

2. MERCANTIL

LA NULIDAD DE LAS ADQUISICIONES DERIVATIVAS DE PARTICIPACIONES SOCIALES EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 1 DE MARZO DE 2012 (1)

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UN CASO DE CONTRATO PROHIBIDO PERO NO DE ILÍCITO CAUSAL.—III. LA NULIDAD DE LA «ADQUISICIÓN».—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012 (*JUR* 2012/102193) deniega un recurso de casación en un supuesto de adquisición derivativa de participaciones sociales por falta de previo acuerdo social de reducción de capital, declarando la nulidad de pleno derecho del negocio adquisitivo por haber sido contraido el mismo mediante la existencia de causa ilícita, por oponerse la causa del referido contrato a la normativa de adquisición derivativa de participaciones sociales prevista en el artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital.

En el presente supuesto, nos encontramos ante un contrato de compraventa (aunque, en alguna ocasión, las partes lo denominen como de permuta) de participaciones sociales, de modo y manera que la mercantil «Jams Arq.1, S. L.» a través de su administrador único, don Hugo, vende y transmite a la mercantil «Afisur Fomento, S. L.», representada por sus administradores solidarios, don Eloy y don Bartolomé, un total de 8.270 participaciones sociales que la vendedora ostentaba en la sociedad compradora, en el precio de 358.357 € que se abonaría mediante la entrega, por la compradora, de cuatro naves industriales, sitas en Almendralejo (Badajoz), que, como quiera que estaban gravadas con una hipoteca por valor de 454.050 €, la compradora se comprometía a reducirla —en la fecha de la escritura pública—, hasta la cantidad de 190.843 €, cantidad esta última de hipoteca, en que se subrogaría la vendedora; así como mediante la entrega de 9.000 € en metálico, que se entregaba en la fecha del contrato privado.

Es muy importante hacer constar que según relata la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 26 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/212097), en ese mismo contrato privado se hacía constar expresamente, que no existía obstáculo legal ni estatutario alguno para la transmisión de aquellas participaciones sociales, por haberse adoptado, en la misma fecha del 14-5-2007, acuerdo, en Junta General Universal de partícipes, por el que se aprobaba por unanimidad la materialización de la transmisión de las participaciones sociales indicadas.

(1) Quiero agradecer a mi maestro, don Luis DÍEZ-PICAZO, sus enseñanzas, en especial sus consideraciones y observaciones sobre el presente trabajo.

Finalmente, interesa asimismo resaltar que en el propio contrato privado se convenía que para caso de incumplimiento de su obligación, por cualquiera de las partes, de acudir a la formalización de las correspondientes escrituras públicas, en el plazo de máximo fijado de sesenta días, salvo caso de fuerza mayor, el incumplidor debería indemnizar a la contraparte en la cantidad de un millón doscientos mil euros, sin perjuicio de la facultad de la parte cumplidora de exigir el cumplimiento íntegro del contrato.

El Tribunal Supremo sobre el análisis de los hechos anteriormente relatados entiende que una adquisición derivativa de participaciones sociales, que no se ajuste a lo previsto en el artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital, se trata de un contrato con causa ilícita, al razonar lo siguiente:

«2.3. *La ilicitud de la causa.*

32. *Para la existencia de los contratos, nuestro sistema exige la concurrencia de causa al disponer en el artículo 1261 del Código Civil, que “[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: (...) 3.º Causa de la obligación que se establezca”.*

33. *Para su eficacia, de forma paralela a otros ordenamientos próximos —así el art. 1131 del Código Civil francés: “[l]’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet” (la obligación sin causa, o con causa falsa o con causa ilícita, no pueden tener ningún efecto alguno)—, además, exige que la causa sea lícita y, a tenor del artículo 1275 del Código Civil, “[l]os contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno”.*

34. Finalmente, al igual que otros de nuestro entorno —el art. 1133 del Código de Napoleón dispone que: “*La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l’ordre public*” ([l]a causa es ilícita cuando está prohibida por la ley y cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público), y el 1343 del italiano que: “[l]a causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume” ([l]a causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres)—, en el segundo párrafo del artículo 1275 del Código Civil precisa que “[e]s ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

35. No se ha cuestionado que la causa del contrato suscrito entre JAMS y AFISUR —a tenor del art. 1274 del Código Civil, que la recurrida denuncia no citado en la preparación del recurso— [e]n los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera... coincide con la típica de los contratos de compraventa o permuto de las participaciones —a nuestro efectos resulta irrelevante la calificación—, consistente la adquisición por AFISUR de la titularidad de sus propias participaciones, hemos de concluir que el contrato tiene causa ilícita por oponerse a las leyes —en este sentido debe ser interpretada la afirmación de la sentencia recurrida en cuanto afirma la “falta de causa” que la recurrente pretende descontextualizar, olvidando que en el mismo párrafo se indica que “alegar, como causa del contrato privado... es invocar una causa ilícita del contrato de 14-5-07”».

Y sobre la base de lo anterior, hace descansar la nulidad del negocio de adquisición derivativa de participaciones sociales, desestimando el recurso de casación en función del razonamiento que a continuación transcribimos:

«2.4. *La nulidad de la adquisición derivativa de propias participaciones vulnerando las restricciones legales.*

36. Partiendo de las anteriores premisas, dado que la adquisición por AFISUR de las propias participaciones no se realizó para adquirir las participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad, es insuficiente la voluntad de desinversión del socio que pretende desprenderse de sus participaciones y su aceptación por los demás, sin adopción de los preceptivos acuerdos corporativos, por lo que ambos motivos deben ser rechazados ya que, en aquellos supuestos en los que se superan los límites que a la libertad autonormativa señala el artículo 1255 del Código Civil —“[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”—, a tenor de lo que dispone el artículo 6.3 del Código Civil, “[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”, ya que el régimen sancionador previsto en el artículo 42.1 LSRL, a cuyo tenor, “[l]a infracción de cualquiera de las prohibiciones establecidas en esta sección será sancionada con multa...”, no supone excepción alguna al régimen previsto en el artículo 6.3 del Código Civil —en este sentido se pronunció la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de diciembre de 2000—, como lo demuestra que el artículo 140.2 TRLSC, ubicado en la subsección 1.^a de la Sección 2.^a del capítulo VI del título IV dispone que: “[l]as adquisiciones realizadas fuera de estos casos serán nulas de pleno derecho, lo que no es obstáculo a que el 157.1, referido al régimen sancionador, disponga que “[s]e reputará infracción el incumplimiento de las obligaciones o la vulneración de las prohibiciones establecidas (...) en la subsección 2.^a de la Sección 2.^a de este capítulo y en el número 2 que [las infracciones anteriores se sancionarán con multa por importe de...]”.

«2.5. Desestimación del motivo.

37. Lo expuesto es determinante de la desestimación de los motivos examinados».

Por lo tanto, el fallo casacional descansa principalmente sobre la afirmación consistente en que «el contrato tiene causa ilícita por oponerse a las leyes», lo que supone el otorgamiento de una respuesta jurisprudencial desde la mera aplicación de la literalidad del artículo 1275 del Código Civil, cuando prevé lo siguiente: «Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral», sin realizar una interpretación del artículo 6.3 del Código Civil en relación con lo previsto con el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital cuando expresamente sanciona la contravención del régimen de adquisición derivativa de participaciones sociales de la siguiente forma: «Las adquisiciones realizadas fuera de estos casos serán nulas de pleno derecho»; lo que implica —en nuestra opinión— la falta de realización de un juicio de valor (en términos causales) de la conducta efectivamente llevada a cabo por las partes contractuales, así como la inexistencia de ofrecimiento de una correcta respuesta al efecto de la nulidad que podría predicarse en el presente caso, en contra de la sanción de nulidad negocial absoluta que sí predica el Tribunal Supremo.

En general, puede decirse que la doctrina mercantilista (2) siempre ha dado por buena la nulidad del negocio de adquisición derivativa de participaciones sociales con imposibilidad incluso de subsanación como consecuencia de lo

(2) Vid. NIETO CAROL, «La adquisición de participaciones propias», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 42, 2002, págs. 153-194.

previsto en el artículo 6.3 del Código Civil. De esta forma, MORALEJO (3), al comentar las consecuencias de la infracción del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital, opina que: «La adquisición por la sociedad de responsabilidad limitada de participaciones propias o de participaciones o acciones de la dominante, fuera de los casos legalmente admitidos, está prohibida y se declara nula de pleno derecho. Atendido el silencio legal, a tales adquisiciones se aplica la sanción de nulidad en relación a los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas (art. 6.3 CC), excluyéndose por tanto cualquier efecto traslativo de los negocios que resulten en la adquisición de participaciones propias o participaciones o acciones de la sociedad dominante. Todo lo anterior con independencia de las sanciones administrativas que, en su caso, puedan proceder contra los administradores de la sociedad infractora o de la dominante que hayan inducido a cometer la infracción».

En términos similares, URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA (4) analizaron las consecuencias de la infracción de las normas sobre participaciones propias, al decir que: «A diferencia de lo que sucede en el caso de la anónima (arts. 74.2 y 76 LSA), la consecuencia de la adquisición de participaciones propias o de la sociedad dominante en todos los supuestos no tolerados por la Ley (arts. 39 y 40.1) será la nulidad de pleno derecho del negocio, conforme a lo establecido en el artículo 40 *ter*, que alude simplemente a la «adquisición de participaciones» y, por consiguiente, no distingue a estos efectos entre la adquisición originaria (asunción de participaciones) y la derivativa. Y a la misma conclusión habrá de llegarse en el supuesto de adquisición de acciones de la dominante, al que ese precepto no hace referencia expresa, en este caso por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil. Parece, no obstante, que esa nulidad no se producirá cuando la adquisición derivativa haya sido realizada por persona interpuesta (arg., ex. art. 81 LSA, por analogía) o cuando esta las haya asumido originariamente. En estos casos, la adquisición se imputa exclusivamente al sujeto que obró en su propio nombre (adquiere la persona interpuesta y no la sociedad) y cuando se trate de asunción de nuevas participaciones, los fundadores y, en su caso, los administradores responderán solidariamente del reembolso a la sociedad de las cantidades que esta hubiere anticipado a la persona interpuesta para facilitar la asunción, salvo que prueben no haber incurrido en culpa (arts. 39.2 y 3 LSRL)».

No obstante, recientemente y de forma acertada, ALFARO ÁGUILA-REAL (5) se hace eco de la doctrina de esta sentencia del Tribunal Supremo, criticando el razonamiento ofrecido por la misma, del siguiente modo:

«Lo que dice el Supremo es que el negocio por el cual la sociedad limitada adquiere sus propias participaciones tiene causa ilícita. Es un negocio realizado en infracción de una norma legal. A nosotros nos parece que equiparar causa ilícita con infracción por el negocio de una norma legal es excesivo aunque hemos de reconocer que el tenor del artículo 1275 del Código Civil parece apoyar tal equiparación.

(3) MORALEJO, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. Dir.: ROJO-BELTRÁN. Tomo I, págs. 1086 y 1087. Aranzadi-Civitas, 2011.

(4) URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA, en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.^a ed., Thomson Civitas, 2006, págs. 1211 y 1212.

(5) ALFARO ÁGUILA-REAL, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/03/adquisicion-de-las-proprias.html>.

La calificación como ilícita de la causa de un negocio en el que hay infracción de una norma legal debe reservarse para la infracción de normas prohibitivas fundadas en razones que pudieran calificarse como de orden público. No cualquier prohibición legal debe conducir a la calificación del negocio como causalmente ilícito a la vista de las consecuencias de tal calificación recogidas en los artículos 1303 y siguientes del Código Civil. Esta es, por lo demás, la doctrina tradicional del Tribunal Supremo respecto a la nulidad de los contratos que infringen una prohibición legal (...).

A nuestro juicio, la doctrina de esta sentencia es errónea y no solo porque la regla *turpititudinem* no es una concreción de la doctrina de los propios actos. Aunque los argumentos aducidos no son despreciables, las consecuencias son irrazonables. La prohibición dirigida a las sociedades limitadas, para que adquieran sus participaciones, responde a la ratio de evitar las consecuencias patrimoniales y administrativas que la titularidad por una sociedad de sus propias participaciones genera y que se explican detalladamente en la sentencia. Por tanto, se mantiene íntegra la norma prohibitiva si se impide que la sociedad adquiera la propiedad de las participaciones. La nulidad del negocio obligatorio no es una consecuencia necesaria cuando la transmisión de la propiedad es lícita si la sociedad cumple los requisitos legales, esto es, en nuestro caso, si la sociedad adopta un acuerdo de reducción de capital o un acuerdo por el que un socio se separa o es excluido. Es más, de los hechos de la sentencia se deduce que todos los demás socios estaban de acuerdo (y que el negocio suponía la salida del socio de la SL) por lo que nada impedía considerar el contrato como un contrato sometido a la condición de que la sociedad procediera a acordar la reducción de capital o la separación del socio, acuerdos estos que eran obligados para la sociedad una vez celebrado el contrato con el socio. Obsérvese que las participaciones sociales son bienes inmateriales en los que la transmisión de la propiedad se produce, salvo pacto en contrario, con la emisión de los consentimientos. De las circunstancias se deduce claramente que la voluntad de socio y sociedad eran los de ejecutar la compraventa de los inmuebles y de las participaciones simultáneamente.

En definitiva, si la norma prohibitiva no pretende impedir que se produzca un resultado —como es el caso, ya que hemos visto que la SL puede adquirir sus propias participaciones en determinados supuestos— sino solo que este resultado se produzca omitiéndose determinados procedimientos o requisitos, no es necesario afirmar la nulidad del contrato. Basta con impedir su ejecución y la transmisión de la propiedad de las participaciones hasta que los requisitos o procedimientos hayan sido verificados. No hay nada de inmoral ni de contrario al orden público en que una SL adquiera sus participaciones. Y el legislador piensa lo mismo, al menos, desde 2003 cuando modificó la prohibición absoluta contenida en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995».

Como hemos tenido ocasión de apuntar, creemos que el supuesto de adquisición derivativa de participaciones sociales ha de ser analizado más detalladamente en cuanto a los efectos de la contravención del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital, tanto genéricamente como en función de las circunstancias especiales del caso que existen en la presente sentencia del Tribunal Supremo, sobre todo en atención al acuerdo de Junta General que permitió la adquisición de participaciones propias, aunque, si bien es cierto, no acordó ninguno de los supuestos autorizados para dicha adquisición derivativa que prevé el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital, llevándose a cabo, por tanto, lo que a nuestro juicio pudiera tildarse de un auténtico negocio jurídico cuya *iter* no ha sido

completado debidamente, lo que debiera suponer una consecuencia diferente a la adoptada en la presente respuesta casacional.

II. UN CASO DE CONTRATO PROHIBIDO PERO NO DE ILÍCITO CAUSAL

El principal problema que subyace en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012, es el correcto entendimiento del régimen de nulidad sancionado en el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que en nuestra opinión ha de ser entendido como un supuesto de prohibición legal al que se le ha de aplicar el régimen del artículo 6.3 del Código Civil y no de ilicitud causal previsto en el artículo 1275 del Código Civil, en base a las relaciones y distinciones entre dichas normas que la doctrina civilista se ha encargado de realizar.

Tradicionalmente, el concepto de causa y de ilicitud de la causa ha sido tratado por nuestro Tribunal Supremo, siendo necesario destacar lo previsto en la sentencia de 2 de abril de 1941 (Ar. 493), donde según la misma: «...el concepto de causa ilícita, tal como lo desenvuelve y aplica con gran amplitud y flexibilidad la doctrina moderna, permite cobijar no sólo convenciones ilícitas por razón de su objeto o de su motivo, cuando este último pueda y deba ser tomado en consideración por estar integrado en el contenido del contrato, sino también múltiples convenciones que, no encerrando en sí ningún elemento de directa antijuridicidad, son ilícitas por el matiz inmoral que reviste la operación en su conjunto», configurándose el móvil ilícito en la misma sentencia del siguiente modo: «...ese móvil, puesto expresamente como razón de ser de la operación realizada, no puede menos de trascender a la estructura y configuración jurídica de esta».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6620), razona que: «...la verdadera causa del contrato..., cuyo concepto, como uno de los elementos esenciales de todo contrato (art. 1261.3.º, del CC) tiene, ciertamente, un sentido objetivo en la definición genérica del artículo 1274 (contraprestación, servicio que se remunera, liberalidad), ajeno a la intención o finalidad subjetiva de los contratantes, que la jurisprudencia clásica tuvo buen cuidado en mantener (es un concepto)..., totalmente compatible con la posibilidad de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener trascendencia jurídica, cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición o de modo, vieniendo a constituir parte de aquella, a manera de causa impulsiva y determinante, tanto de su licitud (caso de la donación remuneratoria del art. 622), como de su ilicitud (supuesto del fraude de acreedores de los arts. 643 y 1111), siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes».

La cuestión relativa a las relaciones entre el artículo 6.3 del Código Civil y el artículo 1275 del Código Civil, no ha sido pacífica en nuestra doctrina. De esta forma, autores como DE LOS MOZOS (6) y JORDANO BAREA (7) no han distinguido ambos supuestos.

(6) DE LOS MOZOS, «La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto», en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1961.

(7) JORDANO BAREA, «La causa en el sistema del Código Civil español», en *Centenario del Código Civil*, Tomo I, 1990. Este autor opinaba (págs. 1049 y 1050) lo siguiente: «A la luz de los artículos 1116, 1255, 1271, párrafo 3., y 1275, ha de partirse de una idea matriz y fundamentalísima: la de que ha de ser reputado ineficaz por exigencias eludibles del carácter social y moral del Derecho, todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral, sea cualquiera el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad o justificada por un interés

Por su parte, DÍEZ-PICAZO (8) nos explica que: «Según el artículo 1275 del Código Civil, la causa ha de ser lícita y se entiende por ilícita cuando se opone a las leyes o la moral. Al hablar de causa ilícita hay que empezar por distinguir la ilicitud de la causa de la ilicitud misma del contrato. El contrato que choca con una prohibición legal o contrato *contra legem* queda fuera de los límites de la autonomía privada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil y le es aplicable la sanción de nulidad establecida en el artículo 6. En estos términos podríamos preguntarnos por la necesidad de hablar explícitamente de causa ilícita. Dicho de otra manera: ¿Qué añade el artículo 1275 al 1255?

En principio, se puede señalar que en aquellos casos en que el contrato, considerado como un todo, contraviene una disposición de ley, la nulidad vendrá dada por el carácter de contrato prohibido. En cambio, en aquellos otros en que las diferentes promesas constitutivas del contrato aparezcan externamente desligadas entre sí, será necesario acudir a la ilicitud causal para decretar su nulidad. Cuando un *dare* o la promesa de una *datio* aparezcan externamente independizadas del contrato en el que han nacido, la promesa desvinculada es recompensa o retribución de una prestación ilícita. Además de ello, es posible aplicar la idea de causa ilícita en aquellos supuestos en que el contrato, en sí mismo, sea ilícito y la ilicitud provenga de la finalidad empírica que las partes se proponen alcanzar en él».

DÍEZ-PICAZO, ROCA TRIAS Y MORALES (9) también se pronunciaron sobre el particular, opinando lo siguiente: «A nuestro juicio, alrededor de la exigencia de causa y de causa ilícita, como requisito de los contratos, se mueven los siguientes tipos de problemas:

1.º La consideración como nulos de aquellos contratos en que el propósito práctico perseguido por las partes sea contrario a leyes imperativas (cfr. art. 1275 CC). Es claro que en un caso como el presente nos encontramos de nuevo ante la eficacia de la norma imperativa y que a esa misma conclusión se hubiera podido llegar en un código como el nuestro sin necesidad de los artículos 1271 y 1275, funcionando simplemente con el artículo 6.3 del Código Civil al que se podría añadir, si se quiere, la interdicción del fraude de ley».

Sobre la relación entre el artículo 1275 y el artículo 6.3 del Código Civil, CLAVERÍA GOSÁLBEZ (10) opina lo siguiente: «¿Es necesario el artículo 1275? ¿No bastaban el 1255 y el originario artículo 4 (hoy, 6, núm. 3), todos ellos de nuestro Código Civil? Esa acusación de inutilidad ya tuvo lugar respecto del *Código Civil* francés al afirmar repetidamente DABIN que el artículo 1131 de dicho cuerpo legal era solo una reduplicación del 6.º Nuestra contestación es que, si bien no puede

digno de ser socialmente protegido. El concepto de causa ilícita, tal como lo desenvuelve y aplica, con gran amplitud y flexibilidad, la doctrina moderna, permite cobijar no solo las convenciones ilícitas por razón de su objeto o de su motivo (cuando este último pueda y deba ser tomado en consideración por estar integrado en el contenido del contrato), sino también múltiples convenciones que, no encerrando en sí ningún elemento de directa antijuridicidad, son ilícitas por el matiz inmoral que reviste la operación en su conjunto, como sucede en aquellos casos en que se promete determinada retribución a una persona para que esta cumpla aquello a que está tenida por una obligación anterior, jurídica o moral».

(8) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, 2007, págs. 282 y 283.

(9) DÍEZ-PICAZO, ROCA TRIAS Y MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Civitas, 2002, pág. 175.

(10) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Comentarios al Código Civil*, Tomo XVII, vol. 1.º B. Edersa, 1993.

negarse que los campos afectados por tales preceptos en parte coinciden, sus cometidos y sus ámbitos no son idénticos: pueden darse, en efecto, cláusulas nulas *ex artículo 1255*, persistiendo la validez parcial del contrato si, teniendo causa lícita, hubiera sido querido solo con sus cláusulas válidas por los dos contratantes (o incluso sin este último requisito en casos como los contemplados en el art. 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios); pueden darse contratos cuyo clausulado no sea en absoluto impugnable *ex artículo 1255* (puesto que sus estipulaciones son todas jurídicamente correctas) y que, no obstante, sean nulos *ex artículo 1275* a causa de un motivo impulsivo inmoral o ilegal, etc. Con frecuencia, sin embargo, la ilicitud de la causa convivirá con cláusulas ilícitas, con condiciones ilícitas no explicitadas u ocultas mediante mecanismos simulatorios o fraudulentos o con objetos ilícitos *ex artículo 1271*, por lo que aconsejo al abogado que, en sus alegaciones, aduzca, si pretende la declaración de nulidad, no solo el artículo 1275 (acompañado de los arts. 1305 y 1306) (como matizaciones del 1303), sino también los que, en el supuesto, puedan operar: los números 3 y 4 del artículo 6, los artículos 1255, 1271, etc. Recuérdese que, cuando hablamos de causa ilícita *ex artículo 1275*, a veces lo ilícito es el motivo determinante incorporado, a veces, la interconexión entre las prestaciones, a veces su cometido intrínseco, etc. Si X paga a Y por cometer un asesinato, es ilícito el objeto de la prestación de Y, pero además es ilícita la causa, pues también es inmoral la operación en su conjunto, la interdependencia de las prestaciones y, por tanto, la entrega de dinero de X a Y con esa función; sin embargo, si X paga a Y por mantener relaciones sexuales con él, es más probable la ilicitud de la causa (obligarse a entregar dinero a cambio de ellas) que la del objeto, que tal vez no constituya conducta censurable *ex artículos 1271 y siguientes con arreglo a los criterios hoy socialmente imperantes».*

VÁZQUEZ DE CASTRO (11) sobre la distinción entre ambos preceptos, razona que los negocios ilícitos (art. 6.3 del CC) son aquellos que concultan una prohibición normativa, mientras que los negocios jurídicos con causa ilícita pueden ser nulos aunque no conculquen una prohibición normativa, si violan el espíritu, finalidad o principios sobre los que se sustenta la norma jurídica.

SABORIDO SÁNCHEZ (12) en una monografía sobre la materia distingue el supuesto de hecho de los dos artículos, en función de las consecuencias jurídicas diferentes de las que goza cada supuesto de hecho razonando también sobre la complementariedad existente entre el artículo 6.3 y el artículo 1275 del Código Civil.

CARRASCO-LYCKOWSKA (13), haciendo eco de las anteriores opiniones de VÁZQUEZ DE CASTRO y SABORIDO SÁNCHEZ, consideran que: «Con todo, esta construcción debe contrastarse con los resultados normativos. Para empezar, resulta algo extraño que el campo de aplicación de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil sea sistemáticamente distinto, cuando, como es sabido, el artículo 6.3 del Código Civil se incorpora al ordenamiento jurídico español en 1974. ¿Dónde se residenciaban antes los negocios contrarios a normas imperativas que, con todo, no pecaban de

(11) VÁZQUEZ DE CASTRO, *La ilicitud contractual: supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

(12) SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

(13) CARRASCO-LYCKOWSKA, «Sentencia de 17 de julio de 2008. Arrendamiento de Servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. Infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80.

ilicitud en la causa? En segundo lugar, la pureza de la construcción dogmática se condiciona a que fuere posible una distinción no ambigua entre reprochabilidad en los motivos, prohibición de la prestación prometida, negocio en fraude de ley y simple negocio prohibido. En rigor, solo en casos marginales esta distinción es posible. Un negocio puede ser prohibido porque su realización como un todo sea ilícita, aunque no lo sea la prestación o prestaciones prometidas (por ejemplo, un matrimonio entre personas vinculadas por impedimento de parentesco, un contrato lícito celebrado en fechas prohibidas [rebajas fuera de tiempo reglamentario], una venta de saldos de productos que están deteriorados, una adquisición de acciones cotizadas sin haber seguido el procedimiento reglado de OPA societarias, etc.), y muy bien cabe entonces pensar que, siendo negocio prohibido, no es negocio con causa ilícita. Pero si el intercambio como tal está prohibido (v. gr., venta de drogas), existe al mismo tiempo una prohibición relativa al negocio y una prohibición relativa a la ilicitud de la prestación.

Más allá, sin embargo, de la función clasificatoria, hay que atender a los resultados sancionatorios. Si mantenemos la distinción propuesta al inicio de este epígrafe, tenemos que poder afirmar estas tres reglas. Primera, si el negocio incurre en causa ilícita, pero no es un negocio prohibido, no se aplicaría la restricción a la nulidad que se formula en el inciso final del artículo 6.3 del Código Civil (a saber, que el ordenamiento hubiera previsto otra sanción para caso de contravención). Segunda, que el negocio prohibido, nulo, que no incurre en ilicitud causal, no está sujeto a las reglas *nemo propriam e in pari causa turpe* del artículo 1306 del Código Civil. Tercera, que, por lo mismo, si alguna diferencia existe entre la nulidad del simple negocio prohibido y la nulidad con causa ilícita es que en el segundo caso se aplican los artículos 1305 y 1306, y en el primero no¹⁴⁾.

Asimismo, CARRASCO también afirma que (14): «...Pero esto no quiere decir que todos los contratos que incurran en la contravención, a que se refiere el artículo 6.3 del Código Civil, sean contratos ilícitos en su causa, inmorales o contrarios al orden público. En absoluto, pues veremos que la mayoría de las normas prohibitivas a las que se han tenido que enfrentar nuestros tribunales son normas de Derecho sectorial, y en infracciones de esta clase no se puede hacer reproche alguno por razón de su contenido; no se suele hacer un juicio de valor conducente a la inmoralidad o torpeza del negocio. Tampoco quiere decirse que las categorías de negocio prohibido del artículo 6.3 o del artículo 1255 y negocio incurso en causa ilícita puede no ser un negocio prohibido. Así, la ilicitud causal fundada en el desvalor de los motivos de una o de ambas partes no tiene por qué infringir ninguna norma imperativa (expresa) ni tiene que sustentarse en la introducción de un pacto contrario a la moral. En buena lógica, hay un espacio no insignificante entre los negocios prohibidos y los negocios incurso en causa ilícita. Es cierto que habrá un espectro de casos en que causa ilícita y prohibición legal concurren. Pero no son los más, como se verá. Una prohibición sin desvalor de la conducta podrá conducir a la nulidad del artículo 6.3 del Código Civil, pero no a la del artículo 1275 del Código Civil. Sería posible entonces declarar la sanción de nulidad sin que existiera fundamento para un reproche de desvalor de la acción. Sin embargo, la práctica de nuestros tribunales no ha operado así, y ha ido reduciendo sistemáticamente la sanción de nulidad del artículo 6.3 del Código Civil a los casos en los que la situación resultante del negocio prohibido es calificable de situación de ilicitud causal. Hoy día,

(14) CARRASCO, *Derecho de Contratos*, 1.^a ed., Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, págs. 720 y 721.

apenas puede encontrarse una sentencia que declare la nulidad de un contrato con el exclusivo fundamento en el artículo 6.3 del Código Civil, si el negocio prohibido no es además un negocio sobre el que pesa un juicio de desvalor distinto de la simple conculcación de la norma imperativa».

En un interesante trabajo comparatista, INFANTE y OLIVA (15) exponen sus consideraciones críticas sobre el particular, del siguiente tenor: «En nuestra opinión, hay que cuestionarse si, realmente, hace falta recurrir a la categoría de la causa para poder controlar la legalidad de los contratos y evitar los pactos ilícitos e inmorales. Entendemos que la causa no es un elemento imprescindible para regular los contratos ilícitos o contra bonos mores, en tanto que tales patologías pueden ser normalmente abordadas en sede de contratos *contra legem* (art. 6.3 CC) y de vulneración de los límites de la autonomía contractual (art. 1255 CC). En tal sentido, algunos importantes representantes de la doctrina jurídica han afirmado que, para decretar la nulidad de ciertos contratos en los que el propósito práctico perseguido por las partes sea contrario a las leyes imperativas o la moral, no hacen falta los artículos 1271 y 1275 del Código Civil, en cuanto que podría funcionarse igualmente con lo establecido por los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil. Es decir, para determinar si un contrato es nulo basta con comprobar si su contenido o los motivos conocidos por las partes vulneran la ley, la moral o el orden público, resultando el recurso a la institución de la causa hasta un cierto punto «artificios». Por todo ello, nos parece que a efectos de garantizar un control efectivo de la licitud de los contratos, la supresión de la técnica de la causa es perfectamente posible, pues basta con exigir la legalidad y moralidad del contrato considerado en su globalidad (contenido y propósitos conocidos), e incluso recomendable, ya que de esta manera se dotaría de mayor seguridad jurídica y claridad al sistema».

Sobre las relaciones entre los debatidos preceptos, resulta pues de sumo interés la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2008 (*RJ* 2008/5666), donde se plantea el problema en que si tres médicos anestesistas que trabajaban para el INSALUD han de ser indemnizados por incumplimiento de contrato de servicios concluido con la clínica privada demandada, al considerar la Audiencia Provincial que al estar incursos en incompatibilidad, la causa del contrato es ilícita y que no procede indemnizarlos, salvo a dos de ellos y solo por el complemento de exclusividad que dejaron de percibir. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, entendiendo eficaz el arrendamiento de servicios pese a la vulneración del régimen administrativo de incompatibilidades por parte de los prestadores de los servicios, concediendo pues la indemnización solicitada y razonando en lo que nos afecta lo siguiente:

«Lo que no es posible es provocar la ineficacia del contrato mediante el ejercicio de la acción de nulidad por ilicitud de la causa. De los artículos 1275 y 1276 del Código Civil (LEG 1889/27) resulta que la causa ha de existir, ha de ser lícita y ha de ser verdadera, y es evidente que no cabe estimar como causa del contrato existente entre las partes tal incumplimiento por los demandantes de sus deberes de incompatibilidad el hecho de actuar sobre pacientes en los procesos quirúrgicos adjudicados a la clínica por el INSALUD. La causa, en el sentido objetivo, que se desprende del artículo 1274 del Código Civil, es la función económica y social, el fin objetivo e inmediato que se persigue en cada contrato, al margen de la mera

(15) INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, *Los contratos ilegales en el Derecho Privado europeo*, Indret, 2009. www.indret.com.

intención o subjetividad, y consiste en los contratos onerosos en el simple intercambio de prestaciones. Pues bien, la realización de actuaciones médicas de carácter privado por profesionales técnicamente aptos para ello y el pago de su precio en modo alguno afecta a la estructura del contrato por el incumplimiento del régimen de incompatibilidades previsto en la Ley 53/1984 (RCL 1985/14). Tampoco se incluye estipulación contractual alguna que pudiera comprometer la independencia o el estricto cumplimiento de sus deberes en la actividad pública desarrollada. Y si se atiende a la mera intención o subjetividad que significan los móviles que llevaron a concluirlo, tampoco hay dato alguno en la sentencia que permita sostener que con el incumplimiento denunciado pretendían perjudicar a terceros o generar daño a la entidad pública, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que, a resultas del concierto, pudieran derivar del ámbito meramente administrativo entre los médicos y la entidad pública y entre la demandada, que conoció y permitió que la supuesta infracción tuviera lugar, al proyectar sus efectos sobre el aspecto público de la actuación de los actores, sin trascender a normas imperativas de carácter sustantivo».

Es decir, en este caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2008, se concluye la existencia de una independencia entre el ilícito causal y la norma prohibitiva. Si bien es cierto que el recurso se planteó sobre el artículo 1275 del Código Civil y no sobre el artículo 6.3 del Código Civil, *sedes materiae* tradicional de las nulidades por infracción de normativa administrativa (16).

Para una correcta comprensión del alcance prohibitivo y de los efectos del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital hemos de tener presente que el contrato de compraventa de participaciones sociales mediante adquisición derivativa resulta —en primer lugar— un contrato prohibido *ratione personae*, es decir, se trata de una prohibición de contratar existente en el Derecho de Sociedades, que a nuestro juicio no debería siempre conllevar un interés público protegido que pudiera fundar la nulidad radical del negocio y la consecuencia de su absoluta inexistencia de efectos.

Por otro lado, CARRASCO (17), cuando analiza las prohibiciones de una conducta negocial, razona lo siguiente: «En el Ordenamiento Civil y Mercantil menudean las normas que, lejos de prohibir un determinado contenido en el intercambio contractual o de prohibir en general un tipo de intercambio contractual, proceden mediante la imposición a un sujeto específico de la prohibición de entrar en un tipo de contrato. Se trata de prohibiciones de conducta negocial o, si se quiere, de prohibiciones contractuales *ratione personae*. Solo si la prohibición tiene un componente de interés público puede hablarse de normas prohibitivas en el sentido del artículo 6.3 del Código Civil, como ocurre, por ejemplo, en el artículo 221 del Código Civil o en el artículo 1459.1.^o, 4.^o y 5.^o del Código Civil».

De nuevo CARRASCO (18), incluso efectúa una ejemplificación de casos en los que, a su juicio, un contrato está incurso en causa ilícita, del siguiente modo: «Primero, es un contrato prohibido por una norma que *incorpora un valor moral intenso*, de

(16) Sobre la posibilidad de nulidad por infracción de norma administrativa, resulta conveniente tener presente la revisión doctrinal efectuada por nuestro Alto Tribunal a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 2008 (RJ 2008/5687). Vid., a este respecto, REDONDO TRIGO, «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero de 2011, págs. 625-655.

(17) CARRASCO, vid., *op. cit.*, pág. 723.

(18) CARRASCO, vid., *op. cit.*, págs. 745 y 746.

forma que su contravención pueda considerarse un atentado a las *buenas costumbres*. Son de esta clase los negocios usurarios, los contratos que garantizan el pago de deudas de juego, los compromisos relativos a la disposición de la integridad física o moral de un sujeto, etc. Segundo, es un *contrato prohibido* por una norma que incorpora una *valoración sustancial de justicia commutativa* en una situación en la que el legislador puede suponer que una de las partes actúa con abuso de poder o la otra negocia bajo la presión de un estado de necesidad. La prohibición de los pactos leoninos (art. 1691 CC) o del pacto comisorio (art. 1895 CC) son algunos ejemplos. Tercero, los *contratos prohibidos* por atentar contra una norma primaria que incorpora un *principio indiscutible del orden público económico*, como ocurre en los contratos incursos en las prohibiciones del artículo 1 LDC. Cuarto, un contrato predeterminado por las partes con objeto de *causar un daño ilegítimo a un tercero* o que de hecho produce este daño a terceros, sin que tal circunstancia pudiera ser legítimamente ignorada por los contratantes. Quinto, con independencia de que pueda estar inciso igualmente en una prohibición normativa, los contratos que *tienen por objeto el intercambio de prestaciones ilícitas*, o, en general, el intercambio de una prestación por una conducta que la ley reprueba o por la abstención de un hecho que la ley reprueba. Sexto, en general, contratos por los que se promete una conducta o una abstención que lesiona derechos fundamentales del deudor (cfr. arts. 42 CC y 43.4 LPI, etc.)».

En función de lo anterior, es cierto que para poder concretar el desvalor en la conducta de las partes o bien sopesar la existencia o no de un interés público a proteger, no nos ayudan en demasía los trabajos parlamentarios que dieron lugar a la introducción de esta prohibición en el Derecho español. Nos estamos refiriendo al antecedente del actual artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, al artículo 40 *ter* de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que preveía lo siguiente: «*La adquisición de participaciones propias o de la sociedad dominante en contravención de lo dispuesto en esta sección, será nula de pleno derecho*».

El referido artículo 40 *ter* de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada fue introducido por una enmienda del Grupo Parlamentario Popular del Senado en el correspondiente trámite legislativo del Proyecto de Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (19), con la siguiente justificación:

«*En el Senado, el esfuerzo del Grupo Parlamentario Popular ha ido encaminado a mejorar el proyecto de ley, fundamentalmente en el ámbito de la empresa familiar. Quiero recordar que el 10 de octubre de 2000 se puso en marcha en la Cámara Alta una ponencia para el estudio de la problemática de la empresa familiar. En ella participaron todos los grupos parlamentarios de aquella Cámara, y el 19 de diciembre de 2001, hubo asentimiento —todos coincidieron— en cuanto a que las conclusiones de dicha ponencia eran positivas. ¿Qué ha hecho en el Senado el Grupo Parlamentario Popular con sus enmiendas? Introducir conclusiones de la*

(19) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 235, de 13-3-2003.

Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente. Año 2003, VII Legislatura, número 235, presidencia de la Excmo. Señora doña Luisa Fernanda Rudi Úbeda. Sesión plenaria número 226, celebrada el jueves, 13 de marzo de 2003.

ponencia que incidían en la modificación de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, que también se modificaba con el proyecto de ley de nueva empresa. Al acatar una de las conclusiones, que llevaba a mejorar la financiación de las sociedades limitadas, lo hemos hecho con dos instrumentos: en primer lugar, mediante la creación de la figura de las participaciones sin voto, que ya existían bajo el nombre de acciones sin voto en la Ley de sociedades anónimas, y que permitirá que entre capital en una empresa familiar sin que por ello se desnaturalice la gestión y el control de la sociedad. Al admitir la figura de la autocartera, estamos posibilitando también justamente ayudar a la financiación y resolver el problema del socio que se quiere separar de la sociedad familiar y esta no dispone de medios para adquirir las participaciones del socio que se separa. Por tanto, admitimos la autocartera».

Es decir, la única justificación que se realizó para la admisión de la autocartera en la sociedad limitada fue la del favorecimiento de la financiación y el derecho de separación del socio, nada más.

Por otro lado, esta sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012, sí que se hace eco de las críticas doctrinales a la existencia de autocartera, al razonar al respecto lo siguiente:

«2.2. La adquisición derivativa de las propias participaciones.

29. *Sin embargo, el sistema desconfía cuando la adquirente a título oneroso es la propia sociedad —desde la perspectiva dogmática se ha afirmado que las sociedades no pueden ser socias de sí mismas, ya que se trata de una situación contradictoria y que la sociedad carece de capacidad para adquirir sus acciones o participaciones— ante sus eventuales efectos indeseables, habida cuenta de la posible incidencia negativa de la autocartera en la esfera económico-patrimonial de la compañía o aguamiento patrimonial, con su doble vertiente de vaciar la función de garantía del capital diluido y de disminuir su solvencia y la capacidad económica; el riesgo de que se utilice de forma desviada, como herramienta para modificar la correlación de poderes en la esfera la corporativo-interna mediante su uso por los administradores de forma discriminatoria y arbitraria para el apartamiento de los minoritarios díscolos y el reforzamiento de otros; la inadecuada publicidad de los recursos propios aportados por los socios; y, finalmente, el peligro de que influya en el valor de la sociedad en el mercado —especialmente en el caso de sociedades de capital disperso—».*

No obstante los reparos existentes a la adquisición derivativa de participaciones sociales, no es menos cierto que el legislador relajó el disfavor absoluto con el que veía las mismas, pasando de la prohibición absoluta que existía antes de la Ley 7/2003, a la prohibición relativa de dichas adquisiciones derivativas si las mismas tenían lugar dentro de los casos permitidos en el artículo 40 ter de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, actual artículo 140.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Volviendo sobre el particular que nos ocupa, somos de la opinión de que la consecuencia jurídica del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital («Las adquisiciones realizadas fuera de estos casos serán nulas de pleno derecho»), son un claro caso de lo que se ha venido a denominar ineffectio automática del contrato (20), que ha de ubicarse dentro del artículo 6.3 del Código Civil («Los actos

(20) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6.^a ed., Thomson-Civitas, 2007, pág. 565, caracteriza este tipo de ineffectio automá-

contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas *son nulos de pleno derecho*, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»).

A estos efectos y como ya expusimos en su momento (21), una primera aproximación al problema de la causa en los contratos de compraventa de participaciones sociales ha de venir dada por el propio régimen de circulación de las acciones y participaciones sociales.

PERDICES HUETOS (22) entiende que existen dos fórmulas para arbitrar dicha circulación: la de cesión de contrato y transmisión del derecho, tanto para las sociedades de personas como para las sociedades de capitales, cuando expone al respecto que: «Los cambios de socios pueden verificarse, bien a través de la novación subjetiva o cesión del contrato de sociedad (art. 1203 y sigs. CC), o bien por medio de transmisión del derecho de participación en que se sustancia la posición de socio (arts. 1112 y 1526 y sigs. CC). La primera supone la extinción y posterior recreación en la persona del socio entrante de la participación del socio saliente; la segunda, por el contrario, implica lógicamente la permanencia y tráfico de la participación socio transmitente al adquirente, que sucede al primero. Estos mecanismos se han venido compartimentando en el orden societario: el primero, la cesión de contrato, se reserva para las sociedades de personas, y el segundo, la transmisión, para las de capital. En efecto, en las sociedades de personas, como correlato de sostener la exclusiva naturaleza de relación jurídica de la participación, se entiende que los cambios de socios se verificarían a través de una modificación o cesión de contrato. El consentimiento del resto de socios (art. 1696 CC y art. 143 C. de Co.) sería negocial y novatorio del contrato fundacional. Por el contrario, en las sociedades de capital, la indudable naturaleza del derecho subjetivo de la participación social en las mismas han hecho de la transmisión, como en el resto de derechos subjetivos, el único recurso considerado por práctica y doctrina. Ciertamente, la diversidad de consecuencias entre una y otra vía es de escaso relieve, y de hecho, se desconocen en la práctica; sin embargo, tomar conciencia de su diversidad presenta una gran relevancia dogmática. A continuación se verá la necesidad de rechazar esa compartimentación, dado que, por un lado, en las sociedades de personas, la naturaleza de derecho patrimonial de sus participaciones permite una auténtica transmisión en sentido técnico, y que, por otro lado, en ocasiones, también es necesario el mecanismo de

tica del siguiente modo: «Atendiendo al mecanismo de producción y de actuación, pueden distinguirse dos tipos de ineeficacia, a los que llamaremos automática y provocada. Llamamos automática a la ineeficacia cuando esta se produce por la fuerza misma del ordenamiento jurídico como *ipso iure*, esto es, por obra del mismo Derecho. La misma idea se expresa modernamente al decir, «de pleno derecho», como en la actualidad hace el artículo 6.3 del Código Civil tras la reforma del Título Preliminar de 1974. De «pleno derecho» quiere decir que no es necesario que nadie inste ante los órganos jurisdiccionales, o, lo que es lo mismo, que algo puede ser puesto en juego sin necesidad de la previa declaración y, por consiguiente, que hay ineeficacia desde el momento mismo en que el contrato ineeficaz aparece. En cambio llamamos provocada a la ineeficacia cuando el ordenamiento jurídico, en lugar de establecer una automática actuación de la sanción, se limita a atribuir a uno o a varios sujetos un poder jurídico en virtud del cual y únicamente en virtud del cual la sanción será actuada».

(21) REDONDO TRIGO, «La causa en los contratos de compraventas de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, agosto de 2010, págs. 1903-1933.

(22) PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, 1997, págs. 34 y 35.

la recontratación para el relevo de socios en las sociedades de capital, caso de los estadios donde la condición de socio es intransmisible (arts. 62 LSA y 28 LSRL)».

Es decir, en principio, los cambios de socios pueden articularse vía novación subjetiva o cesión del contrato de sociedad (art. 1203 y sigs. CC), o bien a través de la transmisión del derecho de participación en que se sustancia la posición de socio (arts. 1112 y 1526 y sigs. CC).

Ello nos debería llevar a analizar, a los efectos de una posible ilicitud causal del contrato de compraventa de acciones o participaciones sociales, cuál es la causa de la misma, bien, en sede de novación contractual, o bien en sede de cesión de créditos (vid., en cuanto al régimen de la cesión de los créditos, la remisión que realiza el art. 56 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando aún no se hayan emitido y entregado los títulos, por otra parte, el supuesto más generalizado en la práctica).

El referido propósito investigador causalista, según el propio principio causalista de nuestro sistema de obligaciones y contratos, supone que tengamos que atenernos a lo que la doctrina civilista ha denominado negocios de causa plural o variable.

DE CASTRO (23) nos enseña dicha categoría del siguiente modo: «La doctrina alemana ha destacado como particularidad de la disposición abstracta (negocio, declaración modificativa) su aptitud para ser instrumento tanto para una como para otra causa. Observación exacta, si se la completa diciendo que ello ocurre así por su indiferencia a la causa, hasta respecto de su misma existencia. Mas de ella no cabe sacar la consecuencia de que sea negocio abstracto todo negocio que pueda utilizarse con variadas causas. Hay negocios que, para tipificarlos legalmente, no se ha tenido en cuenta la naturaleza de su causa, sino, ante todo, su estructura (juego de las principales prestaciones). Así ha ocurrido con algunos negocios concebidos originariamente como gratuitos (mandato, mutuo, depósito, fianza) al permitirse que puedan ser onerosos, sin por ello cambiar su nombre ni su tipo (criterio de comodidad). Entonces para determinar su validez, habrá que tener en cuenta, además de la existencia de la causa típica, el carácter de dicha causa. Posibilidad de una diversidad de causas (onerosa, gratuita, quizá remuneratoria y por una obligación moral) que no significa abstracción, sino una doble consideración de la causa, de la que dependerá la existencia y la especial eficacia de los contratos (...).

Pluralidad de relaciones conexas, con su propia causa y relativamente dependientes entre sí, que se observa también en la cesión (comp. arts. 1528, 618, 870), en el contrato a favor de tercero y en la novación».

En relación con la causa de la cesión de créditos, por otra parte el supuesto transmisible por excelencia de acciones y participaciones sociales, DÍEZ-PICAZO —en consonancia con DE CASTRO y PANTALEÓN PRIETO— (24) trata el particular del siguiente tenor: «La pluralidad de posibles causas de la cesión ha permitido sostener que no es un tipo particular de negocio jurídico, sino que se limita a ser un acuerdo genérico dirigido a producir la transmisión *inter vivos* del derecho de crédito, de manera que puede quedar contenida en determinados contratos típicos o atípicos. Sin embargo, esta fragmentación de la cesión de créditos no resulta conveniente ni desde el punto de vista didáctico, ni desde el metodológico, que

(23) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, 1985, págs. 291 y 292.

(24) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II*. Editorial Thomson-Civitas, 6.^a ed., 2008, págs. 971 y 972.

aconsejan una construcción de carácter unitario, aunque sea razonable señalar, como hace F. PANTALEÓN (*ADC*, 41, 4, 1998, pág. 1038), que la única manera posible de configurar la cesión de créditos como un tipo contractual unitario, en el seno de un ordenamiento causalista como el nuestro, es acudir a la categoría de los negocios o contratos que CASTRO denominaba con causas plurales, variables o fungibles. La causa del contrato que nos ocupa —dice el autor citado— es la función de transferencia del derecho de crédito, aunque, como esta es insuficiente por sí sola, tiene que ser integrada por un elemento variable que es la concreta función o finalidad a la que en cada caso la transmisión del crédito responda».

Para la cesión del contrato, el otro medio transmisible de acciones y participaciones sociales antes admitido, DÍEZ-PICAZO (25) entiende que: «Para designar la misma idea se ha hablado también de “negocios de causa variable” (...). El negocio de cesión de contrato no debe considerarse como un negocio abstracto. Puede existir en él una abstracción meramente formal, en el sentido de que la causa no queda expresada y aparece en el exterior. Jugará entonces la presunción del artículo 1277 y habrá que entenderse que la causa existe y es lícita. Tal causa sin embargo ejerce su influencia decisiva en la validez y en la eficacia del negocio.

CARRETI afirma que el contenido de esta causa variable del negocio de cesión es, en cada caso, la misma causa del contrato base o contrato cedido, razonando que, por tener como objeto el negocio de cesión una cualidad jurídica o una situación jurídica basada en relaciones preexistentes nacidas de un contrato anterior, el contenido normativo de este contrato básico o contrato cedido pasa a ser automáticamente el contenido del negocio de cesión. Esta idea ha sido, sin embargo, combatida entre nosotros por JORDANO BAREA, quien estima que de tal modo la cesión de contrato quedaría configurada no como una genuina transmisión de la posición contractual, sino como un contrato derivado o subcontrato.

A mi juicio es más exacto decir que la cesión de contrato es un negocio —no abstracto sino causal— que tiene una causa fungible o variable. Por ejemplo: venta si se cede por un precio; donación si se hace gratuitamente; *negotium mixtum con donatione*; pago si se hace en cumplimiento de una obligación anterior, etc.».

Por ello, dentro de nuestro sistema causalista y en función de las causas del mismo enumeradas en el artículo 1274 del Código Civil, si la cesión ha resultado onerosa, la causa (como función o finalidad) para el cessionario habría de consistir en el crédito o posición contractual a la que accederá como consecuencia de la cesión, siendo la causa para el cedente la contraprestación económica recibida por parte del cessionario.

De esta forma, si por causa en sentido objetivo entendemos el fin económico social del contrato como lo ha venido haciendo el Tribunal Supremo, es decir, el intercambio de prestaciones en los contratos onerosos, no podemos afirmar la inexistencia causal del contrato de compraventa de participaciones sociales propias, puesto que las prestaciones en sí misma consideradas —a saber, pago del precio y entrega de participaciones sociales— no están en sí mismo prohibidas, sino que lo que efectivamente se encuentra prohibido por el Ordenamiento Jurídico es el contrato en sí mismo, pero esto es otra cuestión.

Asimismo, atendiendo a la causa subjetiva o los móviles de las partes que han sido tenidos en cuenta para la conclusión del contrato, tampoco podemos extraer una ilicitud causal en el presente supuesto. Cabe recordar a este res-

(25) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II*. Editorial Thomson-Civitas, 6.^a ed., 2008, pág. 1051.

pecto, como consta en los Autos, la existencia de un contrato privado (firmado por el administrador único de la vendedora y por los administradores solidarios de la compradora) donde por ambas partes se hacía constar expresamente que no existía obstáculo legal ni estatutario alguno para la transmisión de aquellas participaciones sociales, por haberse adoptado, en la misma fecha del 14-5-2007, acuerdo, en Junta General Universal de partícipes, por el que se aprobaba por unanimidad la materialización de la transmisión de las participaciones sociales indicadas. Es decir, la presente adquisición derivativa no queda viciada de ilícito causal subjetivo en cuanto a la actuación que el órgano de administración pretendiera realizar con la misma respecto de los socios de la entidad vendedora quienes en Junta Universal aceptaron la adquisición proyectada, sino que simplemente se hizo en cumplimiento del deseo de uno de los socios de separarse de la sociedad, aunque —añadimos desde este momento— no se fuera lo necesariamente escrupuloso en la observación de la normativa societaria (por ejemplo, reducción de capital) que regula el proceso de adquisición derivativa de participaciones sociales.

En realidad para concretar el anterior análisis causal, sí que cabría plantearse si dentro de los motivos de las partes para efectuar la presente adquisición de participaciones propias, sin haber adoptado, por ejemplo, el correspondiente acuerdo de reducción de capital, se encontraba la posible merma del patrimonio social que no fuera acompañada de la correspondiente adecuación de la cifra de capital social, lo que podría suponer un claro perjuicio, por ejemplo, a los acreedores sociales. Es decir, el debate tornaría también sobre la presunción de la licitud causal que establece el artículo 1277 del Código Civil, según el cual: «*Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario*».

O sea, el meritado artículo 1277 del Código Civil nos ofrece una doble presunción legal, la de existencia (26) y licitud de la causa. En este sentido, DÍEZ-PICAZO (27) enseña que: «El precepto establece además una presunción de licitud de la causa, lo que será aplicable igualmente en los supuestos de causa expresada o patentizada, pues, si así fuera, no entrará en juego la presunción legal, sino el directo enjuiciamiento —que es *quaestio iuris* y no *quaestio facti*— de la legitimidad del intento empírico de las partes. Es posible que la licitud provenga de la existencia de especiales finalidades que no resulten o se patenticen del contrato. Respecto de este posible tipo de impugnación por ilicitud, naturalmente la presunción legal funciona (...) Las presunciones legales de cumplimiento de los requisitos causales del contrato protegen a ambos contratantes en su interés de cumplimiento y en la ejecución del contrato. En virtud de ello, la carga de la prueba se traslada al contratante que pretenda desvincularse por la vía de la nulidad o la ineficacia. El artículo 1277 dice que es el deudor quien tiene que probar lo contrario. Normalmente coincidirán la condición de impugnante y la de deudor. No obstante, ello no es absolutamente necesario, especialmente en los contratos bilaterales. Para llevar a cabo la prueba frente a las presunciones legales, son admisibles y deben valorarse todos los medios de prueba posibles.

(26) Respecto del primer aspecto del que trata el artículo 1277 del Código Civil —existencia de causa—, vid., AMORÓS GUARDIOLA, «Los antecedentes del Código Civil respecto a la presunción de la existencia de la causa», en *Centenario del Código Civil*, Tomo I, 1990, pág. 102 y sigs.

(27) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6.^a ed., Thomson-Civitas, 2007, pág. 285.

Hay que tener en cuenta, que, al ser esta una prueba de extraordinaria dificultad, habrá que servirse de pruebas de indicios o de presunciones».

Sumamente interesantes son las reflexiones de DE CASTRO (28) sobre la prueba de la ilicitud, al afirmar que: «Este precepto (art. 1277 CC) permite que las partes, por motivos de su común conveniencia, puedan soslayar el control judicial sobre la causa, planteando la litis sobre otros extremos (por ejemplo, plazos, cumplimiento de obligaciones). A este propósito puede citarse la STS de 13 de diciembre de 1958. Frente a una demanda para el cumplimiento de un reconocimiento de deuda, se opuso que se trataba de un préstamo usurario. Ello no obstante, el TS dice que: «parece haber sido designio de las partes que los juzgadores no tengan conocimiento acabado, completo y exacto de los hechos que dieron origen a la reclamación del acto y a la oposición de los demandados, estando todos los escritos dirigidos a formar profunda e intensa confusión en quien la ha de resolver, sustrayendo de la exposición cuantos elementos pudieran servir de fundamento para una y otra posición» (la Sala de instancia presenta varias hipótesis: sociedad irregular, liquidación de cuentas, transacción), por lo que, «al ignorarse los negocios que entre ellos han existido», no probarse que se tratase de un préstamo ni que este fuese usurario, y al no haberse opuesto otra tacha de ilicitud de la causa (que no hubiera convenido revelar si, también en hipótesis extrañas a este caso, se tratase de actos punibles, por ejemplo, contrabando, infracción de leyes sobre tasas, tráfico de divisas), se condena al pago de la deuda reconocida».

Volviendo a nuestro caso particular, en ningún momento se aprecia ninguna alegación por parte de la sociedad compradora —lo que, por otro lado, sería absolutamente infrecuente— en cuanto a la incorporación de ningún móvil ilícito a la causa contractual y mucho menos en cuanto a una hipotética defraudación de acreedores sociales que vieran mermada su posible defensa por la despatrimonialización que el intercambio de prestaciones que la adquisición derivativa del caso de Autos ofrecía en la realidad, por lo que no se ve desvirtuada la presunción legal del artículo 1277 del Código Civil acerca de la licitud causal, antes aludida, de ahí la inexistencia del desvalor del intercambio de prestaciones a la luz de los antecedentes del caso lo que, a nuestro juicio, debiera haber llevado al Tribunal Supremo a no juzgar el supuesto como de ilicitud causal, ya que una violación normativa no puede suponer, en todo caso, la identificación del problema como un caso de ilicitud causal.

Adicionalmente, y situándonos en el panorama actual de armonización y modernización del Derecho de Obligaciones, cabe exponer que en los textos internacionales convencionales y en los armonizadores del Derecho Privado europeo no se regula la causa como requisito del contrato. Ello se observa en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980) (29); en los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010) donde su artículo 3.1.2 establece que: «*Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin necesidad de ningún requisito adicional*»; en el artículo 2:101 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), cuando se regula que: «*Un contrato se tiene por concluido si: a) las partes tienen la voluntad de quedar jurídicamente vinculadas, y b) han alcanzado un acuerdo suficiente sin necesidad de otro*

(28) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, 1985, págs. 248 y 249.

(29) Vid. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coor.: Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Madrid, 1998.

requisito», recogiéndose en el artículo 2:103 la definición de acuerdo suficiente del siguiente tenor: 1) Existe un acuerdo suficiente si los términos: *a)* han sido suficientemente determinados por las partes de manera que el contrato pueda ser exigido, o ejecutado; *b)* pueden quedar determinados en virtud de estos Principios; en el artículo 4:101 del *Draft Common Frame of Reference* (DFCR) (30) cuando se regula: «*A contract is concluded, without any further requirement, if the parties: a) Intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and b) reach a sufficient agreement;*» en el artículo 30 de la recientísima *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law* (31), se establece que: «*A contract is concluded if: a) the parties reach an agreement; b) they Intend the agreement to have legal effects; and c) the agreement, supplemented if necessary by rules of the Common Sales Law, has sufficient content and certainty to be given legal effect (...).*».

En relación con el comentario del artículo 2:101 (PECL), LANDO y BEALE (32) y respecto de la innecesidad de otros requisitos han afirmado que: «Con independencia de que sea o no necesario el acuerdo entre las partes, no se exige ningún otro requisito. No hay requisitos de forma, vid. comentario F. Tampoco es necesario que el destinatario de la promesa se comprometa a entregar algo o que, efectivamente, lleve a cabo una prestación a cambio de la promesa (*consideration*)», lo que se ha conocido como un intento de eliminar tanto la teoría de la causa del *Civil Law* como la de la *consideration* del *Common Law*. No obstante, los problemas derivados de los motivos de la causa son tratados en dichos Principios del Derecho Contractual Europeo desde la concepción amplia del error que hacen los mismos (art. 4:103), y desde la amplitud del concepto del incumplimiento contractual (art. 8:103) (33) (34).

Al hilo de estas corrientes armonizadoras es donde llegamos a la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (35), que ha obviado considerar los elementos del contrato como hace nuestro artículo 1261 del Código Civil, pero sin prescindir por completo del concepto de causa, ya que en su artículo 1238 dispone lo siguiente: «*1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o la moral. Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo. 2. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario. La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita. 3. El régimen jurídico aplicable a cada contrato*

(30) Vid. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

(31) Brussels 11-10-2011. COM (2011) 635 final. 2011/284 (COD).

(32) Vid. *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual Europeo. Edición Ole Lando y Hugh Beale)*. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española, pág. 186.

(33) Para mayor extensión al respecto, vid. MARTÍN PÉREZ, «La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. La Ley-Actualidad*, 2006, vol. 2, págs. 281-303.

(34) También puede constatarse como en algunos sistemas legislativos europeos como el alemán o el suizo, la causa no es tenida en cuenta como elemento del contrato, frente a otros como son el francés, el español o el italiano.

(35) Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009.

es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado. 4. Cuando un contrato contenga elementos de diversos contratos típicos se aplicarán conjuntamente las disposiciones relativas a estos contratos en aquello que sea adecuen con la causa del contrato celebrado».

MORALES MORENO (36) ha analizado recientemente y con detalle el tratamiento de la causa en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, para afirmar en el caso de la causa ilícita que nos ocupa que la causa de la que se predica la ilicitud coincide con la finalidad que las partes han buscado con el contrato (causa concreta) sin que el control de la licitud del contrato imponga a la causa concreta como un elemento indispensable del mismo, al afirmar (págs. 469 y 470) que: «Tanto en el artículo 1238.1. PM como en el 1275 del Código Civil aparecen diferenciados el contrato y la causa del mismo (ilícita). Esta diferenciación hace conveniente preguntarse: ¿es, en este caso, la causa, de la que se predica la ilicitud, algo distinto del propio contrato, o, por el contrario, es el contrato mismo, tal como lo han querido las partes (con la finalidad que pretenden alcanzar a través de él, aunque no la hayan expresado en sus cláusulas)? Creo que es lo segundo... La causa, en este caso, no es un elemento del contrato diferenciable de la voluntad, sino un contenido de la voluntad contractual, que muchas veces queda oculto (no se explica en una cláusula del contrato), pero relevante para el Derecho, por su posible ilicitud. En el control de licitud del contrato, el término causa (causa concreta) sobre que el mismo recae no hemos de referirlo a un elemento estructural del contrato, ni tampoco considerarlo como un concepto imprescindible. La causa concreta no es otra cosa que un término descriptivo de ciertos contenidos de la autonomía de la voluntad que deben ser sometidos al control de licitud».

Por tanto, la intencionalidad de las partes se revela —a nuestro juicio— como elemento de especial trascendencia para predicar la nulidad del negocio por ilicitud causal. Es precisamente esa intención o causa concreta la que no aparece —como suele ser habitual— expresada en la adquisición derivativa de los Autos enjuiciados en la sentencia de casación que hemos tenido la ocasión de tratar. De los hechos, resulta evidente la inexistencia de culminar cualquier tipo de daño a los socios de la sociedad que incurre en autocartera, ya que todos consienten el negocio mediante Junta Universal, según hemos expuesto, aunque por las mismas razones de ocultación de la intencionalidad de las partes y en virtud de la presunción de causa lícita que nos impone el artículo 1277 del Código Civil, creamos que no existen suficientes elementos en el presente caso para tildar la adquisición derivativa de participaciones sociales en cuestión como un negocio incurso en ilícito causal, máxime cuando el objeto de la prestación individualmente considerado no incide en ilicitud.

III. LA NULIDAD DE LA «ADQUISICIÓN»

En el ámbito de los PECL, los contratos que vulneren normas imperativas se encuentran regulados en el artículo 15:102, al disponer lo siguiente: *i) Cuando un*

(36) MORALES MORENO, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*. Estudios. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011, págs. 457-475.

contrato vulnera una norma imperativa aplicable conforme al artículo 1:103 de los presentes Principios, los efectos de dicha infracción sobre el contrato serán los que hubiese previsto expresamente, en su caso, dicha norma imperativa. 2) En los casos de normas imperativas que no hubiesen previsto expresamente los efectos de su infracción respecto de un contrato, este podrá declararse plenamente eficaz, parcialmente eficaz, ineficaz o someterse a modificación. 3) Cualquier decisión que se adopte conforme al apartado 2 deberá constituir una respuesta adecuada y proporcionada a la infracción, a la vista de todas las circunstancias relevantes, entre las que se incluyen: a) la finalidad de la norma infringida; b) las personas a quienes trate de proteger dicha norma; c) toda sanción que quepa imponer conforme a la norma vulnerada; d) la gravedad de la infracción; e) la intencionalidad de la infracción, y f) la mayor o menor relación entre la infracción y el contrato».

Por lo tanto, el sistema de los PECL es similar a nuestro artículo 6.3 del Código Civil, artículo 294 del Código Civil portugués, artículo 174 del Código Civil griego y 134 del BGB alemán, al disponerse que los actos contrarios a una prohibición legal serán nulos salvo que de la propia ley quepa deducir la intención contraria del legislador.

Aún después de afirmarse que efectivamente los criterios a los que ha de estarse y que son citados en el artículo 15:102 —en defecto, de previsión normativa del efecto de la contravención de la prohibición incurrida— resulta interesante, mostrar el ejemplo societario que LANDO y BEALE (37) (prohibición de asistencia financiera) utilizan para ilustrar la finalidad u objeto de la norma vulnerada y las personas a quienes trata de proteger la norma: «Se trata de un factor muy próximo al de la finalidad de la norma mencionada en el apartado i) anterior. Por ejemplo, si la norma en cuestión únicamente prohíbe que una de las partes celebre negocios de un determinado tipo, ello no significa que la otra parte pueda alegar el hecho de la ilicitud para evitar que el contrato surta sus efectos (...). Ejemplo 4: En contra de la legislación de sociedades, una compañía acuerda facilitar ayudas financieras a sus accionistas para permitirles la adquisición de un mayor número de acciones de la propia sociedad. El objeto de la legislación es proteger a los accionistas y a los acreedores de la sociedad. El acuerdo podrá considerarse válido si todos los accionistas de la compañía se constituyen como adquirentes y ninguno de los acreedores resulta negativamente afectado por el negocio» (38).

(37) Vid., *op. cit.* Parte III, págs. 317 y 318.

(38) No obstante, tradicionalmente nuestra doctrina mercantilista ha calificado generalmente de nulos, por ser contrarios al artículo 6.3 del Código Civil, los negocios de prestación de asistencia financiera. De esta forma, URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA (*vid., op. cit.*, pág. 1212) trataban el problema: «La misma sanción de nulidad por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil es la procedente también para los negocios de garantía o de prestación de asistencia financiera realizados contraviniendo las prohibiciones de la Ley. No obstante, en aquellos supuestos en que la infracción consista en la aceptación en garantía de acciones o participaciones de sociedades de grupo que no sea la dominante o en la prestación de asistencia financiera para la adquisición de esas mismas acciones o participaciones, tal vez fuera razonable admitir una mera anulabilidad del correspondiente negocio. Esta diferente valoración de las consecuencias de la infracción, susceptible de ser amparada en las reticencias jurisprudenciales y doctrinales frente al automatismo en la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, permitiría, en efecto, atemperar el exceso legislativo en la extensión de la prohibición a esos supuestos —a la que ya nos hemos referido— con la debida atención a la finalidad de protección de la cobertura patrimonial del capital que subyace en la propia norma prohibitiva».

En nuestro supuesto analizado, ya nos hemos pronunciado acerca de nuestra conformidad a su consideración de un contrato prohibido (art. 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital y art. 6.3 del CC) y no de un contrato ilícito por su causa. En este sentido, es cierto que la norma prohibitiva del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital nos hace aplicar la ineffectuación automática a la que también hacíamos referencia con anterioridad, lo que ha de suponer la sanción de la nulidad.

Hasta aquí bien, pese a la oscuridad que nos ofrece el discernimiento entre la categoría de los negocios prohibidos de los negocios ilícitos, sin duda, impregnados de la propia oscuridad del concepto de causa; pero a partir de este hito, otro problema se nos antoja de suficiente calado, el cual adelantamos no permite un sencillo tratamiento ni a buen seguro tampoco una solución no exenta de controversias.

Nos estamos refiriendo a cuál ha de ser la consecuencia jurídica que ha de ofrecerse al supuesto de hecho previsto en el artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital, ¿la nulidad absoluta y radical del negocio en el sentido de afirmar que el contrato no puede producir ningún efecto *quod nullum est nec habet effectos*, o bien, solo la ineffectuación de los efectos transmisivos del negocio? Probablemente, una primera aproximación al artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital nos hiciera decantarnos por la primera de las soluciones, que sin duda, es probablemente la que más se ajustaría a lo que creemos que se pretendió con la introducción de esta norma en nuestro Derecho de Sociedades; aunque, la redacción de la misma nos lleva al menos a plantearnos si —no lo probablemente querido— lo efectivamente declarado por el legislador en el referido precepto resulta ser la ineffectuación tan solo del efecto adquisitivo de la propiedad por parte de la sociedad que ha contratado una prohibida autocartera.

En este sentido, cabe señalar que efectivamente —lo que estimamos cuestión pacífica— la nulidad del negocio jurídico que se derivaría de la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil al supuesto debatido, lo es salvo que la propia norma (art. 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital) establezca un efecto distinto para el caso de contravención, lo que así creemos que ocurre cuando se refiere a la nulidad de pleno derecho de la «adquisición» y no del «negocio de adquisición», ¿pero cómo se puede construir lo anterior?

En primer lugar, resulta revelador a este propósito diferenciador, el contraste de la propia literalidad del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital (*Las adquisiciones realizadas fuera de estos casos serán nulas de pleno derecho*) frente a la literalidad del anterior artículo 76.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para otro supuesto de nulidad de autocartera, que establecía (antes de su modificación por la Disposición Final Primera de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) concretamente lo siguiente (*La inobservancia del cuarto requisito del artículo anterior determinará la nulidad del negocio de adquisición*) (39). La diferencia literal de ambos supuestos de ineffectuación radica en

(39) La consecuencia jurídica del derogado artículo 76.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, se explicaba por la doctrina mercantilista del siguiente modo: «El artículo 76.2 dispone una regla particular para aquellos supuestos en que la irregularidad de la autocartera constituida deriva de la falta de respeto de la exigencia del íntegro desembolso de las acciones propias que se adquieran (art. 75.4.^º LSA). En efecto, a diferencia de cuanto señala este precepto en relación con cualquier otra infracción del régimen ordenado para la autocartera, la adquisición de las propias acciones cuando estas no estén íntegramente liberadas viene sancionada con la nulidad del negocio de adquisición. Como ya hemos señalado (vid., *supra*, nuestro comentario al artículo 75 LSA en esta misma obra), la razón de ser de tal sanción de nulidad radica en la insuficiencia de cualquier otra, a fin de evitar el resultado a que

que en el artículo 76.2 de la Ley de Sociedades Anónimas se establecía la nulidad del «negocio de adquisición», mientras que en el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de capital establece la nulidad solo para la «adquisición».

En cuanto a la inteligencia del negocio prohibido, DE CASTRO (40) englobaba dentro del concepto «actos» susceptibles de nulidad en aplicación del derogado artículo 4 del Código Civil (actual art. 6.3 del CC), los negocios jurídicos, las declaraciones y manifestaciones de voluntad, toma de posesión, *traditio*, relaciones pseudomatrimoniales, unión y agregación de cosas, concesiones, etc. De esta forma, DE CASTRO razonaba lo anterior: «El artículo 4.^º, al no distinguir entre los actos contra ley, se refiere a toda clase de actos, sea cualquiera su forma o naturaleza; comprende, por ejemplo, a los negocios jurídicos, declaraciones y manifestaciones de voluntad, toma de posesión, *traditio*, relaciones pseudomatrimoniales, unión y agregación de cosas, concesiones, etc. En cambio, la letra de la ley excluye los hechos: los acontecimientos en los que la voluntad humana no interviene serán o tenidos en cuenta por el Derecho, pero no merecen la valoración jurídica de ilicitud».

Por su parte, CARRASCO (41) es más restrictivo que DE CASTRO y en lo que ahora nos atañe afirma lo siguiente: «Tampoco un efecto jurídico puede ser nulo. Esto importa sobre todo por lo que hace referencia a la transmisión de la propiedad. La transmisión de la propiedad no es un negocio jurídico. Como tampoco lo es la tradición del artículo 609 del *Código Civil*. Por eso es incorrecto el modo de fundamentar que tiene el Tribunal Supremo cuando, a propósito de la «nulidad» a que se refería el Decreto de 19 de octubre de 1936 (enajenación de títulos al portador), entendía que la falta de intervención del agente de cambio o bolsa no hacía nula la *causa traditionis* (v.gr., venta), sino el negocio transmisivo o negocio de tradición. Esto es incorrecto, porque la fundamentación adecuada para el resultado apetecido por el Tribunal Supremo (resultado que sí es correcto) hubiera sido la de sostener que la «nulidad» equivalía a una «no transmisión de la propiedad»; el contrato era válido, y las partes podían compelirse a la formalización adecuada, como igualmente podían compelirse a la entrega posesoria del artículo 609 del *Código Civil*. La intervención del agente mediador era un elemento necesario para, en concurrencia con otros (contrato, tradición), producir la adquisición de la propiedad; su omisión hacía que el hecho transmisivo resultase incompleto, no que fuese nulo».

Así, el Alto Tribunal, en reiteradas ocasiones, como muestra la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de febrero de 1986 (*RJ* 1986/934), entendió, para los

conduce una adquisición de tal tipo, pues se trata de impedir la extinción por confusión de la deuda de dividendos pasivos, junto con asegurar una función productiva y el origen externo del capital social (PAZ-ARES, *Negocios sobre las propias acciones*, pág. 517), lo cual, evidentemente, no puede alcanzarse con una enajenación obligatoria o con la amortización forzosa de tales acciones. Ese resultado extintivo, que pretende obviarse, viene impedido —tal y como ya hemos visto— en razón de la exigencia de integración efectiva de la cifra de capital, la cual no puede hacerse venir a menos con este tipo de adquisiciones de las propias acciones. Todas estas consideraciones explican que la reacción frente a la autocartera adquirida pese a no estar desembolsada en su integridad no pueda ser otra que la sanción de nulidad del negocio de adquisición, tal y como ordena el artículo 76.2 LSA». GARCÍA CRUCES, en AA.VV., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. por I. ARROYO y J. M. EMBID IRUJO, 2.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2009.

(40) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984, pág. 536.

(41) CARRASCO, *Comentarios al Código Civil*, Editorial Edersa, 1992. Tomo I, vol. 1.^º: *Artículos 1 a 7 del Código Civil*. Título preliminar. *De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia*. Capítulo III. *Eficacia general de las normas jurídicas*.

supuestos de formalización de la transmisión de acciones sin la intervención del agente de cambio y bolsa, posible solo la nulidad del negocio de tradición y no la nulidad del negocio causal, al razonar del siguiente modo:

«La regla general del Ordenamiento jurídico, en el que están incluidos los preceptos que se dicen violados por inaplicación, por la recurrente, ha sido, no obstante, sometida a una delimitación por la doctrina jurisprudencial que viene en definitiva a dar por decadidos todos los motivos en que se basa el recurso; y así tenemos que la sentencia de 4 de febrero de 1971 (RJ 1971/531) —con cita de las sentencias de 19-12-46 (RJ 1946/1411), 13-4-57 (RJ 1957/1953) y 13-10-59 (RJ 1959/3951)— dice: "Que la compraventa de valores mobiliarios presenta en nuestro Ordenamiento positivo, según sentencia de 7 de marzo de 1925, dos momentos perfectamente diferenciados: uno, el de la celebración del contrato, cuya efectividad, para quienes lo concertaron, no depende de la presencia del funcionario o mediador de ninguna clase (art. 74 C. de Co.); y otro, el de su ejecución o transmisión de las acciones enajenadas, que si bien en un principio se produjo por la simple tradición del documento (art. 545, núm. 2), más adelante y a partir de la promulgación del artículo 1.º del Decreto de 19-9-1936, declarado vigente por el primero, inciso cuarto, apartado A) del Decreto de 14-12-1951 y tercero de la Ley de 23-2-1940, precisó para lograrlo la intervención de Agente de Cambio o Corredor de Comercio, al extremo de que la ausencia de este requisito ad solemnitatem, no solo priva a dicha operación de la irreivindicabilidad que en otro caso, le asigna el número 3.º del repetido artículo 545, sino que la convierte en radicalmente nula... si bien semejante sanción por su carácter excepcional, no se extiende a la del convenio que sirvió de antecedente a la transmisión... que produce todos sus efectos entre quienes le inscribieron y sus herederos, que recíprocamente pueden compelirse a formalizarlo conforme a lo que antes se expresa, doctrina que al ser sustentada por la Sala de instancia, no pudo originar las infracciones que se denunciaron..."; lo que equivale a decir, como correctamente proclama la Sala a quo, que nos hallamos en una situación similar a la contemplada en el artículo 1279 del Código Civil, que es precisamente la facultad que ha esgrimido el donatario, con vista de la celebración correcta del contrato de donación (art. 632-2.º párrafo del CC) para lograr la ejecución o transmisión de las acciones donadas».

Para entender el alcance del concepto «acto» que propone DE CASTRO en la interpretación del antiguo artículo 4 del Código Civil, coincidente en cuanto a dicho concepto con el actual artículo 6.3 del Código Civil, conviene recordar la clasificación que el propio DE CASTRO hiciera de los «hechos jurídicos», distinguiendo dentro de ellos a los «meros hechos», es decir, «el estado de las cosas o de la persona o de la vida social, en los que la voluntad humana no es tenida en cuenta para determinar su significado jurídico», y los «actos», o sea, «las situaciones en las que se tiene en cuenta la actuación de una persona como conducta querida», excluyéndose de este concepto: «la voluntad que no se manifiesta en una conducta. La conducta inconsciente y la conducta forzada» (42).

¿Pero en el anterior entramado, qué podemos entender por «adquisición» y cómo se conecta con el «acto ilícito»? En nuestra opinión y conforme con DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, el término «adquisición» hace referencia a la atribución del derecho subjetivo a una persona determinada (43), refiriéndonos en nuestro caso al derecho subjeti-

(42) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984, págs. 620 y 621.

(43) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 7.^a ed., Ed. Tecnos, 1989, pág. 482, afirman que: «un derecho subjetivo nace cuando se han cumplido todos los

vo absoluto del dominio, una vez configurados los modos de adquirir la propiedad del artículo 609 del Código Civil como hechos jurídicos adquisitivos (44).

Por ello, creemos que en el concepto «acto», a que hace referencia el artículo 6.3 del Código Civil, puede comprender también la denominada «adquisición» a que hace referencia el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital, en el sentido propuesto a dicha adquisición, como atribución del derecho subjetivo de dominio a la sociedad adquirente de las participaciones sociales propias, en el procedimiento adquisitivo derivativo regulado en la norma societaria.

Ahora bien, sentado lo anterior, restaría aclarar o dar respuesta a lo que inmediatamente sugiere dicho razonamiento, es decir, ¿cabría predicar pues *ex articulo* 6.3 del Código Civil la ineficacia (nulidad) del efecto transmisor sin que se propague por lo mismo la ineffectuación absoluta del negocio jurídico adquisitivo? ¿O bien, podría identificarse, en su caso, al concepto «acto» a que hace referencia el artículo 6.3 del Código Civil con el negocio jurídico adquisitivo que originariamente sería nulo, aunque el efecto distinto para el caso de contravención nos llevaría a mantener tan solo la ineffectuación de la adquisición, por mor de lo prescrito en el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital? Es cierto que la respuesta no es clara —pese a la diferencia en la literalidad del art. 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital y el derogado art. 76.2 de la Ley de Sociedades Anónimas que inicialmente abogarían por una respuesta positiva—, ya que probablemente la *mens legislatoris* fuera contraria a la expresión revelada de la misma en el texto del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital. No obstante —a nuestro juicio— sí consideramos que puede ofrecerse una respuesta afirmativa a los anteriores interrogantes, a lo que nos ayudaría el propio principio de conservación del negocio jurídico. Además una propuesta como la anterior respuesta afirmativa, no difiere tanto de situaciones de ineffectuación funcional propugnadas por nuestra doctrina civilista. Así, DÍEZ-PICAZO (45) se refiere a esta categoría de ineffectuación funcional del siguiente modo: «La ineffectuación funcional en cambio, atiende a las consecuencias que un contrato regularmente formado produce en la realidad. La ineffectuación es funcional porque la irregularidad consiste en la consecuencia inmediata que un contrato estructuralmente

presupuestos previstos en la norma para este resultado. En este momento se produce normalmente su adquisición, que es su atribución a una persona determinada».

(44) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 5.^a ed., Thomson-Civitas, 2008, pág. 856, se refiere a las fuentes de los derechos reales, razonando lo siguiente: «Los supuestos o hipótesis mencionados en el artículo 609 pueden ser considerados como hechos jurídicos. Su efecto consiste en la creación de una relación jurídico-real, por lo que pertenecen al terreno de los hechos constitutivos, y pertenecen también al terreno de la adquisición (adquisición y transmisión de los derechos). Desde este punto de vista se habla de «hecho adquisitivo» o «modo de adquirir». Normalmente este hecho adquisitivo o modo de adquirir no es un hecho simple o escueto, sino un supuesto complejo de formación progresiva que puede atravesar por diferentes etapas o vicisitudes. Para describir este dato parece más gráfico hablar de un fenómeno adquisitivo o de un mecanismo de adquisición. Por regla general, todo el sistema jurídico de la dinámica de los derechos reales y del tráfico de bienes está basado en la iniciativa de los particulares. La formación de los derechos reales, su adquisición, atribución y transmisión dependen de la voluntad. Se trata de hechos libres y voluntarios. Sin embargo, aunque sea excepcionalmente, existen también formas de constitución forzosa o heterónoma de las relaciones jurídico-reales».

(45) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6.^a ed., Thomson-Civitas, 2007, págs. 569 y 570.

regular despliega. Hay ineficacia funcional cuando un contrato regularmente formado contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho o un resultado que el Derecho no puede consolidar. En especial, un perjuicio, un fraude o una lesión». Ello cohonestaría también con la eliminación del recelo absoluto con que el legislador contemplaba las adquisiciones derivativas de participaciones sociales, puesto que como hemos expresado de la inadmisibilidad absoluta de las mismas, estas pasan a ser permitidas tras la reforma legislativa de 1995, si bien cumpliendo ciertos requisitos.

Es decir, la ineficacia del contrato se ha visto como una sanción que el Ordenamiento Jurídico anuda ante los presupuestos de su existencia, de ahí que el régimen especial de nulidad del artículo 6.3 del Código Civil requiera, para la aplicación de la nulidad del «acto», que este sea absolutamente estigmatizado por el Ordenamiento Jurídico, lo cual creemos ha dejado de suceder tras la referida reforma legislativa. La *ratio* de la norma del artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital reside, por tanto, en protección de socios y acreedores, lo cual queda cumplido —a juicio del propio legislador— mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos para las adquisiciones derivativas de participaciones sociales propias (por ejemplo, que medie un acuerdo de reducción de capital social); por lo que, entendemos que la sanción de nulidad absoluta del negocio jurídico adquisitivo no debe ser el remedio más propio para la consecución de dicho ánimo protector, puesto que en nada empecería a la efectividad del referido protecciónismo si la consecuencia jurídica de la adquisición derivativa de participaciones sociales fuera solamente la ineficacia de la adquisición de la propiedad de dichas participaciones sociales por la propia sociedad, como si de un negocio jurídico incompleto se tratara que fuera susceptible de convalidación mediante la subsanación *a posteriori* a través de la correspondiente adopción —en su caso— del correspondiente acuerdo de reducción de capital.

Es cierto que una crítica a lo anterior pudiera venir por sostener que existe una imposibilidad de convalidación de un negocio nulo de pleno derecho, que esta posibilidad está reconocida para otro tipo de supuestos no tan radicales (vid., por ejemplo, el caso de la contratación sin poder que regula el art. 1259 del CC), a lo que sin embargo se podría objetar que la nulidad propuesta no lo es del negocio jurídico *in totum*, sino solo de su efecto transmisible, se prefiera para esta consecuencia última, la conceptualización de nulidad, inexistencia, ineficacia o simplemente no producción de efectos.

Además, el motivo que lleva al Tribunal Supremo para decretar la ilicitud causal y por tanto la nulidad del negocio jurídico de adquisición *ex artículo 1275* del Código Civil, se basa exclusivamente en la ausencia de un acuerdo social de reducción de capital en cumplimiento de lo requerido por el actual artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital, sin plantearse por otro lado, cómo en otros supuestos de adquisiciones derivativas de participaciones sociales no es ni siquiera necesario el referido acuerdo social de reducción de capital social (46).

(46) Sobre la posibilidad de que se adopte un acuerdo simultáneo de compra de participaciones y reducción de capital se pronunció afirmativamente la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/8192). Vid. el comentario a esta Resolución realizado por RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, «Adquisición por la sociedad de participaciones y amortización con reducción del capital social. Comentario a la RDGRN de 16 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/8192)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2007-29, págs. 305-315.

Es decir, nos estamos refiriendo a otro de los supuestos incardinados como adquisiciones derivativas permitidas dentro del propio artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, cuando la adquisición haya sido autorizada por la junta general, se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad. De hecho, el propio Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de casación analizada se hace eco de la alegación de la recurrente al afirmar que la sociedad aprobó por unanimidad (Junta Universal) y con la presencia del 100 por 100 de sus socios, la adquisición de las participaciones sociales dado su *férme deseo y voluntad de abandonar la sociedad*. No estamos queriendo decir que el presente caso se hubiera tratado, por ejemplo, de un supuesto de derecho de separación ni de exclusión —ya que los datos no abonan una interpretación en tal sentido—, pero sí que llama al menos la atención que no se haya realizado referencia a que el actual artículo 358 de la Ley de Sociedades de Capital, si regula la posibilidad de los administradores de otorgar escritura de reducción de capital social, *sin necesidad de acuerdo específico de la junta general*, de lo que extraemos que lo importante para el legislador en este específico caso es el resultado final protector antes indicado a favor de los socios y acreedores sociales, mediante la correspondiente reducción de capital social, sin que sea necesaria la intervención de la junta general en tal sentido (lo que no implica que no pudiera darse). Es decir, es en este caso específico donde se observa con mayor claridad la finalidad de la prohibición del artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital, la cual no necesita de una excesiva protección formalista, sino más bien finalista, en los términos propuestos en el presente trabajo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL: <http://derechomercantilespaña.blogspot.com.es/2012/03/adquisicion-de-las-propias.html>.
- AMORÓS GUARDIOLA: «Los antecedentes del Código Civil respecto a la presunción de la existencia de la causa», en *Centenario del Código Civil*, Tomo I, 1990.
- CARRASCO: «Comentarios al Código Civil». Editorial Edersa, 1992. Tomo I, vol. 1.º: *Artículos 1 a 7 del Código Civil*. Título preliminar: *De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia*. Capítulo III. *Eficacia general de las normas jurídicas*. — *Derecho de Contratos*, 1.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, 2010.
- CARRASCO-LYCZKOWSKA: «Sentencia de 17 de julio de 2008. Arrendamiento de Servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. Infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ: *Comentarios al Código Civil*. Tomo XVII, vol. 1.º B, Edersa, 1993.
- DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984.
— *El negocio jurídico*, Civitas, 1985.
- DE LOS MOZOS: «La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto», en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1961.
- DÍEZ-PICAZO: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coor.: Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Madrid, 1998.
— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I. *Introducción. Teoría del Contrato*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, 2007.

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Editorial Thomson-Civitas, 6.^a ed., 2008.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III. *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 5.^a ed., Thomson-Civitas, 2008.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 7.^a ed., Ed. Tecnos, 1989.
- DÍEZ-PICAZO, ROCA TRIAS y MORALES: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, 2002.
- GARCÍA CRUCES, en AA.VV.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord.: por I. ARROYO y J. M. EMBID IRUJO, 2.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2009.
- INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ: *Los contratos ilegales en el Derecho Privado Europeo*. Indret, 2009. www.indret.com.
- JORDANO BAREA: «La causa en el sistema del Código Civil español», en *Centenario del Código Civil*. Tomo I, 1990.
- LANDO y BEALE: *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual Europeo)*. Edición: Ole Lando y Hugh Beale. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española.
- MARTÍN PÉREZ: «La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. La Ley-Actualidad*, 2006, vol. 2.
- MORALEJO: *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. Dir.: Rojo-BELTRÁN. Tomo I, Aranzadi-Civitas, 2011.
- MORALES MORENO: *Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. Estudios*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011.
- NIETO CAROL: «La adquisición de participaciones propias», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 42, 2002.
- PERDICES HUETOS: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, 1997.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.
- REDONDO TRIGO: «La causa en los contratos de compraventas de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, agosto de 2010.
- «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero de 2011.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ: «Adquisición por la sociedad de participaciones y amortización con reducción del capital social. Comentario a la RDGRN de 16 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8192)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 2007-29.
- SABORIDO SÁNCHEZ: *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- URIÁ, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA, en URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.^a ed., Thomson Civitas, 2006.
- VÁZQUEZ DE CASTRO: *La ilicitud contractual: supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de abril de 1941 (*AR* 493).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985/6620).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de febrero de 1986 (*RJ* 1986/934).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2008 (*RJ* 2008/5666).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012 (*JUR* 2012/102193).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 26 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/212097).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/8192).

RESUMEN

ADQUISICIÓN DERIVATIVA DE PARTICIPACIONES SOCIALES AUTOCARTERA

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012, se califica la infracción de la normativa de adquisición derivativa de participaciones sociales como un supuesto de ilícito causal que produce la nulidad radical del negocio jurídico de adquisición, en contra de la calificación como contrato prohibido y los efectos del mismo a la luz de la interpretación del artículo 6.3 del Código Civil y del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

ABSTRACT

DERIVATIVE ACQUISITION OF CORPORATE INTERESTS TREASURY SHARES

In the Supreme Court's ruling of 1 March 2012, violation of the rule on the derivative acquisition of corporate interests is classified as a case of a causal unlawful act, which makes the legal act of acquisition null and void at its root. This contrasts with the classification of the derivative acquisition of corporate interests as a prohibited contract and the effects thereof in the light of the interpretation of article 6.3 of the Civil Code and section 140.2 of the Corporations Act.