

## TS Sentencia num. 79/2012 de 1 marzo

En la Villa de Madrid, a uno de Marzo de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por JAMS-ARQT1 S.L. contra la [sentencia dictada por la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz el día veintiséis de diciembre de dos mil ocho \(PROV 2009, 212097\)](#), en el recurso de apelación 663/2008, dimanante del juicio ordinario 1040/2007, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Badajoz...

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

...

#### 1. Hechos

14. Los hechos que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida, integrados en lo menester, en lo que interesa a efectos de esta sentencia y en síntesis, son los siguientes:

1) JAMS-ARQT1, S.L. era titular de las participaciones números 19.849 a 28.118 de AFISUR FOMENTO SL

2) El 14 de mayo de 2007 las hoy litigantes suscribieron un documento privado por el que AFISUR adquiriría de JAMS las propias participaciones titularidad de esta que debería recibir como contraprestación 9.000 euros en efectivo y, después de minorar la hipoteca que las gravaba, cuatro naves industriales sitas en Almendralejo a las que se asignó un valor de 349.357 euros.

3) Después de ciertas incidencias y aplazamientos irrelevantes a efectos del presente recurso, AFISUR rechazó el otorgamiento de la correspondiente escritura de adquisición de sus propias participaciones sociales...

15. La demandante interesó la ejecución de lo pactado en el documento privado de 14 de mayo de 2007, en los términos transcritos en el primer antecedente de hecho de la presente sentencia...

21. Los dos primeros motivos orbitan alrededor de una sola idea: la adquisición por AFISUR de sus propias participaciones a título oneroso y sin previo acuerdo de reducción de capital no constituye "causa ilícita" determinante de la nulidad del contrato, por lo que trataremos ambos conjuntamente...

## **2. Valoración de la Sala**

### 2.1. La licitud de la transmisión de las participaciones.

28. La transmisión de participaciones sociales, bien que sujeta a ciertas restricciones está expresamente permitida por la norma que, con matices que no son del caso, por el contrario, mira con disfavor las restricciones que las hagan prácticamente intransmisibles -en este sentido el art. 30.1LSRL, aplicable al caso (hoy art. 108 TRLSC- dispone que "*[s]erán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos*", por lo que la compraventa o permuta de participaciones sociales y su causa típica -la entrega de las participaciones (*rectius*, la transmisión de la titularidad de las participaciones) a cambio de un precio en dinero o en bienes-, no constituye *per se* causa ilícita determinante de su nulidad.

### 2.2. La adquisición derivativa de las propias participaciones.

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

30. Pese a ello, partiendo de la prohibición de la adquisición originaria -el art. 39.1LSRL dispone "*[e]n ningún caso podrá una sociedad de responsabilidad limitada asumir participaciones propias, ni acciones o participaciones emitidas por su sociedad dominante*", el 74 del [TRLSA](#) "*[e]n ningún caso podrá una sociedad suscribir acciones propias, ni acciones emitidas por su sociedad dominante*"; y el 134 TRLSC que "*[ e]n ningún caso las sociedades de capital podrán asumir o suscribir sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante*" -, las ventajas que las adquisiciones derivativas pueden proporcionar y la necesidad de adaptar el ordenamiento interno al europeo, bien que condicionando la autocartera a la observancia de ciertos requisitos dirigidos a evitar los indicados peligros, han sido determinantes de que el legislador haya flexibilizado progresivamente el estricto régimen referido a las propias acciones -el art 47

LSA fue modificado por el art 4 LR dando lugar al más tolerante del 75 TRLSA flexibilizado, a su vez, por la [Ley 3/2009, de 3 de abril](#), sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y hoy 146 TRLSA-.

31. También ha flexibilizado el régimen de la autocartera de las participaciones sociales por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la [Ley 2/1995, de 23 de marzo](#), de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en cuya Exposición de Motivos se indica que una de las modificaciones tiene por objeto "*posibilitar la adquisición y tenencia temporal por la sociedad de sus propias participaciones sociales*", pese a lo cual no equipara el régimen de las sociedades de responsabilidad limitada al de las anónimas, lo que justificaba la Exposición de Motivos LSRL por razones tipológicas, al indicar que "*no pueden los socios franquear las fronteras que separan la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada...(...) es esencial para la sociedad de responsabilidad limitada su carácter de sociedad cerrada (...) Son consecuencias de esta premisa (...) la severa limitación de los supuestos de adquisición de participaciones propias*", de tal forma que el art 140.1 TRLSA mantiene el texto del 40.1 LSRL -aplicable para la decisión de la controversia por razones temporales-, a cuyo tenor "*[l]a sociedad de responsabilidad limitada sólo podrá adquirir sus propias participaciones, o acciones o participaciones de su sociedad dominante en los siguientes casos: (...) d) Cuando la adquisición haya sido autorizada por la Junta General, se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto: Adquirir las participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad*".

### 2.3. La ilicitud de la causa.

32. Para la existencia de los contratos nuestro sistema exige la concurrencia de causa al disponer en el [art. 1261](#) CC que "*[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: (...) 3º Causa de la obligación que se establezca*".

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

34. Finalmente, al igual que otros de nuestro entorno -el artículo 1133 del Código de Napoleón dispone que "*La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*" ([l]a causa es ilícita cuando está prohibida por la ley y cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público) y el 1343 del italiano que "*[l]a causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico*

*o al buon costume"* ([l]a causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres)-, en el segundo párrafo del art 1275 CC precisa que "[e]s ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral".

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

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

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

capítulo y, en el número 2 que *[l]as infracciones anteriores se sancionarán con multa por importe de...*...

39. El tercer motivo del recurso se enuncia en los siguientes términos:

*Con el presente motivo venimos a denunciar la infracción del [artículo 7.1 y 2 del Código civil](#).*

40. En su desarrollo la recurrente afirma que AFISUR aprobó por unanimidad y con la presencia del 100% de sus socios, la adquisición de las participaciones sociales de JAMS dado su *"firme deseo y voluntad de abandonar la sociedad"* y que incluso inició la ejecución del contrato, por lo que argumentar que el mismo es radicalmente nulo, por causa ilícita, supone ir contra sus propios actos.

41. El cuarto motivo del recurso se enuncia en los siguientes términos:

*Mediante el presente motivo denunciemos la infracción de la sentencia recurrida del [artículo 1.256](#) del Código civil.*

42. En su desarrollo la recurrente afirma que autorizar a que la parte pueda alegar la nulidad de lo estipulado, supone dejar a su arbitrio la validez y el cumplimiento de los contratos.

## **2. Valoración de la Sala**

### **2.1. Inaplicabilidad de los actos propios en supuestos de nulidad.**

43. No indica el motivo cual es la razón por la que la validez y cumplimiento del contrato quedó al arbitrio de uno de los contratantes, por lo que en realidad la invocación del art 1256 CC no tiene otra finalidad que dar cobertura formal a la absurda tesis de que la oposición al cumplimiento de un contrato por razones absolutamente extrañas a la voluntad de las partes equivale, cuando tiene razón para ello, a dejar a criterio de quien se opone la validez y eficacia del mismo aunque, como acontece en este caso, sea por una razón totalmente ajena a la decisión de los contratantes.

44. La cuestión, en consecuencia, no es si la validez y eficacia del contrato quedó al arbitrio de una de las partes, sino si alguna de las partes está legitimada para oponer la nulidad de lo pactado al cumplimiento del contrato o, pese a ello, prescindiendo de las razones por las que el ordenamiento aplica tan grave sanción a lo estipulado, debe aquietarse en aras al principio que impide actuar contra los propios actos.

45. Ciertamente, pese a que el Código Civil español carece de norma específica que se refiera de forma expresa a la prohibición de actuar contra los propios actos, doctrina y jurisprudencia coinciden que el principio *venire contra factum proprium non valet* (no es

lícito actuar contra los propios actos), constituye una manifestación del principio de buena fe que, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos impone el [artículo 7](#) del Código Civil

46. También es cierto que un sector doctrinal propugna una aplicación amplia de la regla "nemo propriam causam turpitudinem allegare potest" que constituye una peculiar manifestación de dicho principio, de tal forma que no puede invocar la nulidad la parte que ha provocado la nulidad.

47. Ahora bien, para que sea aplicable la doctrina de los lo que es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) Existencia de una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias.

2) Que tal conducta tenga una significación e inequívoca e incompatible con la posterior.

3) Que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables.

### 2.3. Desestimación del motivo.

48. Consecuentemente con lo expuesto, para rechazar el motivo será suficiente indicar que en ningún caso pudo generar expectativas razonables un acuerdo ilícito, razón por la que esta Sala tiene declarado que la doctrina de los actos propios no impide invocar la nulidad de lo estipulado

49. Más aún, la norma regula la materia de forma indisponible por responder a un interés público que excede de los de las partes en el contrato e, incluso, de los privados de accionistas y acreedores, para afectar al mercado y su infracción es susceptible de ser apreciada de oficio por operar "ipso iure" (en este sentido, bien que con prudencia, se han pronunciado, entre otras, las [sentencias 523/2008, de 12 de junio](#), y [173/2009, de 18 de marzo](#))...