



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 10, 2019. Artículo 10
<https://doi.org/10.21134/lex.v9i2.1628>

APORTACIONES DE LA SENTENCIA DE LA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE OCTUBRE DE 2018 EN MATERIA DE AUTOCARTERA Y ASISTENCIA FINANCIERA EN S.R.L.

Daniel Rodríguez Ruiz de Villa

Doctor en Derecho. Abogado.

Académico Real Academia Asturiana de Jurisprudencia

I.- Objeto de análisis.

La Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2018¹ -en adelante STS de 1 de octubre de 2018-, confirmando la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres de 10 de septiembre de 2015² -en adelante SAP Cáceres de 10 de septiembre de 2015-, se ha ocupado de diversas cuestiones interesantes en materia de Derecho de sociedades de capital.

De entre tales cuestiones es nuestro objetivo dirigir nuestra atención a dos de ellas, en las que, además, no existen precedentes en la doctrina del Tribunal Supremo:

i) La interpretación del artículo 141.1 y 2 LSC, en sede de régimen jurídico de las participaciones propias de las S.R.L. (autocartera de las S.R.L.).

ii) Y la interpretación de los artículos 143.2 y 157.1 LSC, relativos a la interdicción de la asistencia financiera y, en particular, de sus consecuencias jurídicas en sede de Derecho privado, tanto respecto del negocio jurídico de asistencia financiera en sí como respecto del negocio jurídico asistido financieramente por la sociedad de capital.

Dado que las aportaciones efectuadas por la citada Sentencia resultan novedosas y debido a que, además, las mismas tienen importantes consecuencias prácticas, entendemos oportuno tanto la exposición de tales aportaciones como una primera reflexión sobre sus consecuencias prácticas. A ello dedicamos las siguientes líneas de este breve trabajo.

II.-El criterio del Alto Tribunal en materia de participaciones propias: validez de la transmisión de las par-

ticipaciones sociales en autocartera, una vez transcurrido el plazo de tres años previsto en el artículo 141.1 LSC. Precio de dicha transmisión.

Recordemos, en primer lugar, lo que dice el artículo 141.1 LSC, inciso inicial: “Las participaciones propias adquiridas por la sociedad de responsabilidad limitada deberán ser amortizadas o enajenadas, respetando en este caso el régimen legal y estatutario de transmisión, en el plazo de tres años”; desarrollando el artículo 141.2 LSC dicha previsión legal imperativa, en el sentido de que “Si las participaciones no fueran enajenadas en el plazo señalado, la sociedad deberá acordar inmediatamente su amortización y la reducción del capital. Si la sociedad omite estas medidas, cualquier interesado podrá solicitar su adopción por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social. Los administradores de la sociedad adquirente están obligados a solicitar la adopción de estas medidas, cuando, por las circunstancias que fueran, no pueda lograrse el correspondiente acuerdo de amortización y de reducción del capital.

El expediente ante el Secretario judicial se acomodará a los trámites de jurisdicción voluntaria. La solicitud dirigida al Registrador mercantil se tramitará de acuerdo a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil.

La decisión favorable o desfavorable podrá recurrirse ante el Juez de lo Mercantil”.

La aplicación de ambos preceptos legales dejaba planteada una duda que se suscitó en la práctica en el litigio resuelto en la STS de 1 de octubre de 2018, relativa a si una vez transcurridos los tres años de tenencia de las participaciones sociales en autocartera es nula la transmisión de las

1 Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; Id Cendoj: 28079110012018100530.

2 Ponente: Ilmo Sr. D. Luis Aurelio Sanz Acosta; Id Cendoj: 10037370012015100242.

mismas, por entenderse que transcurrido dicho plazo la única salida legal a tal situación sería la de amortizar las participaciones sociales en autocartera y proceder a la consecuente reducción del capital social de la sociedad, tal y como previene expresamente el artículo 141.2 LSC.

En la doctrina científica encontramos precedentes que interpretaron que la enajenación de las participaciones sociales propias debía hacerse antes de que transcurriesen los tres años desde el momento de su adquisición; pasado tal plazo sin que hubiese tenido lugar dicha enajenación, se entendía que la única alternativa que le quedaba a la sociedad era la amortización de tales participaciones sociales propias³. Se trata de una tesis extraída, a nuestro juicio, de una interpretación literal y sistemática de los señalados apartados 1 y 2 del artículo 141 LSC.

De la antes dicha interpretación podría extraerse la conclusión de que una enajenación de participaciones propias posterior al citado plazo de tres años sería nula, por infracción de una norma imperativa, artículo 141.2 LSC, *ex articulo* 6.3 CC⁴.

Y es ante tal interpretación literal frente a la que se alza la STS de 1 de octubre de 2018, al hacer una interpretación axiológica del artículo 141 LSC *in totum*, conforme a la cual se considera que la finalidad del precepto es "dar efectividad a las cautelas que la ley establece para la autocartera de participaciones sociales, entre las que se encuentra su carácter temporal, con un plazo máxi-

mo de tres años".

A partir de dicha aprehensión de la finalidad de la ley, se extrae por el Alto Tribunal la conclusión de que transcurrido el mencionado plazo de tres años, la solución que prevé el legislador es la única posible, que es la de obligar a la amortización judicial, en sentido lato (hoy por el Letrado de la Administración de Justicia), o registral de tales participaciones sociales. Entiende el Tribunal Supremo, con acierto, que se trata de la única solución legal posible, porque considera que el legislador no puede imponer una transmisión forzosa de participaciones sociales transcurrido dicho plazo ya que: se requiere la voluntad de la sociedad, obstáculo que entendemos que podría ser salvable por la citada imperatividad legal, prevista en una norma, la LSC, cuyas destinatarias son las sociedades de capital; y, lo que es más importante y decisivo para compartir la solución a la que llega el Tribunal Supremo, se requiere que haya un tercero indeterminado, dispuesto a comprar las participaciones sociales, compartiendo con el Tribunal Supremo que si el tercero adquirente está indeterminado, como así lo está en este caso, es imposible que el legislador obligue de forma indeterminada a cualquier tercero, que está, además, fuera del ámbito subjetivo de la LSC, a comprar las participaciones sociales. El legislador no puede encontrar un tercero interesado en comprar las participaciones sociales en autocartera por mucho que quiera, de manera que el

3 Por ejemplo, *vid.* MORALEJO, I., *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, tomo I, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1090-1091.

4 Así razonó rotundamente el Voto Particular del Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano a la SAP de Cáceres de 10 de septiembre de 2015: "Como puede apreciarse, se mantiene y se refuerza el carácter imperativo de la norma; es decir, transcurridos tres años desde la adquisición por la sociedad de las participaciones propias no pueden enajenarse las mismas, y solo cabe su amortización y la reducción del capital social. Y esta imperatividad de la norma no abriga género de duda alguno, ni siquiera apelando (como vendría a justificarse -equivocadamente, a nuestro juicio- en la Sentencia de instancia) al beneficio que para la sociedad pudiera suponer la enajenación de las referidas participaciones propias, o en el acuerdo de los socios, dado que la Ley, en una norma imperativa, no puede obviarse, ni contravenirse, sino respetarse; por lo que la validez del acuerdo de enajenación de las participaciones propias de la Compañía (y ello supone una inmersión sutil en los motivos segundo y quinto del Recurso) es más que cuestionable, por ser abiertamente contrario a la Ley".

poder del legislador queda constreñido a obligar a la S.R.L. a hacer algo que puede hacer per se, sin colaboración indispensable de terceros: amortizar las participaciones sociales transcurrido el tan citado plazo de tres años.

Y es que, en el fondo lo que a nuestro juicio resulta decisivo es responder a la siguiente pregunta: ¿elimina la transmisión de las participaciones sociales en autocartera, transcurridos los tres años desde su adquisición, la situación de tal autocartera que el legislador trata de eliminar? La respuesta es claramente que sí. Y es que, más aún, la situación contraria, la nulidad de tal transmisión, conduciría a perpetuar la situación de autocartera, como advirtió el Tribunal Supremo, lo que es claramente contrario a la *voluntas legislatoris* y a la finalidad de la regulación legal de interdicción de la autocartera en las S.R.L. transcurridos más de tres años en determinados supuestos.

De otra parte, queremos añadir un argumento más a los razonados por el Tribunal Supremo en pro de su misma conclusión. La lectura reposada del artículo 141.1 y 2 LSC permite apreciar también que en ningún momento se prohíbe en el mismo de forma expresa la enajenación de las participaciones en autocartera transcurridos los citados tres años. La Ley, pues, no hace intransmisibles tales participaciones sociales transcurrido tal lapso temporal, como una especie de sanción para la S.R.L. que incumple el mandato legal de poner fin a la situación, por imperativo legal, transitoria de autocartera. Luego como lo que no está prohibido está permitido y además satisface la finalidad de poner término a la autocartera, entendemos que dicha enajenación de participaciones sociales posterior a los tres años de pertenencia de las mismas a la sociedad resulta conforme a Derecho.

Por último, respecto de la cuestión que venimos analizando un apunte de *lege ferenda*. Nos referimos al artículo 232-21 ALCM, coincidente

en cuanto a contenido con el artículo 141.2 LSC, pero con el siguiente título: "obligación subsidiaria a la de enajenación". Llamamos la atención sobre la palabra subsidiaria. Ello porque tal previsión de subsidiariedad entre transmisión y amortización podría dificultar el mantenimiento de la interpretación a la que ahora ha llegado el Tribunal Supremo. Si se habla de subsidiariedad podría entenderse que una vez entra en juego lo subsidiario es porque no cabe ya la solución principal. De triunfar en el futuro una reforma legal así, entendemos que habría un obstáculo de redacción de la Ley más para satisfacer la interpretación axiológica alcanzada por la STS de 1 de octubre de 2018.

Una segunda cuestión controvertida en el litigio en la segunda instancia, concomitante con la que acabamos de referir, no llegó a ser analizada por la STS de 1 de octubre de 2018; en todo caso, su interés práctico justifica, a nuestro juicio, detenerse un momento en la misma. Nos estamos refiriendo al precio de las transmisiones forzosas de las participaciones propias.

Respecto de tal asunto, recordemos, primero, lo que dice el artículo 141.1 LSC: "La enajenación no podrá efectuarse a un precio inferior al valor razonable de las participaciones, fijado conforme a lo previsto en esta ley para los casos de separación de socios".

Es, por tanto, claro que el legislador se refiere a una enajenación de participaciones sociales propias por un precio no inferior al valor razonable de dichas participaciones sociales, remitiendo la cuantificación de tal valor razonable al régimen legal previsto para la separación de los socios en los artículos 353 LSC y 363 RRM.

La cuestión que resultó controvertida en la instancia fue si tal previsión impide que los socios, por unanimidad, puedan decidir la enajenación por un valor distinto del razonable. Tal posibilidad, al margen de lo que referiremos han entendido la doctrina y la jurisprudencia menor a

propósito del caso resuelto en la STS de 1 de octubre de 2018, entendemos que debe ser admitida por la propia dicción del artículo 353 LSC.

Así, como el artículo 353 LSC parte como primer criterio de valor razonable del valor acordado, entendemos que en el presente caso debe estimarse que puede ser el valor razonable el acordado por la unanimidad de los socios de la S.R.L. transmitente y el adquirente.

A mayores de lo anterior, ya en la doctrina científica se ha calificado muy severamente el artículo 141 LSC en este punto de irrazonable y arbitrario. Irrazonable, porque para proteger a los acreedores es suficiente con que la venta de tales participaciones sociales propias tenga lugar, al menos, por su valor nominal, sin necesidad de tener que estar al valor razonable de las participaciones transmitidas; y porque para proteger a los socios que no adquieran las participaciones sociales en autocartera basta con que se les respete el principio de igualdad de trato⁵, cuestión que es manifiestamente ajena al precio de la transmisión.

Por su parte, la SAP Cáceres de 10 de septiembre de 2015 razonó que el artículo 141.1 LSC “no se ha visto infringido, desde el momento en que el acuerdo se ha adoptado por unanimidad del capital social y, ahora, la valoración de las participaciones se viene a cuestionar, no por un tercero, sino por un partícipe que no se opuso al acuerdo, no siendo, por tanto, tal pretensión oportuna ni admisible, ya que existió acuerdo unánime, tanto sobre la valoración de las participaciones, como en el contravalor por compensación de créditos, así como en el aplazamiento

del resto del precio en metálico, con respecto a las participaciones que adquirió así como las que adquirieron otros socios y terceros y al mismo ha de estarse como criterio preferente de valoración, según establece el art. 353 de la Ley de Sociedades de Capital”. Y es que, en realidad, entendemos que el argumento de la Audiencia de Cáceres debe completarse con la invocación en tal concreto caso de la interdicción de la contradicción de los actos propios.

III.- El criterio del Alto Tribunal sobre los efectos de la asistencia financiera sobre la transmisión de participaciones sociales objeto de la misma.

El régimen sancionador previsto en el artículo 157 LSC, para el caso de la infracción de la prohibición de asistencia financiera que contempla el artículo 143.2 LSC, no se ocupa expresamente de la incidencia que pueda tener tal infracción sobre la propia asistencia financiera (préstamo o aplazamiento del pago del precio sin intereses ni garantías, por ejemplo) ni, en su caso, sobre el negocio de transmisión de participaciones sociales objeto de la asistencia financiera -“negocio asistido”⁶. Como consecuencia de lo anterior y centrándonos en el ámbito del Derecho privado, sigue siendo preciso analizar las consecuencias legales derivadas de la infracción de la prohibición sobre el propio negocio jurídico de financiación y, en su caso, sobre el negocio jurídico de adquisición de las participaciones sociales.

Y es que ante el referido silencio legal de una

5 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Venta de la autocartera en una Sociedad Limitada por acuerdo adoptado en Junta Universal”, 15 de octubre de 2018, <https://almacendederecho.org/venta-de-la-autocartera-en-una-sociedad-limitada-por-acuerdo-adoptado-en-junta-universal/>.

6 Como ya lo identificó ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Lecciones: Asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias”, 13 de enero de 2017, <https://almacendederecho.org/lecciones-asistencia-financiera-la-adquisicion-acciones-participacionees-propias/>.

expresa solución particular para este asunto que acabamos de plantear⁷, se viene planteando tradicionalmente si se ha de estar la aplicación de la regla general del artículo 6.3 CC, que supone la nulidad de la propia operación de financiación, puesto que a falta de una sanción distinta a la establecida en el citado precepto general civil se propone que no cabe otra sanción civil para el contrato que haya procurado la asistencia financiera que su nulidad⁸. Ello es cierto que no sin existir también discrepancias al respecto, pues encontramos ejemplos en la doctrina y también en la jurisprudencia menor en los que se ha negado la nulidad del negocio jurídico de prestación de asistencia financiera, al entenderse que la LSC contiene un régimen particular de consecuencias legales para el caso de la infracción de la prohibición de asistencia financiera, que excluirían la aplicación del régimen general y supletorio de nulidad previsto en el artículo 6.3 CC⁹.

El problema se acentúa cuando se trata de analizar si debe haber también alguna consecuencia civil de la prohibición de la asistencia financiera sobre el contrato de transmisión de acciones o participaciones sociales que recibe la citada asistencia, toda vez que la regulación legal de la LSC se refiere a la asistencia financiera, no al negocio objeto de la misma. Más en concreto, la LSC prohíbe la asistencia pero no prohíbe, al, menos expresamente, el ya antes referido “negocio asistido”.

Acudiendo a precedentes sobre esta debatida cuestión en el Alto Tribunal, sobre la aplicación en este ámbito del artículo 6.3 CC ya razonó la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012¹⁰ lo siguiente: “El artículo 6.3. del Código Civil dispone que “[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 contra-

7 *Vid. de lege ferenda* el mismo silencio en el artículo 233-33 ALCM.

8 Así, por ejemplo, VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 503.

9 Así, por ejemplo, la Sentencia de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de junio de 2018 (Ponente: Iltma. Sra. Dª. Paloma Marta García de Ceca Benito; Id Cendoj: 28079370142018100221): “Si bien la contravención de normas prohibitivas produce, en principio, la nulidad del acto, ex art. 6.3 Cc. el propio precepto establece la excepción de que la propia norma prohibitiva “establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

La norma que ahora se examina, el art. 40.5 LSRL, se inserta en el Capítulo IV, Sección IV del citado texto legal, que bajo la rúbrica de “Adquisición de las propias participaciones”, diferencia los supuestos de “adquisición originaria” (art. 39) y “adquisición derivativa” (art. 40), en tanto que los arts. 40 ter y 42 se ocupan, respectivamente, de las “consecuencias de la infracción” y del “régimen sancionador”.

Pues bien, el art. 40 ter establece que “La adquisición de participaciones propias o de la sociedad dominante en contravención de lo dispuesto en esta sección será nula de pleno derecho”. Tal sanción de nulidad está prevista, exclusivamente, para esa concreta conducta dentro del catálogo de prohibiciones de la Sección IV.

En tanto que a tenor del art. 42.1 “La infracción de cualquiera de las prohibiciones establecidas en esta sección será sancionada con multa, que se impondrá a los administradores de la sociedad infractora, previa instrucción del procedimiento, por el Ministerio de Economía y Hacienda, con audiencia de los interesados y conforme al reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, por importe de hasta el valor nominal de las participaciones o acciones suscritas, adquiridas o aceptadas en garantía por la sociedad o adquiridas por un tercero con asistencia financiera de la sociedad”.

A la vista de tales preceptos se concluye que el texto legal reserva la sanción de nulidad de pleno derecho a una única infracción, consistente en la adquisición de participaciones propias o de la sociedad dominante. No la asocia a la concesión de préstamos o de asistencia financiera para adquisición de participaciones propias, ex art. 40.5. Por el contrario, la norma general sancionadora por la contravención de las prohibiciones de la Sección IV, Capítulo IV, consiste en la imposición de sanciones a los administradores”.

10 Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón-Cobos; Id Cendoj: 28079110012012100604.

vención; lo que da pie a sostener que la sanción administrativa prevista en el artículo 89 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas establece para los actos infractores de la norma imperativa un efecto distinto a la nulidad.

56. *Ahora bien, los actos que superan los límites que a la libertad autonormativa señala el art 1255 CC -[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 como regla deben calificarse de nulos de pleno derecho, sin que la sanción administrativa a los administradores de las infractoras suponga excepción alguna al régimen previsto en el artículo 6.3 del Código Civil -en este sentido, sentencia 79/2012, de 1 de marzo (bien que referida a un supuesto de adquisición por la sociedad limitada de sus propias participaciones)”. Encontramos, pues, un precedente en el Tribunal Supremo, en el que el mismo optó por la nulidad del negocio jurídico de asistencia financiera, haciendo aplicación del artículo 6.3 CC, sin que se analizase en tal caso la validez o nulidad del “negocio asistido”.*

Ahora bien, es preciso destacar que existe otra Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2012¹¹ en la que se razonó que “Lo expuesto es determinante de que desestimemos el motivo, ya que: la sentencia desestima la demanda por razones de fondo, al entender que la concreta posición de la demandante no le permite impugnar en perjuicio de terceros la validez de unos actos en los que la propia parte intervino. La motivación de la sentencia permite identificar de forma clara cuál es la razón por la que confirma la sentencia recurrida. La determinación de las consecuencias de la infracción de una concreta norma imperativa excede del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal. El artículo 40.ter de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no se refiere a los efectos de la prestación de garantías por la sociedad para la adquisición de sus propias participaciones con vulneración de lo dispuesto en el artículo 40.5 de la propia norma, sino a la adquisición de las mismas con infracción de lo dispuesto en el artículo 40, pero en su apartado 1. La referencia a los obstáculos que a la estimación de oficio pudiera ofrecer la Ley Concursal -la sentencia se refiere a

11 Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos; Id Cendoj: 28079110012012100729.

12 Comentando las mismas ya dijo ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El Supremo (no) concreta las consecuencias de la asistencia financiera”; 23 de enero de 2013: <http://derechomercantiles.es/2013/01/el-supremo-no-concretalas.html>, que “Además, el Tribunal Supremo, en el otro caso se valió de un argumento muy formal y era éste que la LSRL establecía expresamente la consecuencia de la nulidad de las adquisiciones de participaciones realizadas en contravención de la prohibición legal, pero no decía nada respecto de las consecuencias de la infracción de la prohibición de asistencia financiera (v., ahora, el art. 140 LSC). Para las sociedades anónimas, sin embargo, la infracción de la prohibición de adquisición de acciones propias (esto es, la adquisición en los casos no permitidos) no genera como consecuencia la nulidad de la adquisición, sino la obligación de enajenarlas en el plazo de un año o su amortización (art. 139 LSC al que se remite el art 147 LSC). De modo que, para la infracción de la prohibición de asistencia financiera -idéntica en sociedades anónimas y limitadas- debería valer el mismo argumento y concluir que tampoco, en el caso de la asistencia financiera, son nulos los negocios por los que la sociedad presta la asistencia financiera (hipotecas en el otro caso y prendas de créditos en éste)”. Respecto de la última de ellas, la de 9 de diciembre de 2012, por su parte DEL SAZ, R., “Good papers: cuando se afirma la existencia de asistencia financiera pero no se anula el negocio jurídico que la articula”; 2 de noviembre de 2018, <https://almacendederecho.org/good-papers-cuando-se-afirma-la-existencia-de-asistencia-financiera-pero-no-se-anula-el-negocio-juridico-que-la-articula/>, destacó la limitación que considera para impugnar actos nulos y la restricción a la posibilidad de que los tribunales entre de oficio en la nulidad de la asistencia financiera, todo ello en una posición de dicho autor favorable a la licitud de la asistencia financiera, protegida solamente por la exigencia de mayorías cualificadas o la posibilidad de ejercitar un derecho de oposición, como instrumentos de protección suficiente para los socios minoritarios y en la medida en que queden preservados el capital social y las reservas obligatorias.

la caducidad de las acciones de reintegración y no cuestiona la legitimación de la demandante por vía del art. 71.2 de la Ley Concursal- no es la ratio decidendi de la sentencia recurrida, sino un obiter dicta (dicho de paso) como lo evidencia la fórmula utilizada, "Además, en este concreto supuesto...," sin que sean admisibles recursos contra razonamientos que no son determinantes del fallo [sentencias de 30 de octubre de 2002, 454/2007 de 3 de mayo, 230/2008, de 24 de marzo, 374/2009 de 5 de junio y 258/2010, de 28 de abril]"¹².

Encontramos, pues, una solución distinta en diciembre de 2012 a la seguida en julio de ese mismo año. Nótese la importancia que tendría la confirmación de este último criterio de diciembre de 2012, pues existiría el riesgo de que si se declarase la nulidad de la adquisición asistida de las acciones o participaciones pero se mantuviese la vigencia de la operación de financiación y, por tanto, la vigencia de las obligaciones derivadas de la financiación. Esto es, habría deuda financiera para el adquirente que se quedaría al mismo tiempo sin la titularidad de las acciones o participaciones adquiridas con esa financiación.

Visto lo expuesto en la práctica del Tribunal Supremo no es de extrañar el debate vivo mantenido en la doctrina científica¹³. Es, además, relevante que aunque se declare la nulidad de la financiación siempre habría que devolver la misma e iniciar luego, en su caso, un litigio con los transmitentes de las acciones o participaciones sociales adquiridas en infracción de la referida prohibición de asisten-

cia financiera para así tratar de recuperar el precio pagado a los mismos.

Advertir también que en parte de la doctrina se fundó la nulidad del contrato de transmisión de acciones o participaciones sociales en la concurrencia de dolo, mala fe o culpa grave en transmitente y adquirente por causa de conocer la asistencia financiera de la sociedad prohibida por la Ley, considerando normal que el accionista transmitente conozca la ilegalidad de la operación apalancada, con el efecto legal de restitución de prestaciones y entrega de las acciones o participaciones a la sociedad en autocartera¹⁴.

Cara a la obtención de la nulidad de tales operaciones de compra de acciones se ha discutido también quién estará legitimado para solicitar tal nulidad, de mantenerse la misma, habiendo defendido la doctrina científica que se haga aplicación en este ámbito de la doctrina jurisprudencial de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1983¹⁵, que entendió que no cabe la impugnación del contrato por quien lo celebró creando el vicio de nulidad al que luego se acoge, y ello por aplicación de los artículos 7.2 CC, 57 C. Com. y 11.2 LOPJ. Este criterio se encuentra también recogido en la ya referida Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2012, cuando razonó que *"Con independencia de los defectos formales opuestos por las recurridas, la aplicación de la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, aboca el motivo a su desestimación, ya que la sentencia recu-*

13 Por ejemplo, TRIGO REDONDO, F., "La consecuencia de la infracción de la prohibición de asistencia financiera", RCDI, nº 742, marzo 2014, www.vlex.com, hace un completo resumen de la doctrina científica favorable y contraria a la nulidad del negocio de asistencia financiera. Bajo la regulación precedente, artículo 10 LSRL de 1995, la cuestión tampoco había estado exenta de polémica; por ejemplo, sobre la ineficacia del acto adoptado en contravención del citado artículo 10 LSRL, vid., con síntesis de las diversas opiniones doctrinales y jurisprudenciales, entre las cuales también estaba la aplicación del artículo 6.3 CC, MARIMÓN DURÁ, R., *La asistencia financiera de una Sociedad Limitada a sus socios, administradores y a otras sociedades del grupo (art. 10 LSRL)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 193 y ss.

14 VICENT CHULIÀ, F., *Introducción...*, ob. cit., p. 503

15 Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso; Id Cendoj: 28079110011983100182.

rrida: no puede haber obviado la previsión contenida en el artículo 40 ter de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy 140.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) que, en contra de lo pretendido por la recurrente, se refiere a los supuestos de adquisición derivativa por la sociedad de sus propias participaciones con vulneración de la prohibición contenida en el artículo 40.1, no a la prestación de garantías; ha argumentado en derecho la razón por la que ha denegado la legitimación de la recurrente para impugnar la validez de la constitución de la garantía a favor de quien con el importe obtenido desembolsó el aumento del capital social -la sentencia razona que no está legitimado para impugnar quien “participó y contribuyó decisivamente en la gestación de los negocios jurídicos cuya nulidad postula, so pena de que admitiésemos que fuera contra sus propios actos y, con abuso de derecho, pretendiera en vía concursal la anulación de unos créditos a cuyo nacimiento consintió. Todo ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.2 y 1.302 del Código Civil, 57 del Código de Comercio y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-; y ha analizado los efectos de la personación de los intervinientes en función del momento en el que se personan (después de dictada sentencia en la primera instancia), razonando que la falta de legitimación activa de la demandante no queda subsanada por la personación de los intervinientes voluntarios en el trámite del recurso de apelación por cuanto “no ejercitan pretensiones en nombre propio” y porque “en todo caso, cuando intervienen, las pretensiones ya están

fijadas, por lo que cualquier cambio sobre el particular daría lugar a una “mutatio libelli””

En esta última línea ya se vinculó en la doctrina la justificación, limitada, de la prohibición de la asistencia financiera con la citada restricción de la legitimación para instar la nulidad, de modo que la prohibición de asistencia financiera debería aplicarse exclusivamente tras un análisis del fondo de la operación para comprobar si se han infringido los derechos de los socios – porque la asistencia financiera beneficie sólo a algunos de ellos – o los derechos de los acreedores en relación con la reducción del capital social o porque la sociedad estuviera próxima a la insolvencia y la asistencia financiera contribuyera a la quiebra de la entidad¹⁶.

Ante ese estado de cosas en la doctrina y en la jurisprudencia, en la Sentencia ahora comentada se viene a reconocer, primero y como no podía ser de otra manera, la antes dicha ausencia de regulación expresa de las consecuencias jurídicas privadas de la prestación de la prohibida asistencia financiera. Tal situación le lleva a acudir al régimen general de artículo 6.3 CC, que conduce claramente, a su juicio, a la nulidad del negocio de asistencia financiera, por ser contrario a una norma legal imperativa. Queda, pues, resuelta la primera cuestión controvertida, entendiendo la Sala del Alto Tribunal que confirma el criterio de la ya mencionada Sentencia de la misma de 2 de julio de 2012¹⁷ al tiempo que aunque no lo diga abandona la Sentencia de 9 de diciembre de 2012 también antes referida, con lo que ya contamos con doctrina jurisprudencial al respecto de tal nulidad del negocio en

16 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Asistencia financiera”, 26 de diciembre de 2013, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2013/12/asistencia-financiera.html>.

17 Seguido, por ejemplo, en la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de diciembre de 2016 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García; Id Cendoj: 50297370052016100312). Apuntando el debate sobre tal extensión de nulidad, por ejemplo vid. la Sentencia de la Sección 1ª de las Audiencia Provincial de Oviedo de 29 de julio de 2016 (Ponente: Ilmo Sr. D. Javier Antón Guijarro; Id Cendoj: 33044370012016100248).

sí de asistencia financiera¹⁸.

Además, y esto es más importante, la STS de 1 de octubre de 2018 justifica la misma conclusión anulatoria no sólo en acudir a la aplicación de la regla general del artículo 6.3 CC, sino además en la satisfacción que tal solución supone para la finalidad de la norma, que encuentra en solucionar la afectación negativa que la asistencia financiera supone para la integridad del patrimonio social y su efectiva correspondencia con el capital social o la afectación negativa que tal asistencia financiera supondría para la solvencia de la sociedad, al ser cierto que en el patrimonio social se integraría el crédito de la sociedad contra el socio asistido. A nuestro juicio es más este último el objetivo de la prohibición de asistencia financiera, toda vez que el patrimonio social contable contaría con el citado crédito por asistencia financiera, situación que afecta más a la solvencia que a la situación contable de la sociedad.

Y ello, a su vez, conduce a que fruto de tal nulidad, como ocurría en el caso resuelto en la STS de 1 de octubre de 2018, de aplazamiento de pago de

parte del precio sin devengo de intereses y sin constitución de garantía, “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”; solución que “pone fin a los efectos perniciosos que la asistencia financiera tiene para la propia sociedad, para los demás socios y para los acreedores sociales”.

Queda, posteriormente, por resolver la cuestión clásicamente debatida de si tal nulidad abarca también al negocio de transmisión objeto de la asistencia financiera, nulidad extendida, podríamos calificarla así, sostenida en la práctica jurisprudencial menor, por ejemplo, por razones de conexidad entre los negocios jurídicos de asistencia financiera y de compra de participaciones sociales¹⁹.

Pues bien, el debate sobre esta segunda cuestión se viene a zanjar por la STS de 1 de octubre de 2018, sin constituir en este puto jurisprudencia aún, en un sentido, compartido por parte de la doctrina y ya anticipado en un sector de la jurisprudencia menor²⁰,

18 Recordemos lo expuesto en el *Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017: “El concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Es necesario, en consecuencia, que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia

recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas. Debe existir identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias citadas y el caso objeto del recurso”.

19 Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de diciembre de 2016 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García; Id Cendoj: 50297370052016100312), confirmando la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza de 12 de septiembre de 2016 (Ilma. Sra. Dª. Ana Isabel Serrano Lasanta; Id Cendoj: 50297470012016100169), y anteriormente, por ejemplo, Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de marzo de 2012 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez; Id Cendoj: 36038370012012100219).

20 Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de septiembre de 2011 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 08019370152011100471): “La concesión de un préstamo por parte de la sociedad a favor de dos socios para la adquisición de sus propias participaciones, si bien se prohíbe en el apartado 5 del art. 40 LSRL, en la medida en que no constituye una adquisición de participaciones propias ni de la sociedad dominante, no entra dentro del supuesto de hecho sancionado por el art. 40 ter. Ello no impide que por aplicación del art. 6.3 CC, a falta de una previsión específica, concluamos que la infracción de esta norma prohibitiva conlleva la nulidad del préstamo.

Esta nulidad, sin embargo, no tiene por qué afectar al negocio posterior de venta de las participaciones, cuyo pago se hizo con el dinero prestado por la sociedad, pues en sí misma este negocio de transmisión de participaciones no se encuentra afectado por ninguna prohibición legal ni ve afectado por la sanción de nulidad del art. 40 ter que, como ya hemos expuesto, responde a un presupuesto fáctico distinto”.

que entiende satisface una interpretación de nuevo axiológica de la Ley. Y es que si la Ley busca impedir la asistencia financiera, los efectos perniciosos de la misma, antes ya referidos, se evitan con la nulidad del negocio de asistencia financiera, sin necesidad de que se prive de efectos al negocio de transmisión de participaciones sociales objeto de la misma. Como dice el Alto Tribunal “basta con que se anule y deje sin efecto la operación de financiación”, sin ir más allá, añadimos por nuestra parte, de lo que es el objeto expreso de la regulación legal.

Llegamos, por tanto, a que el Alto Tribunal dé una solución a una cuestión clásicamente debatida y de la que habrá que esperar a su consolidación en futuras Sentencias del mismo.

Hacemos notar la utilidad práctica de esta interpretación, en la medida en que con la misma se desvela una de las incógnitas que afectaba tradicionalmente a las operaciones de asistencia financiera en los cambios de control y/o tomas de control de S.R.L. No en vano ya en nuestra doctrina científica se advirtió que el problema más grave de la aplicación de la teoría de la nulidad al negocio de asistencia financiera, por la que, como hemos visto, aboga gran parte de la doctrina, es la generación de una gran incertidumbre jurídica sobre la eventual invalidez del negocio de adquisición de acciones y de otros vinculados al de financiación²¹.

Pues bien, con la solución que adopta la STS de 1 de octubre de 2018 se mantiene la validez de la operación de toma de control (adquisición de participaciones sociales objeto de la asistencia financiera), abstracción hecha de las consecuencias sancionatorias administrativas (multas), de no amplia aplicación en la práctica, y de la posi-

ble inutilidad de la asistencia financiera en sí, que puede mantener incólume la transmisión. Con esta interpretación se consigue, además, evitar el riesgo ya previamente anticipado de que se afectase a la validez de la transmisión sin afectación de la validez de la asistencia financiera en sí, con el indeseable efecto ya antes comentado, de adeudar una financiación por una venta nula. Encontramos, por tanto, con la solución aportada por la STS de 1 de octubre de 2018 un apoyo para que los adquirentes de acciones o participaciones sociales objeto de asistencia financiera puedan tener la tranquilidad de la inatacabilidad de su adquisición y el mantenimiento seguro, por tanto, de su posición de accionistas o de socios, nuevos o incrementada por efecto de la transmisión asistida. Todo ello en espera de que el legislador pueda decidirse en el futuro a reconocer la licitud de la asistencia financiera, siempre que se proteja a los minoritarios, se controlen los posibles abusos de la mayoría y se asegure el mantenimiento del capital social y las reservas obligatorias.

IV.-Conclusiones.

Dos son las aportaciones de la STS de 1 de octubre de 2018, que hemos analizado en este artículo:

- i) La licitud de la transmisión de participaciones sociales propias una vez transcurrido el plazo de tres años previsto en el artículo 141 LSC.
- ii) Y la nulidad exclusivamente de la asistencia financiera prestada por las sociedades de capital, constreñida al propio negocio de asistencia financiera y sin proyección al negocio objeto de tal asistencia.

Al margen de lo anterior también hemos

21 Así, VARGAS VASSEROT, C., “Los efectos jurídicos de la contravención de la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias”, Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 984; también, del mismo autor citado “Efectos de la contravención de la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias: propuesta de reforma e interpretación restrictiva de una institución en crisis”, RDS, nº 45, 2015, www.westlawinsignis.com.

aprovechado para analizar la admisión por la SAP de Cáceres de 10 de septiembre de 2015, en la segunda instancia del litigio resuelto finalmente por la STS de 1 de octubre de 2018, acerca de la licitud de la transmisión de las participaciones sociales propias por un valor distinto del razonable cuando la transmisión es acordada por la unanimidad de los socios.

El hilo conductor de las posiciones mantenidas por las Sentencias comentadas en todas las antes citadas tres aportaciones es el mismo: la interpretación axiológica de los preceptos legales concernidos, artículos 141, 143 y 157 LSC, sustancialmente.

Nuestros Tribunales han buscado encontrar la finalidad de las normas legales antes referidas, con el objetivo de evitar que una lectura literal y sistemática de las mismas pudiera no sólo constreñir las actuaciones controvertidas sino, además, contrariar la propia finalidad de la Ley.

Estamos, pues, ante una flexibilización de conductas, que permitirá, hasta cierto punto, el que, por ejemplo, desaparezca uno de los temores clásicos a las operaciones de asistencia financiera, la grave y peligrosa nulidad de la transmisión asistida. Ello facilitará los cambios

de control y las tomas de control apalancadas, afectadas todavía por los riesgos de las sanciones administrativas, no muy frecuentes en la práctica, y de la responsabilidad de los administradores, tampoco frecuente, que tengamos conocimiento.

Además, se dota de flexibilidad a la puesta a término de las situaciones temporales permitidas de autocartera en las S.R.L. y, sobremanera en las sociedades cerradas, se facilita esa puesta a término más sencilla y con ahorro de tiempo y dinero, vía la transmisión de las participaciones sociales concernidas por el precio decidido por la unanimidad de los socios, sin tener que recurrir a las más costosas y lentas operaciones de amortización o de transmisión por un justiprecio determinado por experto independiente.

Puede darse, pues, la bienvenida a una lectura de la LSC que evite interpretaciones rigoristas y que, sin causar perjuicios ni afectar a la seguridad jurídica, permita una mayor libertad en la puesta en práctica de un sector del Derecho mercantil que debe servir como instrumento de atracción de inversiones nacionales y extranjeras y de mejora de la competitividad de nuestro sistema jurídico.