

**Desarrollo:**

**LOS NEGOCIOS DE BANESTO SOBRE SUS ACCIONES A EXAMEN  
JUDICIAL**

**(STS, de 28 de mayo de 2001 y sus precedentes de Instancias)**

*Dra. María de la Sierra Flores Doña  
Profesora Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid*

**SUMARIO**

- I. INTRODUCCION
- II. EL SUPUESTO DE HECHO QUE ENTRONCA LAS RESOLUCIONES JUDICIALES
- III. VALIDEZ O ILICITUD DE LOS CREDITOS CONCEDIDOS POR BANESTO PARA ADQUIRIR SUS ACCIONES Y GARANTIZADOS CON LOS MENCIONADOS VALORES
  - 1. Confrontación judicial en torno al consentimiento negocial
    - 1.1. Posición predominante en las Sentencias de Instancia y Apelación: Nulidad radical por consentimiento viciado
    - 1.2. Posición minoritaria: Validez por inexistencia de consentimiento viciado
    - 1.3. Consideraciones valorativas
  - 2. Validez por derogación de la prohibición en el TRLSA de 1989, pronunciada por la STS, de 28 de mayo de 2001
- IV. EL CASO BANESTO A LA LUZ DE LA DISCIPLINA REGULADORA DE LAS ACCIONES PROPIAS Y LAS INSUFICIENCIAS NORMATIVAS
  - 1. Restricciones y condicionamientos legales a los créditos garantizados y concedidos por Banesto para adquirir las acciones procedentes de una autocartera ilícita
  - 2. Cuestionabilidad de los fundamentos de la excepción prevista para las entidades de crédito y su alcance
  - 3. Límites del sistema legal ante los riesgos de abuso-desviación del poder de dirección
- V. ¿NULIDAD DE NEGOCIOS PROHIBIDOS INICIALMENTE? ¿VALIDEZ DE NEGOCIOS VICIADOS?. SOLUCIONES PONDERADAS

-----

**I. INTRODUCCION**

Las Sentencias sobre litigios promovidos por Banesto contra determinados clientes (y/o trabajadores) por los créditos concedidos para adquirir acciones (o bonos y cupones canjeables) de la entidad bancaria y garantizados con los mismos valores se resuelven a partir de finales de 1995. En todos se suscitó la validez o no de los créditos concedidos por los antiguos dirigentes de la entidad bancaria, como presupuesto esencial para alcanzar un pronunciamiento en torno a la "liberación o no de la deuda reclamada por Banesto". Tras un relativo número de resoluciones judiciales emitidas inicialmente, partidarias de la nulidad de los negocios celebrados con accionistas-trabajadores, por la existencia de un consentimiento viciado conexo a la crisis patrimonial de la entidad o a la presión

de los superiores jerárquicos ejercida respecto de sus clientes y trabajadores<sup>1</sup>, desde finales de 1997 aparecen igualmente resoluciones a favor de la validez de los contratos celebrados, no sólo por irrelevancia de la crisis patrimonial de la entidad o de las presiones por parte de los representantes de Banesto para viciar el consentimiento, sino también porque la operación deja de prohibirse a principios de 1990. Posición esta última a la que se ha sumado la primera de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo sobre el caso Banesto, de 28 de mayo de 2001 (RJ 2001/3.436). En ella, la Sala Primera desestimó el recurso de casación interpuesto contra la emitida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 24 de enero de 1996, considerando válidos los contratos de "compraventa bursátil" de acciones del Banco Español de Crédito S.A, y el del "crédito condicionado a dicha compraventa", celebrados entre los recurrentes y "Banesto", hacia finales de 1995. Por ello, condenó a los recurrentes a pagar solidariamente a Banesto, el capital adeudado más los intereses pactados desde la interpelación judicial y las correspondientes costas procesales.

Si bien, la función complementaria de la jurisprudencia en el sistema de fuentes jurídicas se reserva legalmente a las resoluciones del Tribunal Supremo; en nuestro caso, a las que emite la Sala Primera<sup>2</sup>, el examen conjunto de las

---

<sup>1</sup> A las Sentencias relativas al "caso Banesto", que se han examinado para la elaboración del trabajo (emitidas por Juzgados de Primera Instancia (de Lleida -60/95, de 7 de octubre-, Madrid -883/95, de 4 de junio de 1996 y la del número 37, de 30 de julio de 1996) y Audiencias Provinciales (de Málaga, por la Sección segunda 217/1999, de 28 de abril) pueden añadirse las reseñadas en la Sentencia 356/200, de 21 de julio, de la Sección Segunda de la AP de Lleida; en la que se indica, que la misma es *"una de las pioneras en dictar resoluciones sobre similares o idénticas situaciones de hecho y de derecho, denominadas "caso Banesto". En principio, debemos mencionar las sentencias de esta misma Sala de: 20-12-1995, 22-5-1996, 27-1-1997, 10-3-1997, 18-3-1998 (AC 1998\466), 14-1-1999, 18-5-1999 (AC 1999\934) y 28-6-1999.... en suma, cabe acudir a las restantes resoluciones para sentar de una forma rotunda, la línea pacífica y consolidada, establecida por esta misma Sala. Las sentencias son las que se relacionan: 18-3-1998, con núm. 136 (caso B. y V.), 14-3-1999, núm. 16 (caso R.), 18-5-1999, núm. 280 (caso A. y E.) y 28-6-1999, núm. 365 (caso M. y G.), a ellas deben sumarse innumerables sentencias dictadas por Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales, siendo de especial interés, por la fecha de su redacción, la de Alicante de 13 de junio de este mismo año 2000, núm. 585, dictada en el Rollo 745-A/1999, siendo evidente y notorio que la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad de pronunciarse hasta el día de hoy, sobre tales cuestiones específicas, en la vía casacional". (FD Primero).*

<sup>2</sup> La significación y alcance de la jurisprudencia en el Ordenamiento jurídico lo determina el art. 1.6 del CC, que dice: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho". Conforme a lo manifestado por el propio

emitidas al caso resulta obligado. De un lado, porque la parquedad de los hechos expuestos en la Sentencia del Supremo, junto con la literalidad de sus interpretaciones son insuficientes para conocer la realidad de los hechos que estuvieron detrás de los negocios objeto de casación y entender la valoración jurídica que de los mismos ha defendido el Tribunal Supremo. De otro, advertir que el supuesto controvertido es simplemente una de las múltiples manifestaciones del más amplio y complejo que subyace en el vigente Art. 81 del TRLSA (y sus precedentes, Arts. 47 de la LSA de 1951 y 167 CCo.)<sup>3</sup>; cuyas restricciones y cautelas legales a la asistencia financiera para adquirir acciones quedan más que justificadas en el caso que nos ocupa. Finalmente debe indicarse, que las "razones estrictamente jurídicas" que están detrás de la "validez de los negocios realizados por Banesto sobre sus acciones" presentan fisuras en las resoluciones judiciales que, en modo alguno, han sido superadas tras la STS, de 28 de mayo de 2001. En este plano de ideas, las consecuencias previstas para la inobservancia del Art. 81 (o de los derogados Arts. 47 LSA y 167 del CCo. aplicados al caso Banesto) sólo se revelan satisfactorias para el interés patrimonial de los posibles terceros perjudicados que se hayan visto "presionados" a aceptar créditos para adquirir acciones de la sociedad asistente, tras la declaración de nulidad negocial; malamente funciona, mediante el ejercicio de una acción individual de responsabilidad por daños (Art. 135 del TRLSA

---

Tribunal Supremo y compartido por la doctrina, el tenor del Art. 1.6 del CC requiere, que se trate del criterio o de la doctrina del Tribunal Supremo, con la misión específica de unificar la interpretación y aplicación de la Ley; que la sentencia que lo exprese provenga de la Sala del Supremo, dedicada al sector del ordenamiento en el que va a adquirir valor de Jurisprudencia; que la opinión formulada se refiera al núcleo decisor de la sentencia (*ratio decidendi*) y no se trate de opinión, no determinante de la decisión judicial (*obiter dicta*); sólo puede considerarse doctrina reiterada, la contenida en dos sentencias, como mínimo. Cumplidos estos requisitos, la doctrina jurisprudencial tendrá una función complementaria en el sistema de prelación del fuentes del ordenamiento jurídico y su eficacia general, se restringirá a los litigantes, aunque también podrá fundamentar una pretensión judicial (Vid. DIEZ-PICAZO, L.: "Comentario al Art. 1.6 del CC. en *Comentario al CC*, dirigido por PAZ-ARES, C., Madrid 1991, T.I., pág. 12; GORDILLO, A.: "Jurisprudencia" *Voz Enciclopedia jurídica básica*, dirigida por MONTROYA, A., Madrid 1996, T.III, págs. 3.888 y ss.; LOPEZ VILAS, R.: *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*", Madrid 2001).

<sup>3</sup> Las posibles combinaciones del supuesto de hecho previsto en la "prohibición de asistencia financiera a terceros para la adquisición de acciones propias o de la sociedad dominante", contempada en el Art. 81 del TRLSA se eleva a más de veinte (pudiéndose reagrupar en las siguientes: negocio directo más realización directa; negocio directo más realización indirecta; negocio indirecto más realización directa; negocio indirecto más realización indirecta); número que se supera considerablemente en la práctica empresarial (Así puede verse en la monografía de FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>.S.: *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, Edersa, Madrid 2000, especialmente en el capítulo tercero "Alcance de la prohibición", págs. 126 a243)

vigente y 81 de la LSA de 1951) y en ningún caso redundan directamente en el patrimonio privado de los perjudicados, el ejercicio de las acciones legalmente posibles para sancionar la conducta de los dirigentes (básicamente, la responsabilidad-sanción administrativa del Art. 89 del TRLSA y la civil por el desembolso, del Art. 74 del TRLSA. Subsidiariamente, la responsabilidad general civil de los administradores por daños causados al patrimonio social -Art. 133 del TRLSA-. Y, eventualmente, la responsabilidad penal, si en la infracción hubiesen concurrido elementos tipificadores de algún delito contra los derechos de los trabajadores -Arts. 311,315- y otros posibles -Art. 290, 291-)⁴.

## **II. EL SUPUESTO DE HECHO QUE ENTRONCA LAS RESOLUCIONES JUDICIALES**

Los antecedentes de los litigios datan de finales de los ochenta y principios de los noventa y tienen su explicación jurídica, en la necesidad de que Banesto se desprendiera de una autocartera excesiva (conforme al entonces Art. 37 de la LSA de 1951 y posteriormente, los Arts. 74 y ss. del TRLSA, de 1989). Mandato que pretendió cumplirse mediante la realización de una serie de operaciones, impulsadas a nivel nacional y estructurada en varios negocios conexos entre sí respecto de sus acciones o valores canjeables en ellas. De los hechos relatados en las distintas sentencias y otros documentos en poder de los accionistas (póliza de crédito personal, entregada a los sucesivos contratantes, correspondencia confidencial, en la que se contenían otras prestaciones y compromisos, supuestamente contractuales)⁵, considerados probados por las

---

<sup>4</sup> Vid. op.loc. supra, capítulo Quinto "Inobservancia de la disciplina", págs. 354-434.

<sup>5</sup> Junto al contrato propiamente dicho de "asistencia financiera para adquirir acciones" señalado en el texto, existían otros compromisos de los terceros (accionistas, clientes, trabajadores...), relacionados con su intención de acudir a todas las ampliaciones de capital; afectación de los dividendos al pago del crédito; no vender las acciones durante un plazo y el reconocimiento al Banco de la facultad unilateral para considerar vencido el crédito y reclamar el importe adeudado. Compromisos que quedaban reflejados en una carta del acreditante al Banco; algunas de las cuales se corresponden con el modelo que aparece en el libro de GONZALEZ URBANEJA, F.: *Banca y poder*, Madrid 1994, pág. 327. Documentación privada que permitió a determinados jueces fundamentar la nulidad del contrato de "asistencia financiera para adquirir acciones", conforme a la teoría general del Derecho de Obligaciones y contratos (normalmente por inexistencia o vicio del consentimiento), sin que en ninguna de ellas se entrara a valorar la legalidad objetiva de la operación bajo el Derecho de sociedades anónimas.

sentencias defensoras de la nulidad negocial por consentimiento viciado<sup>6</sup> resulta, que el Banco concedió créditos a sus clientes, accionistas y trabajadores, mediante “apertura de crédito en cuenta corriente”, dirigidos a la adquisición de “bonos canjeables en acciones del Banco” y cuya “devolución se garantizaba con los valores objeto de la operación”. Los contratos estaban formalizados en pólizas de crédito -no intervenidas inicialmente ante fedatario público (lo que originó la necesidad de ejercer la acción procesal en procedimiento declarativo)- y documentación privada varia; por la que los beneficiarios asumieron una serie de compromisos (básicamente, acudir a todas las ampliaciones de capital durante la vigencia del crédito... y, en caso necesario, a la concesión de más créditos; afectación de los dividendos correspondientes a las acciones al pago de los intereses del crédito concertado; carta-orden de venta de las acciones firmada en blanco a favor del Banco). De este modo y a través de la venta al círculo de elegidos -trabajadores, clientes-, Banesto se desprendía formalmente del exceso de acciones propias no permitido, al tiempo que se aseguraba la base accionarial en las futuras ampliaciones de capital. Igualmente, con el préstamo garantizado sobre las acciones le permitía mantener el control social y la futura recuperación del importe adeudado, mediante la realización de la garantía en caso de impago. En contrapartida, clientes, trabajadores y familiares veían facilitado su acceso en el capital de Banesto. Transcurrido el tiempo, la devolución de los créditos por parte de los trabajadores no planteó demasiados problemas, porque la deuda se le descontaba de su nómina. En cambio, algunos antiguos trabajadores -en su mayoría directores de sucursales- y clientes dejaron de pagar la cantidad adeudada, por considerar nulo el contrato celebrado con la entidad (en unos casos porque habían sido víctimas de un engaño por parte del Banco, quien les ocultó o silenció su verdadera situación patrimonial; en otros, porque la firma contenida en la póliza (o sus sucesivas renovaciones) no era la suya y en otros,

---

<sup>6</sup> La exposición de los hechos omitida por la STS 511/2001 se sintetiza por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, 356/2000 en su FD primero, en los siguientes términos: *"necesitando la entidad financiera, a nivel nacional, solventar graves problemas en su situación económica, debido a un exceso de la denominada "autocartera", derivada de la política iniciada por el equipo dirigido por don Mario C. (señores L., R., M., Fernando G., P.E., etc), decidió, en los inicios del año 1989, indicar a los responsables ejecutivos en las distintas sucursales y oficinas del país, que se ofrecieran unos créditos "blandos" con el fin de que, o bien clientes del propio Banco, o bien empleados del mismo, realizaran la compra de un número determinado de acciones, que se ofrecían como garantía o buen fin de la operación crediticia, normalmente créditos personales"*.

porque simplemente no habían utilizado las cantidades puestas a su disposición o porque el Banco había realizado una operación, excediéndose de los límites autorizados en materia de autocartera). Ante dicha situación y, posiblemente, como consecuencia del cambio en la dirección de la entidad acontecido, con su intervención administrativa a finales del año 1993, cuya solución se cerró con un Plan de saneamiento aprobado por el Banco de España, en el que se contemplaban los créditos controvertidos por un importe aproximado de doscientos ochenta y cinco mil millones de pesetas, aunque contabilizados como "Créditos de dudosa recuperabilidad"<sup>7</sup>, la nueva dirección de Banesto comenzó a reclamar judicialmente las cantidades adeudadas por sus antiguos trabajadores y clientes, al tiempo que regularizó formalmente las sucesivas renovaciones de los créditos<sup>8</sup>.

Todos los casos debatidos se refieren a negocios concluidos por la misma Entidad de crédito, similar círculo de personas (clientes de Banesto, trabajadores y sus familiares) y entroncan con la operación señalada, de desprenderse de una autocartera superior a los límites autorizados por la legislación de sociedades

---

<sup>7</sup> En la Sentencia 355/1997 favorable a las pretensiones de Banesto, la Sección segunda de la AP de Badajoz, manifestó que *"en cuanto a la venta de activos dañados efectuada al Fondo de Garantía de Depósitos, como consecuencia del Plan de saneamiento aprobado por el "Banco de España", por importe de doscientos ochenta y cinco mil millones de pesetas, ya la Auditoría efectuada por la Mercantil..., habla de posible recuperación de los créditos concedidos para compra de acciones del propio Banco, a empleados y clientes y habla de que, en el Plan de Saneamiento, se procedió a la dotación total del fondo de insolvencia y a recibir ayudas del Fondo de Garantía, pero para nada se desprende ello que los créditos a empleados y clientes, para adquisición de acciones, figuren en la contabilidad auditada como créditos fallidos o incobrables, sino a lo más, como créditos de dudosa recuperabilidad, pero si consiguen cobrarse, ello no implicaría enriquecimiento injusto del Banco, pues de la documental obrante en los autos no aparece ninguna ayuda a fondo perdido"* (FD undécimo).

<sup>8</sup> Respecto del caso citado en el texto, se publicó la siguiente noticia: La plantilla de Banesto adquirió títulos de la sociedad en dos ocasiones. La primera fue en 1989, mediante la concesión de créditos para adquirir acciones procedentes de la autocartera del Banco (que previamente había adquirido el Banco de los accionistas JB, el 3,5% del capital y de CC, 2%) y garantizado con las mismas acciones. La segunda, en 1993, como consecuencia de la macroampliación y por idéntica fórmula financiera. La devolución de los préstamos se realiza a través del correspondiente descuento en nómina. Operaciones similares se han realizado con algunos accionistas y clientes. Ante los problemas de devolución de los créditos por parte de los trabajadores y la subida del valor de la cotización tras la adquisición del Banco por el Santander, la nueva dirección de la entidad ha decidido levantar la pignoración que pesa sobre las acciones para que los trabajadores puedan proceder a su venta y con el precio obtenido, cancelar el crédito concedido para su adquisición. De este modo, Banesto se quita un problema que ha causado malestar en la plantilla y problemas ante los tribunales (Así apareció en Expansión, el día 27 de enero de 1998, pág. 19).

anónimas (inicialmente en el Art. 47 del TRLSA, de 1951 y con extensión expresa a la asistencia financiera a terceros para adquirir acciones propias o de la sociedad dominante, en el Art. 81 del vigente TRLSA, de 1989) o como medio para asegurar la suscripción por “amigos” en las sucesivas ampliaciones de capital o en personas respecto de las cuales el Banco podía mantener el control y el poder de decisión sobre los valores<sup>9</sup>. Y el recurso judicial para solucionar las controversias surgidas inter-partes, posiblemente se justifique en la repercusión social de los casos debatidos y en el cambio de dirección empresarial que, en el seno de la Entidad actora se produjo; cambio que coincide cronológicamente con las fechas de presentación de las demandas (finales de 1993 y principios de 1994, respectivamente). Llama la atención que, ni en las sentencias de las Audiencias, ni en la del Supremo se ha variado la solución adoptada en primera instancia respecto de la validez o no de los negocios controvertidos.

### **III. VALIDEZ O ILICITUD DE LOS CREDITOS CONCEDIDOS POR BANESTO PARA ADQUIRIR SUS ACCIONES Y GARANTIZADOS CON LOS MENCIONADOS VALORES**

#### **1. Confrontación judicial en torno al consentimiento negocial**

##### **1.1. Posición predominante en las Sentencias de Instancias y Apelación: Nulidad radical por consentimiento viciado**

La nulidad de los contratos celebrados entre Banesto y sus accionistas , en base a la inexistencia o vicio en el consentimiento contractual ha sido la solución predominante en las sentencias de Primera Instancia (entre otras, las del Juzgado de Lleida -60/95, de 7 de octubre<sup>10</sup>-, Madrid -883/95, de 4 de junio

---

<sup>9</sup> Así el F. tercero de la SAP, sala 4ª de Málaga, núm. 217/1999, de 28 de abril.

<sup>10</sup> La Sentencia 60/95 del Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Lleida consideró como hechos probados: la existencia de "*préstamo para adquirir acciones propias, garantizado con ésta última....; que la póliza no se intervino por fedatario...; que no se le exigió garantía de tipo alguno...; que ello sólo se entiende desde la óptica de que las propias acciones responden del crédito...; que el demandado ha sido movido por el dolo de la actora...., sabedora como era de la situación por la que estaba atravesando Banesto y del propio exceso de autocartera que tenía y que desembocó en su intervención por el Banco de España a finales del año 1993 (Fundamento cuantito). Tras ello debe considerarse la "anulabilidad" "contrato por causa de vicio en el consentimiento al concurrir dolo en la actora y a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.261 del CC en relación con el artículo 1300 del mismo cuerpo legal"* (Fundamento quinto).

de 1996<sup>11</sup> y la del número 37, de 30 de julio de 1996<sup>12</sup>) y apelación (Sentencias de la Sección segunda de Málaga 217/1999, de 28 de abril<sup>13</sup> y las formuladas por la Sección Segunda de la AP de Lleida: la primera de ellas, la 499/95, de 20 de diciembre y la más reciente, la 356/2000, de 21 de julio<sup>14</sup>). Coinciden en

---

<sup>11</sup> En la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3 (sección uno) de los de Madrid se calificó *"la conducta de la entidad actora como dolosa, toda vez que la misma y como se ha puesto de relieve... con la apariencia de una solvencia que no tenía, así como aparentando una situación patrimonial irreal, consiguió que el demandado suscribiese con la misma una póliza de crédito, póliza que sirvió para que el mismo adquiriese acciones de la propia entidad demandante con la finalidad torticera de colocar su cartera a unos precios de mercado, artificialmente conseguidos debido a la ocultación de pasivos de la misma... consecuencia de la declaración de nulidad del contrato de préstamo en cuenta corriente y, la subsiguiente adquisición de las acciones es que el deudor únicamente pudo venir obligado a la restitución de las acciones depositadas en su nombre en la Entidad actora, pero dada la nulidad absoluta y total de la póliza de crédito ninguna obligación de las contenidas en dicho contrato es exigible al demandado"* (Fundamento Tercero, en sus dos últimos párrafos)

<sup>12</sup> En el Fundamento Cuarto de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 37 se señalaba que *"Conforme a lo dispuesto en el CC, en materia de interpretación de los contratos (especialmente 1.282 y 1.288) cabe señalar que los contratos suscritos por las partes.... como consecuencia de los cuales ni el demandado dispuso de importe alguno, ni tenía que amortizar cantidad alguna sino a través de la venta de las acciones o con el importe de los dividendos. Ello unido a que la actuación del Banco tendió a que los contratantes no tuvieran conocimiento de la verdadera situación patrimonial de la entidad induciendo a los mismos a firmar unos contratos mediante engaño al realizar una política ficticia con la única finalidad de aparentar beneficios simulados, causa de la querella interpuesta por la Fiscalía ante los Juzgados Centrales de Instrucción contra los antiguos gestores de Banesto, llevan a la conclusión de que el consentimiento prestado por la parte demandada estuvo viciado por error, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.265 y 1.266 del CC en relación con el 1.300 del mismo texto legal, los contratos suscritos carecen de uno de los requisitos necesarios para su validez, cual es el consentimiento de los contratantes, por lo cual no puede producir efectos..."*

<sup>13</sup> *"El pretendido contrato en el que la parte actora funda su derecho es nulo radicalmente por inexistente en cuanto falto del elemento causa (Arts. 1.261, 1.274 y 1.300 del Código Civil)... El contrato crediticio... adolece de la precisa reciprocidad, dado que el demandado no percibe contraprestación alguna, ya que el mismo sólo le genera gravámenes y empobrecimiento económico, pues se le obliga a concertar un crédito para la compra de unas acciones de las que es mero titular formal, de las que no tiene libre disposición, ni de sus rendimientos económicos, y de manera que tiene que supeditarse a la liquidación que de las correspondientes operaciones le presente el Banco, sometimiento que hubo de aceptar al depender laboralmente de la actora, no constando que el actor haya percibido materialmente algún beneficio ni que posea los títulos ni las posibles anotaciones en cuenta..."* (SAP de Málaga, Sala cuarta (217), de 28 de abril de 1999, fundamento cuarto).

<sup>14</sup> En la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida se indica que la misma es *"una de las pioneras en dictar resoluciones sobre similares o idénticas situaciones de hecho y de derecho, denominadas "caso Banesto". En principio, debemos mencionar las sentencias de esta misma Sala de: 20-12-1995, 22-5-1996, 27-1-1997, 10-3-1997, 18-3-1998 (AC 1998\466), 14-1-1999, 18-5-1999 (AC 1999\934) y 28-6-1999.... en suma, cabe acudir a las restantes resoluciones para sentar de una forma rotunda, la línea pacífica y consolidada, establecida por esta misma Sala. Las sentencias son las que se relacionan: 18-3-1998, con núm. 136 (caso B. Y V.), 14-3-1999, núm. 16 (caso R.), 18-5-1999, núm. 280 (caso A. y E.) y 28-6-1999, núm. 365 (caso M. y G.), a ellas deben sumarse innumerables sentencias dictadas por Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales, siendo de especial interés, por la fecha de su redacción, la de Alicante de 13 de junio de este mismo año 2000, núm. 585, dictada en el Rollo*



fundamentar su posición en el consentimiento viciado de empleados y clientes, derivado de una actuación dolosa por parte de la Entidad de crédito conexas a su situación de patrimonial. En este sentido son claras las afirmaciones tales como, que "el demandado ha sido movido por el dolo de la actora...., sabedora como era de la situación por la que estaba atravesando Banesto y del propio exceso de autocartera que tenía y que desembocó en su intervención por el Banco de España a finales del año 1993" (Fundamento cuarto de la S60/95 del Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Lleida); que "Conforme a lo dispuesto en el CC, en materia de interpretación de los contratos (especialmente 1.282 y 1.288) cabe señalar que los contratos suscritos por las partes.... como consecuencia de los cuales ni el demandado dispuso de importe alguno, ni tenía que amortizar cantidad alguna sino a través de la venta de las acciones o con el importe de los dividendos. Ello unido a que la actuación del Banco tendió a que los contratantes no tuvieran conocimiento de la verdadera situación patrimonial de la entidad induciendo a los mismos a firmar unos contratos mediante engaño al realizar una política ficticia con la única finalidad de aparentar beneficios simulados, causa de la querella interpuesta por la Fiscalía ante los Juzgados Centrales de Instrucción contra los antiguos gestores de Banesto, llevan a la conclusión de que el consentimiento prestado por la parte demandada estuvo viciado por error, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.265 y 1.266 del CC en relación con el 1.300 del mismo texto legal, los contratos suscritos carecen de uno de los requisitos necesarios para su validez, cual es el consentimiento de los contratantes, por lo cual no puede producir efectos..."; que "debe entenderse que existe engaño malicioso no tan sólo cuando existen maquinaciones directas, sino también cuando se acredita una reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que ello pueda ser invalidado por la buena fe o ingenuidad de la parte afectada..., de acuerdo con

---

*745-A/1999, siendo evidente y notorio que la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad de pronunciarse hasta el día de hoy, sobre tales cuestiones específicas, en la vía casacional". (FD Primero)*

lo manifestado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en diferentes resoluciones y en especial la dictada el día 27-11-1998 (RJ 1998\9324)"<sup>15</sup>

El vicio en la voluntad del prestatario (calificado de "notorio" en el caso enjuiciado por la Sección 2ª de la AP, S 356/2000) y/o de los respectivos trabajadores, clientes que contrataron con Banesto, en el resto de los casos judiciales fue determinante de la "nulidad radical" de los contratos celebrados, en base a los Arts. 1.261, 1.274 y 1.300 del Código Civil (SAP de Málaga, Sección cuarta (217/1999, FD cuarto). Decisión que supuso la liberación de la deuda a quienes contrataron con Banesto, al tiempo que tuvieron que devolver las acciones objeto de la operación; y, en ciertos casos, la imposición expresa de costas a cargo del Banco.

## **1.2. Posición minoritaria: Validez por inexistencia de consentimiento viciado**

Desde finales de 1997 va ganando fuerza otra orientación judicial de signo inverso a la señalada y partidaria de la validez de los contratos, por estimarse insuficientes los hechos esgrimidos para instar la acción de nulidad y documentos aportados para su prueba. Así, el hecho objetivo de la intervención administrativa de Banesto, el 28 de diciembre de 1993 no sirve para "la constatación probatoria de que ya en estas fechas la situación económica de la sociedad bancaria era deficitaria y que actuó de mala fé para con sus empleados haciéndoles suscribir unas acciones cuyo valor en Bolsa estaba abocado a bajar irremisiblemente"

---

<sup>15</sup> De esta manera se declara en la Sentencia, de la Sección segunda de la AP de Lleida, 356/2000; indicándose, además, que "*Aduce la recurrente que el señor S.M., en su calidad de director de la oficina local..., debía conocer la situación real de "Banesto", manifestación sin base probatoria alguna, si bien resulta evidente, a tenor de los diferentes procedimientos que se han abierto en diversos lugares de la geografía nacional, y que son de carácter público y notorio que difícilmente los diversos prestatarios..., conocían o podían intuir, la situación real de tal entidad financiera, con todo el cúmulo de circunstancias que concurrieron en aquellas fechas en el orden la denominada operación de "ingeniería financiera" diseñada por el equipo dirigido por don Mario C. Acudiendo a los artículos 1253, 1261, 1266 y 1269 del Código Civil y estableciéndose ... que en el otorgamiento del negocio jurídico realizado por ambas partes (póliza de préstamo personal), existió un notorio vicio en la voluntad del prestatario señor S.M...*" (FD Segundo, últimas frases).

(Sentencia 969/1999, de la sección sexta de la AP de Málaga, FD segundo<sup>16</sup>). Tampoco puede compartirse que existiera "dolo por parte de la Entidad Bancaria..., ya que el apelante no ha logrado probar la existencia del vicio del consentimiento..., mediante los hechos, conductas y circunstancias que, en todo caso... son de la libre apreciación del Tribunal Sentenciador (SSTS, 12 julio 1993 (RJ 1993\ 6006) y 30 septiembre 1996 (RJ 1996\6822))"...; pues "el propio demandante, en prueba de confesión reconoce que firmó una primera póliza, préstamo para la adquisición de acciones... el 28 de febrero de 1989, luego de asegurarse de las ventajas e inconvenientes de esa propia operación mercantil"<sup>17</sup> y "el informe pericial elaborado ... tampoco puede considerarse acreditativo de una maquinación engañosa por parte del demandado..., porque el mismo no se ha elaborado con toda la documentación necesaria ... y porque determinadas irregularidades contables... no supone prueba concluyente de la existencia de ese engaño que el hoy recurrente dice haber sufrido... ni tienen ninguna

---

<sup>16</sup> En el FD segundo de la Sentencia citada en el texto dice que: "... conforme a lo dispuesto en el artículo 1.269 del Código Civil, el vicio de consentimiento invocado como determinador de la nulidad de pleno derecho de las pólizas de crédito suscritas por el señor M.J. en el año mil novecientos noventa y tres por las que se renovaban otras dos anteriores..., exigiría del órgano enjuiciador apreciar la existencia de un error provocado de manera voluntaria y consciente por medio de un artificio o maquinación fraudulenta que hubiese llevado al empleado acreditado bajo engaño para adquirir acciones societarias, a la suscripción de las referidas pólizas de créditos, tesis esta que quiebra en el caso que nos ocupa a partir del momento en el que determina la Jurisprudencia que la "maquinación insidiosa" ha de ser antecedente o concomitante con el perfeccionamiento del contrato, no bastando cualquier actitud maliciosa sobrevenida con posterioridad en la fase consumativa de aquél para lograr su anulación ..., circunstancia ésta que, en modo alguno, se aprecia en el caso cuestionado por cuanto .... la intervención de BANESTO POR EL Banco de España fue el veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y tres y que, sin embargo, las pólizas de crédito personal que suscribiera el hoy apelante... no eran más que la renovación de otras que anteriormente habían sido formalizadas..., lo que exigiría la constatación probatoria de que ya en estas fechas la situación económica de la sociedad bancaria era deficitaria y que actuó de mala fé..., extremos estos que no obran acreditados en autos, correspondiendo la carga de la prueba a la parte invocante del vicio del consentimiento, ya que mantiene la Sala Primera del Tribunal supremo... cómo el dolo no se presume, sino que debe ser acreditado..., no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones -SS. de 13 de julio de 1981 (RJ 1981\3077) y 29 de marzo de 1994 (RJ 1994\2304)."

<sup>17</sup> Sentencia 355/1997, de la sección segunda de la AP de Badajoz, FD Cuarto. En su párrafo quinto se dice que: "...sin ponemos en conexión el concepto y los requisitos que jurisprudencialmente se exigen para apreciar la existencia de ese vicio de la voluntad... por dolo, según cabe desprender de la redacción del artículo 1.269, comprende no sólo la insidia directa o inductora del error en el otro contratante, sino también la reticencia del que calle o no advierte cuando tenía deber de informar...y ponemos en relación... con la prueba practicada en los presuntos autos, se aprecia que la parte hoy apelante no ha logrado probar la existencia del vicio del consentimiento que esgrime, porque, en primer lugar..., reconoce que firmó una primera póliza..., luego de asegurarse de las ventajas e inconvenientes de esa propia operación mercantil...".

trascendencia... en el presente procedimiento"<sup>18</sup> (Sentencia 355/1997, de la sección segunda de la AP de Badajoz, FD Cuarto y Sexto). O "intimidación... para obtener de sus empleados coactivamente la suscripción de acciones, por cuanto... que conforme a lo dispuesto en el artículo 1.267.2 del CC se exigen que la intimidación como vicio del consentimiento debe ser, además de inminente, "grave"... , requisito que no concurre...al afirmar que la coacción sufrida fue "discreta" y "atenuada""(Sentencia 969/1999, de la sección sexta de la AP de Málaga, FD tercero<sup>19</sup>).

Consecuencia inmediata de la "validez" de los negocios controvertidos fue la de condenar a los accionistas -empleados y clientes- a abonar a Banesto la cantidad adeudada (las cantidades oscilan en cada caso, entre cinco millones y medio de pesetas y quince millones), más los intereses de demora devengados desde las correspondientes interpelaciones (estipulado entre el 6,5% y el 9,5% anual) además, en la mayoría de los casos, el pago de las costas del procedimiento (Fallo de las distintas sentencias examinadas).

---

<sup>18</sup> En la Sentencia 355/1997, de la sección segunda de la AP de Badajoz no se considera "el informe pericial elaborado, en fase probatoria... como acreditativo de una maquinación engañosa por parte del demandado, pues ya el propio Perito comienza su informe aclarando que no ha podido disponer de toda la documentación necesaria y que su estudio se refiere a la fecha de 31 de diciembre de 1993,... extrapolando las conclusiones..., a años anteriores...; se extiende... a analizar determinadas irregularidades contables y a la ausencia de determinadas dotaciones al fondo de provisiones para insolvencia, pero, sobre este particular puede decirse, que ello no supone prueba concluyente de la existencia de ese engaño..., sino que implemente se trata de determinadas irregularidades contables y de una supuesta llevanza defectuosa de las cuentas de la Entidad, que darán lugar, en su caso, a las pertinentes responsabilidades administrativas o incluso, parece ser que penales, pero no tienen ninguna trascendencia -o, al menos, en el presente procedimiento no se ha logrado probar- para el supuesto litigioso que ahora nos ocupa" (Síntesis del FD Sexto)

<sup>19</sup> El FD tercero puede sintetizarse en los siguientes términos: "Idéntica respuesta adversa ha de darse a la tesis apelante... de que la nulidad era procedente al haberse utilizado por la actora intimidación que calificaba de "moral" y "discretamente atenuada" para objetener de sus empleados coactivamente la suscripción de acciones, por cuanto que por tal, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.267.2 del Código Civil, debe entenderse aquélla capaz de provocar los efectos previstos en el artículo 1.265 del expresado cuerpo legal ..., lo que tradujo el recurrente en el temor a ser despedido ..., tal y como aconteció al no querer firmar las nuevas pólizas renovadas por la Sucursal Instrumental de Recursos Humanos de Madrid, tesis que quiebra a partir del momento en el que se exige que la intimidación como vicio del consentimiento debe ser, además de inminente, "grave", requisito este que no concurre al afirmar el propio interesado que la coacción sufrida fue "discreta" y "atenuada"... "

### 1.3. Consideraciones valorativas

En el plano teórico general causa cierta perplejidad que unos mismos hechos y actos puedan arrojar interpretaciones judiciales contrarias. En este sentido, el hecho objetivo de "la situación de crisis patrimonial de Banesto hasta que la misma desembocó en su intervención administrativa, en diciembre de 1993, precedido del conocimiento público y notorio de algunas operaciones de dudosa legalidad realizada por el antiguo equipo directivo de la Entidad" fue calificado, inicial y reiteradamente, por las sentencias de instancias y apelación, como "determinantes y decisivos" de una actuación dolosa por parte de Banesto y causantes de un consentimiento viciado por parte de quienes contrataron con él". Sin embargo, a partir de la confirmación legal de la situación de crisis patrimonial de Banesto y consiguiente aprobación del Plan para su saneamiento, se despierta una orientación favorable a su "irrelevancia" contractual, acogida implícitamente por la STS, de 28 de mayo de 2001 (FD segundo) y, por ahí, la validez de los contratos celebrados entre Banesto y sus trabajadores y clientes, para que estos adquirieran acciones de la entidad con cargo a las cantidades puestas a disposición por ésta última. E inmediatamente la pregunta del ¿por qué?, y las posibles respuestas ¿es qué el importe de los créditos eran (y son) imprescindibles para lograr los objetivos impuestos por el Plan de Saneamiento de Banesto, cómo podría deducirse de su contabilización en el Activo del Balance auditado al respecto y de las afirmaciones de una de las sentencias en el sentido, de que la recuperación del importe de los créditos adeudados no supondría ningún enriquecimiento injusto para Banesto?; ¿es qué el reconocimiento judicial de la nulidad de los contratos supondría una superación del 5% de la Autocartera autorizada a las Sociedades Anónimas en los Arts. 75 y ss., con la necesidad de vender las acciones (y, en su defecto amortizarlas y reducir el capital social) y esta solución sería más perturbadora para el tráfico que la satisfacción de la operación por los deudores de los créditos garantizados para adquirir acciones de Banesto?.

Cualquiera que sea la respuesta, lo cierto es que en el caso debatido se dan los rasgos de abuso y desviación de poder de dirección, que acompañan a

los cada vez más frecuentes escándalos empresariales...; entre cuyos hechos quedó probado en más de una ocasión: falsificaciones de las firmas, por las que se renovaban las pólizas de crédito, cartas-ordenes de ventas en blanco a favor de Banesto.... Y las sanciones recaídas sobre los culpables, de revocación de sus cargos e imposición de multas económicas .. en nada han resarcido a quienes perdieron sus ahorros o hipotecaron parte de sus salarios y legítimas expectativas de beneficios ....., persuadidos de las bondades del plan de venta de acciones por quienes conocían los riesgos de la operaciones y que no dudaron en utilizar su posición jerárquica para colocar entre trabajadores y sus familiares, la mayoría de las acciones procedentes de una autocartera ilícita ....., Y la declaración judicial de validez de los créditos garantizados, implica automáticamente, que el coste económico de algunas de estas operaciones se soporta con el "patrimonio privado de los clientes y trabajadores", al quedar obligados a devolver las cantidades adeudadas a Banesto y, con el tiempo, cancelar "los créditos de dudosa recuperabilidad" que figuraban en el Informe de Auditoría realizado con ocasión del Plan de Saneamiento elaborado para remontar la crisis patrimonial de Banesto. En cambio, el patrimonio social supuestamente dañado con las operaciones mencionadas, previsiblemente se haya reintegrado parcialmente con las cantidades recibidas a cargo del Fondo de Garantía de Depósitos; se hayan reabsorbido con la constitución de la "reserva" y la "dotación para créditos fallidos" en el Plan de Saneamiento de la Entidad o, en un futuro se produzca con las resoluciones judiciales, relacionadas con la acción social de responsabilidad contra los antiguos directivos.

Y similares apreciaciones, dudas y observaciones merecen el examen judicial de los "compromisos personales a los que se tuvieron que adherir los contratantes: inmovilización de las acciones adquiridas; carta de orden de venta en blanco a favor del Banco; ejercicio de los derechos de votos correspondientes a las acciones objeto de la operación por parte de los administradores – protagonistas de la operación-". Si bien la calificación de "*compromiso personal*" en la STS 511/2001 podría compartirse en el caso concretamente debatido y del que aparecen apenas referencias y las que figuran son incompletas para llegar a otra conclusión, en la mayoría de los supuestos controvertidos hasta la fecha, la

opinión del Supremo podría compartirse en lo que se refiere a su irrelevancia contractual, en el sentido de la imposibilidad de exigir judicialmente el cumplimiento de ellos. Si embargo es desacertada en lo relativo a su "escasa incidencia en la voluntad de los adherentes", pues el carácter estrictamente confidencial y desconectado "aparentemente" de los contratos, de las cartas enviadas a los respectivos directores de sucursales y otros contratantes, los extremos de su redacción (compromisos de acudir a todas las ampliaciones de capital durante la vigencia del crédito... y, en caso necesario, a la concesión de más créditos; afectación de los dividendos al pago de los intereses del crédito; carta-orden de venta de las acciones firmada en blanco a favor del Banco), junto con el carácter laboral (ordinaria y de alta dirección) de muchas de las relaciones controvertidas eran y son suficientes para probar la existencia de "intimidación" en la conducta de los "elegidos" (principalmente el temor a perder el puesto o empleo, según se esgrime por los propios demandados y recurrente; temor hecho realidad con el paso del tiempo), susceptible por sí misma para "forzar" sus aceptaciones, viciando así el consentimiento emitido y en ningún modo superable por las expectativas de ganancias esperadas con la inversión, como se rebate en alguna de las sentencias reproducidas. Y ello, porque en el Banco concurría una doble posición de dominio: "la negocial, mediante la imposición de las condiciones contractuales" (y, por consiguiente, la interpretación, no debiera favorecerle al adherente -ex Art. 6, de la LCGC, 7/1998-) y "la personal, a través de la relación laboral que ligaba a las partes". Por mucho que este tipo de conductas estuviera vedada a los dirigentes, en base a los fundamentos de la normativa sobre las acciones propias (escape a las reglas del mercado para la transmisibilidad de las acciones; influencia en el curso de la cotización, mediante compras-ventas dirigidas y controladas a través de pactos de inmovilización temporal de las acciones), a sus deberes legales de diligencia (Arts. 79 LSA de 1951 y 127 del Texto vigente) o, incluso a sus deberes contractuales de "códigos de conducta" (elaborados al amparo del Art. 141 del TRLSA), aquéllos no dudaron en violar y aprovechar, según se comprueba fácilmente con el examen de la documentación aportada en algunos de los procesos judiciales y aflora constantemente en las resoluciones emitidas al respecto. Riesgos que, en los casos judiciales se hicieron realidad a través de pactos confidenciales y

complementarios al de concesión de crédito para adquirir acciones y que finalmente se están salvando con el "patrimonio privado de las víctimas", a la vista de los beneficios alcanzados por la Entidad saneada durante el pasado ejercicio.

## **2.Validez por derogación de la prohibición en el TRLSA de 1989, pronunciada por la STS, de 28 de mayo de 2001**

Las pretensiones de nulidad por causa ilícita han corrido peor suerte en la vía judicial, pues se vienen desestimando, alternativamente: por la inaplicación de la prohibición relativa a las acciones propias en las primeras pólizas de crédito suscritas para comprar acciones acciones de Banesto; con apoyo en la doctrina jurisprudencial de la flexibilización de la nulidad radical o, sencillamente, porque la asistencia financiera para adquirir acciones de la sociedad asistente está excluida del ámbito de la prohibición establecida en el Art. 81 del TRLSA. En este plano de ideas, la Audiencia Provincial de Badajoz entendió, que el TRLSA "no estaba en vigor cuando se firmó la póliza de febrero de 1989,..., por tanto malamente pudo ser infringido por el demandado" (S 355/1997, FD décimo)<sup>20</sup>; argumentación acogida igualmente por la Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga (FD cuarto) para enseguida contradecirse e incurrir en otros equívocos (FD cuarto y quinto de la S 969/1999). Validez de los negocios defendida por la Sala Primera del TS, en su Sentencia 511/2001, de 28 de mayo

---

<sup>20</sup> De acuerdo con S 355/1997, FD décimo, *"debe tenerse en cuenta, ... que el Real Decreto Legislativo núm. 1564/1989, de 22 de diciembre, ... entró en vigor el 1 de enero de 1990; es decir, que, cuando se firmó la póliza de febrero de 1989, el artículo 81 citado no existía, por tanto, malamente pudo ser infringido por el demandado. En segundo lugar, es que el propio Perito..., en su informe, reconoce la reserva... del apartado número 3 del artículo 81 de la vigente LSA, se estableció ya en 1994 y que ...una defectuosa calificación de los créditos sobre clientes, que da lugar a irregularidades contables, pero para nada acreditan la existencia del concreto engaño que dice haber sufrido el hoy apelante...". Y en el FD undécimo que "en cuanto a la venta de activos dañados efectuada al Fondo de Garantía de Depósitos, como consecuencia del Plan de saneamiento aprobado por el Banco de España, por importe de doscientos ochenta y cinco mil millones de pesetas, ya la Auditoría efectuada por la Mercantil ..., habla de posible recuperación de los créditos concedidos para compra de acciones del propio Banco, a empleados y clientes ..., pero para nada se desprende ello que los créditos a empleados y clientes, para adquisición de acciones, figuren en la contabilidad auditada como créditos fallidos o incobrables, sino a o más, como créditos de dudosa recuperabilidad, pero si consiguen cobrarse, ello no implicaría enriquecimiento injusto del Banco, pues de la documental obrante en los autos no aparece ninguna ayuda a fondo perdido".*



al considerar, que la infracción del Art. 1.275 del CC, como fundamento de la casación por "inexistencia o por ilicitud de la causa" ha de ser desestimado, porque la prohibición del Art. 47 de la LSA de 1951 sólo alcanzaba a la sociedad y no a los recurrentes, quienes efectivamente realizaron la adquisición como se deduce de los hechos expuestos<sup>21</sup>; porque el recurrente prescinde de la derogación de la norma prohibiva al poco tiempo de celebrarse los contratos, tal y como lo hace la sentencia recurrida<sup>22</sup> y, en fin, porque así lo exige la flexibilidad y prudencia del tribunal de apelación frente a la petición de nulidad fundada en la prohibición del art. 167 Ccom...., ciertamente avalada por la jurisprudencia de esta Sala que aconseja "extrema prudencia y criterios flexibles" cuando se trata de declarar la nulidad plena..."<sup>23</sup>; "y cuarta, porque la carta dirigida en su momento por los recurrentes al Banco comprometiéndose a no vender las acciones hasta tres años y medio después y a venderlas luego sólo escalonadamente.... ofrecía más los rasgos de un compromiso personal,,, que de

---

<sup>21</sup> Para el Tribunal Supremo, la infracción del Art. 1.275 del CC. como fundamento de la casación ha de ser desestimado: *"en primer lugar, porque es en sí mismo contradictorio alegar inexistencia o ilicitud de la causa y, al mismo tiempo, considerar infringido un precepto relativo a la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, lo que parece comportar la exigencia de esa entrega y por tanto la validez del contrato; en segundo lugar, porque la parte recurrente olvida la especialidad de los arts. 5 y 8 de la Ley del Mercado de Valores..., relativos a los valores representados por medio de anotaciones en cuenta; en tercer lugar, porque en los extractos de la cuenta de los recurrentes constan asientos de "abono por cupones" que demuestran la efectividad de la adquisición de las acciones; y en cuarto lugar, porque la causa y la efectividad de la operación se desprenden inequívocamente de los propios hechos ... , que los hoy recurrentes,.. firmaron una póliza de crédito y una orden de compra de acciones del Banco, así como otro documento... "* (FD Segundo, segundo párrafo) *"...de un compromiso personal..."*(FD Tercero, final).

<sup>22</sup> Conforme al FD Tercero de la STS 511/2001: *"..la infracción del art. 6 CC en cuanto establece la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, cita que se complementa con la de los arts. 167 Ccomm y 47 de la LSA 1951.. ha de ser desestimado por las siguientes razones: primera, porque las acciones fueron adquiridas por los recurrentes, no por el propio Banco o sociedad, de suerte que carece de base la cita del art. 47 de la LSA 1951 como norma prohibitiva; segunda, porque el motivo prescinde casi por completo de los razonamientos de la sentencia recurrida acerca de la atenuación del rigor del art. 6.3 CC cuando, como en este caso, sobreviene una profunda modificación normativa que, al poco de celebrarse los contratos y durante la vida de éstos, deroga la norma prohibiva.*

<sup>23</sup> En opinión del TS *"la flexibilidad y prudencia del tribunal de apelación frente a la petición de nulidad fundada en la prohibición del art. 167 Ccom, derogado meses después de firmarse la póliza de crédito y la orden de compra de las acciones, se encuentra ciertamente avalada por la jurisprudencia de esta Sala que aconseja "extrema prudencia y criterios flexibles" cuando se trata de declarar la nulidad plena (SSTS 17-10-1987 (RJ 1987\7293), 15-12-1993 (RJ 1993\9989) y 22-7-1997 (RJ 1997\5807)" (FD Tercero de la STS 511/2001).*

una verdadera garantía incardinable en la prohibición del derogado art. 167 C.Co.<sup>24</sup> (FD Tercero).

#### **IV. EL CASO BANESTO A LA LUZ DE LA DISCIPLINA REGULADORA DE LAS ACCIONES PROPIAS Y LAS INSUFICIENCIAS NORMATIVAS**

##### **1. Restricciones y condicionamientos legales a los créditos garantizados y concedidos por Banesto para adquirir las acciones de una autocartera ilícita .**

La desestimación de la apelación por inaplicación del Art. 81 del TRLSA de 1989 al supuesto controvertido anterior a su vigencia (SAP Badajoz, 355/1997, FD décimo) y de la casación, porque la prohibición prevista en el derogado Art. 47 de la LSA de 1951, sólo alcanzaba a la sociedad y no a los recurrentes que realizaron la adquisición (STS, 511/2001, FD Segundo) resulta desacertada, pues en el caso Banesto concurren ligados, al menos tres de los supuestos normativos (previstos inicialmente en los Arts. 167 del CCo. y 47 LSA de 1951; actualmente, en los Arts. 74 a 81 del TRLSA, de 1989). En este sentido, los negocios celebrados entre la Entidad y sus empleados o clientes constituían una pluralidad de negocios, cada uno con su propia causa (créditos para adquirir acciones... - préstamos, apertura de crédito en cuenta corriente; compraventa de acciones- ; garantía de la operación con las mismas acciones....) pero "vinculados funcionalmente" por su finalidad económica, cual era la de "desprenderse Banesto de una autocartera no autorizada" y, de aquí, su carácter "anómalo" o, en palabras de la Sección Segunda de la AP de Málaga "atípico aparente... simulado absolutamente"<sup>25</sup>. "Anomalía" o "apariencia", que se explica en la

---

<sup>24</sup> Textualmente, el FD Tercero de la STS 511/2001, en su parte final dice "*y cuarta, porque la carta dirigida en su momento por los recurrentes al Banco comprometiéndose a no vender las acciones hasta tres años y medio después y a venderlas luego sólo escalonadamente para atender la amortización del crédito con sus intereses, hasta la cancelación de éste, ofrecía más los rasgos de un compromiso personal que los elementos y caracteres propios de una verdadera garantía incardinable en la prohibición del derogado art. 167 C.Com., ya que ni al Banco le daba un derecho a instar la enajenación de las acciones ni los recurrentes tenía impedimento legal para enajenarlas por propia iniciativa*".

<sup>25</sup> En la Sentencia emitida por la Sección Segunda de la AP de Málaga se indica que la "póliza de crédito... no merece ser llamada tal sino de **contrato atípico aparente de crédito y**

prohibición general y las excepciones tasadas y condicionadas a los negocios relacionados con las acciones propias en la normativa legal, al tiempo que el distanciamiento entre el modelo legal y la estructura comercial diseñada por el entonces equipo dirigente de la Entidad; distanciamiento que, en modo alguno, debe servir para desestimar la pretensión procesal por falta de identidad entre el supuesto empresarial y el normativo (como señaló el Supremo), sino más bien para lo contrario, en base a la pretensión empresarial última del negocio celebrado, de escapar a los límites y condicionamientos legales en materia de autocartera. Por ello, el régimen jurídico aplicable al caso Banesto, conforme al cual han de ser valoradas las apreciaciones judiciales debe buscarse en las derogadas prohibición general impuesta a la sociedad de adquirir de acciones propias (Art. 47 de la LSA de 1951<sup>26</sup>) y conceder préstamos para adquirirlas (artículos 167 del CCo<sup>27</sup>), así como en las vigentes limitaciones y excepciones condicionadas a las indicadas operaciones (Art. 74 a 89 del TRLSA<sup>28</sup>).

---

**garantía, que expresamente declaramos simulado absolutamente"** (FD tercero, penúltimo párrafo).

<sup>26</sup> El Art. 47 de la LSA, de 1951 declaraba que

*"La sociedad podrá adquirir sus propias acciones con cargo al capital social únicamente para amortizarlas, previo acuerdo de reducción del capital, adoptado conforme a las disposiciones de esta Ley.*

*Con los beneficios y reservas libres, y al sólo efecto de amortizarlas, podrá la sociedad adquirir sus acciones por compraventa o permita. Con cargo a esos mismos bienes, y por otro título oneroso, podrá también la sociedad adquirir las acciones sin necesidad de amortizarlas, cuando la adquisición se haga para evitar un daño grave y haya sido autorizada por acuerdo de la junta. Es lícita la adquisición de acciones propias a título gratuito.*

*Las acciones que adquiera la sociedad a título oneroso deberán estar totalmente desembolsadas, y en los supuestos en que no haya de amortizarlas, deberá venderlas en el más breve plazo. Entretanto, quedará en suspenso el ejercicio de los derechos incorporados a las acciones que posea la sociedad".*

<sup>27</sup> El Art. 167 del CCo., declarado vigente por el Decreto de 14 de diciembre de 1951 determinaba que: *"Las Compañías Anónimas no podrán prestar nunca con la garantía de sus propias acciones".*

<sup>28</sup> Por razones de simplificación, bajo la expresión legal "negocios sobre las propias acciones" se comprenden una serie de limitaciones a la libre adquisición y transmisibilidad de las acciones por parte de la sociedad emitente de las mismas (o su dominante), con independencia de que la operación se realice directa o indirectamente -a través de una sociedad dominada -Art. 87- o mediante persona que actúe por cuenta de la sociedad o de su dominante -Art. 88-. Limitaciones que tienen como pretensión básica, salvaguardar la inalterabilidad de las cifras contables de capital y reservas indisponibles, así como los derechos en la organización y funcionamiento societarios... y, por ello, las particularidades de su construcción actual: entre ellas y a los efectos que aquí nos interesan: la separación entre prohibiciones absolutas -suscripción- o condicionantes a la adquisición derivativa y supuestos autorizados; el control de las situaciones de acciones propias (notificación, medidas de contabilidad); la suspensión del ejercicio de los derechos correspondientes a las acciones adquiridas; las especialidades en

En en el plano prohibitivo originario, se explica y encuentra todo su sentido la operación de "ingeniería financiera" (calificada así en el FD Segundo de la SAP, de Lleida, 356/2000), mediante la cual los dirigentes de Banesto realizaron una serie de Actos y negocios para "escapar de la regulación prevista en los derogados Arts. 167 del CCo. y 47 de la LSA de 1951". Así, un repaso a los hechos reconstruidos en las distintas sentencias judiciales advierte la presencia de una operación jurídica compleja (en la que se entremezclan prestaciones de diversos negocios jurídicos y figuras propias del Derecho de sociedades anónimas –entre ellas, de contratos de crédito -en unos casos, denominados préstamos, apertura de crédito en cuenta corriente-; de garantía sobre los valores adquiridos, compraventa bursátil de acciones y bonos canjeables con cargo al crédito recibido, indisponibilidad de las acciones por parte de los adquirentes y afectación de los futuros derechos de dividendo al pago de los intereses correspondientes al crédito; pactos legitimadores para el ejercicio de los derechos de voto a favor de los administradores de la sociedad asistente). Operación que se califica por las sentencias partidarias de la nulidad del negocio por consentimiento viciado, de “préstamo para la adquisición de bonos posteriormente canjeables en acciones... garantizado con estas últimas” (F. cuarto, de la SJ1ªI, núm. 7 de Lérida, 60/95 de 7 de octubre de 1995); “contrato mixto de concesión de crédito para la adquisición de las acciones” (SJ1ªI, núm. 3, de Madrid, 883/95, de 4 de julio de 1996); "contrato atípico... de crédito y garantía" (FD tercero, SAP Málaga, 217/1999); "póliza de crédito y contrato de

---

materia sancionadora (validez del negocio o negocios como regla general; responsabilidad civil de los infractores , mediante el desembolso del importe de las acciones adquiridas...; obligación de desprenderse de las acciones no autorizadas y, en su defecto, su venta judicial y amortización); y el complemento y refuerzo de la disciplina con otra serie de limitaciones y condicionantes a operaciones que conducen a resultados similares que las acciones propias; como son, las relativas a las participaciones recíprocas .... y la prohibición general a la sociedad de dar asistencia a un tercero para que éste adquiera acciones de la sociedad..., salvo que se trate de una operación realizada en el ámbito ordinario de las Entidades de Créditos o concluida a favor de los trabajadores...., Estas ideas son síntesis de las reflejadas en el estudio y tratamiento conjunto de todo el cuadro normativo de las operaciones reguladas en los Arts. 74 a 89 (Vid. FLORES DOÑA, Mª.S. *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, Capítulo Segundo, núm. III "Necesidad de un tratamiento cohesionado de los distintos negocios relacionados con las acciones propias (y de la sociedad dominante), págs. 106 a 125. Posición que mantiene la orientación defendida anteriormente en la monografía *Participaciones recíprocas entre sociedades de capital*, Aranzadi, Pamplona 1998, especialmente en el capítulo II "Limitaciones legales a la adquisición ... Fundamentos y alcance", págs. 136 a 291).

adquisición de acciones" (SAP Lleida 356/2000). Operación que, curiosamente, no califican las sentencias partidarias de la inaplicación del régimen sobre las acciones, ni tampoco el Tribunal Supremo, que sólo se refiere a ella, con las expresiones "... póliza de crédito y una orden de compra de acciones del Banco, así como ...un compromiso personal de no vender las acciones..." (FD Segundo y Tercero).

De acuerdo con el planteamiento anterior, si el negocio de concesión del crédito garantizado para adquirir acciones (o valores canjeables) de Banesto, que sirvió de fundamento a la pretensión judicial se celebró inicialmente antes del 1 de enero de 1990, deben compartirse las pretensiones y sentencias de instancias estimatorias, en torno a la infracción de la prohibición general y absoluta prevista en el Art. 167 del CCo.: "*Las compañías anónimas no podrán prestar nunca con la garantía de sus propias acciones*"; pues Banesto (SA) concedió créditos (generalmente mediante el llamado contrato de apertura de crédito en cuenta corriente), con la garantía de sus propias acciones (los valores objeto de la operación, garantizaban al mismo tiempo el crédito concedido). A los efectos de su aplicación era esencial la "concesión de crédito", con independencia de la naturaleza concreta que revistiera el contrato, según una interpretación del Art. 167 conforme a sus antecedentes; pues no debe olvidarse que, precisamente en España, el origen de las prohibiciones impuestas a las sociedades anónimas de comprar sus propias acciones o realizar préstamos con la garantía de sus propias acciones (Arts. 166 y 167 del CCo.) se encuentra a mediados del siglo XIX, en el "deseo de evitar suscripciones ficticias" realizadas abusivamente por determinados bancos que adelantaron a los suscriptores el dinero preciso para realizar aquélla, sobre la prenda de las mismas acciones que se suscribían<sup>29</sup>. Y a los efectos de su aplicación, hacia finales de los años 70 ya estaba consolidada la

---

<sup>29</sup> Así se manifiesta el profesor VELASCO SAN PEDRO, L.A. al ocuparse del Fundamento de la prohibición de la prenda de acciones propias, manifestando que "...el fundamento de la prohibición sólo puede deducirse del origen histórico y posterior evolución de la misma. A este respecto, debe recordarse que el nacimiento de la institución, al menos en España, parece ligarse al deseo de evitar suscripciones ficticias...". De esta manera puede verse en la profunda y exhaustiva investigación, relativa al régimen de las acciones propias durante la vigencia del CCo. de 1885 y LSA de 1951, debidamente completada con el estudio y examen del Derecho Comparado y comunitario "*La adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones*", Valladolid 1985, pág. 339.

opinión de la doctrina, en torno a la irrelevancia de que la "adquisición de acciones" se hubiera realizado por la sociedad (que caería bajo las restricciones del Art. 47 de la LSA) o por los terceros, mediante el crédito concedido por la sociedad emisora de las acciones y realizado con la intención de eludir su cumplimiento (según exige la doctrina del fraude de ley, Art. 6.4)<sup>30</sup>.

Por ello, el acierto de las pretensiones defensoras de la violación del Art. 167 del CCo. por parte de Banesto y la desafortunada apreciación del Tribunal Supremo respecto de la inaplicación de la prohibición legal, por "derogación al poco tiempo de celebrarse el contrato" y su correlativa de la nulidad de pleno derecho prevista para la infracción de las normas prohibitivas estos casos en el Art. 6.3. del CC, invocando la jurisprudencia en torno a la flexibilización de las nulidades absolutas. Creo que estas conclusiones no eran defendibles en el caso Banesto; cuyos dirigentes no dudaron en saltarse la prohibición del 167 del CCo. para no descubrir su violación a la prohibición de adquirir sus acciones o para cumplir formalmente con la obligación de vender las acciones propias ilícita (requeridas por el Art. 47 de la LSA). Sanciones legales llamadas a restablecer la situación de licitud o, en el caso de la obligación de venta, a reintegrar el patrimonio social dañado con la adquisición fuera de los límites autorizados; resultados que no se produjeron en el caso controvertido; en donde volvió a salir patrimonio social a través de la concesión de los créditos a los terceros para comprar las acciones y que los dirigentes de la sociedad pudieron fácilmente imponer, dada la relación laboral que vinculaba a la mayoría de los terceros. De esta manera, la maniobra de los dirigentes de la Entidad agravó aún más la situación patrimonial de la sociedad, lesionada ya con la anterior adquisición de

---

<sup>30</sup> El fundamento de los Arts. 166 y 167 del CCo de 1885 se encontraba en los peligros que los negocios sobre las propias acciones ocasionaban en los principios patrimoniales y funcionales del modelo legal de anónimas, así como en el normal funcionamiento del mercado. No obstante, el silencio normativo sobre "los préstamos" realizados por la sociedad a terceros con la finalidad de adquirir sus propias acciones se mantendrá por la doctrina que lo interpreta hasta el proceso de reforma de la legislación de anónimas, motivado por nuestra incorporación a la CEE (Más detalle respecto del origen, evolución y planteamientos del Derecho comparado y español en materia de "asistencia financiera para adquirir acciones" FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>.S. *Adquisición de acciones financiada por la sociedad.*, Capítulo primero "Evolución y Tendencias", especialmente "La situación de los otros ordenamientos y del Ccom. Español de 1885 -páginas 34 a 36- y "La incorporación del modelo comunitario rigorizado en el Artículo 81 del TRLSA de 1989" -páginas 45 a 47.

acciones propias no autorizada y que ahora pretendía ocultarse, infringiendo las prohibiciones en materia de acciones propias o la obligación de desprenderse de las exigidas legalmente (Arts. 167 del CCo. y 47 de la LSA de 1951) a través de la concesión de unos créditos a clientes y trabajadores; quienes, en definitiva, han tenido que soportar en su patrimonio privado el "coste" de una operación a la que se vieron obligados aceptar (según la mayoría de las sentencias de instancias y apelación).

Y por lo que respecta al Derecho vigente, aplicable a todas las "renovaciones de las pólizas del crédito" suscritas desde el 1 de enero de 1990 (por imponerlo así la Disposición derogatoria, párrafo primero del TRLSA, de 1989) e implícitamente se reconoce por el Supremo, con la validez de los negocios, por derogación de la prohibición a poco tiempo de su celebración (FD Tercero), los supuestos debatidos se reconducen igualmente a varios de los negocios y prestaciones contemplados en los Arts. 74 y ss. trabados entre sí de tal modo que, al igual que se ha indicado anteriormente, junto a la finalidad propia de cada uno de ellos (adquisición de acciones, disponibilidad de los derechos correspondientes a las mismas....), se lograban los objetivos de la operación económica diseñada por el equipo dirigente de la entidad bancaria ya señaladas (desprenderse del exceso de acciones propias no autorizados..., sin perder el control sobre la base accionarial y el control de sus derechos... y asegurándose la recuperación del importe adeudado, mediante la garantía constituida sobre los valores objeto de la operación). De acuerdo con este planteamiento en cada uno de los casos debatidos concurrían una serie de Actos y negocios ligados o unidos entre sí. Los primeros integrados: por la "Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias", previsto en el Art. 81 del TRLSA y materializado en los créditos concedidos a los trabajadores/clientes para comprar acciones de Banesto, en línea con lo apuntado por algunas de las sentencias examinadas; el Acto de enajenación por la sociedad de sus propias acciones, pues el Banco tenía que desprenderse de una autocartera excesiva, en cumplimiento de lo dispuesto por el legislador de anónimas (ahora en los Art. 76.1, en relación con el 75, para las adquiridas derivativamente sin los límites y condicionantes legales; Art. 78, en relación con las adquiridas gratuitamente o de modo sobrevenido, si

su importe superaba el límite del 5%, por tratarse de una sociedad cotizada). La "aceptación en garantía de sus propias acciones", mediante los compromisos anexos a la póliza de crédito (Art. 80). Y el ligamen o conexión entre ellos representado, porque el Acto de cumplimiento de la obligación de desprenderse de las acciones propias se realizó a través de la transmisión de la titularidad a trabajadores, accionistas y clientes, con cargo a unos fondos, que el propio Banco puso a disposición de los adquirentes, en concepto de crédito y, por ahí, el juego del 81 "asistencia financiera a terceros para adquirir acciones propias". Con cláusula de cierre a favor de Banesto, la garantía sobre los valores permitió a los dirigentes mantener el control social y la futura recuperación del importe adeudado (reforzada con los compromisos extracontractuales adquiridos mediante correspondencia confidencial).

Pues bien, ante este nuevo marco legislativo y en el intento de explicar la postura del Supremo ¿tenía sentido que la "nulidad de pleno derecho" del negocio inicial arrastrara a las sucesivas renovaciones de los créditos, cuando a estos últimos se les reconocía un régimen más permisivo en el Art. 81.3 del TRLSA, según el cual *"la prohibición del apartado primero no se aplicará a las operaciones efectuadas por bancos u otras entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social"*? o ¿la nulidad inicial debiera subsanarse, tras la posibilidad legal de realizar estas operaciones?. La solución al problema planteado exige una respuesta más convincente que el recurso general a *"la profunda modificación normativa que, al poco de celebrarse los contratos y durante la vida de éstos, deroga, la norma prohibitiva"* (FD tercero, segundo párrafo de la STS 511/2001). En primer lugar, por la función complementaria llamada a cumplir por la Jurisprudencia del Supremo en el Ordenamiento jurídico (Art. 1.6 del CC), cuya importancia tiene una "creciente relevancia la llamada "Jurisprudencia evolutiva" a la hora de "suplir, corregir y desarrollar ... las cláusulas generales y las figuras abiertas ... recogidas en el Título preliminar del C.c."<sup>31</sup>. En segundo lugar porque, si bien es cierto que la

---

<sup>31</sup> La creciente importancia de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es resumida por LOPEZ VILAS, R. en los siguientes términos: "la creciente importancia y trascendencia de la Jurisprudencia alcanza sus mayores potencialidades, concebida aquella, digamos, no ya "secundum legem", sino también "praeter legem" e, incluso, "contra legem". Es el reconocimiento de la importancia de la Jurisprudencia evolutiva y de la función de suplir,



prohibición de asistencia financiera para adquirir acciones se exceptúa condicionalmente a los Bancos en el Art. 81.3 del TRLSA, esta excepción no da carta blanca a los dirigentes para cometer todo tipo de incumplimientos y atropellos jurídicos como ocurrió en el caso Banesto; en donde se incumplió, no sólo el precepto señalado, sino el resto de la normativa de las acciones propias. Asimismo se violó el Art. 127, relativo a los deberes de diligencia y lealtad de los administradores en el ejercicio del cargo y también, las normas reguladoras del consentimiento negocial (Art. 1.261 y ss del CCo.). En este marco de infracciones y atropellos jurídicos debe insistirse, que los responsables omitieron desembolsar las acciones adquiridas originariamente (como exige ahora el 74 del TRLSA). También se incumplió con la pretensión normativa de la obligación de desprenderse de las acciones propias ilícitas: de "reintegración del patrimonio social a los límites autorizados y de no ejercicio de los derechos de control por los administradores", pues mediante los créditos concedidos para adquirir sus acciones.... siguieron manteniendo el control social, no se reintegró el patrimonio social, utilizado para adquirir acciones propias y sólo se restableció la situación de licitud, de manera aparente. Problema patrimonial que se agravó mediante la concesión de créditos para la adquisición de acciones a favor de los terceros y que, dadas las circunstancias, difícilmente podían reconducirse al ámbito de las "operaciones ordinarias propias del objeto social" o cumplir la "función social", tal y como se requieren en los números 2 y 3 del Art. 81 para el juego de las excepciones a la prohibición general establecida en el número 1 a favor de las Entidades de créditos. Y ello, principalmente porque a través de la selección de los compradores-deudores, los dirigentes sociales se aseguraron la base accionarial, los derechos de voto y la recuperación del importe adeudado; asimismo pudieron imponer las condiciones contractuales, reforzándolas con compromisos confidenciales complementarios a la concesión de los respectivos créditos. Temas y aspectos no profundizados en las sentencias favorables a la

---

corregir y desarrollar que a aquella hemos de atribuirle a través, sobre todo, de las "cláusulas generales" y de las figuras e instituciones abiertas recogidas, como ha quedado dicho, en el nuevo Título preliminar del C.c. Todas las cuales han venido a potenciar la función jurisprudencial hasta límites insospechados, dando mayor contenido, además, a esa función complementaria que la Jurisprudencia cumple en nuestro ordenamiento, según recoge el artículo 1.6 C.c." (Así se manifiesta en *La Jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, pág. 173.).

validez negocial; a lo más para estimar que no tenían trascendencia para las cuestiones debatidas, tal y como se sugiere en algunas de las sentencias respecto de la falta de constitución de la reserva en el pasivo del Balance por el importe de los créditos concedidos por Banesto (ex Art. 81.2) y lo demuestra el recurso predominante a los "vicios del consentimiento, por dolo o intimidación, como fundamento de las pretensiones de nulidad de los negocios concluidos con Banesto".

Pero es que, además, en el caso Banesto se disimulaba una autocartera ilícita a través de una serie de negocios, formalmente válidos y lícitos, conforme al Art. 81 del TRLSA (a salvo de la no dotación de la reserva en el pasivo por el importe de los créditos contabilizados en el Activo, exigida en el 81.3). De un lado, porque los negocios celebrados con los trabajadores encontraban formalmente amparo en la excepción del Art. 81.2 pues la prohibición "*... no se aplicará a los negocios dirigidos al personal de la empresa la adquisición de sus acciones o de acciones de una sociedad del grupo*", si bien se aparta de la función social pretendida por el legislador (pensada más para atribuciones gratuitas.... o a un interés por debajo del vigente en el mercado y no para las realizadas al del 9%, aprox., como se dieron en el caso Banesto)<sup>32</sup>. De otro, las concluidas con los accionistas y clientes, si la misma se realizó por el Banco en el marco del objeto social (Art. 81.3); cuestión esta última dudosa en los casos debatidos, toda vez que la asistencia financiera para adquirir acciones se concluyó para desprenderse de una autocartera no autorizada y no como desarrollo el objeto social. Pero es que, además, en la controversia que nos ocupa, también concurrió un supuesto de aceptación en garantía de las propias acciones (Art. 83), porque los valores negociados quedaron afectados a la satisfacción del crédito, en caso de no hacerlo el deudor y su licitud por la legislación de anónimas también se encuentra condicionada para los Bancos a

---

<sup>32</sup> La función social de la excepción prevista a favor de los trabajadores respecto de la prohibición impuesta a la sociedad de dar asistencia financiera para adquirir sus acciones resulta de una interpretación histórica-sistemática, de carácter finalista de la normativa sobre las acciones propias y dada la amplitud del temario, la consulta del mismo puede hacerse en FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>.S. *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, Capítulo cuarto "Excepciones legales", núm. II "Operaciones concluidas a favor del personal del Grupo", págs. 244 a 316. Y en FERNANDEZ FERNANDEZ, M<sup>a</sup>.C.: *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias*, Granada 2001, Cap. III ..., págs. 317-340.

que la operación se desenvuelva en el marco ordinario de la actividad social (Art. 80). Y en cualquier caso, quedó suficientemente probado: primero, que el juego del 81 escondía la conservación de una autocartera ilícita, no subsanada por la "asistencia financiera para adquirir acciones" y que agravó la situación patrimonial de la Entidad, como lo manifiesta su intervención administrativa, en diciembre de 1993 y se refleja en el contenido del Informe de auditoría del Plan de Saneamiento aprobado para la superación de la crisis patrimonial de Banesto.

## **2. Cuestionabilidad de los fundamentos de la excepción prevista para las entidades de crédito y su alcance**

El caso Banesto corrobora, que las consecuencias de una actuación incontrolada de los administradores en la aplicación de las excepciones legales a la prohibición general impuesta a las sociedades anónimas de conceder asistencia financiera para la adquisición de sus acciones, van más allá del campo estricto del Art. 81 del TRLSA para adentrarse en el Derecho de Sociedades Anónimas (perpetuar una autocartera no autorizada; utilización de los derechos de votos correspondientes a las acciones objeto de la operación por parte de los administradores, artífices de la operación; provehamiento de la situación de poder para imponer las condiciones de la operación frente a contratantes inferiores -trabajadores fundamentalmente-; firmas de orden de venta en blanco a favor de los administradores; renuncia a la venta de derechos de suscripción; vinculación de los dividendos a percibir -como accionista- al pago de los intereses del crédito), del Mercado de Valores (escape a las reglas del Mercado para la transmisibilidad de las acciones; influencia en el curso de la cotización, mediante compra-ventas dirigidas y controladas -entre otros, a través de pactos de inmovilización temporal de las acciones-) y en el Derecho de la contratación, a través de conductas persuasivas por quien predomina en la relación negocial y social, reflejados en acuerdos confidenciales, de dudosa legalidad. Problemas que evidencian las carencias del tenor legal y estricto de las excepciones dispuestas en el Art. 81.2, en torno a su silencio respecto de cautelas especiales, que limiten el

poder de representación de los administradores (por ejemplo, mediante la necesidad de un Acuerdo de autorización previo de la Junta General) y vigilen su actividad y la de la propia Junta General (exigiendo, por ejemplo, el contenido reglado del acuerdo de autorización; estableciendo límites a la operación). Temario que explican el recelo dogmático en torno a los fundamentos de la excepción prevista a favor de las entidades de crédito (Art. 81.3) y determinan los límites del sistema legal ante los riesgos de abuso-desviación del poder de dirección manifestados en la realidad empresarial examinada.

En el plano de ideas indicado, el Art. 81.3 del TRLSA, en su primera frase dice: "*La prohibición del apartado primero no se aplicará a las operaciones efectuadas por bancos u otras entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social*". La norma ha enfrentado a la doctrina española, cuestionando la necesidad o el sentido de un precepto expreso y exclusivo para determinadas sociedades anónimas. En su favor se argumentan razones similares a las que están en la base de la exclusión de los "límites y condicionamientos legales a la aceptación en garantía de las propias acciones (o las de la sociedad dominante)" (Art. 80.2) y se justifica "por la trascendencia que su actividad tiene en el desarrollo del tráfico económico actual, limitar en exceso las posibilidades de actuación de unas entidades cuyo objeto principal consiste en la realización de operaciones de carácter crediticio"<sup>33</sup> o en "evitar" que "tales establecimientos vean dificultado su negocio, ante la eventualidad de que los acreditados puedan emplear por su cuenta los recursos obtenidos para la adquisición de acciones del mismo Banco, que no pretendía directamente y de propósito tal situación al conceder los fondos"<sup>34</sup>. Frente a ellos, se considera "un privilegio injustificable

---

<sup>33</sup> De esta manera se defiende por VAZQUEZ CUETO, J.C.: *Régimen de la autocartera*, pág. 492.

<sup>34</sup> Vid. SANCHEZ-ANDRES, A.: "Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo", *RGD*, núm. 584, 1993, pág. 4.753.

que bancos y entidades de crédito puedan servirse de tal condición para realizar lo que a otros les está vedado"<sup>35</sup>

Decididamente, la actividad bancaria no se frena ni obstaculiza con la prohibición de asistencia financiera para adquirir acciones propias (o de la sociedad dominante). Así resulta de una interpretación del Art. 81.1 del TRLSA, en conexión con los condicionantes a que se somete la excepción (según resulta de una interpretación coordinada de los números 1 y 2 del Art. 81 del TRLSA. Y ello es así, porque el supuesto de hecho prohibido "asistencia financiera para adquirir acciones propias o de la sociedad dominante" (número 1) requiere la presencia de prestaciones y negocios unidos, en sentido jurídico, según se ha expuesto en las páginas anteriores. Y dicha configuración no se integra en la actividad económica constitutiva del objeto social de las Entidades de Crédito, como exige el juego de la excepción legal (Art. 81.2 del TRLSA), sino que esta última difiere de la resultante con dichos negocios por separado y desconectados jurídicamente, tal y como a dichas entidades les está autorizado desarrollar, en base a las reservas legales que en materia de objeto social se establecen a favor de las Entidades de Crédito. Así, los encuadrables en el de asistencia financiera (atribuciones patrimoniales en general....), por la actividad crediticia que le es propia y comprensiva, entre otros, de los préstamos, cesión temporal de activos financieros..., con obligación de restitución (Art. 1 del RD 1298/1986, con las modificaciones realizadas por la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española a la II Directiva de coordinación bancaria); los relacionados con adquisición de acciones, en razón a la posibilidad de que las Entidades de crédito realicen "habitualmente" servicios de inversión y cuenten con la autorización específica al respecto (Arts. 63 y 65, respectivamente, de la LMV); y sólo residualmente como actividad complementaria a los servicios de inversión, las de "concesión de créditos o préstamos a inversores para que puedan realizar una operación sobre uno o más de los instrumentos previstos en el número 4 de este artículo (valores

---

<sup>35</sup> Esta es la opinión de FERNANDEZ DEL POZO, L. : "Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera", *RdS*, núm. 3, 1994,pág. 184; VELASCO SAN PEDRO, L.: "Asistencia financiera para adquirir acciones propias", *Enciclopedia jurídica básica*, T.I, pág. 596.

negociables...), siempre que en dicha operación intervenga la empresa que concede el crédito a préstamo" (Arts. 63.2.c. LMV).

El Art. 81.2 del TRLSA a favor de los "Bancos y Entidades de Crédito" encuentra su apoyo formal en el Art. 23.2 de la II Directiva de Sociedades y en este sentido, la norma española se acomoda al mandato comunitario. Sin embargo, la previsión legal es desacertada, no sólo porque resulta injustificada en su fundamentación, sino también por las insuficiencias técnicas de su construcción positiva.

En primer lugar, por lo que se refiere a la fundamentación de la excepción legal debe señalarse, que la misma supone un trato discriminatorio e injustificado de las Entidades de Crédito frente al resto de las Sociedades Anónimas. Efectivamente, la base de la incorporación de la excepción en el texto definitivo de la II Directiva se debió a razones de similitud con la postura adoptada para la prohibición establecida a la sociedad de aceptar en garantía sus propias acciones, en la que se preveía una excepción similar para las entidades de crédito. En este sentido, con anterioridad a la Directiva, la C.A. británica y el CC italiano eran las únicas legislaciones en las que se prohibía a las "public companies" y a las "sociedades por acciones", respectivamente, conceder a terceros asistencia financiera para que éstos adquirieran acciones de la sociedad asistente, (s. 45 de la CA de 1929 y Art. 2358 del CC de 1942). Pero la prohibición absoluta inicial se consideró excesiva por la doctrina de ambos países, quien con distintos postulados y planteamientos inició una corriente flexibilizadora de la norma inicial. En este sentido se consideraron excluidos de la prohibición "los préstamos de dinero realizados normalmente por una sociedad en el marco de su objeto social..., cuando la operación tenga por objeto acciones íntegramente liberadas"<sup>36</sup>. Asimismo se defendió la necesidad de flexibilizar el carácter absoluto de la prohibición en el sentido de "autorizar la asistencia financiera para adquirir acciones íntegramente liberadas y realizadas con cargo a beneficios y reservas disponibles y con la

---

<sup>36</sup> Esta idea puede verse en CAMERLYNCK, H.: *La loi anglaise de 1929 sur les sociétés par action*, pág. 74. Y posteriormente se recogerá en la Companies Act.

correspondiente autorización de la Junta General", en consonancia con "la normativa sobre las acciones propias, con las que la asistencia financiera para adquirir acciones propias guardaba una identidad en su fundamentación"<sup>37</sup>. De esta manera se venía a afirmar por la mejor doctrina italiana, que si toda la normativa sobre acciones propias perseguía asegurar el cumplimiento de la función de garantía de la cifra de capital, la solución legal tendría que ser la misma; es más, el hecho de que la sociedad fuera titular de las propias acciones entrañaba mayores riesgos que la concesión de un préstamo a terceros para su adquisición.

Sin embargo, el tratamiento de los negocios relacionados con las participaciones propias (y recíprocas) tuvo una recepción diferente en los trabajos de II Directiva de sociedades. Tanto el Anteproyecto inicial (Doc. 6.063/III/65-F), como su Propuesta modificada de 1970 prohibían radicalmente la adquisición originaria de las propias acciones y permitían la adquisición derivativa de las propias acciones a la autorización previa de la Junta General, su realización con cargo a patrimonio disponible y siempre que tuviera por objeto acciones íntegramente liberadas y su importe no superara el diez por ciento de la cifra de capital social (Arts. 17-19). En cambio, los textos comunitarios omitían cualquier referencia a la aceptación en garantía de las propias acciones y a la "asistencia financiera a terceros para adquirir acciones de la sociedad asistente". Esta se incorporaron directamente en el texto definitivo de II Directiva (Arts. 23 y 24). Así, el Art. 23 prohibió a la sociedad "anticipar fondos, conceder préstamos y garantías para la adquisición de sus acciones por un tercero"; prohibición que quedaba exceptuada para las "transacciones efectuadas en el marco de las operaciones corrientes de los bancos y de otros establecimientos financieros" (Arts. 23,1 y 2,

---

<sup>37</sup> Frente a la posición extrema de GRAZIANI, A.: *Diritto delle società per azioni*, Npoli 1963, pág. 331, se impondrá la orientación partidaria de la supresión del carácter absoluto de la prohibición de asistencia financiera en aquellos casos en que no existe riesgo patrimonial de la operación para la sociedad. Esta opinión es defendida, entre otros, por FRE, G.: "Società per azioni...", pag. 238; GALLESIO-PIUK, E.: "Le anticipazioni sulle proprie azioni e i prestiti a terzi per l'acquisto delle setesse", *Riv. Dir. Comm.* 1972, II, pág. 139; GREGORIO, A.: "L'acquisto delle azioni di una società anonima per conto della stesso società e l'art. 144 cod. Di comm" in *Studi di Diritto Commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. 2, Roma 1931, pág. 402; MESSINEO, F.: "L'Art. 144 Cod. Comm. E i riporti di azioni sociali", *Riv. Dir. Comm.*, I, pág. 397.

respectivamente), reproduciendo lo establecido igualmente para la aceptación en garantía de las propias acciones (Art. 24.2).

De esta manera confluyeron en la Directiva las dos corrientes sentidas en el curso evolutivo de la disciplina de la autocartera. De un lado, la ya evolucionada y consistente en prohibir radicalmente las adquisiciones originarias y permitir las derivativas a todas las sociedades anónimas, siempre que la operación se autorizara previamente por la Junta General, recayera sobre acciones íntegramente liberadas, se realizara con cargo a patrimonio disponible y no superara el límite del diez por ciento (Arts. 18 a 22). De otro, la menos evolucionada y caracterizada por una regla general de prohibición absoluta, tal y como se recogía en sus orígenes (s. 45 de la CA 1927 y 2.358 del CC 1942.), acompañada de una excepción a favor de determinadas sociedades anónimas y supuestamente fundamentada en razones de similitud con lo previsto para la aceptación en garantía de las propias acciones, restringiendo con esta última el ámbito subjetivo de la excepción prevista en su modelo británico para todas las sociedades afectadas por la prohibición (tal y como se propugnaba por la doctrina y se recogió en la s 54 de la CA de 1948<sup>38</sup> y posteriormente en la s. 153.4 a de la CA 1985) y propugnada por la doctrina italiana para todas las operaciones concluidas con cargo a cantidades disponibles y que tuvieran por objeto acciones íntegramente liberadas.

Con distinta formulación, la solución de la II Directiva se recibirá en la reforma alemana de 1978 (Art. 71.a) de la AktG y en la francesa de 1981 (Art. 217.9). Los ordenamientos italiano y británico no alterarán su posición precedente en la materia, manteniendo un trato igualitario para todas las sociedades por acciones y public companies, respectivamente (Art. 2.358 del CC y 153.4.a). De esta manera tenemos una norma desigual en las legislaciones del entorno de la Unión Europea; presentando una mayor rigidez para las sociedades anónimas españolas, francesas y alemanas, frente a las italianas y británicas, para las cuales se prevé un trato igualitario en sus

---

<sup>38</sup> La s. 54 de la C.A 1948 no consideraba prohibida la asistencia financiera cuando "el préstamo de dinero es parte de los negocios ordinarios de la compañía y el mismo se realiza dentro de dicho ámbito" (s 54.1.a)



respectivas legislaciones nacionales. Trato discriminatorio de las sociedades anónimas respecto de las que son Entidades de crédito, por cuanto que a estas últimas se les autoriza lo que se les prohíbe al resto. Y se trata de una discriminación carente de justificación en el momento de su incorporación y que al mismo resultado nos lleva su examen, no sólo en el plano de la normativa bancaria sobre las actividades reservadas legalmente a las Entidades de Crédito, sino principalmente en el ámbito de los fundamentos de la ordenación jurídica de la asistencia financiera para adquirir acciones propias. Una vez más, el tema hubiera tenido mejor solución técnica, de haber adaptado el legislador el modelo mixto de la adquisición de las propias acciones para el tratamiento de las operaciones de asistencia financiera para la adquisición de acciones, en donde la prohibición absoluta de las operaciones realizadas con cargo a capital o la autorización de la Junta General, en los demás casos, habrían impedido experiencias como las de Banesto.

En segundo lugar, el Art. 81 del TRLSA presenta problemas de técnica legislativa, en cuanto a su alcance y condicionamientos. En síntesis, la extensión de la excepción a las "entidades" sometidas a la legislación bancaria<sup>39</sup>; esto es, las comprendidas en la noción de "establecimiento de crédito" del Art. 1 del RDL 1.298/1986, de 28 de junio (comprensiva de los Bancos, Cajas de Ahorros, Cooperativas de Crédito<sup>40</sup>, entre otros), resulta excesivamente amplia, pues al comprender entidades de distinta naturaleza jurídica (Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito)<sup>41</sup>, el ámbito de la

---

<sup>39</sup> Vid. HEFFERMEHL, W., en *Aktiengesetz*, 7, München 1983, pág. 468; LEFEVRE, A.: "La traduction en Droit français des sociétés commerciales de la 2 Directive du Conseil des Communautés économiques européennes: La loi núm. 81-1162 du 30 décembre 1981 et le décret núm. 82-460 du 2 juin, 1982", *Rév. Soc.* III, 1982, pág. 73.

<sup>40</sup> De esta manera se entiende en la doctrina española; entre otros, por GARCIA-LUENGO, R. y SOTO VAZQUEZ, R.: *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima (comentarios y jurisprudencia)*, Granada 1991, pág. 406; SANCHEZ GONZALEZ, C. "la acción como título...." en *VVAA: Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid 1990, pág. 389, por remisión en la pág. 392 ; VAZQUEZ CUETO, J.C.: *Régimen de la autocartera*, pág. 493.

<sup>41</sup> El Art. 1 del RDL 1298/1986, de 28 de junio en su número dos considera entidades de crédito "a) El Instituto de Crédito Oficial. B) los bancos. C) Las Cajas de Ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorro. D) Las Cooperativas de Crédito..." (Redacción modificada por el Art. 5 de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por el que se adopta la legislación española en materia de entidades de crédito a la segunda directiva de coordinación bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero).

excepción iría más allá del comprendido en la prohibición dispuesta para las sociedades anónimas en el Art. 81.1 del TRLSA (en relación con el 3 del indicado Cuerpo legal). De aquí, la necesidad de restringir la referencia legal a las Entidades de Crédito que adopten la forma social anónima; como es el caso de los Bancos (a los que se considera sociedades anónimas especiales en el Art. 2.1.a. del RD 1.245/1995, de 14 de julio, sobre creación de Bancos...<sup>42</sup>) y de los Establecimientos financieros de crédito (que son calificados de entidad de crédito y sociedad anónima especial en los Arts. 1.1 y 5.1.a, respectivamente del RD 692/1996, de 26 de abril<sup>43</sup>).

La posibilidad legal de que las entidades de crédito-sociedades anónimas puedan realizar "principalmente" por separado (y residualmente juntos) los diversos negocios reconducibles al ámbito de la prohibición dispuesta en el Art. 81.1 del TRLSA explica la relativa facilidad con que estas sociedades pueden sortear la prohibición y demás restricciones en materia de acciones propias, con la concesión de créditos supuestamente realizados en el ámbito ordinario de su actividad social pero en realidad encaminados a los más diversos fines y pretensiones. Fundamentalmente para asegurarse el control de la Junta General (en nuestro caso: primero, distribuyendo las acciones entre personas de la confianza de los administradores o en una situación de inferioridad; segundo, quedándose con las acciones en garantía de los créditos concedidos a los terceros), al tiempo que extraer de la libre negociación las acciones (y de esta manera controlar el curso de su cotización). Realidad plasmada puntual y ampliamente en los escritos económicos y jurídicos relacionados con la asistencia financiera para adquirir acciones y que aflora en los pronunciamientos judiciales acerca de Banesto. De aquí, la plena justificación de los recelos y críticas ante la excepción prevista a favor

---

<sup>42</sup> El Art. 2º del RD 1.245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las Entidades de crédito dice "*Requisitos para ejercer la actividad bancaria*. 1. Serán requisitos necesarios para ejercer la actividad bancaria: a) Revestir la forma de Sociedad Anónima...".

<sup>43</sup> Los Establecimientos financieros de crédito "tendrán la consideración de entidad de crédito" (Art. 1º.1 de su RD regulador) y deberán "Revestir la forma de sociedad anónima" (Art. 5º.1.a), de acuerdo con el RD 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los Establecimientos financieros de crédito.

precisamente de aquellas sociedades anónimas, que sirvieron de referencia común a las primitivas prohibiciones absolutas, de "conceder préstamos con garantía de las propias acciones" (Art. 167 del CCo. español de 1885), de "financiar a cualquier persona con la finalidad de adquirir acciones propias" (s. 45 de la CA 1929) o de realizar "anticipos con garantía de las acciones propias" (Art. 144 del CCo. italiano de 1882)<sup>44</sup>. Sociedades anónimas que, por tener reservada legalmente la actividad crediticia y poder realizar igualmente operaciones de adquisición de acciones, las sitúa en una posición inmejorable para sortear la prohibición de asistencia financiera para adquirir acciones propias, sin despertar sospecha sobre la legalidad de la operación y, por ahí, los posibles abusos producidos en la realidad empresarial, sin control "a priori", que las frene o dificulte y cuyas consecuencias se manifiestan demasiado tarde, sólo remediable "a posteriori", mediante los mecanismos judiciales y administrativos (ya por la vía de la responsabilidad de los administradores y personas con poder de representación (Art. 89 del TRLSA), ya por la vía del régimen general de responsabilidad de los administradores (Arts. 133 a 135 del TRLSA) y residualmente, a través de la teoría general de Derecho de obligaciones y contrato Arts. 1.101 y ss. del CC).

El juego de la excepción se condiciona igualmente a que las "operaciones" se realicen en el "ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social" (Art. 81.3 del TRLSA), en consonancia con lo exigido en el Art. 23.II de la Directiva y cuya interpretación precisa determinar el alcance de los términos "operaciones" y ámbito ordinario propio del objeto social. Interpretación estrechamente interconectada entre sí y que cualquiera que sea la significación amplia o estricta del término operación, genera contradicciones

---

<sup>44</sup> La prohibición de realizar préstamos para que éstos adquieran acciones de una sociedad anónima (con independencia de que el préstamo fuera concedido por la propia sociedad o por un banco a devolver con cargo al patrimonio de la sociedad en cuestión) surge en la primera mitad del siglo XX,... como vía para impedir que se eludieran los propósitos perseguidos con la disciplina de las acciones propias, tal y como se había manifestado en la práctica angloitaliana, mediante la concesión de préstamos a terceros (o accionistas), bien por la propia sociedad (en el caso italiano), bien por un banco (en el caso anglosajón) para que aquéllos adquirieran acciones de la sociedad..." (De esta manera se puede ver escrito y ampliado en FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>.S. *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, Capítulo primero "Evolución y Tendencias", cuyas págs. 28 a 32 están dedicadas a la "Primitiva prohibición absoluta, como fórmula para impedir la elusión de la normativa sobre las acciones propias").

normativas de carácter técnico. Junto a la reproducción del tenor del Art. 81.3 del TRLSA<sup>45</sup>, se ha cuestionado, si la expresión "operaciones" se refiere a la "Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias" o exclusivamente a la "asistencia". La referencia amplia a toda la operación económica que integra la prohibición se ha defendido por entender, que precisamente "la norma... permite a los establecimientos de crédito lo que prohíbe a las demás sociedades: que financien a terceros para que adquieran sus acciones"<sup>46</sup>. Orientación que se rechaza implícitamente por quienes entienden que "difícilmente puede considerarse "ordinaria" una operación que tenga la específica finalidad de financiar la adquisición de acciones de tales entidades de crédito"<sup>47</sup> y abiertamente por quienes defienden una delimitación estricta del término operación a la "asistencia" porque así lo aconseja la presunta fundamentación del tratamiento privilegiado de las Entidades de Crédito en la "trascendencia que su actividad tiene en el desarrollo del tráfico económico actual"<sup>48</sup> o, en "evitar" que "tales establecimientos vean dificultado su negocio, ante la eventualidad de que los acreditados puedan emplear por su cuenta los recursos obtenidos para la adquisición de acciones del mismo

---

<sup>45</sup> Así en los Manuales de los profesores SANCHEZ-CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid 1999, pág. 345; URIA, R.: *Derecho Mercantil*, Madrid 1999, pág. 297; VICENT CHULIA, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia 1999, pág. 281.

<sup>46</sup> Esta es la opinión defendida por PAZ-ARES, C. en la fase prelegislativa por considerar, que "si la financiación no tiene esa finalidad incorporada a la causa no hay prohibición para nadie" ("Negocios sobre las propias acciones" en VVAA: *La reforma del Derecho español de las Sociedades de Capital*, Madrid 1987, pág. 604) y, tras la vigencia del TRLSA parece apuntarse por GARCIA LUENGO, R y SOTO VAZQUEZ, R., si bien estos profesores consideran que "no podrán configurarse como tales, una línea de financiación acordada para facilitar a terceros la autosuscripción de acciones propias, e incluso, a determinados especuladores que en momentos de dificultad mantengan el precio de mercado de sus propias títulos. En estos casos la excepcionalidad de la circunstancia difícilmente permitiría pensar que nos encontramos ante operaciones ordinarias" ( *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima*, pág. 406 y 411).

<sup>47</sup> Vid. SANCHEZ GONZALEZ, C.: "La acción como título...", pág. 392.

<sup>48</sup> Para el profesor VAZQUEZ CUETO, J.C.: el "tratamiento privilegiado de tales entidades ..." reside en que "No se considera aconsejable desde un punto de vista político-jurídico, por la trascendencia que su actividad tiene en el desarrollo del tráfico económico actual, limitar en exceso las posibilidades de actuación de unas entidades cuyo objeto principal consiste en la realización de operaciones de carácter crediticio" ( *Régimen de la autocartera*, pág. 492).

Banco, que no pretendía directamente y de propósito tal situación al conceder los fondos"<sup>49</sup>.

La significación amplia de la expresión legal "operaciones" a todo el negocio de "asistencia financiera para adquirir acciones propias" es la orientación que resulta implícita con el ámbito objetivo de la prohibición de asistencia financiera para adquirir acciones a todas las sociedades anónimas (Art. 81.1, en relación con el 3 del TRLSA). También sería la consecuente con la necesidad de que la operación se desarrolle con cargo a cantidades disponibles (Art. 81.3) y cuya supuesta exigencia viene requerida para impedir que por esta vía se atente a los fundamentos patrimoniales de la prohibición dispuesta en el Art. 81.1 del TRLSA. E igualmente es la que se desprende de la experiencia empresarial de Banesto. De una parte, mediante los negocios de asistencia financiera para adquirir acciones de dicha entidad, realizados entre los años 1989 y 1993, se "concedieron créditos a accionistas, trabajadores, directivos y clientes para adquirir acciones procedentes de la autocartera del Banco (que previamente había adquirido de algunos accionistas significativos) y garantizado con las mismas acciones". De otra, la fórmula financiera se utilizó para llevar a término una "ampliación de capital". Y en ambos casos, la finalidad del negocio de asistencia financiera (instrumentado mediante "crédito personal") fue la adquisición de acciones (mediante "compra de derechos y acciones" de la Entidad acreditante) y su carácter garantizado con las acciones en cuestión traslucía en el contrato (a través de póliza no intervenida) y que posteriormente fueron decisivos para resolver las controversias generadas en torno a su interpretación y cumplimiento por parte de los Tribunales de instancias y de apelación (entre ellas, las ya citadas del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid, de 13 de junio de 1995, 30 de julio de 1996; de la AP de Málaga, de 28 de abril de 1999 ), pero consideradas irrelevantes para la STS

---

<sup>49</sup> De este modo se expresa el profesor SANCHEZ-ANDRES, A., concluyendo que "Por eso decimos que en este punto, la excepción sólo confirma la regla general, y que, por tanto, entre las operaciones permitidas a los Bancos nunca podrá tener cabida la concesión deliberada de descuentos para que otros compren sus propias acciones. Así debe ser, puesto que, en ese caso, la vinculación entre la asistencia financiera y la adquisición forma parte de la misma naturaleza de las cosas..." ("Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo", págs. 4.753-4.754).

511/2001, porque *"la carta dirigida en su momento por los recurrentes al Banco comprometiéndose a no vender las acciones hasta tres años y medio después y a venderlas luego sólo escalonadamente para atender la amortización del crédito con sus intereses, hasta la cancelación de éste, ofrecía más los rasgos de un compromiso personal que los elementos y caracteres propios de una verdadera garantía incardinable en la prohibición del derogado art. 167 Ccom."* (FD Tercero, segundo párrafo).

Sin embargo la significación amplia del término "operaciones" a todo el negocio de "asistencia financiera para adquirir acciones de la sociedad asistente o de su dominante" es técnicamente irreconciliable con la necesidad de su realización en el "ámbito de las operaciones propias de su objeto social", según resulta del contraste de la figura diseñada en el Art. 81.1 y las operaciones integrantes en las reservas legales previstas para las Entidades de Crédito en materia de objeto social. En este plano de ideas debe reiterarse, que el supuesto de hecho prohibido precisa de la concurrencia de dos o más negocios unidos, en sentido técnico jurídico (con independencia de la estructura formal que adopten los mismos) y dicha figura no se corresponde con la lista de operaciones reservadas a las Entidades de Crédito en el Art. 1 del RD 1.298/1986 y complementadas en los Arts. 63 y 65 de la LMV, en lo que se refiere a la adquisición y garantía de valores. Consiguientemente, la prohibición del Art. 81.1 no impide el desenvolvimiento de la actividad crediticia ordinaria de las Entidades de Crédito (que pueden desarrollar normalmente su actividad crediticia (Art. 1 del RD 1.298/1986) y de servicios de inversión (Arts. 63 y 65 de la LMV); con lo que debe reiterarse el rechazo a la supuesta fundamentación de la previsión legal a favor de las Entidades de Crédito, en la conveniencia de no frenar a la actividad de estas sociedades en la que algún autor ha querido apoyar la excepción legal. Excepción expresa, que sólo encontraría su justificación si el Art. 81.1 del TRLSA prohibiera la asistencia financiera sin más y que entonces si que impediría a las Entidades de Crédito realizar los negocios de intermediación del crédito (en nuestro caso, asistencia financiera), que son los que constituyen el núcleo del objeto social (de acuerdo con la reserva legal contenida en el Art. 1 del RD1.298/1986), pero no en el

caso que nos ocupa. En la medida que el Art. 81.1 del TRLSA no prohíbe ni la Asistencia financiera, ni la adquisición de acciones propias, sino la realización de los dos negocios unidos por su finalidad y con independencia de su instrumentación jurídica formal y del procedimiento utilizado para ello, la fundamentación real del precepto podría explicarse en el apresuramiento del legislador comunitario, que ignoró la evolución de dicha norma en sus respectivos contextos nacionales. Inconvenientes que podrían superarse con una reforma legislativa que suprimiera la injustificada previsión a favor de las Entidades de Crédito. O mejor, si se flexibilizara la prohibición dispuesta para la asistencia financiera para adquirir acciones propias a todas las sociedades anónimas, en la línea establecida para la adquisición de las acciones propias y como parece apuntarse con la reducción del régimen actual en los trabajos unionistas, encaminados a la simplificación del Derecho de Sociedades<sup>50</sup>.

Pero hasta entonces, hay que proceder a una interpretación estricta de la referencia legal "operaciones" y restringida al negocio de asistencia financiera. De un lado, sería consecuente con la necesidad de que el mismo se realice en el ámbito de la actividad ordinaria del objeto social (exigido por el Art. 81.3 del TRLSA). De otro, encontraría plena justificación con los antecedentes históricos de la disciplina continental en el tenor de la s. 54 de la CA de 1948 de autorizar la asistencia financiera para adquirir acciones de la sociedad cuando el "préstamo de dinero es parte de los negocios ordinarios de la compañía y el mismo se realiza en el curso de ellos" (s. 54.1.a). Sin embargo, esta posición también plantea problemas de coordinación interna en la propia previsión que se analiza. Primero, porque la necesidad de que la operación se realice con cargo a beneficios o reservas (Art. 81.3) tiene su razón de ser en los fundamentos patrimoniales de la prohibición de toda la operación económica "asistencia financiera para adquirir acciones propias", que difícilmente se explican en los casos en que no concurren dichos negocios. También resulta inexplicable la constitución de la reserva respecto de

---

<sup>50</sup> En las propuestas para la modificación del Art. 23 de la II Directiva de Sociedades se dice que: *las prohibiciones que pesan sobre la ayuda financiera deben reducirse a un mínimo práctico, bien limitando al importe del activo neto distribuible o a la suscripción de nuevas acciones emitidas*" (Así en el Informe de la Comisión. Resultados de la Cuarta Fase de SLIM. Doc. COM (2000) 56 final, de 4 de febrero).

operaciones que se desenvuelven en el ámbito de la actividad ordinaria de una sociedad, en cuyo marco supuestamente se ha querido apoyar la excepción

Por último, la excepción tiene carácter condicionado, pues su autorización legal exige realizar la operación con cargo a cantidades disponibles de la sociedad y esta última deberá constituir una reserva en el pasivo por el importe de la operación (Art. 81.3 del TRLSA), que también se incumplió por Banesto, según manifiestan algunas de las resoluciones judiciales....

### **3. Límites del sistema legal ante los riesgos de abuso-desviación del poder de dirección**

En el desenvolvimiento de la excepción legal cobra una especial relevancia la actividad de quienes asumen normalmente las funciones gestoras y representativas de la sociedad, por corresponder a ellos las operaciones no encomendadas legalmente a la Junta General, esto es, la actividad técnica y representativa de la operación financiera relacionada con las acciones propias. Entre ellas, el grupo de personas beneficiarias de la asistencia financiera ¿qué trabajador, grupo de trabajadores, accionistas, administradores, altos cargos, serían los afortunados?; el tipo de negocio que instrumera jurídicamente la operación?; ¿qué clase de atribución patrimonial sería la recomendable para cada uno de ellos? ¿a qué clase o especie de acciones -o valores convertibles- iría dirigida la operación?. Y es en la consecución de dichas actividades en las que la autorización prevista para las Entidades de Crédito no debiera brindar a sus administradores la oportunidad de poner a prueba el ejercicio de su poder, tal y como, desgraciadamente aconteció en el caso Banesto. Ciertamente, que el legislador no exige ningún detalle de la operación en la normativa reguladora de las acciones propias, pero es que tampoco es necesario. De un lado, porque la necesidad de que la misma se realice conforme al "interés social" se encuentra implícita en el deber general de diligencia y lealtad impuesto a los administradores de las sociedades anónimas en el Art. 127, con independencia o no de su mayor concreción contractual en los llamados "Códigos de buen gobierno de las sociedades cotizadas" (desarrollados generalmente, al amparo



del 141 del TRLSA, relativo a los Reglamentos de funcionamiento interno del Consejo). En este sentido, dentro de los márgenes autorizados por el Art. 81 y conforme a una interpretación objetiva del Art. 127, que exige la actuación cualificada de los administradores<sup>51</sup>, los dirigentes de Banesto sólo debieron optar por la asistencia financiera para adquirir acciones como forma de impulsar o desarrollar una política social, de participación de los trabajadores en la empresa; o en circunstancias aconsejadas por el Mercado (por ej. diluir el intento de una adquisición del control empresarial no deseada), que no concurrieron en el caso debatido, según se advierte en la mayoría de las sentencias consultadas. En cambio, su lectura manifiesta la virtualidad y eficacia del deber general de diligencia y lealtad de los administradores para disuadir de maniobras y conductas de dudosa legalidad en el marco de las acciones propias y contractual. Basta con recordar al respecto, la pretensión de los antiguos dirigentes de Banesto en perpetuar una autocartera no autorizada, deshaciéndose aparentemente de ella por negocios de asistencia financiera para la adquisición de acciones por clientes y trabajadores, en conexión con otros negocios y conductas que permitieron igualmente, entre otras, sustraer las acciones de la negociación bursátil, mantener el control de los votos correspondientes a las

---

<sup>51</sup> El deber general de diligencia exigido a los administradores, conforme al ordenado empresario y representante leal viene siendo interpretado objetivamente en el sentido, de una "diligencia cualificada", en razón de la propia caracterización de las funciones empresariales encomendadas al administrador (conjunta o colegiadamente, según la estructura del órgano administrativo). Con todo, el concepto de diligencia es flexible y deja un cierto margen de discrecionalidad a la hora de tomar una decisión entre varias alternativas posibles, en la que debe prevalecer el interés social. (Para este temario se recomienda consultar a ESTEBAN VELASCO, G.: "Responsabilidad de los administradores frente a socios y terceros" en *Estudios jurídicos en homenaje a AURELIO MENENDEZ*, T.II, Madrid 1995., págs. 1.692 y ss.; LLEBOT, J.: *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, Valencia 1996, pág. 36; POLO, E.: "Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima", *Comentario al régimen legal de las Sociedades mercantiles*, dirigido por Uría, R., Menéndez, A. y Olivencia, M., T. VI, Madrid 1991; págs. 133 y ss.; SANCHEZ CALERO, F.: "Administradores (arts. 123 a 143)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigidos por el mismo autor, T.IV, Madrid 1994, págs. 102 y ss. ). Con esta interpretación objetiva y con la necesidad de "concretar" los deberes de diligencia y de lealtad de los miembros del órgano administrativo (Vid. en este sentido ESTEBAN VELASCO, G.: "Una contribución sobre el gobierno societario: una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de Administración", en el libro coordinado por el mencionado autor *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid 1999, pág. 411 y FERNANDEZ DE LA GANDARA, L.: "Códigos de conducta y administración de sociedades" *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Madrid 1996, pág. 324) suelen guardar coherencia los deberes impuestos en el marco de las Grandes sociedades anónimas cotizadas a los miembros del órgano administrativo en algunos modelos de reglamento de funcionamiento del Consejo de Administración (elaborados al amparo del 141.1 del TRLSA).

acciones por parte de los administradores de la sociedad. Y el entramado creado se realizó mediante maniobras representativas de, derivaciones de un abuso o desviación de poder por parte de los administradores de las sociedades. Técnicamente, este tipo de conductas y actuaciones podrían explicarse parcialmente en el olvido del Art. 81 del TRLSA de los riesgos que la operación conlleva en el plano funcional de las sociedades anónimas y del Mercado de Valores y que, en definitiva, permitieron el "elevado potencial en manos de los administradores para hacer todo tipo de maniobras y estrategias empresariales, mediante la fórmula financiera-societaria articulada en el Art. 81 del TRLSA" (entre ellas, las ya reiteradas de distribución de las acciones entre quienes desearon; extraer de la negociación bursátil las acciones, etc.). Maniobras que, si bien cuentan con un control a posteriori en la normativa que nos ocupa, mediante la responsabilidad administrativa de Administradores y altos cargos (Art. 89), tendría que haberse reforzado con un control a priori, que las evitara o, cuando menos, las dificultara. Y ello principalmente porque las medidas sancionadoras previstas para las acciones propias ilícitas en ningún modo están dirigidas a resarcir el patrimonio privado de los posibles perjudicados. Para ello, estos tienen dos alternativas: la más difícil, consistente en el ejercicio de una acción individual de responsabilidad por daños en su patrimonio (Art. 135 del TRLSA) o la más efectiva, de la nulidad negocial por consentimiento viciado (Art. 1265 del CC), pues la mayoría de las sanciones aplicables a la infracción de las restricciones sobre acciones propias se dirigen a la reintegración del patrimonio social (entre ellas, la obligación de desembolso de las adquiridas originariamente -Art. 74 del TRLSA-; la de desprenderse de las que superen los límites autorizados -Art. 75, 78, entre otros) y a imponer multas pecuniarias a los administradores y altos cargos (Art. 89 del TRLSA).

## **V. ¿NULIDAD DE NEGOCIOS PROHIBIDOS INICIALMENTE? ¿VALIDEZ DE NEGOCIOS VICIADOS?. SOLUCIONES PONDERADAS**

En fin, la validez del negocio controvertido, sentenciada por el Supremo podría compartirse en el caso singularmente enjuiciado y conforme a una interpretación literal y aislada de los límites y condicionamientos impuestos a

las sociedades anónimas respecto de los negocios de asistencia financiera para adquirir sus acciones (Arts 74 a 81 del TRLSA de 1989 y sus precedentes 167 del CCo. de 1885 y 147 de la LSA de 1951), en conexión con la flexibilización del régimen legal y la tendencia jurisprudencial al rechazo de la nulidad de pleno derecho por infracción legal.

Sin embargo, la generalización de la postura Supremo, partidaria de la validez de los créditos garantizados concedidos por Banesto a sus empleados y clientes para adquirir acciones de la Entidad, con la consiguiente devolución de su importe (más los intereses de demora) resulta cuestionable en todos los casos que puedan llegar al Alto Tribunal o se susciten en un futuro, según lo evidencian las numerosas sentencias de Instancias partidarias de la nulidad radical de los negocios viciados, con la correspondiente liberación de los deudores. La solución de los mismos no puede ser unitaria, sino compleja; pues una operación de "ingeniería financiera" de la envergadura del caso Banesto exigirá una respuesta igualmente de "ingeniería jurídica", en donde puedan jugar soluciones alternativas y concurrentes. De una parte "nulidad radical" y "validez" para los casos extremos. De otro, "nulidad parcial con validez, acompañada de medidas paliativas de las consecuencias derivadas de la infracción" (en el caso específico, las reintegradoras del patrimonio privado y/o social dañado), en coherencia con la señalada orientación jurisprudencial, de debilitamiento y abandono progresivo de las nulidades del campo de los negocios jurídicos<sup>52</sup>. Posiciones judiciales varias, que encontrarían pleno

---

<sup>52</sup> La contravención de los preceptos imperativos como causa de nulidad absoluta tiende a restringirse paulatinamente. Esta idea ya estaba presente en la interpretación jurisprudencial-dogmática del art. 4 inicial del CC, teniendo en cuenta "que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de modo expreso y textual y sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera o toda omisión al acto de que se trata haya siempre de llevar consigo la sanción de nulidad" (Vid. CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, especialmente la página 473, con la jurisprudencia en ella citada).

Estas reflexiones se recibirán en el art. 6.3 del CC (sustitutivo del anterior Art. 4), con los términos: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulo de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Conforme a la corriente civilista generalizada la tendencia simultánea "restrictiva de la nulidad y expansiva de la anulabilidad" trae su fundamento en la "valoración del interés cuya tutela justifica cada supuesto de ineficacia. El interés público exige una forma de ineficacia radical, automática e indisponible para los actos que le sean contrarios. A la tutela del interés privado y disponible se amolda más una forma de ineficacia de los actos que le sean lesivos, relativa y sanable" (GORDILLO, A.: "Nulidad, anulabilidad e inexistencia (el sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación" en

sentido en la pluralidad de orientaciones acogidas en la regulación de las acciones propias (prohibiciones absolutas, sancionadas con la obligación de desembolso a cargo de los administradores -Art. 74 del TRLSA-; adquisiciones derivativas, acompañadas de obligación de desprenderse... y, en su defecto, venta judicial, amortización...). Diversidad, que se correspondería con los perfiles y matices de la casuística empresarial; de los que derivan modelos normativos combinados, si bien coincidentes normalmente por su finalidad predominante, de "eludir el juego de la normativa legal", a través de un "rodeo o maniobra", similar al producido en el caso enjuiciado, "de impedir el cumplimiento de la obligación de desprenderse de las acciones no autorizadas o el juego de la nulidad de pleno derecho, por infracción a las prohibiciones en materia de autocartera", a través de "la concesión de préstamos a terceros para facilitarles la adquisición de acciones de la sociedad" y cuyos negocios impuso fácilmente el antiguo equipo dirigente a los trabajadores de Banesto. En este plano de ideas, y sin perder de vista los hechos probados en los casos enjuiciados hasta ahora, cabría concluir insistiendo en que toda la normativa de las acciones propias se vio trastocada con la estructura comercial construida por los antiguos dirigentes de Banesto e ilícita, no sólo porque con ella se quisieron eludir, entre otras, la primitiva prohibición a la sociedad de prestar con garantía de sus propias acciones (Art. 167 del CCo.); la prohibición de adquirir las propias acciones y posterior "obligación de desprenderse de una autocartera excesiva" en manos de Banesto (Art. 47 LSA de 1951), sino también porque en muchos de los casos enjuiciados se sortearon las reglas generales de la contratación privada, al imponerse muchos de los negocios por los antiguos dirigentes valiéndose de su doble posición de dominio (social y comercial), reforzándola con documentación confidencial, estimada decisiva por muchas de las sentencias de Instancias. Consiguientemente, en la apreciación de estas y cuantas infracciones se presenten, la exclusiva valoración de la flexibilización

---

*Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid 1990, pág. 983). De aquí, que se defiende, la necesidad de "extrema prudencia" en la declaración de nulidad, cuyo recurso se restringe a los supuestos de auténtica contradicción entre la finalidad de la ley y la del acto ejecutado, según resulta de la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles del mismo, siempre que medie trascendentes razones que patenten el acto como gravemente contrario al respecto debido a la ley, la moral o el orden público" (Vid. GULLON, A.: "Comentarios al art. 6 del CC" en *Comentario del Código Civil*, I, págs. 36 y ss.)

del régimen legal para decidir la validez o nulidad de la operación resulta insuficiente; pues, de este modo, se olvida la "finalidad unitaria ilícita", que está detrás de toda la operación económica y que es la que debiera prevalecer a la hora de enjuiciar los diferentes casos que se presenten. Sólo entonces y, tras la valoración de las correspondientes pruebas, podría determinarse quien debe soportar con el coste económico de la operación: si el patrimonio privado de los particulares -trabajadores y clientes-, vinculados por negocios ruinosos, que se vieron abocados a aceptar; el patrimonio social una vez "saneado" y, toda vez que la posible pérdida podría absorberse con la provisión dotada para los créditos de dudoso cobro o con la reserva legal especial constituida en el pasivo, como contrapartida a los créditos concedidos ex Art. 81 del TRLSA. Ambos (patrimonio social e individual) o ninguno de ellos, sino directamente el patrimonio de los responsables, pues las acciones controvertidas derivaron de una adquisición originaria, sancionada actualmente con la obligación de desembolso. Estas y otras resoluciones judiciales son posibles en el marco normativo de las anónimas (normativa de la autocartera); de las reglas generales sobre la interpretación jurídica (Art. 3 CC) y, en definitiva, en la relevancia de la "Jurisprudencia evolutiva" a la hora de desarrollar la función complementaria reconocida en el Ordenamiento Jurídico (Art. 1.6 del CC).