

Capital privado

Validez de un contrato consensual colectivo de préstamo participativo que, además, no era participativo

(Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, 800/2021, de 23 de noviembre)

Obliga a cada socio «prestamista» un acuerdo de consejo de sociedad anónima que se tomó por unanimidad y que «acordaba» que cada uno de aquéllos hiciera un préstamo participativo a la sociedad a cambio de un interés fijo y sin más determinación.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Los hechos

Quail es una sociedad constituida en noviembre del 2007 para la comercialización de cruceros. En febrero del 2009, Globalia era socia mayoritaria de Quail, al ser titular de acciones que representaban el 21,518 % del capital social. El órgano de administración de Quail era un consejo de administración del que formaba parte el señor Sabino, que era a su vez presidente ejecutivo de Globalia. En su reunión de 27 de febrero del 2009, el Consejo de Administración de Quail, con la participación del señor Sabino, acordó por unanimidad que los socios realizaran una aportación extraordinaria

de 3 000 000 euros en concepto de préstamo participativo. Cada uno de los socios debía contribuir de forma proporcional a su respectiva participación en el capital social. A Globalia le correspondían 645 540 euros. Todos los socios realizaron su respectiva aportación, salvo Globalia. El préstamo tendría una remuneración anual del 3 % anual, liquidable mensualmente. Quail fue declarada en concurso de acreedores. El administrador concursal de Quail interpuso una demanda en la que reclamaba de Globalia *la cantidad que se había comprometido a aportar como préstamo participativo* (645 540 euros). El recurso de casación de Globalia es desestimado.

2. Doctrina de la sentencia

Según la Sala, el recurrente incurre en una petición de principio cuando denuncia la infracción de los artículos 1257 y 1259 del Código Civil (Código Civil) por no haber intervenido el señor Sabino como representante de Globalia. No es incompatible que éste, en cuanto miembro del Consejo de Administración, hubiera mostrado su conformidad con el acuerdo de que los socios realizaran esa aportación de 3 000 000 euros y que la sentencia recurrida entienda que él hubiera consentido como presidente ejecutivo de Globalia en la asunción de esta obligación, al igual que el resto de los socios — también representados de alguna forma por otros miembros del Consejo—.

Es cierto que se omite en el acuerdo societario cualquier referencia al término y a la forma de amortización del préstamo, pero estos elementos no son esenciales. Así se entiende que el artículo 313 del Código de Comercio disponga que, «[e]n los préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho». En consecuencia, el objeto del préstamo participativo a que se había comprometido Globalia está determinado (en el sentido previsto en el artículo 1273 del Código Civil), por lo que no cabe apreciar su infracción.

Para que el préstamo acordado pudiera tener la consideración de participativo conforme al artículo 20.1 del Real Decreto Ley 7/1996, era imperativo que los prestamistas percibieran un interés variable que se determinara en función de la evolución

de la actividad de la empresa prestataria. Aunque la certificación del presidente del Consejo hace referencia a que estos préstamos acordados devengarían un interés fijo del 3 % anual, a liquidar mensualmente, esa mención no satisfacía la reseñada exigencia legal. Ello conlleva que esta aportación dineraria de los socios no pudiera considerarse un préstamo participativo. Esta infracción normativa, la del artículo 20.1a del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, carece de efecto útil, pues tan sólo determina que la aportación convenida no pueda ser tratada como un préstamo participativo, pero no que no exista una obligación por parte de Globalia de prestar a Quail la cantidad que se había comprometido a aportar y en las condiciones realmente convenidas.

La «promesa» de préstamo es verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente, lo que dependerá de las circunstancias del caso. No se infringe el artículo 1091 del Código Civil por estimar la solicitud de condena a Globalia a cumplir con la obligación de realizar la aportación de 645 540 euros a favor de Quail, a la que se había comprometido tras la reunión del Consejo de Administración de esta última entidad del 27 de febrero del 2009.

3. Comentario

- a) La Sala resuelve el caso con una argumentación escueta, pero la complejidad del supuesto es mayor que la que se desprende de la sumariidad de los fundamentos.
- b) La Sala se apoya en la **Sentencia del Tribunal Supremo 432/2018, de 11 junio**, para justificar que los préstamos

de dinero pueden ser contratos consensuales que obligan antes de que se realice la entrega efectiva del dinero. Pero la sentencia del 2018 no contiene doctrina respecto de que el préstamo de dinero sea (o pueda ser) un contrato consensual, y no necesariamente real (en cuyo caso sólo se perfeccionaría por la *datio* del dinero), sino de que el préstamo oneroso puede ser resuelto por el acreedor ante el impago del deudor, sin necesidad de que se hubiera previsto un pacto de vencimiento anticipado del artículo 1129 del Código Civil. De hecho, aunque ni lo dice siquiera, esta sentencia presupone necesariamente que su doctrina sólo cursa cuando el préstamo contiene promesa de pago de interés. La Sala no justifica su doctrina en la naturaleza consensual del préstamo, hasta el punto de que, en un pasaje en el que la Sala arriesga demasiado, se nos dice incluso que, «aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario». Es decir, que la resolución del artículo 1124 procedería incluso en contratos de préstamo (oneroso) que se perfeccionan (sólo) con la efectiva *datio* del dinero, por lo que dicha sentencia no serviría en puridad de precedente.

- c) Tampoco el resto de la jurisprudencia que admite que el prestamista recurra a la resolución contractual del

artículo 1124 del Código Civil sustenta su doctrina en el carácter consensual (además de sinalagmático) del préstamo. De hecho, la única resolución judicial de casación que indiscutiblemente postulaba el carácter consensual del préstamo de dinero es la *Sentencia del Tribunal Supremo 417/2020, de 10 de julio*, también con cita no procedente de la *Sentencia del Tribunal Supremo 432/2018, de 11 de junio*, aunque en un caso que debería haberse resuelto en el mismo sentido, pero con una fundamentación distinta.

- d) En mi opinión, en todo el proceso societario del caso presente no existió contrato consensual de préstamo ni oferta de préstamo hecha por la sociedad (por medio de su consejo) y aceptada por los socios a título individual. El acuerdo unánime de los socios administradores de Quail por el que se comprometen a realizar un préstamo en favor de la sociedad es un *pacto parasocial* (de los conocidos como de *atribución*) de los socios consejeros, aunque difiere notoriamente del tipo ordinario de pactos parasociales de consejo que se conocen en la práctica, porque el presente no tiene por objeto modular el ejercicio de la competencia orgánica de los administradores. Es un acuerdo de socios administradores, pero no puede ser un acuerdo corporativo de consejo, porque no puede corresponder a las competencias orgánicas de una sociedad de capital imponer a los socios o administradores deberes de celebrar con la sociedad acuerdos y contratos no societarios. Como acuerdo parasocial unánime, *obliga civilmente a las partes del acuerdo*.

- e) Como el acuerdo parasocial tiene por objeto promover el interés común de los firmantes en una «empresa señalada», constituye aquel pacto plural *una sociedad civil particular* (art. 1678 Código Civil). Si bien la sociedad anónima no es (parece que no es) firmante del acuerdo, sin duda es beneficiaria de un pacto en favor de tercero, del que nacen derechos propios, que son los que aquélla hace valer cuando demanda el cumplimiento frente al socio renuente. El único acto propiamente corporativo en este proceso es la «aceptación» que Quail hace de la atribución que se contiene en el pacto de socios, a los efectos de causar irrevocabilidad del artículo 1257 II del Código Civil. Esta aceptación está embebida en el propio acuerdo de socios porque no existe otro espacio corporativo en el que la aceptación pudiera haber sido proferida. Desde el momento en que es perfecto el acuerdo de socios, es ya irrevocable frente a la sociedad.
- f) En esta sociedad civil interna (pero no en la sociedad anónima Quail), el contrato de préstamo consensual o el préstamo prometido sí puede ser una *aportación de los socios «prestamistas»*. Como no rige el principio de efectividad e inmutabilidad del capital social, puede ser una aportación debida a la celebración misma de un contrato, esto es, un *pasivo* del aportante. El mismo pacto social puede ser la justa causa de creación de una obligación no societaria, y esta obligación del socio ya reviste la condición misma de aportación a la sociedad civil. El «contrato de préstamo» queda como aportación de la sociedad civil

interna que se genera con el correspondiente acuerdo parasocial. Cuando el contrato ha sido celebrado por todos los socios y la *datio* de cada uno de ellos se consuma, probablemente la sociedad civil interna se agota y la propia aportación queda consumida en los correspondientes contratos de préstamo celebrados con la sociedad anónima, sin rastro (no es seguro) de la preexistente *causa societatis* de estos préstamos.

- g) ¿Por qué ha de valer como préstamo común un préstamo que el consejo de Quail literalmente calificó de *participativo*? ¿No hay un disenso sobre la causa, un objeto «imposible»? No, ciertamente. Los socios administradores otorgantes del contrato parasocial estaban de acuerdo en los términos del préstamo que pretendían hacer en favor de la sociedad. Un préstamo de una determinada cantidad de dinero por cabeza y con un interés del 3 % liquidable trimestralmente. Hay *consensus in idem* por más que no fuera absolutamente determinado en cuanto a su objeto o su causa. *Participativo* no forma parte del consenso, queda en la periferia de una simple denominación cuyo auténtico alcance, seguramente, los administradores desconocían (¿se llama así porque los prestamistas son partícipes de la sociedad o porque todos los socios participan en el préstamo?). Referencia semántica sin denominación objetual cuya falsa denominación es irrelevante porque la «expresión de una causa falsa» queda superada por la probada existencia de otra causa verdadera y lícita, en el sentido del artículo 1276 del Código Civil. *Falsa demonstratio non nocet*

cuando los contratantes están de acuerdo en la sustancia y sólo discrepan en una denominación que no es esencia del negocio. En otras palabras, existían

entendimiento común y voluntad común de celebrar el contrato que celebraron, aunque lo denominaran de una forma en que no podía ser denominado.

Advertencia legal: Este boletín sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.