

Cláusulas estatutarias sobre transmisión *post mortem* de acciones y participaciones y Derecho de sucesiones*

Statutory clauses on the post mortem transfer of shares and participations and Succession Law

LUIS F. CARRILLO POZO

*Profesor de Derecho internacional privado
Universidad de Almería*

ORCID: 0000-0002-5507-167X

Recibido: 29.04.2024 / Aceptado: 22.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8914

Resumen: La exclusión por el RS de las cuestiones reguladas por normas societarias es clara al asignar a la *lex societatis* las modalidades de transmisión de acciones y participaciones, pero deja abierta la cuestión de cómo se relacionan unas previsiones estatutarias que restringen o condicionan el acceso a la condición de socio con una *lex successionis* que prevea la reserva imperativa de cuotas del caudal relicto a un determinado grupo de personas. La respuesta parte de la imperatividad -y por ello prevalencia/intangibilidad- de la normativa sucesoria.

Palabras clave: Reglamento sucesiones, cláusulas estatutarias, legítimas.

Abstract: The exclusion by the SR of matters regulated by corporate rules is clear in assigning to the *lex societatis* the modalities for the transfer of shares and participations, but it leaves open the question of how statutory provisions restricting or conditioning access to membership are related to a *lex successionis* that provides for a compulsory share of the relict estate to a certain group of persons. The answer is based on the imperativity – and therefore prevalence/intangibility– of succession rules.

Keywords: Succession Regulation, company statutes, compulsory shares.

Sumario: I. El problema. II. Lo sucesorio y lo societario en el RS. III. Un apunte sobre la dimensión judicial. IV. Cláusulas típicas.

1. Cuando recibí la invitación para participar en este número de *CDT* homenaje al profesor Calvo Caravaca me llené de orgullo y satisfacción, pero también de vértigo: el más ligero repaso de su descomunal obra ofrece la figura de un gigante del Derecho. Sirvan estas humildes líneas como expresión de agradecimiento al maestro.

*El presente trabajo se encuadra en el proyecto de investigación “La revisión del Reglamento 650/2012, sobre sucesiones: balance de aplicación y propuestas de modificación”, PID2023-149454NB”.

I. El problema

2. Sempronio, nacional español residente en Murcia, fallece dejando dos hijos. Su patrimonio es inmobiliario, pero también había invertido una discreta cantidad de dinero en una sociedad de responsabilidad limitada italiana, en cuyos estatutos se prevé que, a la muerte de uno de los socios, la adquisición de la cuota del difunto queda condicionada a la aceptación del sucesor por los partícipes supervivientes. Sempronio había realizado la partición, en lotes equivalentes, pero ahora resulta que el hijo al que había adjudicado las participaciones no ha recibido nada. Asumiendo que esa previsión estatutaria pueda ser válida, ¿no tiene nada que decir la ley rectora de la sucesión? En general, ¿cómo afectan a una sucesión *mortis causa* las previsiones estatutarias que restringen, excluyen o condicionan la transferencia de las cuotas sociales y/o el devenir de una sociedad? ¿Es el Derecho de sociedades una vía de escape de las cuotas imperativas previstas por la *lex successiois*? El problema surge prevalentemente donde el Derecho regulador de la sucesión prevé atribuciones obligatorias en favor de determinadas personas; cuando el régimen es de plena libertad el foco se desplaza al tratamiento de la voluntad del causante de igualación -expresada en testamento u otro modo- que se ve frustrada por la presencia de cláusulas restrictivas¹.

3. Las fricciones de “Derechos en confluencia”², siendo uno de ellos el de sucesiones, son terreno predispuerto para la controversia, porque nos movemos en una zona gris en la que las lógicas chocan. Hablaba F. GALGANO del efecto demoledor (a propósito de la aristocracia francesa) del *Code* napoleónico, cuando estableció que la herencia se divide en partes iguales entre los descendientes³. Lo que vale para el s. XIX es extrapolable a nuestra estructura económica: la proyección de esa lógica aséptica del reparto y de la distribución sobre la actividad mercantil puede generar conflictos, porque mientras que el objetivo del Derecho de sociedades va en el sentido de la consolidación, la unificación y la continuidad, el Derecho de sucesiones pretende la transferencia y el reparto igualitario; la normativa societaria es el instrumento idóneo para los socios y partícipes que sobreviven; la sucesoria sirve a los sucesores. De este modo, la entrada de personas ajenas a la empresa, por mor de la aplicación de tal disciplina sucesoria, puede provocar la desaparición de un núcleo estable y con objetivos compartidos, la pérdida del control de la sociedad, el entorpecimiento de la dinámica empresarial, la reducción de la capacidad de atraer flujos y realizar inversiones, de obtener financiación⁴. Hay que preservar la facultad de asociar a personas comprometidas y de excluir a quienes no tienen más deseo que liquidar y abandonar el negocio, blindando -con mayor o menor intensidad- a la sociedad (y esto no sólo en el caso de las personalistas)⁵.

Cuando fallece uno de los socios, tenemos de un lado a sus sucesores (tómese la expresión en lo sucesivo en sentido amplio) llamando a la puerta para cobrar *lo suyo* y de otro unos estatutos que salvaguardan aquellos objetivos de consolidación: ¿Cómo coordinar ambas lógicas? ¿Cómo se distribuyen las tareas uno y otro sistema? Pues bien, el art. 1.2 del reglamento 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los

¹ Por razones de espacio, el presente trabajo se construye desde los sistemas españoles, o sea, pesando en términos de legítimas. *Mutatis mutandis*, puede extrapolarse el razonamiento a esos ordenamientos sin reservas pero con testamento del causante.

La bibliografía sobre el RS es incontrolable (no así la relativa al tema estudiado, desde el prisma planteado). Aquí aparecen citados los trabajos que a mí me parecen relevantes, sin pretensiones de exhaustividad ni de que el lector comparta mis gustos. Seguramente hay magníficos estudios no citados, pero inspiradores, y por ello presentes de un modo u otro: mi agradecimiento y mis disculpas a todos ellos.

² Recojo la expresión de A. ROJO, “Transmisión *mortis causa* de acciones y participaciones sociales”, en *AAMN*, 2014, p. 19.

³ *Tutto il rovescio del Diritto*, Milán, 2007, p. 10.

⁴ A. ELLUL/M. PAGANO/F. PANUNZI, “Inheritance Law and Investment in Family Firms”, *American Economic Review*, 2010, vol. 100, nº 5, pp. 2418 ss. Por eso es legítimo proteger a la empresa, sin reproche alguno derivado de la libertad de establecimiento (contra, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, 2010, p. 25; disponible en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf>).

⁵ Este tema es sobradamente conocido. Remito a A. PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997, *passim*.

documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante RS) ofrece una respuesta tan coherente como necesitada de desarrollos⁶. Con la vista puesta en la esperada evaluación anunciada en su art. 82, me moveré seguidamente en esa frontera.

4. Permítaseme una precisión inicial, seguramente innecesaria. Esto no va necesariamente de *will substitutes*, *estate planning* o *succession revolution*. Es verdad que cuando se abre una sucesión (esto vale para la interna) entra en juego una batería de normas de elevada complejidad, con costosas reglas de administración (no sólo el enojoso *probate*) que han desembocado en esa huida del Derecho de sucesiones⁷, o sea, herencias que se transmiten en vida o al margen de esa disciplina, utilizando, entre otros, los instrumentos propios del Derecho de contratos (seguros, depósitos bancarios...) o fórmulas societarias (*v. gr.*, aportación de inmuebles a una sociedad)⁸. Mas aquí no se está hablando de alterar las “afiliaciones personales”⁹, ni de colocar los bienes de tal o cual forma mediante actos *inter vivos* con la finalidad prevalente de organizar su destino *post mortem*. En absoluto se trata de escapar al Derecho de sucesiones, sino que la omnimoda libertad negocial de un sujeto se ha podido desenvolver a lo largo de su vida en las formas más variopintas, y en el instante en que se abre su sucesión habrá que afrontar el destino de esas relaciones preexistentes, que *prima facie* viven al margen del fenómeno sucesorio, pero que pueden quedar afectadas por las normas sobre sucesiones en la medida en que -se quiera o no- es del patrimonio del difunto de lo que se está hablando¹⁰.

De otro lado, tampoco se habla aquí de aquellas instituciones que se dirigen a la transmisión íntegra de la empresa (tipo art. 1056 CC), cuya calificación sucesoria no ofrece dudas, o a la exigencia prevista en testamento de dar nacimiento a una sociedad o una fundación¹¹.

II. Lo sucesorio y lo societario en el RS

5. Art. 1.2 RS: quedan excluidas «h) las cuestiones que se rijan por la normativa aplicable a las sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, como las cláusulas contenidas en las escrituras

⁶ En todo sector del Derecho con tintura patrimonial el imperativo de la certidumbre es diáfano, como condición de la planificación. Es la idea que explicita el cdo. 7 RS. Pero aquí existe un elemento diferencial, que son los incentivos para litigar, tanto mayores cuanto la lógica es la misma que en materia concursal, de forma que se alberga la esperanza de lo que ingrese de menos otra persona acrezca al patrimonio del actor. Las atribuciones imperativas conocidas en la *lex successiois* tienen en los privados a sus mejores valedores.

⁷ Sólo un dato: en el ámbito empresarial el 90% de las transferencias de las empresas se producen *inter vivos*: A. SANDERS, “Law and the Law of Succession in Germany”, en S. KALSS, (ed.), *Company Law and the Law of Succession*, Springer, Berlín, 2015, pp. 213 ss.

⁸ Y ello sin mencionar los costes asociados al riesgo de fraccionamiento (en el plano internacionalprivatístico) de esta disciplina, no superado por el RS (piénsese, por ejemplo, en los arts. 10.2, 12 ó 30) o las incertidumbres asociadas al concepto residencia habitual (*vid.* sentencia del Tribunal de Justicia de 16 julio 2020, asunto C-80/19, E.E.; ECLI:EU:C:2020:569).

Téngase presente además que han sobrevivido normas de conflicto diferentes a las reglamentarias, los convenios bilaterales suscritos por algunos Estados miembros con Estados terceros, hijos de su tiempo y por ello anclados en la preferencia de la conexión nacionalidad y/o la opción por el sistema de escisión (y sin contar que sus amplias formulaciones del ámbito material de aplicación puedan generar dificultades en manos de jueces no sometidos a las orientaciones del TJUE): A. DUTTA/W. WURMNEST, *European Private International Law and Member States Treaties with Third States. The Case of the European Succession Regulation*, Cambridge, 2019. Para el tema que nos ocupa (ámbito material) véanse los ejemplos de la Convención nórdica (p. 130) o del convenio entre Alemania y Turquía de 28 mayo 1929 (p. 156).

⁹ La expresión en J. A. SCHOENBLUM, *Multistate and Multinational Estate Planning*, Nueva York, 1999, p. 107. Por mucho que se diseñen mecanismos de elusión allí donde no llega la conexión autonomía, subsiste la amenaza de implementación de objetivos de interés general: E. A. O’HARA/L. E. RIBSTEIN, “From Politics to Efficiency in Choice of Law”, *University of Chicago Law Review*, 2000, p. 1162.

¹⁰ Téngase en cuenta que las fórmulas alternativas no son *per se* un mecanismo de fraude (no se puede presumir, cuando incluso un sistema como el del CC deja margen de actuación en vida, sin presunciones de ningún tipo y con meras exigencias contables en sede sucesoria), sino más bien dirigido a la agilización y racionalización del procedimiento de transferencia. La práctica notarial demuestra que los objetivos van en la línea de la igualación de los hijos, atribuyendo cantidades equivalentes: Á. SERRANO DE NICOLÁS, “Planificación sucesoria: el testamento en la sucesión anómala y las transmisiones «parasucesorias»”, en M. GARRIDO/J. M. FUGARDO, *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, tomo I, Barcelona, 2010, p. 42.

¹¹ Y menos aún entran en este núcleo de problemas la transmisión de un paquete accionario que no garantiza el control de la sociedad.

fundacionales y en los estatutos de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, que especifican la suerte de las participaciones sociales a la muerte de sus miembros»¹². La norma es irreprochable, pero nos deja al principio del camino¹³. Retengamos tres notas: i) es lógico que, centrado en lo sucesorio, queden fuera de su ámbito material aquellas vicisitudes que, aun vinculándose de un modo u otro al fallecimiento de una persona, no son claramente sucesorias sino que potencialmente se relacionan con la sucesión¹⁴; ii) el RS no interfiere en los actos realizados en vida ni en las titularidades adquiridas, es claro, pero su art. 23.2.i (eficaz en cada rincón del ordenamiento y no sólo donde es expresamente invocado) nos pone sobre la pista de hasta qué punto la ley sucesoria ejerce un control de última instancia, proyectándose hacia atrás en el tiempo e interfiriendo en el cálculo del montante del caudal relicto; iii) permanece la pregunta: ¿cuáles son esas cuestiones reguladas por la normativa societaria que no sufren interferencia de disciplinas colindantes?¹⁵ A diferencia de los rubros de esa disposición con las que existe cierta homogeneidad (es decir, g-j), el contenido de la h) es, dada su amplitud, casi un salto al vacío: se sabe qué es una donación o qué es un *trust* o un plan de pensiones, pero no es concebible (*rectius*, sería absurdo) que todo lo que toca a las sociedades sea inmune al fenómeno sucesorio. Más aun, la primera parte de la norma es una pura tautología que funge sólo como encuadramiento del tema, no como proclamación de la fuerza expansiva de lo societario. Se podría haber escrito “no se aplica el RS a las materias a las que se aplica otra disciplina de derecho internacional privado” y no se habría perdido ni ganado nada: claro que no se aplica a las cuestiones que tienen una normativa propia, pero en este punto exactamente igual que en tema contractual, filiación o daños, por ejemplo. Tal vez sea para paliar la parquedad de la propuesta de 2009¹⁶ que se introduce la segunda parte de la norma, que, si bien se formula como ilustración, en realidad debe operar (si se quiere evitar incertidumbres o lecturas exorbitantes) como delimitación y consiguiente exclusión de aquellas materias con las que no exista identidad de función^{17, 18}.

6. El TJUE no ha tenido oportunidad de pronunciarse específicamente sobre este tema. No obstante, en el asunto *Mahnkopf*¹⁹ despliega un razonamiento cuya traslación a sociedades suscita demasiadas dudas, en la medida en que pivota sobre la finalidad de la atribución patrimonial y la norma controvertida (el art. 1371 BGB), a partir de lo cual la califica como sucesoria, ya que pretende «determinar el *quantum* de la parte alícuota de la herencia que debe atribuirse al cónyuge supérstite con respecto a los otros herederos»²⁰: va de suyo que eso mismo lo pretenden prácticamente todas las normas del sistema

¹² Una presentación general en E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. El Reglamento sucesorio europeo”, en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Valencia, 2022, pp. 2376 ss.

¹³ Y del umbral no se suele pasar: v. gr., A. DAVI/A. ZANOBBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione Europea”, *CDT*, 2013, p. 19; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea”, *REEI*, 2014, p. 6; A. CEBRIÁN SALVAT, “Los *will substitutes* y el reglamento sucesorio europeo”, *CDT*, 2016, p. 322; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones”, en E. GINEBRA MOLINS/J. TARABAL BOSCH (eds.), *El reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, 2016, p. 74.

¹⁴ M. WELLER, “Art. 1”, en A. L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/P. MANSSEL, *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, 2016, p. 77.

¹⁵ Es exactamente igual que el considerando 12 cuando excluye “los acuerdos matrimoniales tal como se conocen en algunos sistemas jurídicos en la medida en que no aborden asuntos sucesorios”: ¿Dónde está la frontera?

¹⁶ Recuérdese que se limitaba a hablar de cuestiones de Derecho de sociedades.

¹⁷ Las otras versiones lingüísticas van en la misma línea: no regulación del destino, la suerte, qué sucederá con ellas... O sea, lo que sigue a la apertura de la sucesión y a la designación de los beneficiarios.

¹⁸ El del Convenio de La Haya de 1989 realiza algunas exclusiones emparentadas en su art. 1.2.d), dejando fuera de su ámbito material de aplicación «los derechos y bienes, creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, tales como la propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, planes de pensiones, contratos de seguro y arreglos de naturaleza análoga». Pero, de la misma manera que el informe oficial anexo no deja dudas en cuanto a los contratos entre instituciones financieras y particulares ni respecto a los sucedáneos de testamentos (los *will substitutes*), no hay nada explícito sobre sociedades; en todo caso, el informe Waters se limita a recordar la amplitud de esa disposición, aseverando que incluye «*toutes dispositions autres que celles à cause de mort, y compris des libéralités...*» (p. 34). Como elemento de interpretación no va a ser demasiado útil, por tanto.

¹⁹ Sentencia de 1 marzo 2018, asunto C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138.

²⁰ Además de una razón práctica igualmente trasladable a este punto, a saber, que la información del CSE sea lo más completa posible, sin reparar en que para ello ya está el art. 68 h) RS: J. M. FONTANELLAS MORELL, “La delimitación del ámbito material de aplicación del reglamento 650/2012 con respecto a las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales. A propósito de la STJUE de 1 de marzo de 2018 (C-558/16: *Mahnkopf*)”, *REEI*, 2018, p. 37. Se genera una vis atractiva de lo

jurídico (señaladamente, por ejemplo, las de liquidación del régimen económico matrimonial), de forma que esa lógica comporta que cualquier operación que influya en el cálculo del caudal relicto es sucesoria, una descomunal *vis atractiva* del Derecho de sucesiones, y consiguiente jibarización del art. 1.2.h RS: una norma estatutaria sobre valoración de acciones, por ejemplo, sería sucesoria. Es improbable que se continúe por esa vía.

7. Un efecto colateral de la falta de delimitación clara de los conceptos empleados es que subsiste -y subsistirá cuando el TJ interprete el art. 1 RS- un margen de apreciación nacional: lo que dice esa disposición es que hay cuestiones que a juicio del legislador europeo deben quedar excluidas de lo sucesorio, pero nada impide que un sistema jurídico estatal (allí donde no exista unificación conflictual ni interpretación autorizada) no comparta esa calificación²¹. Por ejemplo, negocios como la donación partición francesa que incluya un paquete de acciones, la donación *mortis causa* revocable con efectos de presente del Derecho gallego, el *patto di famiglia* o la cláusula de consolidación sin retribución a los herederos, no encajan claramente en las definiciones del RS (la del pacto sucesorio del art. 3.1.b) y sin embargo en los sistemas nacionales vienen caracterizados como instituciones sucesorias²². Son todas ellas situaciones dudosas, que *prima facie* quedan al margen del RS, pero respecto de las que cabe defender una solución como la del legislador alemán en el art. 25 EGBGB y la belga en el art. 78.2 de la ley de Dopr (esto es, la aplicación *mutatis mutandis* del RS²³), no necesariamente coincidente con la de otros Derechos.

8. Creo que a partir de las referencias anteriores se pueden ajustar algo más las piezas del sistema.

Las situaciones controvertidas caen (total o parcialmente) de un lado u otro en razón a su función. El Derecho de sucesiones sirve para ordenar la continuidad de las relaciones constituidas en vida (seguridad jurídica) y canalizar la transferencia intergeneracional de la riqueza. Como el RS se aplica solo a lo sucesorio, su art. 3.1.a delimita sectores poniendo el acento en el evento causal (qué desencadena el nacimiento de una concreta relación jurídica) y la función de cada parcela del ordenamiento. Le incumbe por tanto todo aquello que aflora a raíz de la muerte de un sujeto y como consecuencia directa de ella: fijar cuál es el patrimonio que se hereda, identificar a los sucesores, cuantificar las cuotas²⁴. Basta

sucesorio seguramente inimaginable en el momento de elaboración del RS (cfr. B. HESS/M. REQUEJO, *Incidencia del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, de Sucesiones*, Madrid, 2018, p. 52). No puede construirse todo en torno al objetivo de la utilidad del CSE, sino primar el análisis de la función de los institutos: igualmente, A. LARA AGUADO, “Claves del Reglamento (UE) 650/2012 a la luz de la jurisprudencia del TJUE: de la especialización a la (in)coherencia a través del mito del principio de unidad y las calificaciones autónomas unívocas”, *REEI*, 2020, pp. 34 ss.

De alguna manera, el RS excepciona (no podía ser de otro modo) de la vocación unitaria expresada en el art. 23 y el considerando 42, en la forma radical que se asume en la sentencia de 12 octubre 2017, C-218/16, *Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755. Léase en el sentido que las vicisitudes concretas de la transferencia de la propiedad quedan condicionadas por una ley diferente a la *lex successionis*.

²¹ Poniendo el acento en el concepto de contrato sucesorio, W. POINTERS, “Did substantive national succession laws have an impact on the EU Succession Regulation?”, en J. M. SCHERPE/E. BARGELLI, *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law*, Cambridge, 2021, p. 127.

²² Otro tanto dígase de algunos sustitutivos imperfectos del testamento (ventajas matrimoniales, la *joint property*, la *tonfina* o las cláusulas estatutarias), igualmente calificados como contrato sucesorio cuando generan una expectativa legítima en otra persona (el beneficiario), en la medida en que el disponente no puede disponer libérrimamente de esos bienes. *Vid.* A. BONOMI, “Successions internacionales: conflits de lois et de jurisdictions”, *RCADI*, 2011, vol. 350, p. 289; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Granada, 2014, pp. 38-39; S. ALVAREZ GONZÁLEZ, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego?”, *RDC*, 2022, pp. 5 ss.; M. WELLER, “Art. 1”, *op. cit.*, p. 97. J. TALPIS pone el ejemplo de las jurisprudencias nacionales a propósito de los pactos de atribución de la propiedad conjunta al superviviente, de naturaleza sucesoria según las de *civil law* y contractual en las de *common law*: “Managing and preventing cross-border disputes arising with the increasingly popular use of succession substitutes”, *Trusts & Trustees*, 2023, 3, p. 246.

²³ A. BONOMI, “Successions internacionales..., *op. cit.*”, p. 291; igualmente, R. MAGNUS, “A German Perspective on the Impact of EU Private International Law on National Succession Law”, en J. M. SCHERPE/E. BARGELLI, *The Interaction..., op. cit.*, p. 191.

²⁴ Y va de suyo que una vez liquidado el régimen patrimonial del matrimonio o la pareja, si es el caso, y teniendo en cuenta que parte del patrimonio (acciones y participaciones) ha podido ser objeto de un negocio sucesorio (se entiende que válido) en vida del antiguo titular/causante, con consiguiente exclusión de beneficiarios (*v. gr.*, apartación gallega, renuncia por precio

leer el art. 23 RS para aprehender qué es sucesorio. Si la *lex successionis* reserva imperativamente unas cantidades a ciertos sujetos (las legítimas, por ejemplo²⁵) o si hay un testamento en el que se reparten los bienes equitativamente, lo primero será hacer honor a la norma de conflicto reglamentaria (o sea, pagarlas a cargo del caudal relicto), pero con la mínima intromisión posible en lo válidamente hecho en uso de la propia libertad contractual. En consecuencia, se impone el mantenimiento de las previsiones societarias diseñadas en clave de continuidad (...) de la empresa, satisfaciendo las cuotas reservadas con recursos ajenos al contrato social o con el producto de su conversión en dinero (ahí la partición es la clave: *infra*)²⁶: al Derecho rector de la sucesión sólo le importan los derechos de los sucesores, y mientras eso se garantice no hay por qué tocar los negocios *inter vivos*²⁷.

A la *lex societatis* compete -entre otras cosas- regular la forma en la que se satisfacen los objetivos de una sociedad, incluyendo ahí su continuidad y garantía de funcionamiento armónico. Las restricciones estatutarias a la transmisión *post mortem* de acciones y participaciones (validez, eficacia) están al servicio de esas necesidades, y por lo tanto su disciplina corresponde en exclusiva a tal ley²⁸. Es esta la que permite tratar de la misma forma a todos los socios, sin pararse a considerar qué dicen sus leyes de residencia habitual o nacionalidad o sus posibles cambios, como sería el caso si se prefiriese una calificación sucesoria. Así, no todo lo que acontece tras la muerte de un individuo es sucesorio, y el art. 1.2.h RS implicará la intervención sucesiva de dos ordenamientos, uno para identificar beneficiarios y lotes y otro para los procedimientos de entrada (o exclusión) en la sociedad²⁹. El Derecho rector de la sucesión interviene prevalentemente en la primera fase de la transmisión de cuotas sociales, y después deja hacer al de la sociedad³⁰. El engarce y funcionamiento fluido de ambos no está garantizado, claro³¹, cuando, entre otros supuestos, la sucesión quede sometida a un sistema jurídico que reserva cuotas obligatorias a ciertos individuos, que para cobrar sus legítimas pretendan convertirse en titulares de unas acciones o participaciones y se topan con unos estatutos sociales que les pongan trabas, condiciones o simple y llanamente se lo impidan³².

a la acción de reducción...). La cuantía de las legítimas puede depender si se está en presencia de determinadas actividades económicas, como la agricultura (así, en Polonia, Alemania o Austria se reduce): este es un tema netamente sucesorio.

²⁵ Recuérdese la célebre sentencia del *BVG* de 19 abril 2005, y su corolario en la del *BGH* de 29 junio 2022 (la legítima como elemento de orden público del foro).

²⁶ No está escrito en ningún sitio que la normativa sucesoria deba prevalecer absolutamente, como parece sugerirse cuando se habla de su imperatividad (A. BONOMI, "Successions internationales: conflits de lois et de juridictions", *RCADI*, 2011, vol. 350, p. 263) o cuando se asevera que toda operación realizada en vida queda subordinada a las reglas imperativas en materia de sucesión (G. A. L. DROZ, "L'ativité notariale internationale", *RCADI*, vol. 280, 1999, p. 93).

La prevalencia de las fórmulas sucesorias implicaría que no sería descartable la entrada en juego del art. 30 RS para situaciones de titularidad de un paquete de acciones y participaciones, imponiéndose su transferencia a ciertos beneficiarios: A. BONOMI/P. WAULETEL, "Art. 30", en *El Derecho europeo de sucesiones*, Cizur Menor, 2015, párr. 12, nota 21.

²⁷ Un matiz: en esta materia es difícil hablar de derechos absolutos, reservas o expectativas legítimas, porque hasta que no se abra la sucesión no se sabe a qué se tiene derecho (tampoco cuando medió una *electio iuris*), y ello siempre que no haya dudas sobre ley aplicable.

²⁸ A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación práctica del Reglamento (UE) n° 650/2012*, Cizur Menor, 2016, RB-4.6; J. RE, *Pianificazione successoria e diritto internazionale privato*, Padua, 2020, p. 162; J. TALPIS, "Managing...", *op. cit.*, pp. 243-244.

²⁹ En perspectiva interna, C. MUÑOZ DELGADO, "Condición de socio durante el proceso sucesorio y transmisión "mortis causa" de la titularidad de acciones y de participaciones sociales", *RCDI*, 2018, p. 2758.

³⁰ La Recomendación de la Comisión Europea de 7 diciembre 1994 sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas animaba a los Estados miembros a introducir en las legislaciones nacionales, para garantizar la continuidad de las empresas, una previsión que hiciera prevalecer el contrato de sociedad sobre los actos unilaterales de uno de los socios (art. 5.b): es inviable.

M. WELLER ("Art. 1", *op. cit.*, pp. 99-100) defiende la prevalencia absoluta de la ley de la sociedad, con lo que se convierte en el cauce idóneo para frustrar las reservas obligatorias previstas en el Derecho rector de la sucesión.

³¹ *Cfr.* A. BONOMI, "Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni", *RDIPP*, 2010, p. 821; E. FONGARO, "L'anticipation successorale à l'épreuve du «règlement successions»", *JDI*, 2014, pp. 51 ss.

³² No hay coordinación posible cuando hay fraude. Piénsese en la inversión masiva en una sociedad cerrada como forma de defraudar las legítimas de los herederos, por ejemplo. Aunque ninguna norma reglamentaria lo prevea explícitamente, el cdo. 26 reconoce la vigencia de la lucha contra el fraude, que no puede no desenvolverse trámite una correcta calificación de los hechos y consiguiente aplicación de la norma de conflicto que realmente corresponda al asunto debatido.

III. Un apunte sobre la dimensión judicial

9. Terreno fronterizo, incertidumbres, incentivos a la litigación.: no es descartable un litigio sobre la validez o la interpretación de las cláusulas estatutarias restrictivas (v. gr., el legatario de unas participaciones demanda a la sociedad por no haber sido aceptado, o pretende que se declare la nulidad de tal cláusula). La pregunta es dónde³³.

10. Es diáfano que la duda es de calificación³⁴. Parece claro que se trata de reproducir los dos planos apuntados *supra*, de forma que sólo identificación de sucesor, cuantías, administración y partición es sucesorio, mientras que los litigios que ponen en el centro del debate tales pactos son propios de los foros contractuales.

Las hipótesis básicas serían las siguientes: a. socios que litigan ente sí para incorporar, modificar o eliminar una cláusula estatutaria de carácter restrictivo; b. un sujeto que acaba de recibir unas participaciones sociales y se encuentra con una cláusula en virtud de la cual la adquisición de la condición de socio depende de la anuencia del resto de los socios, topándose con una negativa a su juicio injustificada, abusiva, o simplemente dilaciones en la toma de decisiones; c. cláusulas que prevén el traspaso automático de la propiedad a los supervivientes. Pues bien, a mi juicio:

- a. Los actos de elaboración de unos estatutos, por medio de los cuales unos individuos deciden consorciarse, tienen naturaleza contractual³⁵; lo que viene después son acuerdos sociales, no contratos entre socios³⁶, y por consiguiente cualquier actuación ulterior emana de la sociedad como tal y es materia objeto de la competencia exclusiva del art. 24.2 RBI bis. Por ello un eventual litigio relativo a la incorporación o no en los estatutos de una cláusula restrictiva de la sucesión y sus derivados (interpretación, aplicación *in casu*,...) es de naturaleza contractual³⁷, y una controversia sobre incorporación, modificación o eliminación sobrevenida (o derivaciones) queda cubierta por el foro exclusivo. Es verdad que de cara a la individualización de un órgano judicial, lo normal es que los resultados de una u otra calificación no difieran (lugar de ejecución no puede ser sino el de la sede de la sociedad), y sólo el posible juego de la autonomía entraña diferencias.
- b. El litigio en el que un sucesor afectado por una cláusula estatutaria o su implementación impugne el acuerdo social trata de su validez: el alcance *erga omnes* de cualquier pronunciamiento, la probabilidad de que sean varios los terceros que actúen como actores y su inexorable vinculación con el Registro mercantil, justifican la subsunción en el art. 24.2.
- c. Las cláusulas de acrecimiento no son sino pactos de naturaleza contractual (se podrá discutir su validez o no, pero la eficacia transmisiva es algo que lógicamente deriva de su validez), con independencia de cuál sea el documento en el que vengan recogidas. Es arduo hablar

³³ Todo lo que se diga en este punto debe ser entendido con cautela, asumiendo que está minado por la pluralidad de criterios de competencia judicial internacional: de nada sirve afirmar que nuestras autoridades pueden conocer de tal o cual sucesión mientras existan jurisdicciones en las que el criterio es la presencia de bienes, el estrategia siempre tiene la posibilidad de reclamar atribuciones patrimoniales en otro Estado. Ejemplos elocuentes de la práctica de Nueva York, donde la discrecionalidad judicial lo preside todo, en R. C. LAWRENCE III/E. S. RIZZO, "Basic Conflict of Laws Principles", en J. A. SCHOENBLUM (ed.), *A Guide to International Estate Planning*, Chicago, 2000, pp. 5-6.

³⁴ En general sobre el art. 24.2 RBI bis, A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, 2017, Parte II, capítulo VII, párr. 178. Sobre acuerdos sociales, R. CARO GÁNDARA, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999, pp. 160 ss.

³⁵ Y por ello se pueden incluir válidamente pactos de sumisión, en los términos de la STJ de 22 marzo 1983, asunto C-/82, *Martin Peters*; ECLI:EU:C:1983:87.

³⁶ J. ALFARO, "La naturaleza jurídica de los acuerdos sociales", en <https://almacenederecho.org>, entrada de 14 octubre 2016. El contrato es el acto fundacional; los acuerdos son actos unilaterales (de la sociedad como ente autónomo) de ejecución de ese contrato.

³⁷ Así la acción impugnando la decisión del órgano social considerando que no se ha respetado lo previsto en los estatutos (el respeto escrupuloso de las formas de transmisión de acciones y participaciones en nuestro caso): STJCE 2 octubre 2008, asunto C-372/07, *Hassett*; ECLI:EU:C:2008:534.

de un lugar de ejecución en estos casos, por lo que parece razonable concentrar eventuales controversias en el foro del domicilio del demandado³⁸.

Está fuera de duda la calificación societaria de cualquier debate relativo a interpretación o ejecución de pactos parasociales; lo contractual ocupa una posición central, sea desde el punto de vista de los foros de competencia sea desde la perspectiva de la legitimación activa.

IV. Cláusulas típicas

11. Asumido que hablamos de normas y/o pactos estatutarios dirigidos a la salvaguarda del buen funcionamiento de la sociedad, y que no asignan derechos como consecuencia de la muerte de su titular, su contenido contractual³⁹ y sujeción a la *lex societatis*⁴⁰ no son dudosos. En lo que sigue asumiremos que tenemos a un sujeto llamado a suceder en unas acciones o participaciones (abintestato, testamentario o en virtud de cualquier otra disposición sucesoria), con las que se quiere pagar las cuotas previstas en la *lex successionis*. No se olvide que, incluso entre los más estrictos en esta materia, todos los ordenamientos conceden margen para satisfacer los imperativos intergeneracionales, siempre hay una parte del patrimonio libremente disponible. Así pues, la administración y partición de la herencia tienen especial relevancia, porque si las cuotas sociales entran en esa parte dispositiva, o si vienen asignadas a un legatario que satisface las exigencias estatutarias, no hay problema alguno; el problema surge cuando se designa a un beneficiario que no encaja en las cláusulas restrictivas.

Va de suyo por lo demás que la individualización del cauce jurídico idóneo para elegir al destinatario es tarea exclusiva de la *lex successionis*, sin que el juicio que la normativa sobre sociedades pueda realizar acerca de los mecanismos de transferencia del patrimonio sea relevante, entrando en juego allí donde termina su tarea el Derecho rector de la sucesión. Así, por ejemplo, que una sociedad sea española no tacha de nulidad la designación del heredero de las participaciones sociales por un ordenamiento extranjero que admite los pactos sucesorios o los prematrimoniales, o que haya mediado un contrato para otorgar testamento (*ex art. 23 RS*).

12. Empecemos con un apunte sobre constancia registral de las restricciones, dada su trascendencia económica, un riesgo de déficit de información con gravosas consecuencias en el momento de aceptar una herencia o un legado (piénsese en ordenamientos donde la aceptación es pura y simple, sin beneficio de inventario ni derecho de deliberar, o en los sujetos que no pueden solicitar la formación de inventario).

En la medida en que se trata de acuerdos que alteran el valor de cambio de la participación (*v. gr.*, obligaciones de ceder el derecho de voto, o prohibiciones de enajenar durante un tiempo o condición previa de suscribir un protocolo familiar), hasta el punto de que pueden llegar a hacer desaparecer un mercado de títulos, parece exigible que se dé la oportunidad de conocer su existencia y contenido. Aceptar una herencia o un legado sin saber realmente cuánto vale lo que acepta casa mal con los principios básicos del Derecho patrimonial. Así las cosas, ocurre empero que nos introducimos en un entorno en el que no se garantiza la transparencia: i) La cuestión de la obligatoriedad o no de la publicidad hacia terceros pertenece en primera instancia al ámbito de materias propias de la *lex societatis*, y después a la ley del registro (la ley de la autoridad registral determina qué se inscribe y cómo, si se controla o no la legalidad de los actos inscribibles, la eficacia de la inscripción; *vid. art. 188.3 RRM*)⁴¹. Todo ello sin

³⁸ Se pueden trasladar a este ámbito los argumentos del TJ en la sentencia de 19 febrero 2002, asunto C-256/00, *Besix*; ECLI:EU:C:2002:99.

³⁹ En el entorno europeo contamos con ejemplos de esta calificación: art. 28 del Reglamento de 1985 sobre agrupación europea de interés económico; propuesta de reglamento de sociedad europea de responsabilidad limitada (el anexo I exigía que los estatutos regularan la suerte de las acciones a la muerte de un socio).

⁴⁰ Objetivos similares se pueden alcanzar mediante contratos. Los pactos parasociales quedan por ello sometidos a la ley designada por el RRI: *vid. J. TALPIS*, "Succession Substitutes", en *RCADI*, 2012, 356, p. 39

⁴¹ *Vid.* las referencias a los sistemas jurídicos de nuestro entorno en R. ARENAS GARCÍA, *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, 2000, pp. 52 ss.

perjuicio de que puede darse que las restricciones tengan origen legal, no siendo necesario su registro por ser susceptibles de conocimiento; ii) en el caso español, dado que el RM tiene como función lógica proteger nuestro mercado, nos toparemos con el obstáculo de que una sociedad extranjera no puede acceder a él, y sólo las sucursales pueden hacerlo (art. 81.1 RRM⁴²), por lo que mal se pueden evitar desde nuestro foro esos déficits de conocimiento, prevea lo que prevea la *lex successionis*; más aun, no se admitirá la inscripción de pactos que vayan en contra del tipo societario elegido y -fundamental- que hagan ilusoria la posibilidad de desprenderse de unas participaciones, pero ello no significa que no haya que contar con ellas, segura fuente de controversias.

Consecuencia de lo anterior, no se descarta que sólo después de la partición pueda evidenciarse que lo recibido vale menos de lo legado y racionalmente esperado, con lesión en su caso de eventuales derechos legítimos. Es claro que la respuesta no puede venir de la ley societaria, que no se encarga de proteger legítimas ni derechos hereditarios; sólo cabría encomendar al ordenamiento rector de la sucesión arbitrar los medios para tutelar los derechos de los sucesores, con expedientes del tipo de la rescisión o revisión de la partición de los arts. 1074 y 1079 CC⁴³.

1. La previsión de disolución

13. No es anómalo en las sociedades personalistas -y en general las fundadas en la relación de confianza- su disolución a la muerte de un socio, salvo que se haya previsto otra cosa (*v. gr.*, art. 222 CCom⁴⁴). La participación del difunto entra en el cálculo del caudal relicto, y se convierte en metálico: liquidación y reparto de la cuota se realizan conforme a las previsiones de la *lex successionis*. En nada influye el hecho de que el causante haya realizado la partición y haya asignado su cuota social a un legitimario, porque no se impone su voluntad, y lo único que cabe es la conversión en metálico. Las previsiones expresas del Derecho rector de la sucesión que choquen con lo previsto en la *lex societatis* (si a la muerte del socio anuda la continuación de la sociedad con los sucesores) son irrelevantes, porque frente a la norma de disolución automática nada puede alzarse: es inevitable. Si concibiera la legítima como *pars bonorum* se impondrá un ajuste respetuoso de las necesidades societarias y de la atribución patrimonial, o sea, el pago en metálico lo que corresponda.

Cabe por supuesto que se haya pactado una disolución parcial (en la parte del difunto, amortizándola; equivale a una exclusión de socios) o la continuación con los herederos, acuerdo de naturaleza contractual que no entra en la designación de los beneficiarios y sólo atiende a los objetivos de la sociedad⁴⁵; los sucesores simplemente reciben sus atribuciones sucesorias con cargo a la parte de capital del socio difunto, y en las mismas condiciones (léase compromisos) en las que se poseyeran por el causante⁴⁶: ahí la armonía entre ambos sistemas jurídicos es total y no se precisa ajuste alguno⁴⁷.

⁴² Otro tanto dígase para los protocolos familiares: *vid.* RD 171/2007 y art. 531 LSC para las cotizadas. Los acuerdos contenidos en un pacto parasocial o los acuerdos que dan vida a una sociedad interna no gozan, evidentemente, de publicidad alguna (así, art. 29 LSC; resolución de la DGRN de 24 marzo 2010, entre otras).

⁴³ Una acción del estilo de la de complemento de legítima no suele tener cabida, porque se habla de informaciones que se adquieren sólo al final del proceso sucesorio. Sobre este tema *vid.* STS de 4 abril 2022; ECLI:ES:TS:2022:1387.

⁴⁴ Resolución de la DGRN de 22 noviembre 1957. En general, *vid.* C. PAZ ARES, "Comentario a los arts. 1700 y 1704 CC", en VVAA, *Comentario del Código Civil*, vol. II, Madrid, 1991, pp. 1492 ss. y 1502 ss. Recuérdese el art. 363 LSC para las comanditarias por acciones. En Alemania la regla es la continuación para la sociedad colectiva; en Austria justo lo contrario.

⁴⁵ En Suiza, por ejemplo, el *Code des obligations* permite que se pacte la continuación de la sociedad simple, colectiva y comanditaria: no se duda de que se trata de un acto *inter vivos* que no mira más que al interés de la sociedad, o sea, designar a quién reemplaza al muerto: P. H. STEINAUER, *Droit des successions*, Berna, 2015, pp. 189-190.

⁴⁶ En particular, los pactos parasociales obligan a quien los haya firmado y a sus sucesores, durante el tiempo para el que se hayan pactado. Es lógica estrictamente contractual. Si se han sindicado las acciones y existe un mandato colectivo, cesión de los títulos, transmisión de la titularidad a una comunidad, pignoración... son cuestiones ajenas al ámbito de la ley sucesoria. Ampliamente, C. PAZ ARES, "El *enfoucement* de los pactos parasociales", *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez*, 2003, n° 5, pp. 29-30.

⁴⁷ Otro tanto dígase de la previsión de ordenamientos como el alemán, el austriaco o el holandés en el sentido de que los herederos (convertidos en socios) tengan la obligación de ofrecer sus acciones a los antiguos socios, o que sea la propia sociedad la que adquiera las acciones. En nada padecen los derechos derivados de la ley sucesoria, desde el momento en que solo se produce un cambio en la naturaleza de los derechos (metálico a cambio de participaciones).

Por lo demás, el proceso de disolución y liquidación de la sociedad queda regido exclusivamente por la *lex societatis* (art. 1.2.i).

2. Cláusulas de continuación

14. Lo normal es que la actividad mercantil siga desarrollándose, pero con filtros en cuanto a cambios subjetivos: de hecho, en la mayoría de los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada se incluye algún tipo de restricción a la adquisición de la condición de socio, dado su carácter híbrido entre personalista y capitalista⁴⁸. Previsiones estatutarias como las referidas sirven para lanzar a inversores y financiadores un mensaje de permanencia y estabilidad del paquete de control⁴⁹.

Conviene reparar en la incidencia del paso del tiempo en la posición de los nuevos socios, y esto a su vez tiene que ver con los diversos modelos nacionales sobre transmisión sucesoria. No es lo mismo que el heredero reciba sus títulos el mismo día en que se abre la sucesión o que lo haga pasado un tiempo -con o sin efectos retroactivos- o que pasen a poder de un administrador o que sea necesario aceptar la herencia de forma expresa o que se presuma el rechazo en presencia de ciertas circunstancias o que no pueda disponer de los bienes heredados hasta que no se emita un certificado de heredero, por ejemplo⁵⁰. Durante un lapso (hasta la partición) quien tiene la disponibilidad de las acciones y participaciones es el administrador (puede ser el albacea o no⁵¹) de la herencia, cuyos poderes de administración tienen que quedar delimitados de forma cumulativa por dos sistemas, la *lex successionis* (art. 23.2.f RS) pero también la ley de la sociedad, que es la que ofrece el catálogo de actos permitidos a una persona jurídica⁵². Así las cosas, se adquiere la condición de socio sólo después de la partición y liquidación (a salvo la hipótesis de que de acuerdo con la ley rectora de la sucesión se produzca una transferencia automática, cuando el objeto esté perfectamente identificado o no se constituya comunidad⁵³). En consecuencia, durante ese plazo de tiempo en el que normalmente no se dispone de los títulos nada impedirá que se realicen operaciones societarias que alteren su valor, y con ello indirectamente se atenta contra la intangibilidad de la reserva. Piénsese por ejemplo en una ampliación de capital con exclusión del derecho de preferencia de los antiguos accionistas, con el consiguiente efecto de dilución de la participación, o en una OPA de exclusión que limite la liquidez del título. A mi juicio las únicas opciones para defender

⁴⁸ Si lo que se impone es la transmisión de la nuda propiedad, reservando el usufructo a los antiguos socios, es un tema cuya trascendencia se agota en la valoración de las acciones, a los efectos del cálculo de la cuota.

⁴⁹ B. LONGO/A. MINTO, "Intergenerational transfers of entrepreneurial assets. The destiny of the company share between individualistic aspects and the need for the continuation of the economic initiative", *Ricerche giuridiche*, 2013, p. 398. Otra perspectiva en E. CALÒ ("El proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las sucesiones: lo que no se ha dicho", *Indret*, 2010/3, p. 7), para quien el blindaje de la sociedad la convierte en algo parecido a una fundación familiar.

⁵⁰ Desde el punto de vista aquí tratado es equiparable la cláusula que prevea la conversión del tipo social a la muerte de un socio o de uno con características especiales (al margen casos en que se exijan aportaciones suplementarias).

⁵¹ Con detalle sobre consecuencias prácticas, T. BALLARINO, "Successioni (dir. int. priv.)", *Enc dir*, vol. LXIII, 1990, pp. 1288 ss.; M. FERID, "Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé", *RCADI*, 1974, vol. 142, pp. 120 ss.

⁵² Quién haya de ser representante de la herencia yacente en una junta de accionistas es tema estrictamente societario. No hay motivo para imponer una comunicación directa entre ambas realidades, de manera que el albacea tenga que serlo. De hecho, las normas del Derecho de sociedades (incluidos los estatutos) pueden imponer otras modalidades de formación de la voluntad social (v. gr., que sea un socio). Vid. A. PARRA LUCÁN, "Art. 126", en J. A. GARCÍA-CRUCES/I. SÁNCHEZ GARGALLO, *Comentario de la ley de sociedades de capital*, Valencia, 2021, pp. 1784 ss.

⁵³ En un plano puramente material repárese en que la concreción del momento de la valoración de las participaciones puede constituir un incentivo al rescate, al no absorber los datos derivados de su revalorización o de las nuevas expectativas de negocio. En ese sentido, no parece que la ley de la sucesión pueda ofrecer instrumento autónomo alguno para la tutela de los sucesores.

⁵⁴ No todas las participaciones son idénticas. Pudieran existir privilegios en algunas, o proceder de momentos distintos de emisión, o no estar todas íntegramente desembolsadas, etc. No es lo mismo hablar de "lego a ... la mitad de mis acciones en la sociedad x" que "lego las acciones 1 a 100" (cfr. T. RUBIO GARRIDO, "Las sociedades de capital y algunas disfunciones que generan en el derecho de sucesiones y la tutela: problemas procesales, legado de acciones, cautela socii y adquisición del legado *iure transmissionis*", *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, 2019, versión online). Sólo cuando no sea necesaria ninguna operación de identificación pasan directamente al heredero o legatario.

la posición del *socio inminente* pasan por su participación en la sociedad (conforme a la *lex societatis*, pues), sin que puedan operar expedientes derivados de la normativa reguladora de la sucesión.

Distingamos varias fórmulas.

A) Cláusulas de continuación obligatoria

15. En su virtud, los sucesores vienen obligados a entrar en la sociedad, bajo pena de tener que indemnizar a los socios supervivientes. Se ha sostenido que se trata de un pacto sucesorio prohibido por numerosas leyes sucesorias⁵⁴; existen dudas en torno a su relevancia como gravamen que puede afectar a las legítimas; asimismo, se formula una objeción de naturaleza estrictamente societaria, y es que la condición de socio es voluntaria, por lo que tal cláusula sería nula⁵⁵.

Al respecto, conviene reiterar la distancia entre los pactos entre socios y la designación de sucesores. Por eso: i) Si el ordenamiento regulador de la sociedad admite este tipo de acuerdos, es algo en lo que las autoridades españolas no pueden entrar, y es claro que la única sanción posible es impedir el acceso a nuestro registro mercantil, como contrario al orden público del foro, con la consecuencia de la inoponibilidad: la sociedad podrá operar en el mercado patrio, pero sin posibilidad de imponer la observancia de esos compromisos ii) si se trata de una mercantil extranjera y de un socio cuya sucesión se somete a un sistema como el del CC o los que no admiten los pactos sucesorios, tampoco hay gran convulsión, porque, de entrada, que pueda recibir esa calificación es poco verosímil, a la luz de la definición del art. 3 RS⁵⁶, e incluso si así fuera seguiría siendo indiferente, porque no es tarea de la *lex successionis* inmiscuirse en el sistema de reemplazo de los socios; iii) el problema viene de ordenamientos como el del CC español que prohíben cualquier carga o gravamen (art. 813)⁵⁷: si la legítima corta ha sido pagada con participaciones de una sociedad de la que es obligatorio formar parte, no siendo real que la única alternativa de liberación sea renunciar a la herencia, parece razonable que, en aplicación del art. 23 RS, prime la solución del sistema rector de la sucesión, abriéndose la opción de liquidar al heredero que desde el primer momento comunique que no quiere formar parte de la sociedad o exonerarle de la observancia de la cláusula estatutaria aquí comentada, permitiéndole desvincularse en cualquier momento⁵⁸; iv) desde luego, parece improbable que el operador jurídico español ampare la validez de esta obligatoriedad, en caso de que se le cuestione (socini mediante)⁵⁹.

B) Continuación facultativa

16. Los sucesores son libres de elegir si incorporarse a la sociedad o pedir la liquidación de su cuota, y los socios supervivientes renuncian a decidir nada sobre disolución o continuación. Es un contrato (entre los socios) en favor de tercero⁶⁰. Desde el punto de vista de este estudio, es claro que: i) la designación de quién tenga esa facultad corresponde a la ley sucesoria; ii) la muerte opera como

⁵⁴ Habría en todo caso que matizar en función del nivel de identificación del beneficiario: sólo si es designado con nombre y apellidos se puede descubrir un pacto sucesorio.

⁵⁵ Cfr. S. P. CERRI, *Negozi successori e trasmissione dell'impresa*, Padua, 2014, p. 75.

No se confunda en todo caso esta cláusula con la prohibición de enajenación *inter vivos* durante un periodo de tiempo (v. gr., art. 108.4 LSC), que no afecta a la sucesión sino a quien ya ha adquirido voluntariamente la condición de socio y que, además, tiene un fundamento legítimo y digno de tutela.

⁵⁶ Son trasladables las observaciones de I. RODRÍGUEZ URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Santiago de Compostela, 2014, p. 121.

⁵⁷ Cosa distinta es la previsión de una cautela socini, dejando en todo caso incólume la legítima estricta.

⁵⁸ Todo lo anterior a reserva de hacer una partición que asigne acciones y participaciones a quien esté dispuesto a pasar por esa cláusula.

⁵⁹ El TS deja claro que la cautela socini no impide reclamar aquello a lo que se tiene legalmente derecho (sentencias 254/14 de 3 septiembre, 464/18 de 19 julio). Creo que esta regla es extrapolable a los casos con elementos de internacionalidad y sea cual sea el Derecho regulador de la sucesión, ex art. 24 CE.

⁶⁰ S. P. CERRI, *Negozi successori e trasmissione dell'impresa*, Padua, 2014, p. 64.

condición suspensiva para adquirir el derecho a decidir si ingresar o no; iii) en Italia, por ejemplo, se duda de si se trata de cláusulas eficaces también cuando se trate de legatarios. En la medida en que es la ley sucesoria la que marca el grado en el que una persona subentra en las relaciones del difunto, es a esa y no la ley de la sociedad la que designa al círculo de beneficiarios; iv) no existe lesión alguna en los derechos de los herederos, que reciben o participaciones o su equivalente en metálico.

C) Cláusula de rescate

17. He aquí una previsión en la que el contacto entre ley sucesoria y ley societaria es **mínimo**. Es el supuesto contemplado en el art. 110.2 LSC para las sociedades limitadas y 123 para las anónimas (y 188.3 RRM). Funciona igual que la cláusula en sentido inverso que permite a los herederos o legatarios exigir a los socios que les compren sus acciones o participaciones⁶¹, así como la cláusula de prelación, que obliga a los herederos del premuerto a vender las acciones a los otros socios, en caso de que quieran venderlas, y el pacto de opción, en virtud del cual los sucesores que reciben unas participaciones deben ofrecerlas a los otros socios durante un cierto periodo de tiempo, que pueden optar por adquirirlas al precio fijado en el pacto.

Se trata de una operación *inter vivos*, donde cada sistema jurídico interviene de forma distributiva, sucesivamente. En el momento en que se abre la sucesión se adquiere la parte social (bienes, no dinero), y si se atribuyen unas participaciones y después se ejecuta el rescate, es un tema societario, inherente a los estatutos, por lo que todo lo referente al acuerdo discurre al margen del Derecho de sucesiones⁶². Si dentro del plazo establecido en la ley o los estatutos se ejecuta la opción y se convierte la participación en metálico, según los cauces establecidos en la normativa societaria, no padecen los derechos derivados de la muerte del *de cuius*⁶³. La única salvedad deriva de la falta de disponibilidad plena durante un tiempo de lo recibido por causa de sucesión; no parece que esto pueda ser calificado como gravamen de la legítima, porque es incuestionable que se tiene la titularidad de los títulos, con las limitaciones admitidas por la *lex societatis*.

Igualmente conectado es el hecho de que cuando se ejecuta un derecho de adquisición preferente, ya se ha pagado el impuesto de sucesiones (con lo que se termina recibiendo de menos) o las diferencias entre el momento de la muerte y el de la partición. Las normas sobre valoración son claras, con lo que malamente se puede impugnar ésta; más razonable parece buscar el remedio en las acciones en defensa de la legítima⁶⁴.

D) Cláusulas de aceptación

18. Se atribuye a la sociedad o a concretas personas dentro de ella el derecho de aceptar o no a los sucesores, abrir o no la sociedad a terceros, fundado en la necesidad de tutelarla frente a socios no

⁶¹ Aun siendo menos frecuentes. A. PERDICES, *Cláusulas restrictivas...*, *op. cit.*, pp. 276 ss.

⁶² A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Las sucesiones mortis causa...*, *op. cit.*, RB-4.7-4.8. Los sucesores no tienen más que acatar lo pactado en estatutos. Desde el punto de vista de este trabajo (el de los sucesores), es indiferente si adquiere la sociedad o los socios o si éstos han concertado un seguro de vida a título personal y recíproco o no.

⁶³ La norma del art. 110 LSC es muy correcta al fijar el *dies a quo* para el cómputo del plazo, que no puede ser el fallecimiento del causante sino el de adquisición de la condición de socio. Con ello se permite tener en cuenta las vicisitudes que ocurran hasta que esta última se verifica, extremo que sólo la ley de la sucesión puede aportar (piénsese en una partición controvertida, o en una sucesión sometida al derecho inglés, con una inexorable administración de por medio). El paso del tiempo puede convertir en ilusoria una atribución hereditaria, si la sociedad quiebra o es liquidada, por ejemplo. Teóricamente el valor de las participaciones a recibir es el razonable en el día de la muerte del socio, pero al cabo de los años puede no quedar capital con el que pagar. Se podría aducir que se recibieron unos títulos con valor real (el que tuvieron el día del fallecimiento), pero lo cierto es que no se ha podido disponer de ellos (para enajenarlos, por ejemplo). No es descartable por consiguiente que se puedan explorar remedios en la *lex successionis* si las cuotas legítimas se han visto afectadas.

⁶⁴ Otra opinión en A. ROJO, "Transmisión...", *op. cit.*, p. 45.

gratos o incapaces. Late un puro interés social, sin interferencias sucesorias; la libertad de un testador queda preservada en todo momento también en presencia de estas cláusulas⁶⁵.

Lo usual es que se condicione tal aceptación a la concurrencia de ciertos requisitos personales (v. gr., no ser socio en una empresa de la competencia, tener una nacionalidad o una determinada profesión⁶⁶), a la asunción de compromisos (en particular, suscribir un protocolo familiar⁶⁷) o a la realización de determinadas prestaciones accesorias. Tan cierto es que la partición es tema sucesorio como que el partidor debería realizar su tarea con un ojo puesto en los estatutos sociales. Va de suyo que si un sujeto no es admitido nace el derecho a recibir su equivalente en dinero, y el destino de los títulos será el previsto en estos o el que en su defecto disponga la ley rectora de la sociedad⁶⁸.

Se puede evocar la misma objeción vista *supra*, y es la prohibición de gravar o condicionar la legítima, cuando es satisfecha con esos títulos. No es lo mismo exigir unas determinadas prestaciones al ya socio que ha tenido la oportunidad de deliberar, oponerse y votar, que hacerlo como condición ineludible para llegar a serlo. Si constituyen la única propiedad apta para el pago de la cuota reservada, cabría articular una solución frente al heredero reacio a aceptar esos compromisos, que es excluirlo tan pronto ingrese en la sociedad⁶⁹.

3. Cláusulas de consolidación

19. Con diversas estructuras, se trata en esencia del mismo resultado: cláusula inserta en el contrato de compra (de unos títulos en este caso) por varios compradores, en virtud de la cual se prevé que el último superviviente ha sido propietario de todo el bien desde el primer momento (tontina)⁷⁰; en el caso de la *joint tenancy with right of survivorship* -forma típica de adquisición de bienes por matrimonios, pero no sólo por matrimonios⁷¹- cada uno tiene una parte indivisa del bien durante la vida y un derecho sobre el conjunto en caso de supervivencia, de manera que en el momento de morir uno de los copropietarios se procede a un recálculo de lo que corresponde a cada uno⁷². Al final, la sociedad será unipersonal. A diferencia de la cláusula de rescate, no se va adquiriendo progresivamente la parte del premuerto, sino que se es propietario del conjunto desde el principio; debe diferenciarse igualmente de los contratos

⁶⁵ E. LUCCHINI GUASTALLA, “Gli strumenti di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione *si praemioriar* al patto di familia”, en VVAA, *Studi in onore di G. Cian*, Padua, 2010, p. 1478. En Bélgica se exige el consenso de una parte sustancial de los socios (art. 249 CS).

⁶⁶ Hay supuestos de filtro de origen legal que de nuevo subrayan la transcendencia de la partición: explotaciones agrarias (el sucesor debe ser agricultor) y sociedades que operan en sectores estratégicos (la condición de socio se hace a veces depender de la posesión de la nacionalidad propia).

⁶⁷ L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo familiar*, Madrid, 2008, p. 238.

⁶⁸ Por supuesto siempre cabe demandar a la sociedad (*supra*), por defectuosa aplicación de las normas o por el uso abusivo del poder de control.

Una alternativa sería repetir la partición, si la ley sucesoria lo permite. Es una solución antieconómica, desaconsejable (de nuevo, STS de 4 abril 2022).

⁶⁹ Otra lectura en L. M. VALLET MAS, “El empresario creador y el futuro de su empresa”, *AAMN*, 1980, p. 234.

⁷⁰ En la tontina no hay atribución gratuita, y por ello no hay que colacionar lo recibido.

Recuérdese que su objeto puede ser la entera propiedad (cláusula *Defrénois*) o sólo el usufructo (cláusula *Raucent*). De su utilización en los actos constitutivos de sociedades da cuenta M. COLAGERO, “«Tontine» e «achat tontinier». Ovvero di una interessante vicenda francese”, *Rivista di Diritto civile*, 2000, p. 748. Los requisitos de la cláusula tontina (unidad de título, de tiempo y de posesión) se han ido espiritualizando tanto que basta con la intención para que exista esta forma de propiedad.

La *company limited by guarantee* puede ser usada con idéntico fin, al ser un puro contrato. Se emparenta igualmente con las cláusulas de atribución conocidas en el Derecho holandés para esposos y parejas -que permiten pactar que un superviviente pueda reclamar la parte del difunto sin tener que pagar nada a cambio- y con el pacto de supervivencia del art. 231-15 CC de Cataluña, si bien aquí el valor del bien sirve para calcular la legítima.

⁷¹ Al no tratarse de una institución inherente a la institución matrimonial en estos países, no existen interferencias con la ley rectora de sus efectos económicos (entre otras cosas, porque no suelen existir éstos en los ordenamientos de los que hablo). Otra opinión, no obstante, en Corte Suprema sueca, sentencia de 22 octubre 1970, *JDI*, 1975, p. 596.

De todas formas, si se tratara de cónyuges -o asimilados- sometidos a un régimen económico comunitario tampoco estaríamos hablando de tema matrimonial sino contractual.

⁷² Como los títulos no entran en el caudal relicto, cualquier acto dispositivo (testamento en particular) sobre ellos debe ser tratado como hace nuestro art. 861 CC (legado de cosa ajena).

de compraventa de participaciones con previsión de una condición suspensiva de su eficacia (el fallecimiento del vendedor), que es cuando se recibe el precio, que se integra en el caudal sucesorio.

20. En principio, la prevalencia de la calificación contractual de estas fórmulas es generalizada⁷³, y, consecuentemente, es en el RRI y no en el RS donde debe buscarse el ordenamiento que establezca su régimen jurídico. Pero, como siempre, el diablo vive en los detalles. Ese “en principio” quiere decir que en los ordenamientos donde nace y se desarrolla esta forma de adquisición hay que prestar atención a circunstancias como la edad, salud o las respectivas aportaciones para realizar uno u otro encuadramiento⁷⁴; no hay motivos para no extender a la interpretación del art. 3.1.b RS los criterios allí cincelados, de manera que se afirmará que a veces esta forma de adquisición es un pacto sucesorio, no una cláusula estatutaria standard, y que por lo tanto el RS podría entrar en juego⁷⁵.

Si la calificación cae del otro lado y se acepta que se trata de un contrato (no donación) con pacto de consolidación, no existe medio para que una cuota reservada pueda ser pagada con cargo a tal adquisición. Tampoco el art. 23 RS lo exige. Simplemente es un negocio ajeno a la sucesión.

4. La valoración de las participaciones

21. A lo largo de las páginas anteriores he aludido al abono en metálico de las participaciones y acciones de los excluidos o inadmitidos a la sociedad. La normativa societaria consagra una regla de pago del valor razonable (su complemento es la normativa registral, claro)⁷⁶, mas en los estatutos se puede prever un criterio diferente (valor contable del último ejercicio, valor nominal; o, en otro orden de cosas, una corrección en razón al peso relativo de la participación o de eventuales derechos anexos al título)⁷⁷, previsión más que razonable que desempeña un rol económico tutelable, al facilitar la liquidación, permitir el mantenimiento y recuperación en su caso del control de la empresa, evitando un sacrificio desproporcionado⁷⁸. En atención a sus fines y función, este es un tema ajeno a la *lex successionis*: es un acto *inter vivos*, marcado por la reciprocidad de las eventuales ventajas, sometido a condiciones idóneas para la tutela de los socios, previo a la sucesión, que desplaza las reglas genéricas de la ley sucesoria (*v. gr.*, art. 818 CC)⁷⁹. Se apuntan a este respecto dos temas bien distintos: a) dependiendo de las circunstancias, puede llegar a convertirse en una liberalidad en favor del resto de los asociados

⁷³ No obstante, en los sistemas continentales hay ejemplos de una calificación sucesoria: P. CZERMAK, “Die Joint Tenancy im Internationalen Privatrecht”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1988, pp. 58 ss.; E. CALÒ, “El proyecto de Reglamento...”, *op. cit.*”, p. 6. En un caso que puede resultar ilustrativo, el OLG de Nuremberg en sentencia de 25 abril 2017, relativo a dos alemanes propietarios de un inmueble en Austria con previsión del derecho de acrecimiento del supérstite, el tribunal descarta la aplicabilidad del RS (15 W 318/17). Para los sistemas anglosajones, y con referencia a las posibles calificaciones alternativas (presunción de *resulting trust*, anticipo), J. TALPIS, “Succession Substitutes...”, *op. cit.*”, p. 108.

⁷⁴ Si los implicados en la venta no tienen opciones similares reales de adquirir el objeto del negocio (*v. gr.*, uno de ellos tiene una enfermedad terminal, o hay una enorme desproporción entre las edades) o no han realizado aportaciones económicas similares, se tiende a descubrir una donación o un pacto sucesorio: E. FONGARO, “L’anticipation successorale...”, *op. cit.*”, pp. 538-539; E. BENDELAC, *Le transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé*, Bruselas, 2016, pp. 66-67.

⁷⁵ Tarea realmente ardua en defecto de prueba del Derecho extranjero, y desde luego imposible si se acude a la ley española *ex art.* 33 LCJI.

⁷⁶ Sin perjuicio de soluciones específicas. Por ejemplo, en Derecho belga los arts. 374 y 375 CS para las sociedades cooperativas establecen que el valor de las cuotas es determinado en función del balance del año en que ocurriera el fallecimiento.

⁷⁷ Una estipulación que prevea la conversión de la clase de acción (por ejemplo, a acciones sin voto a cambio de mayor dividendo) incide en la valoración, tiene relevancia en el cálculo de las cuotas, pero no es tema sucesorio.

⁷⁸ J. ALFARO, “Las cláusulas de liquidación del socio saliente: función, contenido y validez”, *AAMN*, tomo XXXVIII, pp. 364 ss. Los arts. 114.2.b y 175.2.b RRM implícitamente lo admiten. Entre nosotros, por ejemplo, resoluciones de la DGRN de 15 noviembre 2016 y de la DGSJFP de 28 agosto 2023.

⁷⁹ No se pierda de vista el ejemplo de las leyes de Austria y Alemania, donde para las sociedades personalistas se acepta la asignación de un valor menor al real o incluso cero, sin compensación a los legitimarios, mientras que en las limitadas se fija en estatutos un precio inferior al real: con detalle en M. SCHAUER, “Intergenerational transfer of wealth from a comparative perspective. Different solutions to a complex problema”, *Ricerche giuridiche*, 2013, p. 345.

(difícilmente será un contrato sucesorio del RS)⁸⁰, cuando no de fraude a los reservatarios. Si la cláusula es válida conforme al Derecho rector de la sociedad, no parece que sea atacable, de forma que una eventual lesión de las legítimas previstas por la ley sucesoria sólo puede encontrar respuesta en este mismo ordenamiento, corrigiendo las otras atribuciones; b) la regla general de valoración de activos sucesorios es estar al momento de la apertura de la sucesión, si bien la normativa sobre sociedades o los estatutos pueden prever otros criterios (*v. gr.*, art. 124 LSC)⁸¹; si la valoración se hace en el momento del pago (*lex societatis*), puede llegar a ser necesario anular o reducir una atribución, por inoficiosa (*lex sucessionis*)⁸².

Al final, la libertad negocial ejercida en vida tiene que pasar por el tamiz de la normativa sucesoria acomodando soluciones.

⁸⁰ P. H. STEINAUER, *Droit des successions*, Berna, 2015, pp. 189-190.

⁸¹ Muy interesante e inusual la regla del art. 244 de la Ley de Derecho civil gallego, al prever la actualización monetaria al momento del pago del valor de la legítima (norma tanto más necesaria cuanto ese momento puede ser muy lejano: art. 282).

⁸² Con ulteriores referencias a las posibles formas de realizar las atribuciones testamentarias, A. ROJO, “Transmisión *mortis causa...*, *op. cit.*”, p. 23.