

2. DERECHO MERCANTIL

Asistencia financiera y ampliaciones de capital *Financial assistances and share capital increases*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

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

RESUMEN: Asistencia financiera, ampliación de capital y nulidades.

ABSTRACT: *Financial assistances and share capital increases and annulments.*

PALABRAS CLAVE: Asistencia financiera. Ampliaciones de capital y nulidades.

KEY WORDS: *Financial assistances and share capital increases and annulments.*

SUMARIO: I. UN CASO PARTICULAR DE ASISTENCIA FINANCIERA Y AMPLIACIONES DE CAPITAL.—II. INAPLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA EN CASOS DE AMPLIACIÓN DE CAPITAL E INEFICACIA SOCIETARIA.—III. INEFICACIA DEL NEGOCIO DE SUSCRIPCIÓN MEDIANTE ASISTENCIA FINANCIERA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. UN CASO PARTICULAR DE PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA Y AMPLIACIONES DE CAPITAL

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 411/2019 de 1 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 78075) se analiza un caso particular de relevante interés para el estudio del alcance de la prohibición de asistencia financiera en nuestro ordenamiento jurídico¹.

Un supuesto como el analizado en esta sentencia nos ofrece la oportunidad de plantear y atender someramente, al menos, problemas tan notables que aparecen en un supuesto de ampliación de capital en el que puede plantearse al menos en la práctica si efectivamente puede caer, en función de las circunstancias del caso, bien dentro de la normativa prohibitiva de la asistencia financiera, bien en el ámbito de aplicación de otra normativa societaria digna de atención o incluso dentro del más vasto campo de las categorías de la ineficacia contractual, pasando por la categorización previa de la naturaleza jurídica del acuerdo social de ampliación de capital y la distinción de las distintas fases que puede

apreciarse en la misma, a saber, la fase de aumento y la fase de ejecución de la ampliación de capital.

Una problemática tan amplia tendrá incluso repercusiones en el plazo de caducidad/prescripción del ejercicio de la acción, bien se acuda a la acción de impugnación de acuerdos sociales o bien la acción de nulidad del negocio correspondiente, sin dejar de obviar problemas ulteriores como pudieran ser las consecuencias de la nulidad que se pretendiere en aquellos casos en que normalmente se nos ofrecen en la práctica que generalmente están anudados a situaciones de abusos de posiciones de mayoritarios contra minoritarios, en los que por ejemplo, se pretende la dilución sin recursos propios del minoritario o incluso cuando se recurre al negocio de asistencia financiera convenida para solventar el desarreglo social mediante la adquisición de las acciones o participaciones sociales del accionista/socio mayoritario frente al minoritario.

Una atención pormenorizada de tan amplia problemática excede con mucho las pretensiones del presente trabajo que residen más bien en un planteamiento de las mismas y en el ofrecimiento de nuestro parecer al respecto, con el objeto de que ello pueda servir incluso para sentar las bases de reflexiones posteriores sobre cuestiones que no solo interesan por el atractivo práctico que tienen sino, por qué no decirlo, por la cierta complejidad que presentan.

En el caso analizado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 marzo de 2019 se enjuicia una ampliación de capital que es suscrita por el socio mayoritario mediante la asistencia financiera (préstamo) de la propia sociedad que amplía capital a la que no acuden los dos socios minoritarios de la sociedad con rechazo al ejercicio de su derecho de adquisición preferente, resultando que uno de los socios minoritarios interpone demanda en la que sostuvo que la ampliación de capitales se llevó a cabo con la asistencia financiera de la demandada, por lo que solicitó la nulidad del acuerdo. Subsidiariamente, solicitó que se acordara la nulidad del acto de suscripción de las participaciones.

La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda al apreciar que la acción había caducado, al haber transcurrido más de cuatro años desde que se adoptó y ejecutó el acuerdo de ampliación. Tras analizar la jurisprudencia sobre el cómputo del plazo y sobre el concepto de orden público, descarta que este se haya infringido. Por todo ello absuelve libremente a la demandada.

El demandante recurre en apelación la sentencia de instancia, reproduciendo básicamente sus argumentos de la instancia resultando que la sentencia de apelación desestima íntegramente el recurso de apelación.

Sobre la caducidad de la acción ejercitada, la sentencia de apelación se pronuncia con el siguiente tenor literal:

«Sobre la caducidad de la acción.

11. El recurso justifica la infracción del orden público mercantil en el hecho de haberse ocultado intencionadamente por la sociedad que la ampliación de capital iba a ser suscrita con fondos de la propia sociedad y sin ofrecer al conjunto de los socios la misma posibilidad concedida al socio mayoritario (PACS). La ocultación de ese hecho esencial, que impidió al demandante impugnar el acuerdo dentro del plazo legal, se produjo tanto con carácter previo a la junta, dado que nada se dijo al respecto ni en la convocatoria ni el informe de los administradores, como durante la junta y con posterioridad.

12. Pues bien, precisados los términos del recurso, hemos de realizar una consideración previa. Tal y como dijimos en nuestra Sentencia de

28 de septiembre de 2018, hay que distinguir entre la impugnación del acuerdo social de ampliación de capital y el negocio jurídico instrumental o de ejecución de dicho acuerdo por el que se suscriben las nuevas participaciones. De este modo la Sentencia de 12 de abril de 2018 (ECLI ES:TS:2018:1294) dice al respecto lo siguiente:

«En el presente caso, la demandante tiene legitimación activa (*ad causam*) para ejercitar la acción de nulidad del negocio jurídico que comporta la restitución de las prestaciones realizadas, pues dicha acción no se dirige contra la validez del acuerdo de ampliación o aumento de capital de 22 de marzo de 2010, sino contra el negocio “instrumental” que lo ejecuta, esto es, el negocio de suscripción y adquisición de las nuevas acciones. Negocio que es susceptible, de un modo directo, de ser objeto de una acción de nulidad por un tercero que resulte perjudicado».

13. Es más, la Sentencia del TS de 1 de octubre de 2018 (ECLI ES:ts:2018:3333), en un supuesto de asistencia financiera en la compra-venta por algunos socios de participaciones sociales de autocartera y, en consecuencia, con infracción del artículo 143 de la Ley de Sociedades de Capital (el mismo que en este caso se cita como infringido), también distingue entre el negocio de transmisión de las participaciones y el negocio de financiación.

14. Pues bien, en este caso los hechos esgrimidos por el demandante para sostener la nulidad del acuerdo de ampliación de capital vienen referidos, no al acuerdo mismo de ampliación, sino a cómo el socio mayoritario suscribió y desembolsó su parte. La convocatoria y el informe de los administradores no tienen que precisar con qué recursos los socios efectuarán el desembolso, cuestión que solo afecta a la ejecución del acuerdo de ampliación, sin perjuicio, claro está, del efecto que pueda tener la nulidad del acto de suscripción sobre el acuerdo mismo, que puede quedar total o parcialmente incompleto (art. 310 de la LSC).

15. Por todo ello, procede confirmar la caducidad de la impugnación del acuerdo de ampliación de capital, por haber transcurrido el plazo de un año desde su adopción establecido en el artículo 205 de la LSC, si bien limitando el alcance de la caducidad a la primera de las acciones de impugnación (la referida a la nulidad del acuerdo de aumento) y no a la nulidad de la suscripción y desembolso por el socio mayoritario, que no está sujeta a dicho plazo de caducidad. La caducidad determina que no se analice otra causa de impugnación que se apunta, sin la claridad necesaria, en el recurso, como es el hecho de que la ampliación no estuviera económicamente justificada, acordándose con el único propósito de diluir la participación de los socios minoritarios.

Por ello, debemos estimar en parte el recurso de la demandante, lo que nos obliga a analizar si hubo o no asistencia financiera y, en su caso, en qué medida afectaría a la validez del acto de suscripción de participaciones por parte de PACS».

Es decir, dado que habían transcurrido algo más de cuatro años desde la adopción del acuerdo social y el planteamiento de la demanda, la Audiencia Provincial confirma la caducidad de la impugnación del acuerdo de ampliación de capital ya que estima que el mismo —pese a que hipotéticamente se admitiera que contraviniera la prohibición de la asistencia financiera— no es materia de Orden Público que supondría la imprescriptibilidad de la acción (art. 205 LSC)

ya que según doctrina reiterada del Tribunal Supremo (Sentencias de 28 de noviembre de 2005 y 19 de abril de 2010), el término “Orden Público” se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas, entre los que se encuentran los principios configuradores de la sociedad y los que guardan relación con la protección de accionistas ausentes o minoritarios. En todo caso, presentado el concepto de orden público como excepción a la regla de la caducidad, debe ser aplicado restrictivamente, a fin de evitar que la excepción destruya la regla de la caducidad, establecida para la seguridad jurídica (sentencia de 30 de mayo de 2007).

Sin embargo, la Audiencia Provincial estima que la petición subsidiaria del Suplico consistente en la impugnación del negocio de suscripción de las participaciones sociales creadas en la ampliación de capital no estaba afectada por la caducidad del plazo de impugnación del acuerdo social.

Ciertamente, la prohibición de la asistencia financiera tradicionalmente ha estado fundamentada en el control de la actividad de los administradores para evitar que terceros afines a su gestión puedan hacerse con el control de la sociedad, impedir que la sociedad que realiza la prestación de asistencia financiera pueda incurrir en insolvencia ya que asegura con sus propios activos la devolución de un crédito solicitado por un tercero para la adquisición de sus propias acciones², y por último, esta prohibición de asistencia financiera ha tenido como fin evitar especulaciones con valores cotizados estimulando la adquisición de acciones cotizadas mediante la prestación de asistencia financiera con el objeto de incrementar su valor bursátil y así convertirse incluso en una medida anti-OPA^{3,4}. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.^a, de 9 de enero de 2007 (AC 2007, 1160), que resuelve la pieza de medidas cautelares en el asunto de la OPA que Gas Natural formuló sobre Endesa, entendió que el acuerdo con el anterior artículo 81 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) (vigente art. 150 de la Ley de Sociedades de Capital) requiere que *«La asistencia financiera se preste específicamente para la adquisición de acciones, como motivo determinante de la operación. Si la finalidad financiera no existe o no es esencial, y prevalece otra, ya no puede afirmarse que se incurra en la prohibición»*⁵.

En realidad y con carácter general no se aprecia que ninguno de tales objetivos de prohibición de la asistencia financiera sea de interés público, pues pretenden con carácter general la protección de intereses particulares (los de los socios de una sociedad capitalista), por lo que coincidimos en desubicar con carácter general el problema del concepto del Orden Público, salvo en aquellos casos relativos a las protecciones en sede de mercados de valores a los que antes hemos hecho referencia y que no vienen en estos momentos al caso⁶.

Entrando en el fondo del asunto y con carácter previo a la decisión sobre la aplicación de la normativa de la prohibición de la asistencia financiera, la Audiencia Provincial de Barcelona en su meritada sentencia entiende correctamente también a nuestro juicio que hay que distinguir entre la impugnación del acuerdo social de ampliación de capital y el negocio jurídico instrumental o de ejecución de dicho acuerdo por el que se suscriben las nuevas participaciones. De este modo la propia Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de abril de 2018 (ECLI ES:TS:2018:1294) dice al respecto lo siguiente:

«En el presente caso, la demandante tiene legitimación activa (ad causam) para ejercitar la acción de nulidad del negocio jurídico que comporta

la restitución de las prestaciones realizadas, pues dicha acción no se dirige contra la validez del acuerdo de ampliación o aumento de capital de 22 de marzo de 2010, sino contra el negocio "instrumental" que lo ejecuta, esto es, el negocio de suscripción y adquisición de las nuevas acciones. Negocio que es susceptible, de un modo directo, de ser objeto de una acción de nulidad por un tercero que resulte perjudicado».

Así y finalmente, desestima la nulidad solicitada del negocio de suscripción de acciones por incurrir en la prohibición de asistencia financiera al razonar del siguiente tenor:

«Aunque llegáramos a la conclusión de que las cantidades se prestaron para financiar la operación, la nulidad alcanzaría exclusivamente al negocio asistencial (el préstamo) y no al negocio de adquisición (el acto de suscripción y desembolso). Recordemos que la vigente Ley de Sociedades de Capital elimina la sanción de nulidad de pleno derecho que el artículo 40 ter de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establecía para la adquisición de participaciones contraviniendo la prohibición legal de asistencia financiera. Pues bien, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2018, antes citada, limita la nulidad al negocio de financiación. Dicha sentencia dice al respecto lo siguiente:

«Lo que se cuestiona en el recurso, y por tanto constituye la cuestión a decidir, es si esa nulidad debió limitarse al negocio de financiación (la concesión de un aplazamiento en el pago de parte del precio sin devengo de intereses y sin constitución de garantía) o por el contrario debió extenderse también al propio negocio de transmisión de las participaciones sociales.

4. Al igual que sucedió al examinar el anterior motivo del recurso, consideramos que la finalidad de la norma que prohíbe la asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones no exige que, en caso de contravención, se anule la transmisión que ha sido financiada con la asistencia de la propia sociedad limitada, y que basta con que se anule y deje sin efecto la operación de financiación.

5. La solución alcanzada en la sentencia recurrida protege la finalidad buscada en la norma que prohíbe la asistencia financiera. El crédito concedido por la sociedad al socio al permitirle el aplazamiento en el pago de parte del precio queda sin efecto, de modo que la sociedad puede exigir de forma inmediata el pago de la totalidad del precio. De este modo se pone fin a los efectos perniciosos que la asistencia financiera tiene para la propia sociedad, para los demás socios y para los acreedores sociales».

Aquí es donde comienza nuestro disentir con la expuesta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona ya que entendemos que la nulidad del negocio de suscripción de participaciones sociales o acciones, en su caso, creadas como consecuencia de la ampliación de capital acordada podría haber sido tomada en cuenta más que por la aplicación de la normativa propia de la prohibición de la asistencia financiera por la concurrencia en el caso de una vulneración de las normas del desembolso de las aportaciones, o incluso, por la existencia de una ilicitud causal si la ampliación se hubiera acordado y ejecutado mediante asistencia financiera aprovechando la insuficiencia patrimonial de los minoritarios para acudir igualmente sin recursos propios al ejercicio del derecho de suscripción preferente con claro tratamiento discriminatorio en la operación en su conjunto

respecto del mayoritario que sin esfuerzo con recursos propios acude a la ampliación de capital con fondos sociales que se le prestan y con el ánimo de dilución de los minoritarios. A saber, en estos casos pueden entrar en juego normas de ineficacia negocial propias como los artículos 6.3, 6.4 y 1275 del Código civil, sentando que ante ello el plazo de ejercicio de la acción ya no es el propio de la impugnación de acuerdos sociales y sí del de ineficacia del negocio jurídico⁷.

II. INAPLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA EN CASOS DE AMPLIACIÓN DE CAPITAL E INEFICACIA SOCIETARIA

Como hemos tenido oportunidad de comprobar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de marzo de 2019 desestima el recurso de apelación sobre la inaplicación de la normativa propia y prohibitiva de la asistencia financiera, ¿pero realmente es aplicable dicha normativa en los casos de ampliación de capital?, a nuestro juicio no, en consonancia con la ya razonado por PAZ ARES y PERDICES HUETOS^{8, 9}, (aunque como tendremos ocasión de demostrar este no es el parecer de las escasas sentencias de Audiencias Provinciales que conocemos sobre el particular) si bien no compartamos el argumento literal que utilizan estos autores, ya que ellos mismos no lo consideran definitivos.

Así, entre las resoluciones judiciales que han confirmado la aplicación de la normativa prohibitiva de la existencia de asistencia financiera en ampliaciones de capital, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de marzo de 2012, In. Cendoj 36038370012012100219, que razona lo siguiente:

«Como dato de hecho relevante y no controvertido debe apuntarse que el socio único celebra una junta universal el 26 de octubre de 2007 en la que se acuerda el aumento de capital mediante la creación y emisión de nuevas participaciones, concretamente 100.000 participaciones con un valor nominal de un euro cada una, numeradas correlativamente de la 3.007 a la 103.006. Tales participaciones fueron desembolsadas en realidad con dinero propio de la misma sociedad. El mismo día 26 de octubre de 2007 en que se adopta el acuerdo, el socio único de la demandada, don Gerardo, retira de la cuenta de la sociedad, mediante transferencia bancaria, dada su condición de administrador, la cantidad de 101.000 euros, hacia una cuenta bancaria titularidad del mencionado don Gerardo. Y de forma inmediata, el mismo día, don Gerardo procede a realizar una transferencia desde la misma cuenta de su titularidad a la cuenta bancaria a nombre de la sociedad ahora demandada. (...) CUARTO. A igual conclusión llegaríamos si pudiera considerarse que la primera transferencia realizada de la cuenta de la sociedad a la cuenta del socio único tenía la consideración de préstamo. Atendiendo a las circunstancias, especialmente temporales y la casi identidad de la cuantía, en que se realizan las transferencias, no queda duda alguna que la asistencia financiera tiene como finalidad la adquisición de las participaciones. De esta forma cae bajo la prohibición establecida en el artículo 40.5 LSAR (en la actualidad reiterado en el art. 143.2 LSC) que prohíbe a la sociedad anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones. Prohibición que se configura en la sociedad de responsabilidad limitada en términos

absolutos. Y la infracción de tal prohibición, ante el silencio de la norma, debe ser la nulidad de pleno derecho de la referida operación, en aplicación del artículo 6.3 Código civil. Nulidad que se comunica también al negocio adquisitivo de las propias participaciones, dada la vinculación causal entre uno y otro».

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2008, Id Cendoj: 08019370152008100050, determina que:

«... en el desarrollo de la fase probatoria demostró que, en efecto, se había producido el desembolso de las acciones suscritas como consecuencia del aumento del capital, constando documentalmente el ingreso en la cuenta de TRIMUSIC de 60 millones de pesetas, correspondientes a las participaciones suscritas por el socio mayoritario, don Carlos Manuel. Esto, que el actor no podía conocer en el momento de interponer la demanda, dejaba sin base su primer motivo de nulidad del acuerdo, pues el mismo sí que se había ejecutado.

Pero como el Sr. José Carlos sospechaba que, de haberse producido el desembolso económico, este no procedía de don Carlos Manuel, alegó igualmente que en todo caso el desembolso sería ficticio, pues provendría de otras empresas de ambos socios, integrantes del que llamó grupo MAX MUSIC, incluidas las filiales extranjeras, controladas también por el socio mayoritario, que se habría servido de ellas para lograr suscribir el aumento de capital que, según la misma sentencia, diseñó como mecanismo para excluir al demandante. La prueba practicada demostró documentalmente, por certificación del BSCH, que, en efecto, en la cuenta de la sociedad se ingresó poco después del acuerdo de ampliación el dinero proveniente de un préstamo hipotecario concedido a la entidad, de modo que los 60 millones de pesetas para la ampliación del capital de TRIMUSIC provienen precisamente de dicha entidad. Así las cosas, no compartimos la opinión del Juzgado a quo de que esta es una cuestión igualmente novedosa, no alegada en la demanda. El razonamiento del Sr. Magistrado es que lo alegado fue que el dinero provenía de otras sociedades del mismo grupo, no de la propia entidad demandada.

Pero el razonamiento de la demanda se orientaba a la consideración de la asistencia financiera como origen del desembolso económico, haciendo uso don Carlos Manuel en su propio beneficio del control que poseía sobre diversas compañías y logrando de ellas el dinero necesario para concurrir a la ampliación que él mismo concibió. Así se pronunciaba la demanda. Resulta entonces irrazonable que se estime la demanda de haberse probado que el dinero proviene de otras empresas del mismo grupo, es decir, con el Sr. José Carlos como socio minoritario, y por el contrario se desestime cuando se ha demostrado que el dinero proviene de la misma TRIMUSIC. Alegado este hecho en la demanda y convenientemente probado, la mención expresa en el recurso del artículo 40.5 de la LSRL, que prohíbe esa asistencia financiera, no supone en modo alguno una alteración de los hechos si objetos del debate ni de la causa de pedir, que es idéntica.

Y aunque el demandado niegue la existencia de esa asistencia financiera, lo cierto es que, en el contexto en el que las partes estaban inmersas, probada la maniobra de exclusión ideada por don Carlos Manuel, y acreditada, no la concesión del préstamo hipotecario antes del acuerdo

impugnado, sino el ingreso de 360.000 euros días después del mismo (el 19 de diciembre de 1997, según los extractos del BSCH), existe prueba bastante para entender acreditado este hecho. La ampliación, pues, infringía el artículo 40.5 de la LSRL, por lo que es nula, arrastrando con ella la nulidad de los acuerdos alcanzados en las Juntas posteriores de 15 de mayo y 24 de noviembre de 1998, adoptados por una mayoría de capital distinta de la real. Procede en consecuencia estimar la demanda, y con ello, el recurso del actor».

Por su parte, PAZ-ARES y PERDICES HUETOS razonan lo siguiente: «la asistencia en adquisiciones originarias, es decir, en el momento constitutivo (de la sociedad) y, sobre todo, en el seno de aumentos de capital, deben entenderse excluidas (de la prohibición de asistencia financiera) y admisibles, salvo que atenten contra otros principios societarios, como destacadamente sucede con el de integración del capital».

Utilizan el siguiente argumento de interpretación literal: «En efecto, el tenor literal del artículo 81 al referirse a «adquisición» alcanza tanto al artículo 74 como el 5, ya que ambos se refieren a «adquisición». No obstante, ese mismo argumento literal es opuesto a la asimilación en la Segunda Directiva CEE, donde en su artículo 18, al prohibir la adquisición originaria, se habla de «suscripción», en el 19, donde prohíbe la derivativa, se refiere a «adquisición» y, finalmente, en el artículo 23, donde prohíbe la asistencia financiera, habla solo de «adquisición».

Pero, en realidad, qué podemos entender por «adquisición». En nuestra opinión y conforme con DIEZ-PICAZO y GULLÓN, el término «adquisición» hace referencia a la atribución del derecho subjetivo a una persona determinada¹⁰, refiriéndonos en nuestro caso al derecho subjetivo absoluto del dominio, una vez configurados los modos de adquirir la propiedad del artículo 609 del Código civil como hechos jurídicos adquisitivos, de ahí que no compartamos el anterior argumento literal expuesto por los precitados autores¹¹.

PAZ-ARES y PERDICES HUETOS sientan su parecer afirmando lo siguiente: «Pero más allá de argumentos literales o de experiencia, que como vemos militan en uno y otro sentido (v. la crítica a los mismos de VAQUERIZO ALONSO, *Asistencia financiera*, 187 y sigs.), son argumentos materiales los que sostienen la aplicabilidad del artículo 81.1 LSA en estos casos. Y ello, fundamentalmente, se basa en la diversidad de consecuencias que el aumento de capital supone para la sociedad asistente de los principios afectados. En efecto, aquellos casos que se suelen señalar como de asistencia financiera en su forma más clara son en realidad puros y simples ataques al principio de íntegra aportación y su correlativo de integración del capital, como son destacadamente todos aquellos en que se proceda por los administradores al compromiso directo del patrimonio social para facilitar al tercero el pago del precio (v. en este sentido la SAN 11-II-1999 —en www.cnmv.es—, donde la sociedad emisora devuelve parte del préstamo utilizado por el tercero para la suscripción). Este grupo de supuestos ya aparece inmediatamente prohibido por las reglas de integración del capital social y por ende su integración en el marco de la asistencia financiera no añade nada a su ilicitud. Así las cosas, todavía merecen consideración a efectos de la prohibición de asistencia financiera dos supuestos de disposición del patrimonio social en relación con la suscripción de las propias acciones: aquellos que suponen un aplazamiento en el pago del precio, y que la ley parece querer reconducir al régimen de los dividendos pasivos (1); y de otro, aquellos que suponen una rebaja en el precio de emisión (2)».

Gráficamente, ALFARO ÁGUILA REAL¹² describe uno de los supuestos problemáticos que coincide con el caso enjuiciado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 marzo de 2019, admitiendo que la ilicitud del caso debería estar ubicada dentro de las normas de desembolso del capital.

a) El primer caso supone —o puede suponer— una infracción de las normas sobre desembolso. Imaginemos que la sociedad anónima CATA da un préstamo al socio CATASOCIO para que este suscriba un aumento de capital de CATA. El préstamo vence en el plazo de un año. CATASOCIO emplea el dinero del préstamo en suscribir el aumento de capital en CATA. El efecto práctico de esta operación es que CATASOCIO ha conseguido aplazar el desembolso de sus acciones durante un año. Tratándose de una sociedad anónima, se estaría infringiendo la norma del artículo 79 LSC que exige el desembolso de al menos el 25 % de la cifra de capital aumentado en el momento de la suscripción. Si se tratara de una sociedad limitada, esta operación sería una infracción indirecta de las normas sobre desembolso íntegro de las participaciones en el momento de la asunción (art. 80 LSC). Por tanto, la operación descrita es ilícita, no porque suponga asistencia financiera, sino porque supone infracción de las reglas sobre formación del capital».

En función de lo anterior y en nuestra opinión coincidente con dichos autores en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 marzo de 2019 la nulidad del negocio de suscripción debería haber venido no por la aplicación de la normativa de la prohibición de la asistencia financiera sino por la infracción de la normativa sobre desembolso íntegro de las participaciones en el momento de la asunción (art. 78 LSC) suponiendo dicha infracción un supuesto de nulidad del negocio de suscripción por aplicación de lo previsto en los artículos 6.3 del Código civil (infracción de norma imperativa reguladora del desembolso íntegro del capital social) y por el carácter simulado y fraudulento de la operación societaria (arts. 1275, 1276 y 6.4 CC).

¿Podría haberse estimado la petición de nulidad por parte del recurrente pese a no haberse acudido en sus planteamientos al principio de desembolso íntegro de las participaciones sociales ex. artículo 78 LSC? En nuestra opinión sí, en función de la teoría procesal de la sustanciación. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido la doctrina de la sustanciación, así podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 918/2006, de 27 de septiembre de 2006 —EDJ 2006/275333—, que dice que:

«la doctrina de la sustanciación que sigue esta Sala en la identificación de la causa de pedir permite que, extraída de las alegaciones la esencia de los hechos, se apliquen las reglas da mihi factum, dabo tibi ius y iura novit curia, bien que con el límite referido de que no se altere la causa de pedir. Son, en definitiva, los hechos que integran el supuesto al que la norma vincula la consecuencia jurídica los que permiten individualizar la pretensión».

Pues bien, como recoge la doctrina civilista¹³ cuando analiza el artículo 6.3 del Código civil «El efecto que produce [la nulidad del acto contra norma imperativa o prohibitiva] es la nulidad: 1.º) inmediata, *ipso iure*, sin necesidad de especial declaración, a no ser que haya dado lugar a una apariencia y sea preciso eliminarla mediante el ejercicio de una acción declarativa...», por lo que la pretensión es meramente declarativa cognitiva negativa, o sea, la sentencia es declarativa y no constitutiva de la nulidad, de ahí que no se exceptionaría la antedicha doctrina procesal de la sustanciación.

III. INEFICACIA DEL NEGOCIO DE SUSCRIPCIÓN MEDIANTE ASISTENCIA FINANCIERA

En cuanto a la posibilidad de configurar el negocio de suscripción como contrato en daño de tercero, podría admitirse la posibilidad de que el negocio de suscripción mediante la asistencia financiera fuera operada con el ánimo conjunto de las partes intervinientes de provocar un daño consciente a los titulares del fin protegido con la norma prohibitiva que estamos tratando y aunque pudieren realizarse reparos sobre la apreciación o no del ilícito causal en este tipo de situaciones negociales, amén de que la responsabilidad contractual o extracontractual caso de inexistir un ilícito causal que legitimare la nulidad del negocio de suscripción de asistencia financiera, según fuere el caso, pudiera suponer una insatisfacción del interesado que ha visto vulnerado sus legítimos derechos como consecuencia del negocio de asistencia financiera¹⁴, estimamos, no obstante, que sí hay argumentos para sostener la existencia de un ilícito causal en este caso.

Pero no adelantemos acontecimientos puesto que ya volveremos sobre lo anterior principalmente en cuanto a las relaciones entre el artículo 6.3 y 1275 del Código civil que pudieran darse en este caso, ya que primero estimamos que resulta conveniente recordar la categoría de ineficacia en un acuerdo de ampliación de capital y del negocio de suscripción del mismo.

Se hace preciso como antecedente del razonamiento exponer el significado y alcance de la fase ejecutiva en una ampliación de capital.

Como pone de manifiesto con el siguiente tenor literal, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2011 —Id Cendoj: 28079110012011100665— en una ampliación de capital existe tanto la fase deliberativa como la fase ejecutiva:

«**TERCERO.**

Previamente a dar respuesta al motivo, en sus dos relatadas vertientes, se hace necesario identificar el marco en que se desarrolla el aumento de capital, pues el mismo está compuesto de dos fases —al respecto, Sentencia de 2 de abril de 1990—: Una, previa, de deliberación, que concluye con la adopción por los socios del acuerdo de modificar los estatutos.

Otra, posterior, de ejecución, que se desarrolla con la perfección y el cumplimiento del llamado negocio jurídico de suscripción, esto es, de aquel por el que una persona se pone de acuerdo con la sociedad en adquirir una o más participaciones, acreditando ante el notario autorizante la realidad de las aportaciones dinerarias —artículo 19, apartado 2, de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, hoy artículo 62, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio».

Como afirma la doctrina, CASTELLANO RAMÍREZ (*op. cit.* 10 y sigs.)¹⁵. «Esta distinción entre la fase deliberativa y la fase ejecutiva permite apreciar en la operación de aumento de capital un proceso o procedimiento jurídico integrado por un conjunto de actos de distinta naturaleza que, vinculados entre sí por una relación de dependencia jurídica, confluyen para la obtención de ese concreto resultado jurídico común: la elevación de la cifra del capital social y la modificación de los Estatutos sociales (...) Así, la consideración de la operación de aumento del capital como un proceso con dualidad de fases y la calificación de la fase de ejecución como fase externa, cobran máxima intensidad cuando la operación de aumento se efectúa con cargo a nuevas aportaciones, especialmente, si tiene lugar la emisión de nuevas acciones. En efecto, la complejidad que pre-

senta el contenido de la fase de ejecución de este tipo de ampliación —que, por esta razón, tomamos como modelo paradigmático a lo largo de este trabajo—, permite apreciar con mayor claridad aquella dualidad de fases y las múltiples cuestiones que puede suscitar la fase de ejecución. El contenido de la fase de ejecución aparece aquí claramente desglosado en una serie de actos jurídicos concatenados entre sí y recíprocamente dependientes: la suscripción de las nuevas acciones emitidas, el desembolso de las mismas en la cantidad establecida en las condiciones de emisión, y la adjudicación de dichas nuevas acciones a los suscriptores. Unos son actos cuya realización corresponde a personas distintas de la sociedad en sí (la suscripción y el desembolso), y otros son actos a efectuar por los administradores en cuanto órgano que tiene atribuida la representación del ente social (la adjudicación de las acciones)¹⁶.

Pues bien, como razona CASTELLANO RAMÍREZ (*op. cit.* 25, 26 y 27), «la *ineficacia directa* de la ejecución del acuerdo de aumento incluye todos aquellos supuestos en los que el vicio o defecto invalidante tiene su origen en la misma fase de ejecución. En estos casos, se parte de un acuerdo de aumento válido que no adolece de vicio alguno que determine su nulidad o anulabilidad, situándose, por contra, el hecho invalidante en la fase de ejecución. La ineficacia de la ejecución del aumento es consecuencia de algún vicio o defecto que afecta de manera directa a uno o varios de los actos de ejecución. (...) Estos vicios o defectos de los actos de ejecución pueden ser de carácter *cuantitativo* o de carácter *cualitativo*. Bajo la expresión *defectos de carácter cuantitativo* se comprenden todos aquellos casos en los que alguno de los actos que, según la clase de aumento de que se trate, es necesario para concluir la ejecución del acuerdo o bien no ha podido ser realizado en absoluto, o bien lo ha sido solo en parte. La existencia de defectos de carácter cuantitativo en la realización de los actos de ejecución significa, básicamente, que el acuerdo de aumento no ha podido ser ejecutado en toda su extensión o en todo su contenido, impidiendo la realización del resultado jurídico que constituye el objeto del mismo.

A diferencia de estos, los *defectos de carácter cualitativo* se refieren a la existencia de vicios que determinan la ineficacia de alguno los actos de ejecución ya realizados y que son lo suficientemente relevantes para invalidar la fase de ejecución del aumento. En este caso no se trata de que falte algún acto necesario para la ejecución del acuerdo, ni de que su realización no haya sido completa, sino del hecho de que alguno de los actos de ejecución ya efectuados queda posteriormente invalidado debido a la concurrencia de circunstancias que llevan legalmente aparejada la sanción de la ineficacia (...) La suscripción del aumento adolecerá, en cambio, de defectos de carácter cualitativo, cando, a pesar de haber sido suscrito el total de las acciones emitidas, sin embargo, todas o algunas de estas declaraciones de voluntad en que la suscripción consiste se encuentren afectadas por algún vicio que impide que la suscripción pueda tenerse por eficaz. Sobre la base de la naturaleza negocial de la suscripción de acciones, quedan comprendidas aquí aquellas circunstancias que pueden determinar la nulidad, la anulabilidad o la rescisión de la suscripción. Dado que la realidad y exactitud del aumento depende de la validez y eficacia de los concretos negocios de suscripción, se hace precisa determinar en qué medida la declaración de ineficacia de uno o varios negocios de suscripción, ya sea esta declaración anterior o posterior a la inscripción del aumento, trasciende del acto jurídico viciado para afectar a la validez de la fase de ejecución»¹⁷.

En realidad, la cuestión relativa a la aplicación de la norma del artículo 6.3 del Código civil a cuestiones societarias, no ha dejado de ser una cuestión que

en nuestra opinión haya merecido un correcto tratamiento por parte del Tribunal Supremo.

Como ya tuvimos ocasión de analizar¹⁸, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 102193) —de la que también fue ponente el Excmo. Sr. GIMENO-BAYÓN—, denegó 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 contraído 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.

Por lo tanto, el fallo casacional de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012 (*JUR* 2012/102193) descansó 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.

Ya mostramos nuestro rechazo a que dicho negocio de adquisición de participaciones sociales en contravención de normativa societaria reguladora de la autcartera fuera un supuesto de negocio nulo por ilícito causal (*ex. art. 1275 CC*) debido a la inexistencia de desvalor en la conducta de las partes o inexistencia de un interés público a proteger que otorgare al negocio la calificación de nulo por ser ilícita la causa, resulta nuestra opinión que dicha adquisición derivativa merecería la calificación de nulo por aplicación del artículo 6.3 del Código civil, ahora bien, siendo solo nula la adquisición y no el negocio jurídico adquisitivo.

Sin embargo, en esta ocasión y para el caso que estamos tratando si bien estimamos que el negocio jurídico de suscripción sería nulo por la infracción de la normativa imperativa (art. 6.3 CC) de desembolso íntegro del capital social (art. 78 LSC), no es menos cierto que (no solo con base a la amplitud que ha venido mostrándose el Tribunal Supremo en la aplicación del artículo 1275 del Código civil en casos societarios como el resuelto por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012 en la que considera ilicitud de la causa la infracción legal, sino por la existencia de propias razones de interpretación y aplicación jurídica) haría que pudiéramos defender en la práctica que un negocio jurídico de suscripción mediante asistencia financiera como el analizado (préstamo de sociedad a socio mayoritario para suscribir una ampliación de capital a la que no concurren los socios minoritarios) fuera calificado de nulo por causa ilícita en función del carácter negocial del acuerdo de suscripción de capital, en este caso, compartiendo la extensión en la aplicación del referido artículo 1275 del Código civil, ya que la ampliación de capital mediante asistencia financiera con

préstamo de la sociedad al mayoritario persiguiendo la dilución del minoritario sin sacrificio por parte de aquel de recursos propios y utilizando los recursos sociales, sí que ha de merecer un juicio de desvalor en términos de ilícito causal.

Pero si la amplitud del ilícito causal observada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada no nos suponga en este caso un rechazo (en función de las características concretas del caso), sí que podemos sentir lo contrario a la identificación del supuesto como un caso de causa torpe.

Para sentar las correctas premisas para la aplicación del artículo 1306 del Código civil, estamos de acuerdo con DELGADO ECHEVARRÍA¹⁹ que: «Interesa subrayar que hay, sin duda, contratos de causa u objeto ilícitos en que, no habiendo delito, y no pudiendo reprocharse torpeza a ninguno de los contratantes, no han de aplicarse los artículos 1305 y 1306, sino la regla de recíproca restitución (art. 1303). Sucede ello, ante todo, en los casos en que el contrato sea nulo por ser contrario a la ley —supuesto habitualmente considerado de nulidad por ilicitud de la causa, atendiendo a que, según la letra del art 1275, es ilícita la causa cuando se opone a las leyes— pero no se puede tachar la conducta de las partes como deshonesta, impúdica, lasciva, ignominiosa, indecorosa o infame (que son los significados del adjetivo «torpe» según el Diccionario de la Academia, 4.^a y 5.^a acepciones). Solo la torpeza en el sentido dicho —o la condena por delito o falta— determina la privación de la repetición. La tacha de torpeza podrá acompañar a la infracción a la ley, pero ciertamente no en todos los casos ni de forma necesaria. Ni toda conducta ilegal lleva tacha de turpitud, ni esta implica necesariamente contradicción a la ley».

Es decir y en realidad, la causa torpe no lo es por ser contraria a la ley (lo cual sería objeto de la causa ilícita), sino por ser considerada como una conducta de las partes como deshonesta, impúdica, lasciva, ignominiosa, indecorosa e infame, de ahí que la excepción que presenta el artículo 1306 del Código civil al artículo 1303 del mismo cuerpo legal, en cuanto, a la irrepetibilidad o inaplicación de la regla general restitutoria derivada de la nulidad, haya de interpretarse en su correcta medida y de forma restrictiva.

En cuanto a dicha interpretación restrictiva y conexión con la paridad de culpas exigible para la aplicación del artículo 1306, DELGADO ECHEVARRÍA se pronuncia diciendo que: «Se ha defendido la necesidad de una apreciación comparativa de la torpeza de una y otra parte, de modo que solo se privará de repetición a ambos cuando su comportamiento sea igualmente vituperable, pero no cuando haya sensible desproporción, aun habiendo obrado ambos inmoralmamente (en particular, LE TOURNEAU, Ph. 1970, 175 y sigs.). El adagio *in pari causa turpitudinis* parece apuntar en esta dirección. Este planteamiento flexible, que permitirá al juzgador mayor margen de apreciación, para llegar en cada caso a la solución más equitativa, nos parece el adecuado en nuestro Derecho, pues armoniza con la última parte del artículo 1305. En efecto, si el cocontratante de quien incurrió en delito o falta puede repetir lo dado, por más que su propia conducta no sea irreproachable (mientras él, a su vez, no haya delinquido), el mismo criterio que pena solo a aquel cuya conducta es más gravemente inmoral habrá de tenerse en cuenta cuando ninguno haya cometido delito o falta, pero la infamia de uno haya palidecer la de la otra parte»²⁰.

Este argumento ha sido el defendido en la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986 (RJ 7432) al afirmarse que:

«Nos encontramos ante un caso de inexistencia de contrato por falta de causa, hipótesis a la que no le es aplicable la normativa del referido

precepto, pero es que aunque, a título de abundamiento, se entendiera, como pretende el recurrente, que el supuesto de litis es subsumible en la hipótesis de ilicitud de la causa no constitutiva de delito o falta, nunca podría atribuirse culpabilidad en la torpeza de aquella a C., S.A. por haber sido, no autora o coautora de tal identidad, sino víctima de la antijurídica conducta del recurrente como ha quedado patente en el anterior considerando sin que tal ilicitud quepa referirla a la infracción fiscal cometida con anterioridad, sino a la causa del simulado contrato de compraventa o del pretendidamente disimulado contrato de donación».

Sin embargo y dado que «la jurisprudencia más reciente parece encaminarse en este sentido (SSTS de 10 de octubre de 2008²¹, 2 de febrero de 2008 y 31 de mayo de 2005)», no podemos descartar la tentativa de aplicación del artículo 1306 del Código civil al supuesto debatido, o sea, estimar que el negocio de suscripción de la ampliación de capital mediante asistencia financiera como el analizado (préstamo de sociedad a socio mayoritario para suscribir una ampliación de capital a la que no concurren los socios minoritarios) pudiera ser calificado de nulo por causa ilícita y también torpe en función del carácter negocial del acuerdo de suscripción de capital, aunque seamos conscientes de que los Tribunales en raras ocasiones aplican con precisión el artículo 1306 del Código civil.

El problema de lo anterior consistiría en determinar también cómo se regularían los efectos restitutorios del negocio de suscripción de ampliación de capital considerado con causa torpe, en función de si consideramos, como creemos a efectos dialécticos que debería ser que el negocio de suscripción resultara torpe por las dos partes negociales en casos como el expuesto (mayoritario que aprueba la ampliación de capital mediante asistencia financiera de la propia sociedad) y ello supusiera el entendimiento de la irrepetibilidad de las prestaciones como consecuencia de que la torpeza lo es por ambas partes negociales (socio suscriptor y sociedad), produciéndose con ello y sin duda un grave efecto distorsionador.

En cuanto a las consecuencias que para los contratantes se deriva de que la nulidad provenga de ser ilícita la causa del contrato viene regulada en los artículos 1305 y 1306 del Código civil²², indicando, este último, que es el que aquí nos interesa que «Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

1.º) Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2.º) Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá este repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fue extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido».

Los artículos 1305 y 1306 del Código civil, suponen una excepción o salvedad (ya anunciada en el art. 1303 «*in fine*» CC) a la regla de la recíproca restitución de las prestaciones producidas en virtud de un contrato mulo. La razón de estos preceptos se presenta en sede de pago de lo indebido, o de enriquecimiento injusto. En efecto, se trata de un conjunto de casos, ya tratados en el Derecho Romano, en que se deniega la «*conditio*» o la acción de cobro de lo indebido, y que la doctrina moderna fundamenta, entre otras teorías, en la prohibición del abuso de derecho y en la observancia del principio de legalidad.

Ahora bien, la aplicabilidad del artículo 1306 del Código civil, tiene dos excepciones jurisprudencialmente admitidas: los supuestos de simulación contractual y los negocios en que una sola de las partes efectúa prestaciones. Así lo entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1985 *«al ser reiterada la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en la sentencia de 7 de febrero de 1959 y en las citadas en la misma, según la que el artículo 1306 del Código civil «no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo» que es, al igual que en el supuesto contemplado por la referida sentencia, el caso resuelto por la aquí recurrida, en que el presunto vendedor, padre del demandando, hoy recurrente, transmitió a este, que figuraba como comprador, las fincas objeto de las simuladas compraventas, sin contraprestación alguna por su parte»*, lo que corrobora la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre 2008 recurso 74/2003 *«En todo caso, y aunque ello ha sido discutido doctrinalmente, esta Sala ha declarado expresamente (Sentencias de 7 de febrero de 1959, 24 de enero de 1977 y 30 de octubre de 1985) que el artículo 1306 del Código civil, no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo»*.

Así, para evitar el efecto distorsionador consistente en la irrepetibilidad de las prestaciones en el caso de que se pretendiera reconducir el caso analizado a la torpeza de la causa, hemos de acudir para evitar esta aplicación del artículo 1306 del Código civil (debiéndose, en todo caso, reconducir el problema solo a la ilicitud causal del art. 1275 CC) a la excepción jurisprudencial antes citada, es decir, el artículo 1306 del Código civil no se aplica a los negocios simulados, categoría de ineficacia en donde puede ubicarse el caso debatido.

La simulación del negocio de suscripción, no nos es extraña y ya se puso de manifiesto por la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de marzo de 2012, In. Cendoj 36038370012012100219, cuando razona con acierto lo siguiente:

«Como dato de hecho relevante y no controvertido debe apuntarse que el socio único celebra una junta universal el 26 de octubre de 2007 en la que se acuerda el aumento de capital mediante la creación y emisión de nuevas participaciones, concretamente 100.000 participaciones con un valor nominal de un euro cada una, numeradas correlativamente de la 3.007 a la 103.006. Tales participaciones fueron desembolsadas en realidad con dinero propio de la misma sociedad. El mismo día 26 de octubre de 2007 en que se adopta el acuerdo, el socio único de la demandada, don Gerardo, retira de la cuenta de la sociedad, mediante transferencia bancaria, dada su condición de administrador, la cantidad de 101.000 euros, hacia una cuenta bancaria titularidad del mencionado don Gerardo. Y de forma inmediata, el mismo día, don Gerardo procede a realizar una transferencia desde la misma cuenta de su titularidad a la cuenta bancaria a nombre de la sociedad ahora demandada.

La consecuencia de lo anterior es que no ha existido desembolso real y efectivo, ni aportación de ningún tipo. No ha existido el contravalor que en el presente caso consistiría en nuevas aportaciones dinerarias a que se refiere el artículo 73.2 LSRL. Aún cuando el aumento del capital social tiene una finalidad primigenia de financiación de la sociedad, es cierto que pueden concurrir otras finalidades diferentes como aparecer en el mercado con mayor solvencia y mejorar su crédito empresarial. De todas formas, la LSRL, al igual que la LSA (cuyas normas se mantienen en lo esencial en la

Ley de sociedades de capital, texto refundido aprobado por RD Legislativo 1/2010), tratan de garantizar la realidad y efectividad del contravalor, es decir, de los bienes y derechos de contenido patrimonial que respaldan la cifra en que se aumenta el capital social. Entre los principios ordenadores del capital social están los de integridad y realidad, oponiéndose la Ley a capitales ficticios, por eso se establece en el artículo 1 LSRL que el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones sociales de todos los socios, y el artículo 47.1 LSA establece la nulidad de la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. Precepto que encuentra su par en el artículo 59 de la LSC con la supuesta novedad de ampliar su contenido a la sociedad de responsabilidad limitada. Pero como bien señala la doctrina tal novedad es más aparente que real por cuanto dicha prohibición ya se consideraba vigente para la sociedad de responsabilidad limitada pues no constituye sino manifestación del principio de realidad e integridad del capital social. Como expresión de dicha norma, además de lo dispuesto en el artículo 73.2 LSRL, pueden citarse los artículos 1, 4, 18 y 19 LSRL. Se trata de procurar el equilibrio entre patrimonio y capital desde el momento de su fundación, asegurando que el valor nominal de las participaciones tenga una contrapartida patrimonial real, no ficticia. Límite que se extiende a todas las operaciones de emisión o creación cualquiera que sea el momento en que se realicen. En el supuesto que nos ocupa puede decirse que existió una simulación absoluta del acto de desembolso en efectivo del importe de las participaciones, pues con la operación de hecho llevada a cabo por el administrador y socio único de dos transferencias en el mismo día, sin documentar nada al respecto y teniendo en cuenta la inmediatez temporal de tales operaciones, se evidenció el carácter ficticio y no real de la aportación, ya que ningún incremento patrimonial se produjo. La actuación del socio único realizando las dos transferencias tenía como única finalidad cumplir la formalidad de pretender acreditar la realidad del desembolso ante el notario obteniendo previamente la correspondiente certificación bancaria de haber depositado las cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, como exige el artículo 19.2 LSRL. Aparentando así una realidad del desembolso que nunca se ha producido por cuanto simplemente devolvía a la sociedad la cantidad que en el mismo día había retirado de su patrimonio mediante transferencia bancaria. De esta forma se produce la nulidad del negocio de suscripción o asunción, por inexistencia de desembolso, y por ello mismo, de la ampliación de capital, que no puede existir sin aquel (arts. 4, 73 y 77 LSRL)».

Por todo, ello, ilícito causal sí, pero no torpeza causal en este tipo de negocios simulados de suscripción de desembolsos ficticios en ampliaciones de capital acordadas y suscritas con los fines, normalmente espurios, de la dilución social del minoritario por parte del mayoritario, con sacrificio exclusivo de los bienes sociales y no propios para ejecutar tales propósitos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA REAL en su reciente entrada en su blog *Almacén de Derecho* sobre lo particular: ¿Puede asistir financieramente una sociedad anónima a

- los que suscriben un aumento de su capital? <https://almacenederecho.org/puede-asistir-financieramente-una-sociedad-anonimamente-a-los-que-suscriben-un-aumento-de-su-capital/>.
- ALONSO PUIG. Reflexiones sobre el artículo 1306 del Código civil. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003.
- CARRASCO PERERA. La (im) procedencia de impugnar acuerdos societarios sobre la base del abuso del derecho de los socios. <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/la-improcedencia-de-impugnar-acuerdos-societarios-sobre-la-base-del-abuso-del-derecho-de-los-socios.pdf>
- Nulidad de acuerdos sociales de aumento de capital y asistencia financiera en la suscripción del aumento», 22 de mayo de 2019, <https://www.ga-p.com/publicaciones/nulidad-de-acuerdos-sociales-de-aumento-de-capital-y-asistencia-financiera-en-la-suscripcion-del-aumento/>.
- CASTELLANO RAMÍREZ. *La suscripción incompleta del aumento del capital social en la sociedad anónima*. Tesis doctoral dirigida por D. Ángel Rojo Fernández-Río. Universidad Autónoma de Madrid, 2002.
- DE CASTRO. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. Centro de Estudios Registrales, t. II.
- DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos*, Zaragoza, 2003.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, séptima edición. Ed. Tecnos, 1989.
- DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Sexta edición. Thomson- Civitas, 2007.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las Relaciones Jurídico-Reales. El Registro de la Propiedad*. La Posesión. Quinta Edición. Thomson-Civitas, 2008.
- INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ. Los contratos ilegales en el derecho privado europeo, *Indret*, julio de 2009.
- MINGOT AZNAR. La prohibición general de asistencia financiera del artículo 81.1 LSA en las operaciones apalancadas. A propósito del Auto de la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de enero de 2007. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 28, 2007.
- PALOMERO BENACERRAF y SANZ BAYÓN. Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2013 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.ª. B., *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. Parte general, pág. 4, Primera edición, 2012.
- PAZ ARES y PERDICES HUETOS. Las Compras Apalancadas: Significado y problemas para su admisión. Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, dir. Uría, Menéndez, Olivencia, tomo IV, volumen 2.º B, Thomson Civitas, 2003.
- Los negocios sobre las propias acciones. Uría, Menéndez y Olivencia (dirs.), *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo IV, volumen 2.º B, Ed. Civitas, 2003.
- REDONDO TRIGO. La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012.

— La consecuencia de la infracción de la prohibición de asistencia financiera. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, 2014.

SÁNCHEZ-CALERO y FERNÁNDEZ TORRES. *Fusiones apalancadas, asistencia y concurso (Oportunidad y acierto del artículo 35 LME)*. Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil (2011/38) de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 30 de octubre de 1985
- STS de 11 de diciembre de 1986
- STS de 31 de mayo de 2005
- STS 918/2006, de 27 de septiembre de 2006
- STS de 2 de febrero de 2008
- STS de 10 de octubre de 2008
- STS de 14 de noviembre de 2008
- STS de 15 de octubre de 2011
- STS de 1 de marzo de 2012
- SAP de Pontevedra de 7 de marzo de 2012
- SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2008
- SAP de Barcelona de 12 de abril de 2018
- SAP de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 411/2019 de 1 de marzo de 2019
- AAP de Madrid, Sección 28.^a, de 9 de enero de 2007

NOTAS

¹ Una breve crónica y acercamiento a esta interesante sentencia la realiza CARRASCO PERERA en «Nulidad de acuerdos sociales de aumento de capital y asistencia financiera en la suscripción del aumento», 22 de mayo de 2019, <https://www.ga-p.com/publicaciones/nulidad-de-acuerdos-sociales-de-aumento-de-capital-y-asistencia-financiera-en-la-suscripcion-del-aumento/>

² Sobre las cuestiones concursales de la figura, *vid.* SÁNCHEZ-CALERO y FERNÁNDEZ TORRES. *Fusiones apalancadas, asistencia y concurso (Oportunidad y acierto del artículo 35 LME)*, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil (2011/38) de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, páginas. 36-49.

³ Sobre una panorámica doctrinal de la figura, *vid.* PAZ ARES-PERDICES HUETOS. *Las Compras Apalancadas: Significado y problemas para su admisión*. en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, dirs. Urfa, Menéndez, Olivencia, tomo IV, volumen 2.º B, Thomson Civitas, 2003, 462.

En relación con el origen de la prohibición, *vid.* FLORES DOÑA. *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, 2.ª edición, Edersa, Madrid 2002, 50 y sigs.

⁴ *Vid.* la exposición que sobre la finalidad de la prohibición de asistencia financiera —con abundante citas doctrinales— realizan Palomero Benacerraf y Sanz Bayón, en: «Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2013 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

⁵ *Vid.* MINGOT AZNAR. La prohibición general de asistencia financiera del artículo 81.1 LSA en las operaciones apalancadas. A propósito del Auto de la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de enero de 2007, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 28, 2007, 371-379.

⁶ DE CASTRO. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. Centro de Estudios Registrales, t. II, páginas 1306 y 1307, nos enseñó que existen dos clases de orden públicos, ya que «El orden público jurídico se basa en normas extrapositivas, no expresadas en textos legales y su específica finalidad se centra en evitar que, por medio de la libertad de contratar, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne al buen sentido de lo justo o de la moral. De ahí que su eficacia sea negativa, la de declarar nulos ciertos convenios, los que por contrarios al orden público tiene un propósito, objeto o una causa ilícita. El orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la Administración, la que actúa por delegación expresa o tácita, mediante el arbitrio de sus funcionarios, por reglamentos, órdenes e instrucciones. Se manifiesta con eficacia positiva, imponiendo haceres para establecer la prevista ordenación económica. La que puede tener motivaciones de interés general, pero también clasistas o a favor de ciertos particulares. En ocasiones cabe que origine la nulidad total de los convenios que la contradigan, en otros casos, la nulidad relativa o parcial, o bien su reforma o acomodación; pudiendo dar lugar a sanciones penales y multas administrativas».

Más recientemente, se ha afirmado que el orden público económico es el conformado por la «constitución económica». De esta forma, DíEZ-PICAZO, (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*.) Sexta edición. Thomson-Civitas, 2007, 54), expone lo siguiente: «En otro plano, es indiscutible que existe lo que con aciertos se ha denominado constitución económica de una sociedad, que designa el marco jurídico fundamental de la actividad económica o dicho de otro modo el orden del proceso económico. Entendido de este modo, existe una constitución económica que está contenida dentro la constitución política. A esta idea responde el artículo 38 de la Constitución y la referencia a la libre empresa en el marco de una economía social de mercado. Sin embargo, existe también una «constitución económica» más profunda, que no se refleja necesariamente en la constitución política, pero que comprende un conjunto de principios y de líneas de inspiración sobre las cuales la actividad económica de la sociedad se desarrolla. Es a este conjunto de principios al que llamamos en sentido estricto orden público económico».

⁷ Con dudas sobre la impugnación de acuerdos sociales con causa ilícita, *vid.* CARRASCO PERERA. La (im) procedencia de impugnar acuerdos societarios sobre la base del abuso del derecho de los socios, cuando expresa que: «Según el artículo 1275 del Código civil, son nulos los contratos con causa ilícita. Tradicionalmente se ha considerado que pertenecen a esta clase los contratos en daño de tercero (legitimarios, acreedores). Conforme al artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital son impugnables los acuerdos contrarios a la ley. Pero observemos que un acuerdo incurso en ilicitud causal (si tal cosa fuera posible) no sería un acuerdo contrario al artículo 1275 del Código civil ni al artículo 6.3 del mismo código, pues ambos son normas cualificadoras de un predicado legal (nulidad) no prescriptivas ni prohibitivas de conductas determinadas. Por tanto, un acuerdo social con causa ilícita, incluso de ser imaginable, no es un acuerdo contrario a ninguna de estas normas. Es también notable que una especie tan señalada de acuerdo en daño de tercero como la del artículo 204.1 II no se califique de acuerdo contrario a la ley, sino de acuerdo contrario al interés social, es decir, un acuerdo que en la redacción anterior a la reforma del 2014 sería meramente «anulable». No vamos a especular aquí si caben acuerdos sociales en daño de tercero que sean nulos por analogía con los contratos a que se refiere el artículo 1275 del Código civil. Hemos de dejar abierta esta posibilidad. Lo cierto es que no es el caso de ninguna de las sentencias que comentamos. Un contrato solo puede incurrir en el vicio señalado cuando existe una conducta debida o una conducta prohibida frente a terceros cuya inobservancia por medio de contratos con un tercero causa un daño jurídicamente relevante. Si no existe ninguna suerte de deber de protección de posiciones ajenas, el contrato por el que el agente daña la situación empírica de otro sujeto no es un acto nulo, sino un mero *factum*, a lo sumo, como en la hipótesis del artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal, un tipo de competencia desleal frente al tercero que es un competidor. Las sociedades de nuestras sentencias no estaban sujetas a un deber especial de protección de las expectativas empíricas de un tercero nacidas en sus relaciones con otros terceros que podían ser a su vez

socios o no socios». <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/la-improcedencia-de-impugnar-acuerdos-societarios-sobre-la-base-del-abuso-del-derecho-de-los-socios.pdf>

⁸ PAZ-ARES y PERDICES HUETOS. «Los negocios sobre las propias acciones» en Uría, Menéndez y Olivencia (dirs.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo IV, volumen 2.º B, Ed. Civitas, 2003, 460-462.

⁹ A ellos también acude ALFARO ÁGUILA REAL en su reciente entrada en su blog *Almacén de Derecho* sobre el particular: ¿Puede asistir financieramente una sociedad anónima a los que suscriben un aumento de su capital? <https://almacenederecho.org/puede-asistir-financieramente-una-sociedad-anonimamente-a-los-que-suscriben-un-aumento-de-su-capital/>

¹⁰ Díez-PICAZO Y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Vol. I*, séptima edición. Ed. Tecnos, 1989, 482, afirman que: «un derecho subjetivo nace cuando se han cumplido todos los presupuestos previstos en la norma para este resultado. En este momento se produce normalmente su adquisición, que es su atribución a una persona determinada».

¹¹ Díez-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las Relaciones Jurídico-Reales. El Registro de la Propiedad*. La Posesión. Quinta Edición. Thomson-Civitas, 2008, página 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».

¹² ALFARO ÁGUILA REAL, ¿Puede asistir financieramente una sociedad anónima a los que suscriben un aumento de su capital? <https://almacenederecho.org/puede-asistir-financieramente-una-sociedad-anonimamente-a-los-que-suscriben-un-aumento-de-su-capital/>

¹³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.ª, Begoña. *Compendio de Derecho Civil* Tomo I. Parte general, 4, Primera edición, 2012.

¹⁴ En relación con las consecuencias jurídicas del contrato en daño de tercero, *vid.* Díez-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007, 552, quien considera que: «Cabe en primer lugar, pensar que en todos aquellos casos en que ambos contratantes se conciertan para ocasionar un daño al tercero, el contrato tiene causa ilícita y que, por consiguiente, esta circunstancia acarrea la nulidad del mismo. La nulidad puede ser solicitada por el tercero perjudicado, quien de esta manera puede poner fin a la lesión que mediante el contrato se le produce. En todos aquellos casos en que no exista un concierto de las partes para ocasionar un daño, sino que el daño haya sido buscado solo por una de ellas y resulte desconocido por la otra, de manera que no puede decirse que la causa del contrato es ilícita, y también en todos aquellos casos en que, aun cuando la causa es ilícita la nulidad no ofrezca un remedio suficiente para proteger el interés lesionado, debe entenderse que el tercero que sufre el daño dispone de una acción de resarcimiento o de indemnización frente al culpable. Esta acción está sometida a las reglas generales de la responsabilidad aquiliana».

¹⁵ CASTELLANO RAMÍREZ. *La suscripción incompleta del aumento del capital social en la sociedad anónima*. Tesis doctoral dirigida por D. Ángel Rojo Fernández-Río. Universidad Autónoma de Madrid, 2002.

¹⁶ Como expone CASTELLANO RAMÍREZ (*op. cit.* 21 y 22), «es preciso advertir desde este momento que el recurso a la teoría general del negocio jurídico resulta imprescindible a la hora de abordar el tema de la ineficacia del aumento del capital, dado el carácter negocial implícito en la operación de aumento del capital social, tanto desde el punto de vista del procedimiento jurídico que esta representa, como en lo que se refiere, en su mayor parte, a los

actos individuales que la integran. En sentido amplio, se ha definido el negocio jurídico como un acto, declaración o acuerdo de voluntades dirigido a reglamentar de forma autónoma una determinada relación o situación jurídica (DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., 25 y sigs., en especial, 34; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 73; E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, 2.^a ed. (trad. esp.), Madrid, 1959, 51 y sigs.; L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico* (trad. esp.), Madrid, 1956, 58). Si la esencia del negocio jurídico se halla en el hecho de ser una reglamentación autónoma, es de destacar que el conjunto de actos que integran la operación de aumento del capital aparece presidido también por el principio de la autonomía privada. Así, en cuanto al acuerdo de aumento, constituye opinión unánime la clasificación de los acuerdos sociales, dentro de la amplia categoría de los actos y negocios jurídicos, puesto que constituyen una declaración de voluntad imputable a la persona jurídica, que se encuentra dirigida a producir unos determinados efectos con transcendencia en el mundo del Derecho, discutiéndose únicamente el carácter o naturaleza interna de ese negocio (entre la doctrina civilista, vid., Díez PICAZO, *Fundamentos*, I, cit., 75 y sigs.; entre la doctrina mercantilista, por ejemplo, URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS, *La Junta General de accionistas*, cit., 50). Además, el carácter negocial aparece reforzado en el caso del acuerdo de aumento del capital, ya que este acuerdo es siempre fruto de la autonomía privada (ROJO, *El acuerdo de aumento*, cit., 2343, destacando que, en rigor, en ningún caso la Ley obliga a la sociedad a aumentar su capital, lo que hace que dicho acuerdo sea siempre voluntario). Lo mismo cabe afirmar respecto de los actos de ejecución. Por un lado, aunque la ejecución del acuerdo de aumento, al igual que la ejecución de cualquier otro acuerdo social, es un acto debido o forzoso para los administradores de la sociedad (...) no lo es para la sociedad misma, que podrá decidir no ejecutarlo mediante la simple revocación del acuerdo por el mismo órgano competente que lo adoptó. Por otro, la suscripción es siempre una declaración que emana de la libre voluntad del suscriptor (socio o tercero), dado que no existe obligación de suscribir incluso aunque el socio hubiera votado a favor del acuerdo (ROJO, *El acuerdo de aumento*, cit., 2344).

Y lo mismo cabe afirmar respecto del desembolso. En las sociedades de capital el principio de responsabilidad limitada impide obligar a realizar nuevas aportaciones al capital, por lo que el desembolso es siempre fruto del previo consentimiento, expresado, bien a través de la suscripción de nuevas acciones, bien mediante una declaración de voluntad en este sentido, como ocurre si el aumento del capital se instrumenta mediante la elevación del valor nominal de las antiguas acciones. Solo el acto de adjudicación de las acciones —acto de ejecución típico— parece escapar de dicho carácter negocial. Tomando como referencia los contratos de compraventa de cosas genéricas, con los que el negocio de suscripción guarda evidentes semejanzas, el acto de adjudicación o de asignación puede ser concebido como un acto de especificación o individualización del objeto del negocio. Respecto de estos actos, dirigidos a separar del género los ejemplares concretos que pasan a propiedad del adquirente (o de cada uno de ellos, en caso de ser varios los que concurren a la adquisición de un conjunto indeterminado de objetos del mismo género), suele negarse su naturaleza negocial, ya que, puesto que el negocio se encuentra ya perfeccionado, son simples *actos debidos*, o, si se prefiere, actos de ejecución del contrato o actos de cumplimiento que no constituyen, propiamente, declaraciones de voluntad negocial (vid. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 73 y sigs., aunque reconociendo la existencia de algunos supuestos de actos de individualización que sí admitirían un carácter negocial; en la doctrina española, por ejemplo, J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 3.^o, 2.^a ed., revisada por J. Delgado Echeverría, Madrid, 2000, 119 y sigs.).

¹⁷ Este autor en la nota a pie de página núm. 27 razona interesantemente lo siguiente: «Dejando al margen los supuestos de ineficacia atípicos [vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., 529 y sigs.), estos son, en efecto, los supuestos típicos de ineficacia que el Código civil reconoce (arts. 1290-1314). Con intención meramente ejemplificativa, nos limitamos en este momento a citar como supuestos de suscripciones potencialmente ineficaces aquellas con defecto de forma cuando esta sea requerida *ad solennitatem*, las suscripciones simuladas o ficticias, las suscripciones realizadas por personas incapaces, suscripciones en las que se constaten vicios del consentimiento (error esencial, dolo causante, intimidación o miedo grave), las efectuadas en fraude de terceros o aquellas realizadas con violación de normas societarias —legales o estatutarias— de carácter imperativo».

¹⁸ REDONDO TRIGO. La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, 243-2471.

REDONDO TRIGO. La consecuencia de la infracción de la prohibición de asistencia financiera». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 742, 765-784.

¹⁹ DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos*, Zaragoza, 2003.

²⁰ La polémica la recogen INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ de la siguiente forma: «Una cuestión debatida en la interpretación del artículo 1306 («contratos con causa torpe») es si se aplica a los casos de contrariedad a la ley imperativa y prohibitiva, supuestos considerados habitualmente también como de ilicitud causal, o exclusivamente deben quedar circunscritos a los supuestos de contravención a la moral. En realidad todo depende de la interpretación que se realice de la expresión «causa torpe» contenida en él. Hay dos posibilidades. La interpretación literal lleva a considerar que solo la causa torpe apunta a la inmoralidad de una datio que se enfrenta a las buenas costumbres y que en el caso de la contravención de la ley la causa también es ilícita pero no se puede tachar la conducta de las partes como deshonesta, impúdica, lasciva, ignominiosa, indecorosa o infame que son los significados del adjetivo «torpe» según el diccionario de la Real Academia. La segunda interpretación posible es la sistemática: el concepto de ilicitud causal de estos artículos debe ser el mismo que el del 1275, donde no se distingue entre inmoralidad e ilegalidad, declarándose la ineficacia de cualquier oposición a las leyes o a la moral. Esta segunda interpretación es más convincente, puesto que la primera no encuentra ningún fundamento lógico, salvo la loable intención de restringir la exclusión de la repetibilidad, la cual no puede llevar, sin embargo, a la distorsión del sentido del Código. Tiene como sustento, además, el hecho de ser la solución que se impone en la jurisprudencia más reciente y concordar con el derecho comparado. En efecto, es la solución que adoptan otros Códigos cuando formulan la regla *nemo auditur refiriéndola* tanto a los contratos ilegales como a los inmorales (por ejemplo, § 817, párrafo segundo, BGB). La jurisprudencia más reciente parece encaminarse en este sentido (SSTS de 10 de octubre de 2008, 2 de febrero de 2008 y 31 de mayo de 2005)».

Vid. INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ. «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *Indret*, julio de 2009.

²¹ La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 878/2008 de 10 de octubre. *RJ* 2008, 5687 razonó sobre la interpretación del artículo 6.3 del Código civil y su consideración como causa torpe de la siguiente forma: «Esta nueva interpretación del artículo 6.3 del Código civil (LEG 1889, 27) en relación con la prohibición de préstamos o créditos a los jugadores por las empresas explotadoras de los casinos o locales autorizados, o por su personal directivo o auxiliar, exige como complemento necesario determinar cuáles deban ser las consecuencias civiles de la infracción de dicha prohibición.

Sobre tal cuestión caben dos vías que se traducen en una misma solución, consistente en que la empresa explotadora del casino no tendrá derecho a exigir al jugador lo que este perdió jugando o apostando a crédito o con dinero prestado. La primera vía que permite llegar técnicamente a esta solución está constituida por los artículos 1798 y 1799 del Código civil en relación con sus artículos 1800 y 1801, porque el juego en el casino habría dejado de ser lícito o no prohibido a partir del momento en que se prestó dinero al jugador y, en consecuencia, la empresa explotadora del casino carecerá de acción, conforme al artículo 1798, para reclamar lo ganado en el juego; y la segunda vía por la que también se llega a idéntica solución se encuentra en el artículo 1306 del mismo Cuerpo legal, ya que el préstamo o crédito a una persona para jugar, concedido por la empresa titular del casino o sus directivos o empleados, no constituye delito pero sí introduce en el contrato de juego o apuesta una causa torpe que impide al prestamista, ganador a su vez en el juego, reclamar la devolución del dinero que prestó para jugar.

Que la indicada solución es la más adecuada al régimen civil de los juegos de suerte, envite o azar, en combinación con la prohibición de préstamos a los jugadores en el propio local donde se juega, se advierte con toda claridad por las siguientes razones: primera, porque mientras la infracción administrativa prescribe a los dos años, en cambio la acción civil de la empresa explotadora del casino contra el jugador no prescribiría hasta los quince años

conforme al artículo 1964 del Código civil, de modo que se produciría un fraude al ordenamiento jurídico en su conjunto si dicha empresa dejara transcurrir voluntariamente el plazo de los dos años para, a continuación, ejercitar desde la impunidad la acción civil contra el jugador; segunda, porque las concretas circunstancias del caso examinado demuestran cómo, al margen de que la notificación a la actora de la segunda prohibición de acceso del demandado al casino fuera posterior a los préstamos y a las partidas perdidas, la conducta desordenada del demandado era más que patente para cualquiera; y tercera, porque los propios hechos de la demanda, so pretexto de una relación de confianza entre la actora y el demandado, lo que revelan en realidad es una mantenida inducción o incitación de la primera al segundo para seguir jugando por encima de sus posibilidades y a cambio de documentos que la actora sabía difícilmente realizables, ya que en varios de los cheques la cuenta contra la que se libraban aparecía como de titularidad del demandado y otros, y en tres de los pagarés sus respectivos importes de 500.000 ptas. en letra aparecían tachados y sobre esos mismos importes en dígitos se había sobreescrito, de forma absolutamente burda, algo parecido a «1.000.000 de ptas.», por todo lo cual apenas cabe discutir que tanto cheques como pagarés no tenía más función que la puramente documental o de garantía del préstamo o crédito prohibidos concedidos al demandado para que siguiera jugando, sin equivalencia alguna con la de instrumentos de pago equivalentes al dinero».

²² Vid. para un análisis recopilatorio de las posturas doctrinales al respecto, Vid. ALONSO PUIG. Reflexiones sobre el artículo 1306 del Código civil. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis DÍEZ-PICAZO*. Tomo I. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003, páginas 154 y siguientes.