no faltan tampoco autores que se muestran también críticos con este precepto; v. De la Cámara Álvarez, Manuel. *Las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones en la nueva legislación de sociedades anónimas*. AASN, Tomo IV, *Homenaje al Profesor Jordano Barea*. Madrid: Edersa, 1991, pp. 245 y ss., pp. 270-271, el cual afirma que «el reglamento excede del ámbito de su competencia al negar una posibilidad no prohibida por la Ley»].

16 De esta opinión, en relación precisamente con las cláusulas que prevén un *Abtretungspflicht* se manifiesta también la doctrina alemana [v. Hueck, Alfred. *Die Bedeutung der Zwangsamortisation von Geschäftsanteilen für die Sicherung einer Finanzierungs-GmbH. Der Betrieb*, 1957, pp. 37 y ss., p. 40; Wiedemann, Herbert. *Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965, p. 439; Soufleros, Ilias. *Ausschließung*, pp. 286 y 288; Zutt, Jürg. *Anb §15*. In *Hachenburg Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar*, Erster Band (Allgemeine Einleitung; §§1-34). Berlin – New York: Walter de Gruyter, 8. Aufl., 1992, pp. 674 y ss., Rdn. 89 p. 708; Winter, Heinz. *§15 (Übertragung von Geschäftsanteilen)*. In *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band I (§§1-44). Köln: Verlag Otto Schmidt KG, 9 Aufl., 2000, pp. 737 y ss., Rdn. 181 p. 870; a pesar de la oposición inicial de algún autor, cfr. Wilhelmi, Hans — Wilhelmi, Sylvester. *Godin/Wilhelmi Aktiengesetz vom 6. September 1965 Kommentar*. Berlin: Walter de Gruyter, 3. Aufl., 1967, §237, Anm. 12 pp. 1249-1250]. Esto, que para la S.L. se encuentra ya previsto con carácter general por el art. 188.3 RRM para todos los casos en los que los estatutos establezcan una obligación de transmisión, cabe también mantenerlo con respecto a la S.A. [de esta misma opinión se muestran De la Cámara Álvarez, Manuel. *Estudios de Derecho Mercantil*, Vol. I. Madrid: Edersa, 2ª ed., 1977, p. 620 n.2; Garrido de Palma, Víctor — Sánchez González, José Carlos. *La sociedad anónima en sus principios configuradores*. In Garrido de Palma, Víctor. (dir.). *Estudios sobre la Sociedad Anónima*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 21 y ss., p. 52; García de Enterría, Javier. *Las acciones rescatables*. *La Ley*, 1999, 4, pp. 1694 y ss., p. 1697], no sólo porque, de nuevo, no parece que una cláusula de estas características atente contra los arts. 10 LSA y 1255 Código Civil, sino también por un puro y simple argumento sistemático: si es pacífica, hasta para el propio RRM (cfr. art. 123.3 RRM), la admisibilidad de

decisión acerca de la exclusión de un socio. Pensemos por ejemplo, en el caso de un padre que constituye una sociedad para sus hijos, sin entrar a formar parte de ella; si es posible otorgarle la facultad de autorizar las transmisiones o de rescatar las participaciones, ¿porque los estatutos no pueden también decidir que sea a él a quién le corresponda la competencia para excluir a un socio, cuando es claro y evidente que la atribución de todas estas facultades obedece a la misma *ratio*, controlar la composición interna a efectos de que no existan desviaciones con respecto a la finalidad para la que la sociedad fue creada (en este sentido, resulta obvio que la atribución al patriarca de esta última competencia sirve para “ayudar a cerrar” el círculo de salvaguardia de la referida *ratio*, puesto que desempeña una función complementaria, permitiendo cubrir todo un espectro de conductas que no pueden ser controladas a través del ejercicio de las otras facultades)?

Es más, la atribución a un tercero, puede en ocasiones permitir un mejor ejercicio de esta facultad (en el sentido de un ejercicio a priori más objetivo), dado que éste puede ser elegido por los socios en función de su cualificación e independencia (del mismo modo en el que se elige a un árbitro, por ejemplo, para determinar el valor de las participaciones de cara a una transmisión), por lo que esta solución puede servir de instrumento de protección de las minorías, dado que el encomendársela a un tercero les puede inspirar más confianza.

5. En definitiva, consideramos que en el Derecho español de sociedades de capital la decisión de excluir a un socio no tiene porqué ser necesariamente tomada por la Junta General, de forma que los estatutos de la S.A. o de la S.L. pueden encomendársela a otros órganos sociales, o a un/os administrador/es o socio/s determinado/s, o incluso a un/os tercer/os.

las cláusulas que establezcan, con la mayor amplitud, un derecho de adquisición preferente a favor de terceros, no se ve porqué debe rechazarse la admisibilidad de una estipulación prima hermana de la anterior, como sería la que estableciera una obligación de transmisión a favor de terceros.