

RESUMEN

A partir del planteamiento de un caso práctico en el que la parte contraria intenta declarar nulo un contrato de préstamo bancario garantizado con hipoteca a raíz de un procedimiento de ejecución hipotecaria alegando la concurrencia de asistencia financiera prohibida; se elabora un dictamen en el que se concluye la ausencia de legitimación activa de la contraparte, la no concurrencia de asistencia financiera, las consecuencias en el concurso de acreedores, y efectos de la eventual declaración de nulidad de la hipoteca, así como la elaboración de la contestación a la demanda en el caso planteado.

ABSTRACT

From the approach of a case in which the contrary part attempts to declare null and void a bank loan agreement secured by a mortgage in the aftermath of a foreclosure proceeding alleging unlawful financial assistance; an legal opinion is prepared which concluded that the counterpart lacks standing in the procedure, unlawful financial assistance is not applicable, consequences in bankruptcy, and effects in the event declaration of invalidity of the mortgage, as well as the wording of the Statement of Defense in this case.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
1. ANTECEDENTES.....	4
2. OBJETIVOS.	5
3. CONSIDERACIONES SOBRE LA VIABILIDAD Y DESARROLLO.....	6
3.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.....	6
3.2 EXISTENCIA DE ASISTENCIA FINANCIERA PROHIBIDA EN EL SUPUESTO DE HECHO. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.	10
3.3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA ESCRITURA DE HIPOTECA EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA SUSTANCIADO CON ANTERIORIDAD Y EN EL QUE SE ADJUDICA A UNIVERBANK LA PROPIEDAD DE LA FINCA SAN CLEMENTE.	24
3.4 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL RESULTADO DEL PROCEDIMIENTO, CON RESPECTO AL CONCURSO DE ACREEDORES QUE SE TRAMITA ANTE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE JAÉN.	30
3.5 REDACCIÓN DE LA DEMANDA.	36
4. CONCLUSIONES FINALES.	36
BIBLIOGRAFÍA.....	39
INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.	42
ANEXO I (DEMANDA).	45

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (derogada)
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad limitada (derogada)
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDL	Real Decreto Legislativo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

1. ANTECEDENTES

El relato ordenado y esquemático de los antecedentes de hecho es el siguiente, en la que se pide adoptar una postura de defensa a favor de la entidad financiera Univerbank:

-El 26 de febrero de 2007, Anselma S.L., a través de su Administrador Único, D. José Guillermo, y ante la Notaría de Huelma, adquiere la totalidad de las acciones de San Clemente, S.A. de manos de sus cinco anteriores socios D. Ignacio, D. Juan Francisco, D. Pompeyo, D. Gabriel y D. Pedro Manuel, y las paga con cheques bancarios emitidos por la sucursal de Univerbank de Huelma. En la escritura de protocolo anterior se elevó a público un acuerdo de la Junta General Extraordinaria y Universal de San Clemente S.A. por la que se cesaron a todos sus consejeros, se redujo a tres el número de éstos, designándose como tales a D. José Guillermo, a su esposa D^a Clementina y a su hijo D. Antonello, y se nombró Presidente y Consejero Delegado a D. José Guillermo.

-El patrimonio de San Clemente S.A. está constituido por una sola finca (finca San Clemente) sita en Huelma.

-Anselma S.L. y San Clemente S.A. tienen de este modo el mismo Administrador Único y propietario de sus acciones y participaciones, D. José Guillermo.

-En la escritura siguiente a la de compra en el orden el protocolo de la Notaría de Huelma, Univerbank concede un préstamo de 7.500.000,00 € a Anselma, S.L., representada por D. José Guillermo, cuyo objeto era “para inversión”, con los que se financia la compra de acciones de San Clemente, S.A, para a su vez adquirir la finca San Clemente.

-Y en la misma escritura, San Clemente S.A., también a través de D. José Guillermo, constituye y grava hipoteca sobre su única finca, en garantía de ese préstamo a Univerbank, que le adeuda Anselma, que es inscrita en el Registro de la Propiedad de Huelma.

- Anselma dejó de pagar el préstamo hipotecario a principios de 2014 y Univerbank inició un procedimiento de ejecución hipotecaria, adjudicándose la finca

San Clemente tras la subasta en pago de su deuda por Decreto de adjudicación del Juzgado de Primera Instancia de Jaén el 23 de enero de 2015.

-Anselma es declarada en Concurso Voluntario mediante Auto del Juzgado de Primera Instancia número 4 y de lo Mercantil de Jaén de 25 de febrero de 2015, publicado en el BOE.

-De este modo la Administración Concursal de Anselma S.L. interpone demanda de Juicio Ordinario contra Univerbank y San Clemente S.A. ante el Juzgado de Primera Instancia de Jaén solicitando: (1) que se declare la nulidad de la hipoteca constituida por San Clemente S.A. sobre la finca San Clemente, inscrita en el Registro de la Propiedad de Huelma en garantía de préstamo de 7.500.000,00 € de principal que concedió Univerbank a Anselma S.L. en la escritura pública otorgada el 26 de febrero de 2007, alegando la incursión en una práctica mercantil conocida como asistencia financiera prohibida, sancionada en el artículo 150.1 de la LSC; (2) ordenar la cancelación de su inscripción hipotecaria a cargo de las demandadas; y (3) condenar a ambas demandadas a estar y pasar por esas declaraciones y a pagar al demandante las costas que del procedimiento.

2. OBJETIVOS

Sobre la base de la referida demanda, el dictamen jurídico objeto del TFM que se me ha encargado consiste en la exposición de las posibles líneas de defensa de Univerbank frente a la demanda interpuesta en su contra. En concreto, debo pronunciarme sobre la viabilidad de las siguientes estrategias defensivas y consecuencias del procedimiento:

A) Legitimación activa y pasiva de las partes en el proceso.

B) Existencia de asistencia financiera prohibida en el supuesto de hecho. Análisis doctrinal y jurisprudencial.

C) Consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad de la escritura de hipoteca en el procedimiento de ejecución hipotecaria sustanciado con anterioridad y en el que se adjudica el inmueble a UNIVERBANK la propiedad de la finca SAN CLEMENTE.

D) Consecuencias jurídicas del resultado del procedimiento, con respecto al concurso de acreedores que se tramita ante los Juzgados de lo Mercantil de Jaén.

E) Redacción de la contestación a la demanda.

F) Conclusiones finales.

3. CONSIDERACIONES SOBRE LA VIABILIDAD Y DESARROLLO

3.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

Podemos definir la legitimación como un presupuesto de la acción, como elemento necesario para la obtención del derecho a la tutela jurisdiccional concreta (que en el presente Dictamen se sitúa en la pretensión de la administración concursal de Anselma S.L. contra Univerbank y San Clemente S.A. para declarar la nulidad de una escritura de préstamo hipotecario por incursión en un supuesto de asistencia financiera). Así establece el artículo 10 de la LEC (“Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”). Por ello la legitimación se erige como la cualidad de las partes puesta en relación con objetos de procesos concretos. De esta forma entenderemos que se refiere a la cualidad de un sujeto jurídico para hallarse en la posición jurídica que fundamenta el eventual otorgamiento de la tutela judicial que pretende (en el caso de que se trate de tutela judicial activa) o para que se le exija la tutela que derive de la correspondiente acción (pasiva). Al tratarse de un presupuesto de la acción, su carencia recae en sentencia absolutoria, aunque el derecho subjetivo privado no se haya satisfecho o dilucidado o deducido en el juicio correspondiente. Es por ello por lo que puede separarse el binomio entre legitimación y titularidad del derecho subjetivo de fondo¹.

La STS 260/2012, de 30 de abril (RJ 2012, 4715) pone de relieve la necesidad de la existencia de la vinculación de la parte con la relación jurídica litigiosa y el interés para sostener la pretensión en la medida en la que el artículo 10 LEC, bajo el epígrafe de "condición de parte procesal legítima" establece, en su párrafo primero, que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso", de tal forma que la legitimación, considerada de

¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las partes del proceso civil: concepto, capacidad y legitimación”, en DE LA OLIVA SANTOS, A. *Curso de Derecho Procesal Civil I*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2013, pp. 440-441.

este modo, constituye un presupuesto procesal susceptible de examen previo al del conocimiento del fondo del asunto en tanto que, incluso siendo acogible la pretensión (si se abstrae de la consideración del sujeto actuante) la misma no ha de ser estimada cuando quien la formula no puede ser considerado como "parte legítima".

La existencia o inexistencia de la legitimación viene determinada por el Ordenamiento procesal, que coloca o no al juzgador en la posición de aplicar la ley a cada caso concreto mediante el correspondiente pronunciamiento jurisdiccional. Siguiendo esta lógica la legitimación se trata de un presupuesto, vinculado al fondo del asunto, pero de tratamiento preliminar, que exige un pronunciamiento previo al derecho material que corresponde a los jueces y tribunales, pudiendo ser considerada de oficio por el órgano jurisdiccional.

Por el contrario, el contenido concreto que el ordenamiento jurídico atribuye a quien se halla en relación con el pleito en la posición afirmada en la demanda, hace referencia a las normas "materiales" aplicables para la decisión sobre el fondo del litigio. El que una persona sea titular o no del derecho subjetivo es algo que resulta de la sentencia que ponga fin al proceso, entendiéndose la legitimación como un tema de fondo que debe resolverse en la misma².

Como declara la STS núm. 779/2012 de 9 diciembre (RJ 2013\201) tienen naturaleza sustantiva las reglas que regulan la ineficacia de los negocios celebrados con infracción de normas societarias (como lo son las que prohíben a las sociedades de responsabilidad limitada la asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones), y la que exige la buena fe en el ejercicio de los derechos subjetivos con la correlativa prohibición de comportamientos contradictorios con el propio actuar, cuando este es apto para generar en terceros la legítima confianza en que se actuará de forma coherente. Nuestro más Alto Tribunal, en la resolución referenciada, determina que una sentencia puede ser desestimada por razones de fondo al entender que la concreta posición de la demandante no le permite impugnar en perjuicio de terceros la validez de unos actos en los que la propia parte intervino.

Resulta de este modo no discutida la legitimación activa de la administración concursal para el ejercicio de acciones rescisorias y demás de impugnación, según lo

² CABRERA MERCADO, R. *El proceso de incapacitación*. Editorial McGraw Hill, Madrid 1997, p. 83

dispuesto en los artículos 72.1 y 86.2 *in fine* LC, por excepción del artículo 10.2 LEC; subrogándose en la posición jurídica de la entidad concursada. Tal es definida como legitimación indirecta (al no atribuirse al titular del derecho subjetivo la legitimación), en la que la administración concursal sustituye al acreedor concursado, con preferencia al mismo y siempre en interés de la masa. De igual forma es afirmado que la legitimación de la administración concursal supone la “privación de legitimación” al titular aunque no supone la negación del derecho que puede ser ejercido por otro³. Debemos señalar las labores de asistencia y auxilio de carácter técnico que asume la Administración Concursal, como órgano que desempeña funciones de gestión en la actividad del deudor, interviniéndolo o sustituyéndolo y cooperando con el órgano jurisdiccional. Siendo un órgano permanente y necesario del procedimiento deberá intervenir en todas las fases del procedimiento⁴. A su vez el artículo 72.3 señala como legitimado pasivo el deudor y quienes hayan sido parte en el acto impugnado, como en este caso Univerbank en calidad de prestamista del contrato objeto de impugnación⁵.

Es preciso matizar dentro del ámbito de aplicación del contrato la titularidad de la legitimación activa. El art. 1302 CC establece “*pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato*”. De esta forma está legitimado activamente el obligado principal o subsidiario, y por el contrario estará pasivamente la otra parte contractual, si son varios contra todos ellos⁶, y si se reclama la restitución de la cosa contra la parte del contrato que al tenga en su poder (en este caso confluirían en la entidad defendida). No obstante se encontrará privado del ejercicio de la acción de anulabilidad o nulidad absoluta “los que produjeren

³ MONTERO AROCA, J. *De la legitimación en el proceso civil*, Editorial Bosch, Barcelona 2007, p. 324.

⁴ TOMÁS TOMÁS, S. *La administración concursal Claves para entender su actual régimen jurídico*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2014, pp. 135-136.

⁵ GIL RODRÍGUEZ, J. “Capítulo IV. De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa pasiva” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen I*, Editorial Tecnos, Madrid 2004, pp. 875-884.

⁶ No será objeto del Dictamen la fulminante ausencia de legitimación pasiva de San Clemente S.A. pues la integridad de su accionariado pertenece a D. José Guillermo, existiendo una sustancial confusión e identidad entre la persona jurídica demandante (que es propietaria de la integridad de las acciones de la demandada) y la demandada, perteneciendo ambas propiedades a la misma persona física que solicitó el préstamo y la gravó con hipoteca, por lo que se está “demandando a sí mismo”, conculcando la doctrina “*venire contra factum proprium*” y cumpliéndose la máxima de que no puede el actor demandarse a sí mismo (SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, núm. 528/2004 de 29 octubre. JUR 2004\307740).

el error”, atribuyéndose a quien alega su propio error y como complemento de la imputabilidad del error del contratante ex art. 1266⁷.

Al interpretar el art. 1302, la jurisprudencia ha establecido una interpretación extensiva que atiende a principios fundamentales, como el principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos, las prohibiciones legales del ejercicio abusivo de los mismos, el enriquecimiento injusto, la contravención de los actos propios, o la imposibilidad de dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos (artículos 7 y 1.256 CC) y demás principios de equidad y justicia (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1983, RJ 1983, 3634, y de 18 de marzo de 2009). De igual modo, la STS de 20 de junio de 1983 declara que no puede impugnar un contrato como nulo quien lo celebró creando el vicio de nulidad a que luego se acoge.

La SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 23 de diciembre de 2009 (AC 2010, 391), en un supuesto de hecho de indudable identidad con el que ahora tratamos (en el que la administración concursal pretende impugnar un contrato de préstamo hipotecario alegando la existencia de asistencia financiera prohibida)⁸, cuyo recurso fue objeto la resolución del Tribunal Supremo (nº 779/2012 de 9 diciembre) antes comentada que confirmando el planteamiento del juzgador provincial en su integridad, pone en conexión la prohibición contenida en el artículo 40 ter de la LSRL (hoy 140.2 de la LSC y regulador de la prohibición de asistencia financiera) denegando la legitimación del recurrente para impugnar la validez de la constitución de la garantía a favor de quien con el importe obtenido desembolsó el aumento del capital social en razón de que participó y contribuyó decisivamente en la gestación de los negocios jurídicos cuya nulidad postulaba, so pena de que se admitiría de este modo que fuese contra sus propios actos; con abuso de derecho pretendiendo en vía concursal la anulación de unos créditos a cuyo nacimiento consintió, interpretándose de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.2 (interdicción de abuso de derecho) y 1.302 (prohibición de ejercicio

⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J. Y PARRA LUCÁN, M.A. *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Editorial Dykinson, Madrid 2005, pp. 75-76 y 115-116.

⁸ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba se plantea un supuesto indudablemente similar al objeto del presente Dictámen: en una pieza separada de un procedimiento de concurso necesario de la sociedad "Alcopalma, S.L.", la administración concursal de la compañía mercantil "Río Cercado, S.L." dirige su acción contra la entidad bancaria BBVA, Cajasol, la propia "Alcopalma" y la "Sociedad Agraria de Transformación Riosport", solicitando la nulidad de cuatro negocios de constitución de hipoteca sobre instalaciones de "Alcopalma, S.L.", por vulnerar lo dispuesto en el artículo 40.5 de la LSRL, siendo "Río Cercado, S.L." administradora de "Alcopalma, S.L." al tiempo de celebrarse los negocios litigiosos.

de la acción de nulidad a quienes emplearon el dolo o produjeron el error) CC, 57 del CCom (principio de ejecución de los contratos mercantiles conforme a la buena fe).

No cabe duda de que concurren las mismas circunstancias que han de conducir a la desestimación de la demanda que se formula por ausencia de legitimación activa de Anselma S.L. De los hechos descritos resulta que la entidad Anselma S.L. concertó con Univerbank la concesión de un préstamo para la adquisición en parte del total capital social de San Clemente S.A., y para garantizar la devolución del préstamo constituyó una hipoteca sobre el único bien propiedad de la sociedad y del mismo nombre. De igual forma la sociedad actora pertenece a D. José Guillermo, sin que conste además participación en el capital social de personas ajenas a tal persona ni resto de su familia, interviniendo además el mismo en la formalización de la escritura de préstamo hipotecario bajo la doble condición de Administrador de Anselma S.L. y San Clemente S.A. Esto revela que el mismo era conocedor de la posible concurrencia en la operación de un supuesto de asistencia financiera prohibida y que a pesar de ello la promovió, consintió, aceptó y amparó. De este modo fue la propia parte actora quien creó el vicio de nulidad al que pretende acogerse.

De acuerdo con el criterio de la jurisprudencia que se comenta en aplicación de las normas de legitimación aplicables a la acción de nulidad en negocio específico de asistencia financiera, cabe concluir que Anselma S.L. carece de legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad pretendida, por cuanto que participó y contribuyó decisivamente en la gestación de los negocios jurídicos cuya nulidad postula. Admitirlo supondría, bajo nuestra opinión y la doctrina legal que hemos fundamentado, que fuera contra sus propios actos y, con abuso de derecho, pretendiera en vía concursal la anulación de unos créditos a cuyo nacimiento consintió. No se trata de que la entidad fuese tercera, ni pudo ignorar la operación, ni se pudo hacer en contra de su criterio; sino que, antes al contrario, la conoció, la solicitó, la consintió y la amparó. De este modo apunta tanto la Audiencia Provincial de Córdoba como nuestro más Alto Tribunal que reconocer la legitimación activa de la administración concursal aplicado a este negocio jurídico concreto de asistencia financiera prohibida entrañaría una lesión al principio de buena fe procesal que se conjuraría con el artículo 11.2 de la LOPJ, el cual autoriza a los Juzgados a rechazar las peticiones formuladas con manifiesto abuso de derecho o fraude de ley procesal.

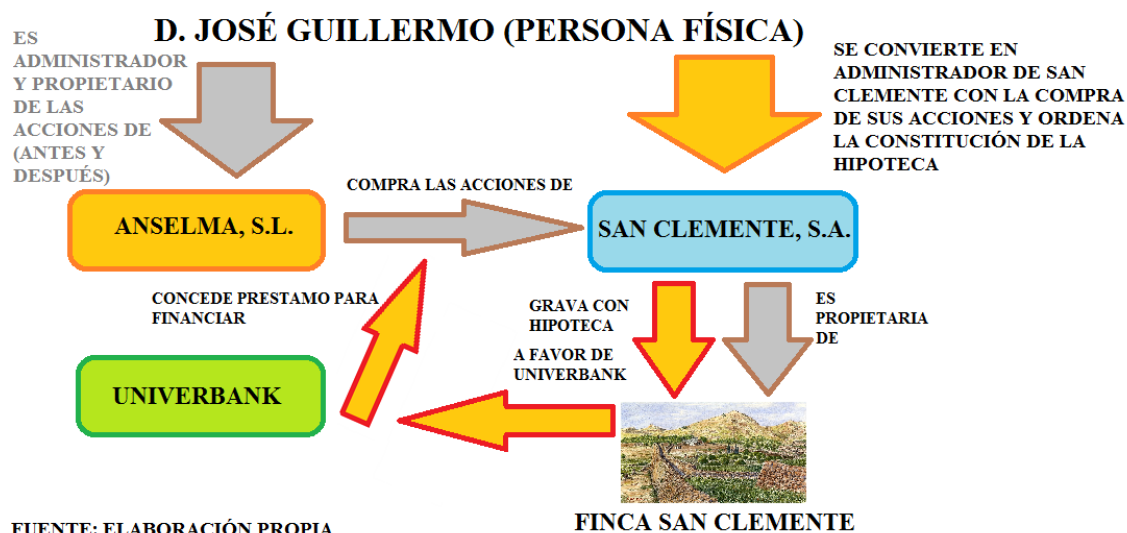
3.2 EXISTENCIA DE ASISTENCIA FINANCIERA PROHIBIDA EN EL SUPUESTO DE HECHO. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Constituye el objeto principal de este Dictamen la determinación de la existencia de la prohibición de asistencia financiera en el supuesto de hecho. Tal precepto se encuentra regulado en los artículos 143.2 y 150.1 LSC, con el mismo tenor literal: *“La sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero”*. A su vez para las de responsabilidad limitada se restringe que *“no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca”*.

Tal redacción no es nueva. Ya en las derogadas LSA (art. 81) y en la LSRL (art. 40.5)⁹.

Debido a la complejidad del negocio, para su clarificación se ofrece el siguiente diagrama:

⁹ Sin ánimo de ofrecer una evolución exhaustiva sobre la prohibición de la asistencia financiera para la adquisición de acciones propias dada la naturaleza del presente Dictamen práctico, podemos considerar que hunde sus raíces en el Derecho inglés, en el art. 45 de la Companies Act de 1929, siguiendo un sistema similar al establecido en la actualidad: la tipificación de supuestos concretas como el préstamo o la garantía, más una cláusula abierta. Posteriormente en tal derecho la Companies Act de 1948 amplió la prohibición haciendo que alcanzase supuestos de suscripción y uso de sociedades filiales para la burla de la norma. Posteriormente el Derecho Comunitario toma como referencia el Derecho inglés con la Segunda Directiva 77/91/CEE y establece un principio general prohibitivo con excepciones: operaciones de entidades bancarias, por el personal de la sociedad, o con cargo a los medios libres. La Segunda Directiva fue traspuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 19/1989, de 25 de julio, que reformó la Ley de 17 de julio de 1951, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas en su artículo 45, introduciendo esta prohibición. Las posteriores Directivas 2006/68/CE (que reforma el art. 23 de la Segunda Directiva) y 2012/30/UE (en su art. 25) flexibilizan la prohibición de asistencia financiera, permitiendo a las legislaciones de los Estados que la sociedad, directa o indirectamente, pueda adelantar fondos, conceder préstamos o dar garantías para la adquisición de sus acciones por un tercero si se dan una serie de requisitos (como que la cifra del activo neto no sea inferior al capital social más las reservas, o se dote de una reserva en el pasivo, entre otros requisitos previstos en las citadas normas). No obstante el legislador español ha optado por no modificar el régimen de asistencia financiera ni en la Ley 3/2009 (que incorpora la Directiva 2006/68/CE) ni en el Real Decreto-ley 13/2012 (que traspone la Directiva 2012/30/UE) manteniéndose un régimen prohibitivo similar al de la primera redacción de la Segunda Directiva. BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición de Asistencia Financiera para la Adquisición de Acciones Propias*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2002, pp. 39 y ss; y BROSETA PONT, M. y MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil, Volúmen I*, Editorial Tecnos, Madrid 2014, pp. 455- 456.



Por lo tanto es preciso analizar la tipicidad de la conducta, en relación al contenido de la prohibición del art. 150.1 LSC.

Como cuestión preliminar, hemos de señalar que las escrituras en las que se otorgaron los distintos contratos (cuya validez no se impugna) superaron el control de legalidad tanto en sede notarial (art. 145 Reglamento de la organización y régimen del Notariado) como registral (arts. 6 y 58.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 98 del Reglamento Hipotecario). La labor del notario como tutor de la transparencia y legalidad en las negociaciones de préstamos hipotecarios resulta fundamental en las negociaciones para asegurar la correspondencia entre la oferta vinculante y el clausulado del contrato, y la intervención del fedatario registral complementa dicho filtro asegurando la ausencia de contradicciones u otro tipo de nulidades¹⁰, existiendo Doctrina Administrativa¹¹ en las que se deniega la inscripción de una hipoteca por incurrir en la prohibición de asistencia financiera.

El estudio de la prohibición de la asistencia financiera exige la descripción de los sujetos intervinientes en la operación, pues como establece la doctrina sólo desde el conocimiento de las personas que intervienen se puede comprender el alcance de la prohibición, así como las funciones que desempeñan en la misma¹².

¹⁰ ANGUITA RIOS, R. *Constitución y ejecución del crédito hipotecario*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2008, p. 24.

¹¹ RDGRN de 1 de diciembre de 2000 (RJ 2001/2576).

¹² BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición...*, op. cit. (Nota 9), p. 319.

El primer sujeto interventor sería la sociedad asistente, a la que se le prohíbe asistir financieramente a un tercero para, o bien adquirir sus propias participaciones o de su sociedad dominante. El ámbito de aplicación va dirigido a la sociedad, con independencia de su cotización o no en bolsa y aunque sea en formación o en fase de liquidación¹³. Por ello tiene que ser la propia sociedad la que conceda el préstamo o la garantía para la compra de las participaciones o acciones. Univerbank podría eventualmente ser considerada asistente al conceder el préstamo de garantía hipotecaria a Anselma.

Dentro de los elementos personales se encuentra igualmente el tercero asistido como beneficiario de la asistencia financiera. La prohibición va dirigida a la sociedad como persona jurídica, siendo el tercero asistido cualquier otra persona jurídica o física (en el caso de que se trate de persona interpuesta, sea socio o no de la sociedad asistente). Lo determinante para ostentar tal condición y someterse a la prohibición es que la finalidad de la asistencia sea la adquisición de las propias participaciones o acciones o la de una sociedad del grupo y que el crédito o préstamo se encuentre vinculado a la operación (requisito que se podría extender a Anselma y San Clemente). Es preciso determinar si en el ámbito de aplicación de la norma puede considerarse tercero una sociedad subsidiaria participada en su totalidad por la sociedad que la asiste, como San Clemente S.A. Así, la doctrina señala que la sociedad subsidiaria debe entenderse como un activo de más de la sociedad asistida, incluso aunque tenga una personalidad jurídica distinta (como es el caso de San Clemente, que se podría llegar a interpretar como que con la compra pasa a ser un activo de Anselma). No obstante habrá de estudiarse caso por caso al variar la composición del accionariado o la propia estructura participativa de la sociedad, o ser transmitida a un tercero, en cuyos casos se eludiría la prohibición¹⁴. En todo caso el tercero asistido es en realidad también el adquirente de las acciones en el negocio de adquisición de las acciones de la

¹³ BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición...*, *op. cit.* (Nota 9), p. 320 y ss.

¹⁴ La adquisición ha de ser en nombre y por cuenta propia, pero los efectos de la institución hacen que en el caso de que el tercero asistido compre las acciones asistido a su vez de un tercero surtan los sus efectos las disposiciones en materia de adquisición originaria y derivativa, como las prohibiciones genéricas de adquisición de acciones, como la del 146.4 LSC. Surgiría así, como es definido por la doctrina la “persona interpuesta. Para más información vid. BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición...*, *op. cit.* (Nota 9), p. 329 y ss.

sociedad¹⁵. Bajo la estricta interpretación de la norma, Anselma sería la tercera asistida por Univerbank y San Clemente la sociedad subsidiaria de la operación.

Siguiendo con los elementos personales encontramos al vendedor o emisor de las acciones. Debe de este modo separarse los dos negocios de la operación: el negocio entre la sociedad asistente y el tercero asistido (en este caso préstamo bancario con garantía hipotecaria) y el negocio entre el tercero asistido y el vendedor o emisor de las acciones objeto de la operación (Ignacio, Juan Francisco, Pompeyo, Gabriel y Pedro Manuel). Con independencia de la suscripción de las acciones propias por los socios, en este supuesto hay una venta. Los vendedores son terceros, personas físicas, que ostentan la titularidad de las acciones de San Clemente y deciden desprenderse de ellas. Según la doctrina el título por el que los terceros adquieren las acciones es indiferente, y además el tercero vendedor de buena fe (como en este supuesto) que enajena las acciones no puede soportar la ilicitud del negocio jurídico, por lo tanto quedarían excluidos del alcance de la prohibición, cuestión que ahondaremos en los efectos de la nulidad parcial de este negocio¹⁶.

Bajo el tenor del precepto, la extensión del ilícito se canaliza en tres conductas típicas: anticipar fondos, conceder préstamos y prestar garantías, acompañadas de una cláusula general de cierre (facilitar ningún tipo de asistencia financiera)¹⁷. En general, toda forma de garantía prestada por la sociedad vinculada a una obligación principal tendente a adquirir las acciones propias del que derive responsabilidad patrimonial por deuda propia o ajena constituye operación prohibida, ante la eventual ejecución que evisceraría el capital social. Dentro del catálogo de conductas prohibidas podemos encontrar el anticipo de fondos, los préstamos, la constitución de garantías (incluyéndose las personales típicas como la fianza, aval, declaraciones cambiarias, seguro de caución o crédito; las personales atípicas como las garantías a primera demanda, el mandato de crédito, cartas de patrocinio, la venta en garantía, y las garantías reales típicas como la hipoteca, la prenda y la anticresis, u otros contratos de garantía real atípica como el leasing financiero o el pacto con reserva de dominio, entre otros). A su vez la prohibición de cualquier tipo asistencia financiera permite la

¹⁵ BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición ...*, op. cit. (Nota 9), p. 327.

¹⁶ BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición ...*, op. cit. (Nota 9), p. 348-350. Cuestión distinta sería, como señala el autor, que lejos de tratarse de un supuesto de buena fe, que la sociedad asistente actúe tanto como asistente como vendedor o emisor de las acciones. En tal caso no debería pretender tal validez.

¹⁷ BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición ...*, op. cit. (Nota 9), p. 270.

adaptación de otras figuras u operaciones como la distribución de dividendos, las ampliaciones mixtas de capital, las reducciones de capital, los sobresueldos o las aperturas de crédito¹⁸. Aun conteniéndose una cláusula abierta, es discutida la inclusión en el caso de compras apalancadas de empresas (*leveraged buy-outs* o LBO) en las que se traslada el patrimonio de la sociedad adquirida a coste de su adquisición¹⁹.

El elemento objetivo del negocio jurídico prohibido está compuesto de dos contratos vinculados: (1) de financiación y (2) de adquisición o suscripción de acciones o participaciones. Mediante el contrato de financiación se hace llegar fondos a una persona que anteriormente no contaba con ellos, como señala la doctrina, con independencia de su carácter gratuito o remunerado, reputándose como tal la simple salida de fondos del patrimonio de la sociedad que suponga una reducción material del activo neto. No es necesario que la salida de fondos sea localizable o real-material. Basta con que se encamine a proveer el medio de comprar o suscribir acciones o participaciones sociales, otorgándole una ventaja patrimonial al tercero bien sea con una puesta a disposición material a priori o posteriori de la adquisición²⁰. De igual modo, es independiente el importe de la operación de compra ni, en su caso, de la proporción en que el precio a pagar por el adquirente es financiado por la compañía cuyas acciones/participaciones son objeto de la transmisión (SAP de Barcelona, Sección 16ª, núm. 277/2015 de 16 junio. JUR 2015\184085). Cabe destacar que un sector doctrinal suele excluir del ámbito de aplicación de la norma, por su objeto, a los denominados “negocios neutros”, es decir, en los que el acto constitutivo de asistencia no supone un desequilibrio patrimonial que implique una desventaja económica para la sociedad. Se hablaría de un préstamo o una garantía concedida a la sociedad en condiciones de mercado, y en tal caso habría de tenerse en cuenta que no resulta de aplicación la prohibición con independencia de que el objeto de la financiación sea la adquisición de acciones propias puesto que no se podría advertir un trato de favor que dé lugar a la

¹⁸ FERNANDEZ FERNANDEZ, M.C. *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias*, Editorial Comares, Granada 2001, p. 135 y ss.

¹⁹ La doctrina tiene diversos puntos de vista sobre la adecuación de las operaciones LBO al principio de asistencia financiera prohibida. Así, FERNANDEZ FERNANDEZ, M.C. (*La asistencia...*, *op. cit.* (Nota 18) p. 135) se manifiesta en contra. Otro sector se manifiesta más flexible, interpretando que tales operaciones no se encuentran prohibidas *strictu sensu* en nuestro Ordenamiento (BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición ...*, *op. cit.* (Nota 9) p. 294, o REDONDO TRIGO, F. “La consecuencia de la infracción de la prohibición de asistencia financiera”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* - Núm. 742, Marzo 2014), y cuyo ámbito de aplicación debe diferenciarse del de las operaciones de fusión (SANCHEZ CALERO, “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 14, Primer semestre de 2011, pp. 116-121).

²⁰ FERNANDEZ FERNANDEZ, M.C. *La asistencia ...*, *op. cit.* (Nota 18), p. 132 y ss.

amenaza de menoscabo patrimonial²¹. En este caso habría que entender que nos encontramos ante un negocio neutro en condiciones de mercado, puesto que no ha quedado probado por parte del demandante lo contrario²².

El segundo contrato es el de adquisición o suscripción las propias acciones o participaciones de la sociedad de capital, constituidas de conformidad a la LSC. La adquisición de otros derechos (títulos, valores, obligaciones convertibles en acciones, warrants, futuros y opciones y otros productos financieros complejos) en principio no entrarían en el ámbito de protección de la norma, salvo que exista una conexión directa entre la asistencia y la adquisición que lleve a que se haga efectivo el eventual derecho de conversión y el tercero asistido llegue a ser el propietario efectivo de las acciones o participaciones. Solo en ese caso la prohibición se infringiría²³.

El elemento temporal implica que las operaciones de adquisición y asistencia deben de estar vinculadas temporalmente de forma que su distanciamiento en el tiempo hace improbable que la asistencia haya servido o se emplee para la adquisición, siendo indiferente si la financiación es anterior, contemporánea, o posterior a tal adquisición, guardando la LSC silencio. Resultaría de aplicación la regla de interpretación de los contratos del artículo 1282, en la intención de la voluntad de los contratantes en sus actos coetáneos y posteriores del contrato. La doctrina aplica el plazo de tres años del art. 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en caso de fusión entre dos o más sociedades²⁴. En este supuesto, la suscripción de los negocios es coetánea y consecutiva.

Otro elemento lo conforma el nexo causal típico: la conexión que debe producirse entre el contrato de asistencia financiera y el de adquisición de las acciones por el tercero, los cuales se encuentran coligados congregándose en el mismo negocio jurídico proscrito por la Ley. La actividad compleja de las sociedades de capital da lugar a un sinfín de relaciones con distintos terceros. En principio se presume que la sociedad tiene plena capacidad de obrar y está legitimada para acometer todo tipo de operaciones.

²¹ VAQUERIZO ALONSO, A. *La asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*, Editorial Civitas, Madrid 2003, pp.306-307.

²² Art. 217.2 LEC, que desplaza el *onus probandi* al demandante.

²³ FERNANDEZ FERNANDEZ, M.C. *La asistencia ...*, *op. cit.* (Nota 18), p. 243-244.

²⁴ Bajo el tenor del art. 35, “*si alguna de ellas hubiera contraído deudas para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial*”. Para apreciar la delimitación entre las normas de asistencia financiera y operaciones de fusión vid. SANCHEZ CALERO, “Fusiones apalancadas...”, *op. cit.* (Nota 19), pp. 116-121.

Son dos los negocios que la norma recoge: la asistencia financiera y la adquisición de acciones o participaciones por un tercero, que habrán de estar necesariamente relacionados entre sí por el elemento subjetivo²⁵. La jurisprudencia menor ha llegado a no aplicar el supuesto típico de asistencia financiera por hallar independencia entre el contrato de garantía (prenda en el caso examinado) y un préstamo que no asocia a la compra de unas acciones de la sociedad garante²⁶. Es por tanto que hay que examinar la finalidad típica bajo su valor normativo, y la finalidad como elemento configurador de la causa del negocio.

Interpreta la doctrina científica la llamada teoría de la causalización de los motivos a la luz de la STS de 19 de junio de 2009 (RJ 2009, 4449), en virtud de la cual en el fin que realiza de forma objetiva el negocio jurídico en su causa, sólo tendrán eficacia los motivos subjetivos de las partes del contrato cuando fueran comunes a las partes de forma recíproca o teniendo su origen sólo en una de ellas fueran conocidos y admitidos por la otra parte a la hora de emitir su declaración de voluntad²⁷. De esta forma, cuando nos encontramos ante estructuras negociales complejas, como en este caso donde hay dos negocios jurídicos complejos vinculados, hay que entrar a valorar el móvil o propósito que guía a las partes y su peso en la determinación de la voluntad negocial, hasta el punto de que se configure como un propósito empírico común de las partes que encarne el elemento causal del negocio. Para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo. En este caso quedaría claro que el propósito empírico común de las partes en éste complejo negocial estudiado es transmitir un bien inmueble y gravarlo con hipoteca, aunque la forma de que se sirven es ilícita e invalidaría a priori la causa.

Como elemento subjetivo, la norma prevé una finalidad específica: para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero (“*animus negotii*”). De esta forma, se indica el destino que ha de darse al capital para incurrir en la violación de la norma, pudiendo interpretarse bajo una

²⁵ BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición ...*, op. cit. (Nota 9), pp. 304 y ss.

²⁶ SJPI núm. 8 de Zaragoza, núm. 28/2015 de 19 febrero, FJ 2º (JUR 2015\204758).

²⁷ GUTIÉRREZ JEREZ, L.J. “Comentario a la sentencia de 19 de junio de 2009”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 84/2010, parte Comentario. Editorial Civitas, SA, Pamplona 2010, p. 1320.

perspectiva subjetiva (exigiéndose la voluntad social de adquisición de las participaciones y el conocimiento exacto del destino del dinero) u objetiva (que se extienda a toda la salida de patrimonio de la sociedad)²⁸. No obstante, como critica la doctrina la formulación del tipo del ilícito es tan abierta que puede permitir la represión más completa de todos los negocios y conductas que describe, de forma directa o indirecta²⁹. En este caso consta en la demanda que el préstamo se concede “para inversión”.

La doctrina especializada señala como intención típica de la causa del negocio el favorecimiento financiero la adquisición de la condición de socio. Al establecer la palabra “para” en la definición de la prohibición el legislador está otorgando una naturaleza casual como razón abstracta, sin perjuicio de la concreta intención o motivación práctica de las partes (que en muchos casos puede ser lícita, como facilitar la reorganización de una empresa, o en este caso adquirir un inmueble). Esto constituye una excepción que invierte el principio de Derecho privado según la cual la causa del negocio jurídico se presume lícita (provista en el art. 1277 CC), puesto que se establece una presunción general de lesividad en relación a los resultados que pueden ser alcanzados, lo cual es muy criticado por la doctrina por la inseguridad jurídica que conlleva³⁰.

La relación causal entre los dos contratos tiene que llevar aparejada una interpretación teleológica de la asistencia financiera prohibida. El fundamento de esta figura es el mantenimiento de la integridad del capital social y la protección de los accionistas y acreedores sociales contra las prácticas potencialmente fraudulentas de los

²⁸ FERNANDEZ FERNANDEZ, M.C. *La asistencia ...*, op. cit. (Nota 18), pp. 223-224. Tal autora defiende una tesis objetiva, ya que según su visión el fundamento de la norma se basa en prohibir maniobras fraudulentas y la difícil prueba de la intencionalidad de los sujetos dejaría sin eficacia la prohibición. De igual forma, la SAP de Córdoba de la Sección 1ª núm. 18/2014 de 23 enero (AC 2014\515) ampara esta tesis: “dado el cuidado que por razones obvias pondrán las partes (la sociedad y el beneficiario) para ocultar los motivos de la operación de asistencia financiera, éste último aspecto debe considerarse desde una perspectiva eminentemente objetiva, de manera que la operación estará prohibida siempre que la facilidad concedida por la sociedad, cubra el importe de una adquisición de participaciones o acciones”.

²⁹ FERNANDEZ DEL POZO, “Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera (artículo 81 LSA)”, *Revista de derecho de sociedades*, N° 3, 1994, p. 178. El citado autor incluso llega a afirmar que el tipo de asistencia financiera prohibida podría ser suprimido sin gran pérdida de la economía del sistema, pues la eficacia de la norma es marginal y muchas de las conductas reprobables pueden ser atacadas por otras normas de defensa de la integridad del capital o facultades de los administradores (pp. 188-189).

³⁰ VAQUERIZO ALONSO, A. *La asistencia financiera ...*, op. cit. (Nota 21), pp. 208-219. De hecho el mismo autor recoge de forma crítica que el citado precepto podría llegar a ser interpretado como presunción “*iuris et de iure*” en la p. 308.

operadores jurídicos³¹. Puesto que la sociedad “San Clemente” fue adquirida en su totalidad por Anselma, cuyo titular es el mismo José Guillermo, y que “San Clemente” no tuvo acreedores previamente a la suscripción de la hipoteca (hay que considerar su condición de sociedad patrimonial), quedado claro que no se materializa el riesgo que la norma mercantil pretende evitar.

La legislación mercantil obliga a la necesaria adecuación del patrimonio al capital social bajo los principios de efectividad, exactitud e integridad del capital para que éste genere una cobertura real y efectiva. De este modo la prohibición de asistencia tiene como fin primordial impedir que la sociedad al adquirir las propias participaciones restituya el capital a los socios de esta forma las garantías frente a los acreedores, nutriéndose la sociedad de créditos de pobre calidad y de dudoso cobro. La protección del capital social busca, de este modo, una protección tanto de los socios como de los accionistas. La Exposición de Motivos de la referenciada Segunda Directiva de Sociedades estipula que la finalidad de la limitación de las operaciones societarias es preservar el capital social únicamente como garantía de los acreedores. La verdadera garantía de los acreedores, como Univerbank, es el patrimonio de la sociedad y su solvencia, sustituyendo la asistencia financiera los bienes efectivos por una deuda³².

Cuando la asistencia financiera no se efectúa a título gratuito, la integridad del capital no se ve afectada pues en lugar de merma de capital hay una sustitución por un crédito, señalando la doctrina que el riesgo de no recuperar el dinero existe en cualquier otra modalidad de préstamo, por lo que no existe merma patrimonial ni alteración si la sociedad se limita a afianzar o avalar a un tercero adquiriente para facilitar la adquisición³³. La interpretación finalista de la norma conforme a los intereses que trata de proteger es un criterio usado por la doctrina especializada para estudiar la adecuación de tipologías de negocios concretos³⁴. Este criterio es mantenido en el Fundamento Jurídico 8º de la comentada SAP de Córdoba núm. 219/2009 de 23 diciembre, estableciendo que la finalidad del artículo 40.5 LSRL es doble, por cuanto pretende defender la integridad del capital social y la protección de las minorías de socios, evitando desviaciones de poder por parte del órgano de administración, (que podría estar

³¹ PALOMERO BENAZERRAF, A. y SANZ BAYÓN, P. “Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 3/2013

³² FERNANDEZ FERNANDEZ, M.C. *La asistencia ...*, op. cit. (Nota 18), p. 47 y ss.

³³ FERNANDEZ FERNANDEZ, M.C. *La asistencia ...*, op. cit. (Nota 18), p. 56.

³⁴ FERNANDEZ FERNANDEZ, M.C. *La asistencia ...*, op. cit. (Nota 18), p. 217 y ss.

facultado para facilitar el control de la sociedad a quien él mismo decidiera) desestimando una declaración de nulidad por concurrencia de asistencia al no encontrarse tales requisitos en el comentado caso.

En este supuesto, no procede aplicarse la sanción legal de asistencia financiera prohibida porque el negocio jurídico que se pretende impugnar no vulnera la finalidad que la norma pretende evitar, lo que a nuestro juicio lesionaría la relación de causalidad, si bien se dan todos los elementos típicos en apariencia.

En todo caso debe aplicarse la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica sobre Anselma y San Clemente, para ver la persona de D. José Guillermo, siendo administrador de ambas sociedades, y cómo puede calificarse a San Clemente como sociedad instrumental y patrimonial puesto que su único patrimonio está compuesto por la finca homónima³⁵.

Aunque en la realidad jurídica puede apreciarse un préstamo concedido a Anselma para adquirir las acciones de San Clemente, afianzando mediante hipoteca que compone su capital social; en la realidad material el negocio patente es que José Guillermo, por medio de las sociedades que instrumentaliza, suscribe un préstamo para adquirir una finca que grava con una hipoteca. Por eso debe invocarse la doctrina legal de la STS (Sala de lo Civil) núm. 1034/2001 de 12 noviembre RJ 2001\9446³⁶, según la

³⁵ Entendiéndose como sociedad instrumental la sociedad aparentemente constituida como tal y respecto de la cual la persona física que la utiliza como instrumento para sus propios fines, SAP de Asturias núm. 129/2005 de 12 abril. JUR 2005\138311; y patrimonial por estar integrada prácticamente en su totalidad por bienes de naturaleza inmobiliaria, de mera tenencia de bienes y en la que su activo no está afecto necesariamente a actividades económicas, tal y como lo define la jurisprudencia mercantil y tributaria, SAP de Asturias, Sección 1ª, núm. 39/2013 de 7 febrero, AC 2013\905; o STS de 3 abril 2014. RJ 2014\2871.

³⁶ En el caso que se reseña una sociedad instrumental constituida por otra dominante carente de activos para la adquisición a su nombre de hotel cuya venta tenía la participante prometida, causando un perjuicio para terceros que precisamente la doctrina del levantamiento del velo pretende evitar: *“El motivo segundo acusa infracción de los arts. 6 y 7 CC y de la jurisprudencia que, en base a los mismos, desarrolla la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica. En su fundamentación, tras la exposición de doctrina contenida en las sentencias que se citan, pasa a su aplicación al caso litigioso, combatiendo la negativa de la Audiencia a la declaración de identidad subjetiva entre SATCI y SEGLE. Sin embargo, el hecho de que el señor A. S. sea propietario junto con su esposa y un testaferro de SATCI y Administrador de la citada sociedad y apoderado de Segle, SL, unido a que esta última sociedad pertenece en un 70% a SATCI y en un 30% al señor S., indica claramente que, aunque en la realidad jurídica las sociedades SATCI y Segle, SL tienen personalidad jurídica diferenciada, en la realidad material funcionan como un solo ente, bajo la dirección única del señor A. S. Si a ello le añadimos que la sociedad Segle, SL se constituyó 3 días antes de la firma de la escritura de compraventa del Hotel Florida, lo que indica que Segle, SL se constituyó especialmente para realizar dicha operación, hemos de llegar necesariamente a la conclusión de que Segle, SL es una sociedad interpuesta por el señor S. para que adquiriese el Hotel Florida y sustraerlo así al posible embargo a fin de satisfacer con su producto su derecho de crédito frente a SATCI, sociedad ésta que carece de activos. En suma, SEGLE es una creación artificial, y no*

cual los Tribunales pueden penetrar en el “*substratum*” de la Sociedad levantando su velo jurídico en el marco de las relaciones económicas, evitando el perjuicio a terceros que supondría la elusión de responsabilidad de los fundadores personas físicas de la sociedad si se mantiene la consideración de persona jurídica, sobre todo en el caso de sociedades instrumentales.

Es decir, no es que materialmente se esté pagando una sociedad con sus propias acciones (supuesto prohibido por la norma), sino que aplicando la doctrina del levantamiento del velo José Guillermo está contratando un préstamo bancario cuya finalidad es la adquisición de una finca (propiedad de una sociedad patrimonial, San Clemente, cuyo nombre es el mismo que la finca) afianzado con una hipoteca, como resulta de la práctica civil y mercantil habitual, aunque en este caso hay dos sociedades interpuestas.

Como afirma la doctrina³⁷, es preciso analizar previamente cada operación porque no en todos los casos se produce un menoscabo patrimonial efectivo para la sociedad y, por tanto, no siempre tendrá justificación la aplicación de la referida prohibición. En este caso concreto no podemos olvidar que la sociedad absorbida es una mera sociedad patrimonial, sin actividad económica demostrada, por lo que el menoscabo efectivo debe ser puesto en tela de juicio, tanto antes como después de la operación de compra de acciones y afianzamiento hipotecario. La doctrina se ha mostrado muy crítica con el régimen de prohibición de asistencia financiera proponiendo una interpretación restrictiva y finalista del régimen legal (cuestión que permitió admitir la licitud de determinadas operaciones, como adquisiciones apalancadas con posterior fusión de la sociedad adquirente, como de la sociedad cuyas acciones o participaciones han sido adquiridas por aquélla), entendiendo que, en determinados casos, los titulares de los intereses jurídicos dignos de protección están cubiertos por otras normas como son las de la fusión³⁸, desplazándose la norma societaria de prohibición de asistencia financiera, que no resultaría de aplicación. De este modo el régimen del artículo 150 LSC no prejuzga si todas las operaciones

tiene sentido proclamar su hermetismo y aislamiento de SATCI, siguiendo una doctrina ya superada sobre la persona jurídica, en unas relaciones económicas como las actuales en las que son numerosísimas las sociedades que se crean con perjuicio para tercero, eludiendo de este modo las responsabilidades contraídas por sus fundadores. No es razonable el mantenimiento a ultranza de la consideración de su personalidad jurídica aislada de sus elementos componentes, sino que ha de penetrarse en ellos cuando problemas de justicia lo requieran”.

³⁷ SANCHEZ CALERO, “Fusiones apalancadas...”, *op. cit.* (Nota 19), pp. 116-121

³⁸ Vid. Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

constituyen o no asistencia financiera prohibida, debiendo proceder a un examen caso por caso por los Tribunales, con todas las garantías procesales y probatorias (como informes de expertos independientes que valoren la operación que en ningún modo han sido esgrimidos por la parte contraria en este caso).

Igualmente la jurisprudencia sigue la interpretación restrictiva considerando que si la finalidad financiera no existe o si ésta no es esencial (como en este caso), no puede entenderse que exista asistencia financiera y que, en el caso de una posterior fusión, tampoco se justifica la aplicación del art. 81.1 LSA porque el proceso de fusión contempla garantías específicas para acreedores y socios minoritarios. Así se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, en su Auto de la Sección 28ª núm. 2/2007 de 9 enero (AC 2007\1160)³⁹, donde analizando el derogado art. 81 LSA, llega a la conclusión de que la cesión de activos estudiada en tal caso no constituía un supuesto de asistencia financiera prohibida, encuadrándose dentro de las operaciones habituales de concentración económica, debiéndose incardinar dicho artículo en sus fines propios. De este modo, y bajo la interpretación restrictiva que ofrece esta resolución, si la finalidad financiera no existe o no es esencial, y prevalece otra, ya no puede afirmarse que se incurra en la prohibición⁴⁰.

En este caso, si bien se concede un préstamo para la adquisición de acciones, la finalidad principal y real que subyace en la operación es la adquisición de un inmueble, el cual se afianza con un préstamo hipotecario, no la compra “per se” de las acciones, siendo la causa del contrato perfectamente lícita sin atentar los requisitos legales.

Llegados a este punto, consideramos que, con independencia de la determinación de la existencia o no del negocio, es aplicable la excepción relativa a las

³⁹ “*Ya se ha destacado que lo relevante en el análisis de los compromisos (en lo que aquí nos ocupa) no es el método de venta o el ofrecimiento o no de un comprador (acuerdo previo supeditado a la adquisición y autorización de la adquisición y de la venta) sino que vienen ordenados a cumplir los referidos fines, y esto excluye la aplicación al caso de la prohibición contemplada en el artículo 81 TRLSA. Esta situación tampoco aparece comprendida en la prohibición del artículo 81 TRLSA, **precepto que debe ser interpretado restrictivamente** y que requiere que la asistencia se preste específicamente para la adquisición de acciones, como motivo determinante de la operación. **Si la finalidad financiera no existe o no es esencial, y prevalece otra, ya no puede afirmarse que se incurra en la prohibición.**”*

⁴⁰ La doctrina señala que en los supuestos de reestructuración empresarial en el que se confiere capacidad económica a un tercero, como en este caso, la operación no caerá dentro del ámbito de la prohibición por no tener la finalidad de favor sino estar enmarcada dentro de una reestructuración que le permite reactivar la sociedad incurso en un proceso de naturaleza liquidatoria o extintiva. Vid. BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición ...*, op. cit. (Nota 9), p. 326.

operaciones efectuadas por bancos y otras entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social, recogido en el art. 150.3 LSC.

La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias o acciones o participaciones de la dominante cederá en el caso de los bancos y demás entidades de crédito cuando concurren dos requisitos, destilados por la doctrina⁴¹: (a) que la asistencia financiera tenga lugar en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social y (b) que se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad.

Para determinar el concreto alcance de estas exigencias hay que clarificar qué se entiende por entidad de crédito, lo cual implica remitirse al art. 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito⁴². En cuanto a la noción de operaciones ordinarias propias de su objeto social, habrá de estarse al alcance de éste tal y como queda determinado en los estatutos sociales. En todo caso, la exigencia deberá completarse con la normativa sectorial bancaria que integra la que ha de ser la actividad de los bancos y entidades de crédito. En este caso, la concesión de préstamos bancarios garantizados con hipoteca constituye una actividad obviamente encuadrada dentro del objeto social de Univerbank, sufragándose dicho préstamo con cargo a sus bienes libres.

Dicha excepción tiene su fundamento en el propio mandato legal de la actividad bancaria, que precisamente consiste en la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros (art. 3 Ley 10/2014) u otras análogas u otras operaciones análogas que lleven aparejada la obligación de restitución por la entidad y su puesta a disposición de aquellos que necesiten financiación a través de la concesión de créditos u operaciones similares. La razón por la que se justifica dicha excepción legal es la imposibilidad de hacer extensiva la prohibición de asistencia financiera a las entidades bancarias, puesto que lo contrario supondría una limitación directa e injustificada del objeto social de las mismas de acuerdo con la regulación vigente. Por tanto, debido a la especial trascendencia que ostenta la actividad bancaria para el desarrollo del tráfico

⁴¹ PALOMERO BENAZERRAF, A. y SANZ BAYÓN, P. “Alcance ..., *op. cit.* (Nota 31).

⁴² “1. Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. 2. Tienen la consideración de entidades de crédito: a) Los bancos. b) Las cajas de ahorros. c) Las cooperativas de crédito. d) El Instituto de Crédito Oficial.”

económico, la excepción resulta necesaria y justificada en orden a no obstaculizar sus posibilidades de actuación ordinaria⁴³, teniendo su origen en lo exigido en el art. 23.2 de la Segunda Directiva 77/91/CEE.

Como establece la doctrina, el fundamento de esta excepción radica en permitir a las entidades de crédito continuar dedicándose al objeto social de prestar dinero sin cargar con la necesidad de una investigación caso por caso antes de avanzar para ver el destino final de los fondos, pues la prohibición entorpecería desmesuradamente el normal funcionamiento de un banco haciéndose éste imposible. La doctrina reclama, por ejemplo, que para beneficiarse de esta excepción, además de tratarse de un banco o entidad financiera el préstamo ha de formar parte del curso normal de los negocios de la sociedad y su entidad o importancia ha de ser similar a la de otras operaciones que la sociedad practique habitualmente, como constituye sin lugar a dudas el préstamo con garantía hipotecaria⁴⁴. De hecho un sector de la doctrina entiende que cualquier operación efectuada dentro del objeto social de la entidad de crédito quedaría exceptuada de la prohibición de asistencia financiera, lo que daría un matiz objetivo a tal excepción⁴⁵. Por razón de lo expuesto, consideramos subsumible la actuación de Univerbank en este supuesto en la dispensa contenida en el art. 150.3 LSC.

3.3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA ESCRITURA DE HIPOTECA EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA SUSTANCIADO CON ANTERIORIDAD Y EN EL QUE SE ADJUDICA A UNIVERBANK LA PROPIEDAD DE LA FINCA SAN CLEMENTE.

No cabe duda de que el precepto contenido en el art. 150 constituye una norma de carácter imperativo, y la LSC, al igual que previamente la LSA o la LSRL no prevén una sanción específica a la infracción de la prohibición de la asistencia financiera, pero la doctrina científica señala como consecuencia en base a la aplicación del art. 6.3 CC la nulidad de pleno derecho⁴⁶. Aplicando esta sanción de nulidad absoluta al negocio jurídico específico se señala que el contrato carece de los requisitos esenciales que lo

⁴³ VAQUERIZO ALONSO, A. *La asistencia financiera ...*, op. cit. (Nota 21), pp.507 y ss.

⁴⁴ FERNANDEZ FERNANDEZ, M.C. *La asistencia ...*, op. cit. (Nota 18), pp. 302 y ss.

⁴⁵ CACHON BLANCO, *La sociedad anónima. Cien preguntas clave y sus respuestas*, Madrid, Editorial Dykinson 1993, p. 101. Como señala FERNANDEZ FERNANDEZ en la comentada obra sobre *La asistencia financiera...*, op. cit. (Nota 18), página 312, reconocer que la dicción “operaciones ordinarias” supondría un elemento subjetivo de la excepción del injusto llevaría reconocer la casi imposible prueba de demostrar tal elemento, por lo que habría que acudir al dato objetivo del carácter ordinario de la operación.

⁴⁶ FERNANDEZ FERNANDEZ, M.C. *La asistencia ...*, op. cit. (Nota 18), p. 258.

conforman (art. 1261 CC), teniendo de este modo una causa ilícita (art. 1275 CC), impidiéndose que despliegue los efectos correspondientes *ab initio*. De este modo es común el criterio doctrinal que proclama que la prohibición de asistencia financiera afecta al tipo causal que subyace en la concesión del préstamo o concesión de garantías del negocio jurídico destinado a la adquisición de las acciones, concurriendo causa torpe por tipificación de un ilícito civil⁴⁷. De igual modo alguna jurisprudencia menor promulga que la consecuencia jurídica no sería la nulidad radical, sino la imposición de una multa⁴⁸.

De igual forma, en el caso de que prospere la impugnación de un acuerdo de la Junta general de las sociedades en materia de asistencia financiera (en este caso habría dos: el de Anselma S.L. por el que se solicita el préstamo y el de San Clemente S.A. en virtud del cual se grava la finca con hipoteca, ambos en modalidad unipersonal previa y sobrevenida respectivamente) y habiéndose ejecutado tales acuerdos, bien por nulidad por infracción de normas legales de la LSC (como este caso) o bien por anulabilidad (afección al interés social), quedan a salvo los derechos del tercero que obró bajo la apariencia de eficacia de un Acuerdo aprobado por la Junta General de la sociedad, ya que frente a los terceros de buena fe (como en este caso la entidad financiera Univerbank) no se produciría el efecto de cosa juzgada de una eventual sentencia declarativa, en interpretación del artículo 208 de la LSC que ofrece un sector de la doctrina⁴⁹.

En el caso objeto de estudio se plantea la nulidad de la garantía prestada (en este caso hipoteca) para la adquisición de las acciones propias. Señala la doctrina que si la asistencia financiera consiste en una garantía, *ex art. 6.3 CC* sería imposible exigir la efectividad. Es estudiado por la doctrina y aquí reproducimos el supuesto de una garantía acordada a favor de un banco, que fue la entidad que puso los fondos con los que las participaciones fueron adquiridas. Es pacífico el reconocimiento de la posibilidad de que el banco pueda actuar contra el adquirente de las participaciones para la devolución del préstamo, puesto que el préstamo efectuado por la entidad financiera es válido y exigible y realizable sobre otros bienes del comprador de participaciones, incluso a través de la venta de las mismas. No obstante un sector matiza

⁴⁷ VAQUERIZO ALONSO, A. *La asistencia financiera ...*, *op. cit.* (Nota 21), p. 132 y 539.

⁴⁸ Sentencia del JPI núm. 8 de Zaragoza Sentencia núm. 28/2015 de 19 febrero (JUR 2015\204758).

⁴⁹ MARIMÓN DURÁ, R. *La Asistencia Financiera de una sociedad limitada a sus Socios, Administradores y otras Sociedades de su Grupo*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2010, p. 216-217.

el accionamiento contra la propia sociedad, pues señala la doctrina que en tal caso el banco debería soportar la nulidad de la garantía, quedándose en simple acreedor sin garantía porque la sociedad podría resistir la ejecución del inmueble alegando la nulidad del título por asistencia financiera prohibida⁵⁰.

Frente a este planteamiento consideramos que bajo ningún modo la existencia de asistencia financiera prohibida deba considerarse causa de oposición a la ejecución ni ordinaria ni en garantía de la hipoteca en el sentido que dentro del catálogo de causas de oposición contenidos en el artículo 557.1 LEC la nulidad del título ejecutivo no se encuentra reflejada por ninguna causa⁵¹(y debido a la complejidad intrínseca sería muy difícil encajar el supuesto de hecho en la oposición por existencia de cláusulas abusivas, al no reunir las sociedades intervinientes la condición de consumidores conforme al art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

Dicho esto, es preciso detenerse en los efectos de la declaración de nulidad del título en la garantía. La jurisprudencia inglesa, en cuya cultura jurídica esta institución ahonda sus raíces y cuyo tratamiento está más consolidado, existen resoluciones a favor y en contra de la validez de la propia garantía⁵². No podemos olvidar que en este caso el inmueble se encuentra ya ejecutado y su propiedad atribuida a Univerbank, tras el oportuno y sustanciado proceso de ejecución.

Los efectos de la declaración de nulidad de un negocio jurídico por existencia de asistencia financiera prohibida ha sido ya tratado en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 413/2012 de 2 julio (RJ 2012\10124), FJ 4º-2, en virtud de la cual nuestro sistema

⁵⁰ Así, señala FERNANDEZ FERNANDEZ, M.C. *La asistencia ...*, op. cit. (Nota 18), pp. 260-263, a cual señala que la entidad bancaria no puede ignorar que las sociedades no pueden prestar garantías para la compra de sus propias participaciones por expresa prohibición legal. Así, en la fase de estudio de concesión del préstamo señala la autora que cuando se avanza el dinero se sabe en qué será empleado por el prestatario, cuestión que puede ser descubierta bajo una actuación diligente en razón de los conocimientos profesionales del mercado financiero, y no pudiendo considerarse tercero de buena fe al mediar causa torpe.

⁵¹ Y así lo ha determinado el AAP de Barcelona (Sección 19ª) núm. 135/2015 de 5 marzo (JUR 2015\120568), que rechaza como causa de oposición la concurrencia de asistencia financiera prohibida por la LSC.

⁵² Así, en el caso *Victor Battery co. Ltd v. Curry's ltd. (1946) CH 242*, se mantuvo que la garantía de un señor que se comprometió a adquirir la emisión de acciones de una sociedad y pidió un préstamo de un tercero para pagarlas gravándolo con una garantía era válido, a pesar de la prohibición, pues es el fin y no los medios lo que es ilegal. De igual modo, en el caso *Selangor United Rubber Estates ltd. V. Cradock nº 3 (1968) 1 WLR 1555* se estableció que una carga no puede ser considerada asistencia financiera en el sentido estricto del término pago, sino que siempre es una garantía de pago subsidiaria. Así, en el caso *Heald v. O'Connor, (1971) 2 All ER 1105* considera la garantía inválida por ser contrario a la previsión de la s.54 de la Companies Act de 1948. Vid. FERNANDEZ FERNANDEZ, M.C. *La asistencia ...*, op. cit. (Nota 18), en las notas de su obra nº 719 y 720.

parte de que la ineficacia de los contratos exige destruir sus consecuencias a fin de retrotraer la situación al estado previo a su perfeccionamiento para borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos “*quod nullum est nullum producit effectum*” (lo que es nulo no produce ningún efecto), por lo que, cuando a su amparo se han producido desplazamientos patrimoniales recíprocos, se aplica lo dispuesto en el artículo 1303 CC según el cual declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes. Hay que considerar que en el supuesto de autos la constitución de la garantía en el supuesto de asistencia financiera no fue retribuida, de tal forma que el contrato de prenda fue concertado con carácter unilateral y gratuito y su nulidad no determinó el nacimiento de ninguna obligación de restituir, y no generaría los múltiples inconvenientes que nos encontramos en el caso objeto de Dictamen.

Otro sector de la jurisprudencia menor (SAP de Barcelona, Sección 16ª, núm. 277/2015 de 16 junio. JUR 2015\184085) ha aplicado el artículo 1306.1 a los supuestos de asistencia financiera prohibida: “en el presente caso⁵³ la invalidación del préstamo no acarreará el efecto restitutorio que sería procedente en otro caso conforme preceptúa el artículo 1303 CC, ya que en el supuesto enjuiciado concurre causa torpe en ambos contratantes, de manera que resulta de aplicación la norma especial prevista en la regla 1ª del artículo 1306 CC inspirada en el *principio in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis* (STS 2 de febrero de 2012)”. De igual forma se podría invocar el artículo 1306 párrafo 2º puesto que la parte contraria es la verdadera generadora del vicio de nulidad. Tenemos que considerar que el art. 1306 impide al contratante torpe

⁵³ Resulta muy ilustrativo y arquetípico el caso reflejado en la Sentencia: “*La transferencia de un millón de euros de WRS directamente a Laconvertida llevada a cabo el 8 de octubre de 2008 es incontrovertida, y es manifiesto que ese dinero se destinó al día siguiente a pagar a Regent Street el grueso del precio de compra de las participaciones de WRS, sin que conste aporte dinerario alguno de los socios de Laconvertida o vía alternativa de financiación destinada a esa finalidad. En conclusión, el préstamo dinerario aquí litigioso es verdadero, no simulado, aunque, como veremos a continuación, nulo por estar fundado en una causa ilícita. La LSRL prohibía en sus artículos 39 y 40.5 -actual artículo 150 y concordantes de la Ley de sociedades de capital aprobada por Decreto legislativo 1/2010 - no solo la compra de participaciones propias sino también la asistencia financiera a tercero para esa compra. Y eso fue exactamente lo que llevó a cabo WRS por medio del préstamo concedido a Labricciosa -y a otros- para que pudiera hacerse, por conducto de Laconvertida SL, con las participaciones de aquella compañía transmitidas por Regent Street. De hecho, en el recurso se sostiene que lo ocurrido, lejos de reflejar una hipótesis de simulación relativa (mal puede decirse que se persigue la ocultación de un negocio de venta de participaciones sociales cuando la misma se solemnizó en escritura pública), revela un supuesto de contratos vinculados: un contrato principal de compraventa y otro instrumental de financiación.*”

repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, incluyendo toda hipotética acción fundada en el cobro de lo indebido⁵⁴.

No obstante, y pese a la expresa disposición del CC para los contratos con causa torpe, nuestro más Alto Tribunal aplica otro criterio cuando nos hallamos ante una "relación jurídica compleja", "relación contractual compleja" o "entramado contractual" (como concurre en el caso analizado de asistencia financiera prohibida), siendo aquellos en el que consistiendo en una sucesión de diversos negocios jurídicos, cada uno con una causa propia, compuesto de contratos conexos que responden a una misma finalidad, comparten una misma base del negocio y su consideración global determina el equilibrio de las prestaciones⁵⁵. En estos supuestos se aplica la restitución recíproca de las prestaciones (art. 1303) y no la negación de repetición por causa torpe (art. 1306 en su numeral primero o segundo) por el principio de recuperación del equilibrio económico anterior a la celebración de los contratos, para que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante, restableciendo la situación económica previa a la declaración de nulidad. De lo contrario, el equilibrio de prestaciones que resulta de estos negocios jurídicos se rompería si se pretendiera dejar subsistentes las atribuciones patrimoniales realizadas en ejecución de otro de los negocios integrados en este complejo contractual (STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 102/2015 de 10 marzo. RJ 2015\1121)⁵⁶.

Sentado lo anterior, en un contrato que se extiende tanto en el tiempo y cuya materialización económica resulta tan compleja como es el de préstamo hipotecario, amén del rosario de obligaciones que genera para sus partes, aplicar los efectos del art. 1303 de forma absoluta y estricta resultaría imposible y máxime si el inmueble se ha

⁵⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, J. Y PARRA LUCÁN, M.A. *Las nulidades ...*, op. cit. (Nota 7), p. 306. De igual modo, como establece la doctrina clásica al respecto y sin ánimo de un análisis más exhaustivo, el fundamento del enriquecimiento injusto es un acrecimiento patrimonial sin causa justificativa remediándose así adquisiciones abstractas, proviniendo tales causas de un negocio o la ley. ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. *El enriquecimiento sin causa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1979, pp. 93-94.

⁵⁵ La doctrina ha definido a los contratos coligados o conexos como aquellos en los que, celebrándose dos o más contratos distintos éstos presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, pudiendo presentar su vinculación más o menos relevancia jurídica. Pueden distinguirse por varios requisitos: la unidad de las relaciones, el sustrato económico, el elemento formal, criterios subjetivos como la voluntad manifestada de las partes, pero el de la causa parece ser el más relevante, teniendo en cuenta cualesquiera elementos que puedan ser relevantes, la existencia de una o varias retribuciones, o la participación de una o varias partes. Vid. EVANGELIO LLORCA, R. *El encargo de obra intelectual*, Editorial Dykinson, Madrid 2006, pp. 49-51, y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I - Introducción teoría del contrato*, Editorial Thomson Civitas, Navarra 2007, pp. 362 y ss.

⁵⁶ Entre otras, SSTS de 12 enero 2015 (RJ 2015\262), y núm. 533/2009 de 30 junio (RJ 2009\4704).

realizado tras el oportuno proceso de ejecución; peor aún si se encuentra engarzado en un negocio jurídico tan laberíntico como la asistencia financiera prohibida. La doctrina científica señala los inconvenientes de la nulidad radical de la declaración de nulidad de un negocio jurídico por asistencia financiera prohibida (con los contratos conexos o vinculados, como la hipoteca en este caso), con la necesidad de modular sus efectos en función de las circunstancias particulares de cada caso y su encuadramiento como “caso difícil”. Puesto que en este caso la causa es ilícita, pero al menos existe (no nos encontraríamos ante un supuesto de ausencia total de causa), la doctrina aconseja ponderar y adaptar los efectos jurídicos de la nulidad en función de la mejor defensa de los intereses protegidos por la norma vulnerada en las operaciones de auxilio financiero (que en este caso y como se ha indicado *ut supra* no se lesionan).

Por ello se prefiere una ineficacia parcial en virtud de lo cual quepa obligar a la parte indebidamente favorecida a restituir la ventaja patrimonial obtenida, manteniéndose la validez del resto del negocio jurídico (aplicándose de igual modo el principio de conservación de los contratos, como respuesta de seguridad jurídica frente a las posibles vicisitudes que anidan en la validez estructural del contrato, STS núm. 827/2012 de 15 enero. RJ 2013\2276)⁵⁷. De hecho, la jurisprudencia menor ha consentido la aplicación de estos principios a supuestos de asistencia financiera prohibida, permitiendo la nulidad parcial (por ejemplo, manteniendo la transmisión de participaciones en virtud del principio de conservación de la eficacia del contrato), sin perjuicio de las eventuales compensaciones que debieran operar (SAP de Cáceres, Sección 1ª, núm. 243/2015 de 10 septiembre, FJ 12º. JUR 2015\228020).

Valorando el contenido y propósito práctico de las partes (adquisición de un inmueble y gravarlo con hipoteca), y considerando a Univerbank como financiador externo que en ejecución de la garantía se ha atribuido el bien, interpretamos que como medida óptima podría valorarse la adopción de un “*quantum minoris*” que reestructurase los intereses manteniendo a flote la obligación de restituir el principal del préstamo con la periodicidad pactada compensando las eventuales prestaciones; si bien en sentido estricto y literal por parte de la entidad surgiría, como consecuencias positivas de la invalidez del contrato la obligación de restituir la finca (o su valor si se hubiese transmitido a un tercero en virtud del principio de subrogación real del art. 1307 CC)

⁵⁷ VAQUERIZO ALONSO, A. *La asistencia financiera ...*, op. cit. (Nota 21), pp 536 y ss.

con las prestaciones abonadas y sus intereses, y por parte de Anselma la cuantía del capital préstamo con sus respectivos intereses legales devengados desde el momento de la conclusión del contrato; pero señalamos una circunstancia que haría imposible la restitución de la cuantía del préstamo y es que Anselma se encuentra en concurso y muy difícilmente pueda hacer frente al pago del reflejado principal de elevadísima cuantía.

Es por ello por lo que defendemos la aplicación del artículo 1308 CC a favor de la entidad que representamos en el caso de que con eventualidad el negocio jurídico se declare nulo por incurrir la prohibición de asistencia financiera: “*mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba*”. La exigencia del artículo 1308 constituye una obligación recíproca y de cumplimiento simultáneo (SAP de Palencia, Sección 1ª, núm. 39/2015 de 18 marzo, JUR 2015\105893). Implica igualmente que las pretensiones de la actora pasarían por la constitución de una garantía⁵⁸. De esta forma no se podría compeler a Univerbank para que restituyese la finca San Clemente con independencia o antes de que se devuelva lo prestado por Anselma, procediendo el “*ius retentionis*” ex art. 1308⁵⁹.

3.4 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL RESULTADO DEL PROCEDIMIENTO, CON RESPECTO AL CONCURSO DE ACREEDORES QUE SE TRAMITA ANTE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE JAÉN.

Configura una pretensión de la parte contraria como Administración Concursal de Anselma integrar la finca San Clemente dentro de la masa sin cargas y disponer de ella libremente para hacer frente a la deuda de los acreedores reconocidos. Es preciso por tanto valorar los efectos del concurso en el posible resultado de la acción ejercitada.

Como consideración inicial, dentro de los medios que la LC pone a la Administración Concursal para monopolizar el patrimonio responsable para el cumplimiento de las obligaciones del deudor completando la masa activa⁶⁰, se

⁵⁸ Que en la actualidad equivaliese a la que por entonces constituyó, debiendo computarse en ella el crecimiento de su deuda por todos los años transcurridos hasta la fecha. De lo contrario se aprovecharía de la revalorización del inmueble sin mantener la proporción entre su valor y la garantía a favor de Univerbank (STS núm. 217/2009 de 13 abril. RJ 2009\3163).

⁵⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, J. Y PARRA LUCÁN, M.A. *Las nulidades...*, op. cit. (Nota 7), p. 239 y 254.

⁶⁰ Incluyéndose los bienes y derecho ocupados y pertenecientes al deudor concursal en el momento de la declaración del concurso y los bienes y derechos futuros que se adquieran hasta la conclusión del concurso.

encuentran los bienes y derechos relativamente pretéritos que deberán ser reintegrados en el patrimonio del concursado, en consideración al modo o momento en el que se dispusieron de los mismos⁶¹.

El artículo 71.1 LC establece que declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. En el párrafo tercero del mismo precepto se establece que salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. De este modo se configura una acción rescisoria especial o concursal⁶². En ese sentido, el art. 71.6 de la LC establece que el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo 72.

De este modo la legislación concursal permite al administrador concursal la impugnación de otros actos del deudor, en tanto que constituyen acciones con alcance reintegrador de los bienes o derechos a la masa activa. Aquí se incluiría, entre otras, la acción de nulidad absoluta (ejercida en el procedimiento objeto de Dictámen), la anulabilidad y la acción revocatoria o pauliana, que en ambos casos persiguiría la reposición de los elementos patrimoniales pertenecientes al deudor. Incluso la ley

⁶¹ GIL RODRÍGUEZ, J. “Capítulo..., *op. cit.* (Nota 5), pp. 830 y ss.

⁶² La interpretación del precepto de la rescisión contractual ha de conducir a que el perjuicio y el tiempo son los factores determinantes de esta acción, apartándose la norma del fraude como requisito (razón por la cual además el tercero afectado son figuras que se excluyen de la referida acción, en vez de considerarlo cómplice del concurso y por lo tanto responsable de daños y perjuicios y perdedor de cualquier derecho de reclamación ex art. 172.2.3º LC). El plazo de dos años tiene la nota de rigidez en virtud del principio de seguridad jurídica, y el perjuicio para la masa se cristaliza en un perjuicio patrimonial que se identifica con la exigencia de la desposesión de bienes para que los acreedores no cobren lo que se les debe, a través de actos objetivamente perjudiciales señaladas en el art. 71.3. Vid. GIL RODRÍGUEZ, J. “Capítulo..., *op. cit.* (Nota 5), pp. 846 y ss. De igual modo BROSETA PONT, M. y MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil, Volúmen II*. Editorial Tecnos, Madrid 2014, pp. 614 y ss. (Cap. 49, determinación de la masa). Son tres los tipos de acciones de reintegración en función de la presunción: en reclamación de actos que se presumen *iuris et de iure* perjudiciales para la masa (de disposición a título gratuito, art. 71.2), los que se presumen *iuris tantum* (para personas especialmente relacionadas con el concursado, constitución de garantías reales y resto de las contenidas en el 71.3) y otro tipo de actos donde se precisa la acreditación del perjuicio (art. 71.4). Vid. CORDÓN MORENO, F. *El proceso concursal*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2003, p. 142.

facultaría a la administración concursal para ejercerlas ambas pretensiones (por ejemplo, nulidad y en petición subsidiaria rescisión)⁶³.

De este modo, el artículo 71.6 LC permite el ejercicio de tres acciones diferentes, que podemos catalogar entre *concursoales* o *extraconcursoales*, en función de si su ejercicio y proyección de efectos se materializa en el seno del concurso o no: (a) la acción rescisoria concursal, antes comentada y fundada en el art. 71.2 LC (b) la acción rescisoria extraconcursoal⁶⁴ (art. 71.6 LC en conexión con el art. 1290 y ss. CC) y (c) otras acciones reintegradoras extraconcursoales (entre las que se encuentra la de nulidad o anulabilidad, que se fundamentaría bajo las normas del artículo 1301 y siguientes del CC en conexión con el art. 71.6 LC)⁶⁵.

La jurisprudencia menor pone de relieve la diferenciación entre la acción de nulidad extraconcursoal y la rescisión, cuando se trata de dos regímenes radicalmente distintos, independientemente se trata de rescisión concursal o extraconcursoal. Se trata de dos acciones distintas que incluso en el ámbito concursal tienen distintos presupuestos, requisitos, plazos y efectos. Aunque como se dirá la rescisión concursal tiene sus efectos encuadrados en el art. 73 LC, la nulidad, la rescisión y la reintegración concursal exigen distintos requisitos, tienen distinto régimen jurídico y distintas consecuencias legales, como especifica la SJM núm. 2 de Murcia núm. 171/2014 de 18 junio (JUR 2015\272530)⁶⁶. En este caso tanto en los hechos como en el suplico de la demanda se concreta que se solicita la declaración de nulidad. Esta diferenciación es aceptada con la doctrina, que añade en interpretación de los preceptos comentados que incluso el ejercicio de la acción de nulidad extraconcursoal no está supeditado a la

⁶³ GIL RODRÍGUEZ, J. “Capítulo..., *op. cit.* (Nota 5), pp. 869-871.

⁶⁴ Vid. GARCÍA SANZ, A. “Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva Ley Concursal”, en A.A.V.V., *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia. Vol. 4: La masa pasiva, la masa activa, los convenios o acuerdos concursoales*. Editorial Marcial Pons, Madrid 2005, pp. 4063 y ss.

⁶⁵ Dentro o fuera del concurso. SAP de Burgos (Sección 3ª) núm. 105/2013 de 27 marzo (JUR 2013\174500).

⁶⁶ En el caso comentado, la demanda interpuesta por la Administración Concursal es desestimada por infracción en el modo de presentar la demanda (art. 399 LEC), porque en el suplico y cuerpo de la demanda no precisaba si se solicita que el contrato sea declarado nulo por falta de consentimiento informado; si se solicita que el acuerdo fuese declarado rescindido en fraude de acreedores (en cuyo caso igualmente habría que precisarse el precepto infringido y la forma en que se ha vulnerado) o si se interpone acción de reintegración concursal porque lesione el interés de los acreedores (debiendo detallar igualmente el beneficio que obtienen las codemandadas y el perjuicio causado). Ante el distinto régimen jurídico y efecto de las acciones concursoales y extraconcursoales comentadas, el juzgador de instancia determinó que se causaba indefensión en la contestación que debía prestar la parte contraria e indeterminación al juez, por lo que desestimó la demanda.

declaración de concurso⁶⁷. De hecho, nuestro más Alto Tribunal declara en su reciente Sentencia de la Sección 1ª de la Sala Primera núm. 575/2015 de 3 noviembre (RJ 2015\4939) que no es obstáculo para la interposición de la acción de nulidad no concursal que el contratante contra el que se dirija la acción se encuentre en concurso.

Es por ello por lo que habrá que valorar los efectos de la eventual estimación de la acción de nulidad como acción de reintegración dentro del concurso, que se contiene en el art. 73 LC, y cuya dicción establece que *la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses*. Tal precepto no es aplicable, como señala la doctrina, a todas las acciones de reintegración del art. 71 (especial concursal y otras acciones generales)⁶⁸, tan sólo a las pretensiones rescisorias⁶⁹.

De hecho, se desprende del propio título o entradilla del artículo 73 de la Ley (“*Efectos de la rescisión*”) que su contenido se aplica sólo al instituto de la rescisión, bien sea la general o la específica concursal. De igual modo, según podemos interpretar de la propia literalidad del precepto, cuando el artículo 71.6 establece que “el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor” da a entender que se refiere a una acción diferente a la contenida en el artículo, regulado no necesariamente en el cuerpo legal (“que procedan conforme a Derecho”). *In fine* sólo condiciona y en todo caso de forma potestativa la jurisdicción, legitimación y procedimiento de las acciones de impugnación al contenido del artículo 72 (“las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo 72”), no sometiendo los efectos de la sentencia a lo provisto en el art. 73 LC pues, obviamente, entramos en el terreno de acciones diferentes con fundamentos jurídicos igualmente diversos.

De este modo otras acciones de impugnación, como la de nulidad que busque la reintegración a la masa activa, quedarán al margen del ámbito de aplicación del artículo 73 LC que se limita sólo y exclusivamente a las acciones rescisorias (concursal y

⁶⁷ SANCHO GARGALLO, I. “Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal” *Revista jurídica de Cataluña*, Vol. 105, Nº 2, 2006, p. 326.

⁶⁸ GIL RODRÍGUEZ, J. “Capítulo...”, *op. cit.* (Nota 5), pp. 887-888. En igual sentido DURO VENTURA, C. “Efectos de la rescisión”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid 2004, pp. 633-634.

⁶⁹ Aún así existen voces que aplican que las demandas de impugnación de actos del deudor al amparo del art. 71.6 tienen sus efectos incluidos en el art. 73 LC (Vid. CORDÓN MORENO, F. *El proceso...*, *op. cit.* (Nota 62), p. 145).

extraconcursales), si bien en todo caso se ha homogeneizado la jurisdicción, legitimación y procedimiento conforme al art. 72. El régimen de efectos es igualmente diverso, aplicándose contenido del art. 73 a las acciones rescisorias y las previsiones de los artículos 1303, 1307 y 1308 CC en lo referente a la restitución y alcance en la nulidad⁷⁰.

La calificación de los créditos derivados de la acción rescisoria concursal es igualmente variable. Sin ánimo de profundizar en la misma por el objeto del presente dictamen, en el caso de la rescisión concursal el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido (salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado), lo que se refleja tanto en el art. 73.3 como 84.2 8º LC⁷¹. No obstante la restitución derivada del contrato de nulidad, al no encuadrar dentro de la descripción de ningún tipo de crédito del art. 84.2 de la LC se calificaría como ordinario (al no estar clasificado ni como privilegiado ni subordinado, ex art. 89.3 LC). El crédito de restitución de un contrato de nulidad debería entenderse nacido, en virtud de los efectos "*ex tunc*" de la declaración de nulidad, al tiempo en que convino el contrato nulo y por ende antes de la declaración del concurso, por lo que según la jurisprudencia se calificaría como ordinario (SAP de Castellón, Sección 3ª, núm. 329/2014 de 21 noviembre. JUR 2015\80645).

De este modo, si bien el artículo 71.6 LC permite el ejercicio simultáneo de la acción de rescisión concursal junto con otras acciones de impugnación de actos del deudor (como la acción de nulidad), los efectos aplicables a la institución de la nulidad serán los de las disposiciones generales en materia de declaración de nulidad del CC. A efectos prácticos, y dados los hechos planteados en el presente Dictamen en el que el inmueble del negocio jurídico litigioso se ha realizado a favor de la entidad a la que defendemos, con independencia de la calificación concursal del crédito si se

⁷⁰ GIL RODRÍGUEZ, J. "Capítulo..., *op. cit.* (Nota 5), pp. 887-888. En igual sentido DURO VENTURA, C. "Efectos ..., *op. cit.* (nota 68), pp. 633-634.

⁷¹ Vid. GARCÍA ESCOBAR, G. "El tratamiento de los créditos concursales y el principio *par conditio creditorum*". *Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia de la Universidad de Almería*, Vol. 5, marzo de 2014.

desplegasen los efectos de la nulidad serían de aplicación los preceptos del CC⁷², y entre ellos el “*ius retentionis*” de la declaración de nulidad del art. 1308.

La jurisprudencia ha aplicado el artículo 1308 CC a los supuestos de nulidad de pleno derecho en el concurso de acreedores. Tal precepto regula expresamente el modo en que ha de efectuarse la restitución, de manera que mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no pudiendo el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba. Se trata de una consecuencia derivada del principio de reciprocidad en la restitución proclamado en el artículo 1.303 CC, por lo que debe ser aplicada en cualquier supuesto de nulidad, como proclama el AAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 175/2011 de 22 diciembre (JUR 2012\113944).

La anterior resolución interpreta el ya derogado art. 878.2 CCom (el cual estipulaba la nulidad de todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra)⁷³, como bien afirma la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 506/2012 de 29 julio (RJ 2012\9005). Hoy en día, con la nueva LC se consagra en definitiva el criterio de la exigencia de un perjuicio para la masa activa que justifique la sanción de ineficacia. De este modo, como establece la citada resolución de 2012, la condena de quien nada ha recibido de la entidad quebrada y que recuperó parte de lo entregado (aunque sea con la pérdida de los intereses y de parte del capital que conlleva la nulidad) a entregar a la masa la cantidad restituida, sin que exista ninguna posibilidad de que la quebrada cumpla la contraprestación pactada, deviene inocua y vulnera lo dispuesto en lo previsto en los artículos 1303 y 1308 CC si se mantiene que se trata de una acción de nulidad. De hecho la jurisprudencia menor ha tenido la oportunidad de aplicar el precepto contenido en el art. 1308 CC a una entidad

⁷² PARRA LUCÁN, M.A. “La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”. *Anuario de derecho concursal*, Nº. 19, 2010, pp. 45 y ss.

⁷³ En la anterior acción de nulidad del art. 878.2 CCom ha de entenderse que ha habido una evolución en la jurisprudencia, desde extremos rígidos inaplicable el régimen jurídico de los arts. 1303 y ss del Código Civil (en Resoluciones del Alto Tribunal de 29 de julio del 2010 o 14 de diciembre de 1960, entre otras) por entender que el derecho de crédito sólo procedía ejercitarlos en el juicio universal, en la pieza correspondiente; hasta posturas jurisprudenciales que reconocían que era evidente que la reintegración de la cosa y frutos sin la contrapartida de la restitución del precio e intereses producía un enriquecimiento injusto o injustificado, aplicándose de este modo a todos los contratos sinalagmáticos (SS de 29 de octubre de 1962, de 13 de diciembre de 2005, o 24 de marzo de 2006, entre otras). Tal evolución de un criterio rigorista a uno flexible es recogida en la STS núm. 676/2010 de 10 noviembre (RJ 2011\1303).

concurada bajo la nueva legislación (SAP de Castellón, Sección 3ª, núm. 597/2012 de 10 diciembre, JUR 2013\121125)⁷⁴.

La jurisprudencia menor aplica, de hecho, los efectos de la nulidad provistos en el CC (SJPI núm. 8 de Zaragoza núm. 28/2015 de 19 febrero. JUR 2015\204758) en las sentencias estimatorias de demandas de nulidad por asistencia financiera prohibida interpuestas por la administración de entidades concursadas (en el comentado supuesto, impugnando una garantía pignoraticia).

Habiéndose ejercitado por la administración concursal de Anselma, a la luz del artículo 71.6 LC la acción de nulidad, regulada en el CC, habrá de someterse a lo dispuesto en el artículo 1303 y 1308 del Código Civil, y por ello no podría exigir la restitución de la finca o la integración en la masa activa del concurso mientras no se abone a Univerbank la cantidad que tiene derecho a percibir (reestructurados los intereses), con independencia de la declaración de concurso.

3.5 REDACCIÓN DE LA DEMANDA

Se aporta en Anexo I al presente Dictamen.

4. CONCLUSIONES FINALES

1. La legitimación activa en supuestos de asistencia financiera prohibida cuenta con una consolidada jurisprudencia que no reconoce la existencia de la misma en las pretensiones de nulidad a quien participó y contribuyó decisivamente en la gestación de los negocios jurídicos, aplicándose la regla de la contravención de los actos propios y buena fe procesal. Por la gran analogía entre los supuestos expuestos en la alta jurisprudencia comentada, dotamos de clara viabilidad la denuncia de la ausencia de legitimación activa de la parte actora en la contestación a la demanda del caso planteado.

2. Del estudio pausado del tipo contenido en el artículo 150.1 LSC y ante la complejidad del negocio, podría en juicio contestarse y defenderse la atipicidad de la conducta y subsidiariamente la concurrencia de una excepción normativa. Pese a que de un estudio preliminar y apriorístico de los sujetos intervinientes, las conductas prohibidas, el elemento subjetivo y el nexo causal podría deducirse la concurrencia de

⁷⁴ Así como en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, núm. 211/2015 de 17 julio (JUR 2015\203409).

este ilícito mercantil, consideramos que los medios de defensa son diversos. Los hechos podrían ser subsumible en la doctrina de los negocios neutros, sometidos a una interpretación teleológica que habría de concluir que no se vulnera el buen jurídico protegido por la norma (el cual es la protección de la integridad del capital y las minorías de socios), afectándose la relación de causalidad. De igual forma podría aplicarse la doctrina del levantamiento del velo, evitando que la entidad actora eludiese sus obligaciones bajo los beneficios otorgados por la ley a la persona jurídica. Todo lo anterior debe apreciarse bajo el prisma del principio de interpretación restrictiva que la reciente jurisprudencia y la doctrina están ofreciendo de la prohibición, según la cual si la asistencia financiera para la adquisición de acciones no fuese esencial no puede incurrirse en el ilícito (siendo en este caso la finalidad principal la concesión de un préstamo garantizado con hipoteca). Si tales argumentos sobre la atipicidad no fuesen suficientes, debe tenerse en cuenta que es aplicable la excepción de concurrencia de una excepción relativa a las operaciones efectuadas por bancos y otras entidades de crédito, plenamente aplicable al supuesto de hecho.

3. Las anteriores consideraciones dotarían de viabilidad a la contestación a la demanda, conduciéndose a la desestimación de la acción ejercitada de contrario con todas sus pretensiones.

4. Sentado lo anterior, si bien el efecto de la declaración de concurrencia de asistencia financiera podría generar la nulidad de los contratos (causa torpe por contravención legal), consideramos que en todo caso sería parcial y no total en virtud del principio de conservación de los contratos y la jurisprudencia que se comenta. Entendemos que no se desplegarían los efectos del art. 1306 CC por aplicación de la doctrina de la doctrina jurídica de las relaciones jurídicas complejas, que obliga a aplicar la restitución recíproca de las prestaciones por el principio de recuperación del equilibrio económico, evitando que judicialmente la entidad a la que se representa tenga que unilateralmente restituir la finca realizada. Al contrario, entendemos que a consecuencia de la restitución recíproca es aplicable el artículo 1308 CC, que no permitiría la reclamación de la finca ejecutada si no es entregada previamente por la entidad demandante la cuantía del capital del préstamo reestructurado, configurándose como un “*ius retentionis*” favorable a nuestra postura frente a los eventuales efectos de la declaración de nulidad.

5. De igual forma, y puesto que la entidad actora se encuentra en concurso de acreedores, entendemos que la acción de nulidad ejercitada es extraconcursal por su naturaleza, lo que resulta de la interpretación legal y jurisprudencial de la acción ejercitada en el marco concursal, cuyos efectos se encuentran regulados en el CC aunque en el aspecto de legitimación y procedimiento pueda remitirse a la legislación concursal. De este modo, y con independencia de la calificación concursal del crédito que la restitución que la actora deba realizar, la retención adquiriría igualmente virtualidad, constituyendo un efecto igualmente favorable en el caso planteado.

Este es mi parecer que someto a cualquier otro criterio mejor fundado en derecho en Huelma, a 25 de enero de 2016.

Fdo.

Pedro Manuel Quesada López

BIBLIOGRAFÍA

- A.A.V.V., *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia. Vol. 4: La masa pasiva, la masa activa, los convenios o acuerdos concursales*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2005.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. *El enriquecimiento sin causa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1979.
- ANGUITA RIOS, R. *Constitución y ejecución del crédito hipotecario*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2008.
- BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición de Asistencia Financiera para la Adquisición de Acciones Propias*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2002.
- BROSETA PONT, M. y MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil, Volúmen I y II*. Editorial Tecnos, Madrid 2014.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley Concursal. Volúmen I*, Editorial Tecnos, Madrid 2004.
- CABRERA MERCADO, R. *El proceso de incapacitación*, Editorial McGraw Hill, Madrid 1997.
- CACHON BLANCO, *La sociedad anónima. Cien preguntas clave y sus respuestas*, Madrid, Editorial Dykinson 1993.
- CORDÓN MORENO, F. *El proceso concursal*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2003.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. *Curso de Derecho Procesal Civil I*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2013.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A. *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Editorial Dykinson, Madrid 2005.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I - Introducción teoría del contrato*. Editorial Thomson Civitas, Navarra 2007.

- EVANGELIO LLORCA, R. *El encargo de obra intelectual*, Editorial Dykinson, Madrid 2006.
- FERNANDEZ DEL POZO, “Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera (artículo 81 LSA)”, *Revista de derecho de sociedades*, Nº 3, 1994.
- FERNANDEZ FERNANDEZ, M.C. *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias*, Editorial Comares, Granada 2001.
- GARCÍA ESCOBAR, G. “El tratamiento de los créditos concursales y el principio *par conditio creditorum*”, *Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia de la Universidad de Almería*, Vol. 5, marzo de 2014.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L.J. “Comentario a la sentencia de 19 de junio de 2009”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 84/2010, parte Comentario, Editorial Civitas, SA, Pamplona 2010.
- MARIMÓN DURÁ, R. *La Asistencia Financiera de una sociedad limitada a sus Socios, Administradores y otras Sociedades de su Grupo*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2010.
- MONTERO AROCA, J. *De la legitimación en el proceso civil*, Editorial Bosch, Barcelona 2007.
- PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid 2004.
- PALOMERO BENAZERRAF, A. y SANZ BAYÓN, P. “Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 3/2013.
- PARRA LUCÁN, M.A. “La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”, *Anuario de derecho concursal*, Nº. 19, 2010.
- REDONDO TRIGO, F. “La consecuencia de la infracción de la prohibición de asistencia financiera”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* - Núm. 742, Marzo 2014.

SANCHEZ CALERO, “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso”,
Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 14, Primer semestre de
2011.

SANCHO GARGALLO, I. “Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales
de la acción rescisoria concursal” *Revista jurídica de Cataluña*, Vol. 105, Nº
2, 2006.

TOMÁS TOMÁS, S. *La administración concursal Claves para entender su actual
régimen jurídico*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2014.

VAQUERIZO ALONSO, A. *La asistencia financiera para la adquisición de acciones
propias*, Editorial Civitas, Madrid 2003.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS⁷⁵

TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA)

Sentencia núm. 102/2015 de 10 marzo

Sentencia de 12 enero 2015

Sentencia núm. 779/2012 de 9 diciembre

Sentencia núm. 506/2012 de 29 julio

Sentencia núm. 413/2012 de 2 julio

Sentencia núm. 260/2012, de 30 de abril

Sentencia núm. 827/2012 de 15 enero

Sentencia de 2 de febrero de 2012

Sentencia núm. 676/2010 de 10 noviembre

Sentencia de 29 de julio del 2010

Sentencia núm. 533/2009 de 30 junio

Sentencia de 19 de junio de 2009

Sentencia de 18 de marzo de 2009

Sentencia núm. 217/2009 de 13 abril

Sentencia de 24 de marzo de 2006

Sentencia de de 13 de diciembre de 2005

Sentencia núm. 1034/2001 de 12 noviembre

Sentencias de 20 de junio de 1983

⁷⁵ Resoluciones dictados por órganos nacionales directamente aplicables al caso.

Sentencia de 29 de octubre de 1962

Sentencia de 14 de diciembre de 1960

TRIBUNAL SUPREMO (SALA TERCERA)

Sentencia de la Sala 2º de 3 abril 2014

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Cáceres, Sección 1ª, núm. 243/2015 de 10 septiembre

SAP de Madrid, Sección 28ª, núm. 211/2015 de 17 julio

SAP de Barcelona, Sección 16ª, núm. 277/2015 de 16 junio

AAP de Barcelona (Sección 19ª) núm. 135/2015 de 5 marzo

SAP de Palencia, Sección 1ª, núm. 39/2015 de 18 marzo

SAP Castellón, Sección 3ª, núm. 329/2014 de 21 noviembre

SAP de Córdoba, Sección 1ª núm. 18/2014 de 23 enero

SAP de Asturias, Sección 1ª, núm. 39/2013 de 7 febrero

SAP de Castellón, Sección 3ª, núm. 597/2012 de 10 diciembre

SAP de Burgos (Sección 3ª) núm. 105/2013 de 27 marzo

AAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 175/2011 de 22 diciembre

SAP de Córdoba, Sección 3ª, núm. 219/2009 de 23 de diciembre de 2009

AAP de Madrid, Sección 28ª, núm. 2/2007 de 9 enero

SAP de Asturias núm. 129/2005 de 12 abril

SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, núm. 528/2004 de 29 octubre

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

SJM núm. 2 de Murcia núm. 171/2014 de 18 junio

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

SJPI N° 8 de Zaragoza, núm. 28/2015 de 19 febrero

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL
NOTARIADO

1 de diciembre de 2000

ANEXO I

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE JAÉN N° 15

DON ANSELMO MORENO, Procurador de los Tribunales, y de la entidad mercantil **UNIVERBANK, S.A.**, antes Univerbank Agrupado S.A.U., cuya representación acredito con la copia fehaciente de la escritura de poder que acompaño con este escrito, como **DOCUMENTO 1**, interesando la devolución de su original, una vez quede testimonio en autos; ante el Juzgado, como mas procedente sea en derecho,

COMPAREZCO Y DIGO

Que dentro del plazo de veinte días concedido en Cédula de Emplazamiento de diez de diciembre de dos mil quince, y bajo la dirección Letrada de Don Pedro Manuel Quesada López, Abogado n° 1310 perteneciente al Ilustre Colegio de Abogados de Jaén, vengo a personarme en los autos de referencia a nombre de mi mandante, la entidad UNIVERBANK S.A., solicitando que se entienda conmigo las sucesivas diligencias y actuaciones, al tiempo que paso a evacuar el trámite conferido de CONTESTACION A LA DEMANDA, sobre la base de la siguiente cuestión previa, y hechos y fundamentos legales:

Con carácter previo esta parte alega FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA de la parte actora, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 10 y 247.2 de la LEC, 7.2 y 1.302 CC, 57 CCom y 11.2 LOPJ.

Esta parte discrepa de los argumentos que parte actora esgrime en defensa de su legitimación. Si los negocios jurídicos litigiosos consintieron, según se expresa por la parte demandante, en su escrito de interpelación judicial, en la adquisición por parte de la sociedad Anselma, S.L., de la totalidad de las acciones de la entidad mercantil San Clemente, S.A., para cuyo pago la entidad Univerbank, le concedió a la sociedad adquirente un préstamo hipotecario de 7.500.000,00 €, con aportación como garantía hipotecaria de una finca propiedad de San Clemente, S.A., es claro y meridiano, que **la entidad demandante, ni era tercera en la operación, ni pudo ignorar la misma, ni se pudo hacer en contra de su criterio, sino que antes al contrario, la conoció, la consintió y la amparó**, por lo que conforme a una reiterada doctrina del Tribunal

Supremo, “no puede impugnar un contrato como nulo, quien lo celebró creando el vicio de nulidad al que ahora se acoge” (STS de 20 de junio de 1983), por lo que cabría concluir afirmando que la mercantil demandante carece absolutamente de legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad pretendida, por cuanto participó y contribuyó decisivamente en la gestación de los negocios jurídicos cuya nulidad postula, so pena de admitir que fuera en contra de sus propios actos, y con abuso de derecho, y todo ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.2 y 1302 CC, 57 CCom, y 11.2 LOPJ.

En sede de Fundamentos de Derecho, analizaremos la Sentencia de la Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de Diciembre de 2009, confirmada por la del Tribunal Supremo de 9 de Diciembre de 2012, que en un caso igual al que nos ocupa, desestima la demanda apreciando en la parte demandante falta de legitimación activa, por las razones apuntadas con anterioridad.

En base a todo ello, debemos concluir afirmando que la entidad demandante no tiene legitimación para intervenir en este procedimiento, ni por consiguiente la condición de parte procesal para entablar la demanda a la que nos oponemos, lo que incluso puede ser apreciado de oficio por el tribunal, en cualquier momento del proceso, conforme a lo establecido en el artículo 9 LEC.

Por lo expuesto, entiende esta parte que procede, sin perjuicio del señalamiento del acto de la vista y previa audiencia de la actora, acoger la presente excepción, acodándose poner fin al proceso.

Para el supuesto de que no se acogiera la precedente petición esta parte pasa a oponerse, en cuanto al fondo, a la demanda presentada de contrario con fundamento en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- Con carácter general, negamos el contenido íntegro de los aducidos de contrario, en todo aquello que se oponga a lo que dejaremos consignado en nuestros fundamentos fácticos. Y en cuanto al correlativo que se contesta, nada tenemos que objetar, pues así se deduce de la documental aportada de contrario bajo el ordinal 1 de los documentos de la demanda, consistente en la escritura pública de fecha veintiséis de Febrero de dos mil siete, ante la fe de la Notaria de Huelma, D^a María Elena Ramos González.

Si que queremos llamar la atención de que según se desprende de la calendada escritura pública, y documentos incorporados a la misma, los socios de la entidad Anselma, S.L que acordaron en Junta Universal la compra de las acciones de la sociedad San Clemente,S.A., fueron D. José Guillermo, titular de la plenitud de las participaciones, interviniendo en la escritura pública de compra como el administrador único de la sociedad.

Las escrituras en las que se otorgaron los distintos contratos superaron el control de legalidad tanto en sede notarial (art. 145 Reglamento de la organización y régimen del Notariado) como registral (arts. 6 y 58.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 98 del Reglamento Hipotecario). La labor del notario como tutor de la transparencia y legalidad en las negociaciones de préstamos hipotecarios resulta fundamental en las negociaciones para asegurar la correspondencia entre la oferta vinculante y el clausulado del contrato, y la intervención del fedatario registral complementa dicho filtro asegurando la ausencia de contradicciones u otro tipo de nulidades, existiendo Doctrina Administrativa (RDGRN de 1 de diciembre de 2000 (RJ 2001/2576) en las que se deniega la inscripción de una hipoteca por incurrir en la prohibición de asistencia financiera. Por lo tanto entendemos ilógica la postura del demandante, en cuyas pretensiones ni siquiera pide la impugnación de los documentos públicos en los que se plasmaron los negocios.

SEGUNDO.- Así se deduce de la documental aportada de contrario, bajo el ordinal 2 de los documentos de su interpelación judicial, por lo que nos remitimos a su contenido.

TERCERO.- También es cierto lo que se aduce de contrario, debiendo de incidir en que como es de ver en dicha escritura de préstamo hipotecario con afianzamiento, intervino D. José Guillermo, en su calidad de Administrador Único de la mercantil Anselma, S.L., que es la que recibió la totalidad del préstamo concedido por Univerbank, y como Consejero Delegado de la mercantil San Clemente S.A., que fue la que garantizó con hipoteca el referido préstamo, cuyo importe fue recibido en su totalidad por la primera sociedad, hoy en concurso y demandante en la presente litis. Haciendo una salvedad, y es que el importe de las acciones adquiridas por Anselma, S.L. fue según documentación aportada con la demanda de 9.930.000.00 €, y el importe del préstamo de 7.500.000,00 €; no habiéndose causado perjuicio alguno a terceros, en

la fecha en que se constituyó el gravamen, dado la ausencia de acreedores a los que la hipoteca le hubiere podido perjudicar.

CUARTO.- La parte actora, en el correlativo que se contesta, hace mención a los artículos 81.1 LSA y 150.1 LSC, que vienen a establecer en su número 1º, “*la sociedad no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías, ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones, o de acciones de su sociedad dominante por un tercero*”.

Ponemos de relevancia, en primer lugar, la atipicidad de las operaciones litigiosas. La jurisprudencia sigue la interpretación restrictiva considerando que si la finalidad financiera no existe o si ésta no es esencial (como en este caso), no puede entenderse que exista asistencia financiera (por ejemplo, como en el caso de una posterior fusión, donde no se justifica la aplicación del art. 150 LSC porque el proceso de fusión contempla garantías específicas para acreedores y socios minoritarios, siendo desplazado por el art. 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). Así se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, en su Auto de la Sección 28ª núm. 2/2007 de 9 enero (AC 2007\1160), donde analizando el derogado art. 81 LSA, llega a la conclusión de que la cesión de activos estudiada en tal caso no constituía un supuesto de asistencia financiera prohibida, encuadrándose dentro de las operaciones habituales de concentración económica, debiéndose incardinar dicho artículo en sus fines propios: “*Esta situación tampoco aparece comprendida en la prohibición del artículo 81 TRLSA, precepto que debe ser interpretado restrictivamente y que requiere que la asistencia se preste específicamente para la adquisición de acciones, como motivo determinante de la operación. Si la finalidad financiera no existe o no es esencial, y prevalece otra, ya no puede afirmarse que se incurra en la prohibición.*”. De este modo, y bajo la interpretación restrictiva que ofrece esta resolución, si la finalidad financiera no existe o no es esencial, y prevalece otra, ya no puede afirmarse que se incurra en la prohibición.

La interpretación finalista de la norma conforme a los intereses que trata de proteger es un criterio usado por la doctrina especializada para estudiar la adecuación de tipologías de negocios concretos. Este criterio es mantenido en el Fundamento Jurídico 8º de la comentada Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 219/2009 de 23 diciembre, estableciendo que la finalidad del artículo 40.5 LSRL es doble, por cuanto

pretende defender la integridad del capital social y la protección de las minorías de socios, evitando desviaciones de poder por parte del órgano de administración, desestimando una declaración de nulidad por concurrencia de asistencia al no encontrarse tales requisitos en el comentado caso.

En todo caso debe aplicarse la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica sobre Anselma y San Clemente, para ver la persona de D. José Guillermo, siendo administrador de ambas sociedades, y cómo puede calificarse a San Clemente como sociedad instrumental y patrimonial puesto que su único patrimonio está compuesto por la finca homónima (SAP de Asturias núm. 129/2005 de 12 abril. JUR 2005\138311, SAP de Asturias, Sección 1ª, núm. 39/2013 de 7 febrero, AC 2013\90 y STS de 3 abril 2014. RJ 2014\2871).

Aunque en la realidad jurídica puede apreciarse un préstamo concedido a Anselma para adquirir las acciones de San Clemente, afianzando mediante hipoteca que compone su capital social; en la realidad material el negocio patente es que José Guillermo, por medio de las sociedades que instrumentaliza, suscribe un préstamo para adquirir una finca que grava con una hipoteca. Por eso debe invocarse la doctrina legal de la STS (Sala de lo Civil) núm. 1034/2001 de 12 noviembre RJ 2001\9446, según la cual los Tribunales pueden penetrar en el “*substratum*” de la Sociedad levantando su velo jurídico en el marco de las relaciones económicas, evitando el perjuicio a terceros que supondría la elusión de responsabilidad de los fundadores personas físicas de la sociedad si se mantiene la consideración de persona jurídica, sobre todo en el caso de sociedades instrumentales.

Es decir, no es que materialmente se esté pagando una sociedad con sus propias acciones (supuesto prohibido por la norma), sino que aplicando la doctrina del levantamiento del velo José Guillermo está contratando un préstamo bancario cuya finalidad es la adquisición de una finca (propiedad de una sociedad patrimonial, San Clemente, cuyo nombre es el mismo que la finca) afianzado con una hipoteca, como resulta de la práctica civil y mercantil habitual, aunque en este caso hay dos sociedades interpuestas.

Pero en cualquier caso las calificaciones sobre la inclusión en el tipo se silencian con el contenido del nº 3 de ambos preceptos, que establecen que **“las prohibiciones 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, que se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad”. De acuerdo con un amplio sector de la doctrina mercantilista, el fundamento de esta excepción contemplada por el Legislador radica en que una prohibición tal, supondría una limitación injustificada del objeto social de dichas entidades de crédito, que a diferencia de otras sociedades, tienen, por mandato legal, como actividad típica y habitual, recibir fondos del público, en forma de depósitos, préstamos, cesión temporal de activos financieros, u otras análogas que llevan aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia, a la concesión de créditos, u operaciones de análoga naturaleza. Tal objeto lo configura el propio mandato legal de la actividad bancaria, que precisamente consiste en la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros (art. 3 de la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito). Lo contrario supondría una limitación directa e injustificada del objeto social de las mismas de acuerdo con la regulación vigente. Ello supone, en definitiva, el sometimiento a una excepción y consiguiente prohibición general, que se construye desde la base de una reserva de la actividad crediticia a estas entidades.

Quinto.- Efectivamente, la sociedad demandante, fue declarada en su día en concurso necesario, del que conoce el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén.

Y ante este mismo Juzgado al que tengo el honor de dirigirme, se siguen autos de ejecución hipotecaria contra la demandante y San Clemente, S.A., por impago de la hipoteca a la que ha hecho mención en este escrito de contestación, y en el de demanda, habiéndose adjudicado por Decreto por parte del Sr. Secretario Judicial a favor de Univerbank de 23 de enero de 2015, que lo único que pretenden es demorar el procedimiento por la solicitud de nulidad, pero que denotan una precaria situación económica tanto de la demandante, como de la entidad San Clemente, que aprecia la propia parte actora en su escrito de interpelación judicial, que impediría cumplir el fallo de la Sentencia, para el supuesto improbable de que se estimara la improcedente demanda a la que nos oponemos, en la que se está solicitando la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario formalizada por la actora con mi mandante, en virtud de la cual, la entidad actora recibió de ésta la suma de 7.500.000,00 €, que conforme a lo establecido en el artículo 1.303 CC, debería de restituir a la entidad prestamista, con

mas sus intereses pactados y demás gastos producidos una vez reestructurados los intereses, ya que en caso contrario, y de acuerdo con el artículo 1.308 CC, ostentaríamos derecho de retención en virtud de la cual no se podría exigir a esta parte la devolución de la finca hasta que no se proceda a la íntegra restitución del comentado principal por parte de la entidad actora, adquiriendo virtualidad tal artículo con independencia de la calificación del crédito concursal de restitución; luego parece que carece de sentido la acción ejercitada por la entidad Anselma, la cual ha de ser destinada por todas las razones invocadas.

A los efectos de la pertinente prueba, se dejan señalados los archivos de Las Notarias de Huelma, su Registro de la Propiedad, San Clemente S.A., Anselma S.L., Ayuntamiento de Huelma, Junta de Andalucía, y demás registros que públicos que pudieran tener especial relación con esta litis.

A los anteriores hechos, son de aplicación, los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.-

COMPETENCIA.- Conforme con la competencia de este Juzgado, para la decisión de la cuestión litigiosa, de acuerdo con las normas indicadas de adverso en su primer fundamento de derecho de la demanda.

II.-

LEGITIMACION.- La entidad actora, carece de legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad en la que fundamenta su demanda, toda vez que la sociedad actora Anselma, S.L., fue precisamente la que solicitó el préstamo hipotecario de la entidad Univerbank, y la que adquirió las acciones sociales de la entidad San Clemente S.A., prestando como garantía, una finca propiedad de esta última sociedad, dándose la circunstancia de que ambas entidades mercantiles estaban gobernadas y dirigidas principalmente por Don José Guillermo acompañado de su grupo familiar formado por su esposa Doña Clementina, y el hijo de éstos Don Antonello, por lo que carece de legitimación, al haber sido partícipe en la gestación de los negocios jurídicos, cuya nulidad se interesa en la demanda a la que nos oponemos. Siendo este el criterio

mantenido por la **STS de 9 de Diciembre de 2012**, que viene a confirmar íntegramente en sede casacional, la dictada por la Sección 3ª de la **SAP de Córdoba de 23 de Diciembre de 2009**, en la que en un caso igual al que nos ocupa, niega legitimación activa a la actora, precisamente porque no fue ajena al negocio jurídico cuya nulidad postula, al haber intervenido en el mismo de forma decisiva, y todo ello con fundamento en la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 21 de Noviembre de 1997. Y es que, como dice la STS de 20 de Junio de 1.983 “ no puede impugnar un contrato como nulo, quien lo celebró creando el vicio de nulidad a que luego se acoge”, pues ello iría en contra de sus propios actos, y con abuso de derecho, conforme a lo establecido en el artículo 7.2 CC, que establece que la Ley no ampara el abuso de derecho, o el ejercicio antisocial del mismo, 1.302 del mismo cuerpo legal, 57 CCom, y 11.2 LOPJ, que exige a los Juzgados y Tribunales, que rechacen fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones, que se formulen con manifiesto abuso de derecho.

III.-

POSTULACION PROCESAL.- Para dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 de la LEC, mi representada, viene a esta litis representada por Procurador de los Tribunales habilitado para intervenir en este Partido Judicial, y asistido de Letrado perteneciente al Ilustre Colegio de Abogados de Jaén.

IV.-

PROCEDIMIENTO.- A tenor de lo establecido en el artículo 249 LEC, la presente litis ha de tramitarse por las normas del juicio ordinario, siendo por consiguiente de aplicación los artículos 399 y siguientes de la LEC.

V.-

SUSTANTIVOS.- El artículo 7.2 CC, relativo a la buena fe y al abuso de derecho, que de acuerdo con una reiterada y constante doctrina del Tribunal Supremo, exige en el ejercicio de los derechos, una conducta ética, significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad, y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena, lo que comporta que la facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada (STS 11 de Mayo de 1988 y 2 de Febrero de 1.984)

De dicho precepto legal, se extrae la doctrina de los actos propios, que tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de buena fe, que impone un deber de coherencia, y autolimita la libertad de actuación, cuando se han creado expectativas razonables (STS 28 de Noviembre de 2000), siendo aplicable cuando existe una palmaria contradicción entre lo realizado por su autor, y la acción que luego ejercita, o lo que es igual, que exista un nexo de causalidad eficiente, entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido (STS 16 de Febrero de 1988)

El artículo 1302 CC, de cuyo tenor se desprende que no es posible instar cualquier clase de nulidad de un contrato, con base a una carencia o vicio precisamente provocado por la misma parte que postula dicha nulidad (STS 30 de Diciembre de 1.998), estableciendo del mismo modo la STS de 5 de Febrero de 1.991, que no tiene legitimación alguna para solicitar que se declare la nulidad, que surgió de sus propios y voluntarios actos.

El artículo 1303 CC, que sanciona que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido objeto del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, añadiendo el artículo 1.308 CC, que mientras que uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba, estableciendo el TS, que hasta que el actor no devuelva aquello que recibió, no puede compeler a su contrario a idéntico fin, careciendo de eficacia la acción de nulidad.

El artículo 11.2 LOPJ 2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

El artículo 150.3 de la LSC, que establece que la prohibición establecida en el apartado primero no se aplicará a las operaciones efectuadas por bancos y demás entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social, que se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad.

Y todos los referidos en el hecho cuarto de este escrito.

VI.-

COSTAS.- Han de ser impuestas a la parte actora, conforme a lo establecido en el artículo 394 LEC

En base a lo anterior y por todo lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, me tenga por comparecido y parte en representación de la entidad UNIVERBANK S.A., en quien tenga por contestada en tiempo y forma la demanda formulada de contrario y, previos los demás trámites que sean de Ley dicte Sentencia desestimado íntegramente la demanda, con absolución de mi representada de todos los pedimentos contenidos en la misma, condenando expresamente a la actora al pago de las costas procesales.

OTROSI DIGO: Que esta parte se compromete a subsanar los posibles defectos en que pudiera incurrir los actos procesales del presente escrito de contestación y los derivados del mismo.

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por realizada la anterior manifestación a los fines previstos en el artículo 231 LEC.

Es de hacer en Justicia, que pido respetuosamente.

En Huelma, a cuatro de enero de dos mil dieciseis.