

LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN POR NULIDAD DEL TÍTULO EJECUTIVO: ESTUDIO DEL SUPUESTO DE ASISTENCIA FINANCIERA PROHIBIDA

Por

PEDRO MANUEL QUESADA LÓPEZ
Becario de Investigación FPU. Área de Derecho Procesal
Universidad de Jaén

pquesada@ujaen.es

Revista General de Derecho Procesal 40 (2016)

RESUMEN: En el presente trabajo será objeto principal de estudio el encaje dentro de la actual configuración legal del proceso de ejecución forzada de la eventual nulidad del título ejecutivo extrajudicial, como el préstamo gravado con garantía hipotecaria, del que puede derivarse un acto ilícito mercantil de gran complejidad como es la asistencia financiera prohibida, cuyas consecuencias deben de estudiarse minuciosamente y cuya inserción en el proceso de ejecución forzosa puede arrojar varias dudas, como la reciente práctica judicial está poniendo de relieve. Así estudiaremos la nulidad del título ejecutivo y su relación con las causas de oposición por motivos de fondo a la ejecución, la peculiar naturaleza jurídica de la institución de asistencia financiera prohibida para finalmente determinar los efectos en el juicio ejecutivo.

PALABRAS CLAVE: Oposición a la ejecución; ejecución hipotecaria; asistencia financiera prohibida; legitimación activa; negocios jurídicos complejos.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EXÁMEN DE LA NULIDAD DEL TÍTULO EJECUTIVO Y SU RELACIÓN CON LAS CAUSAS DE OPOSICIÓN POR MOTIVOS DE FONDO A LA EJECUCIÓN FORZOSA. III. LA ASISTENCIA FINANCIERA PROHIBIDA EN SU REGULACIÓN POR LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL. 1. Naturaleza jurídica de la prohibición. 2. Excepción relativa a actividades ordinarias efectuadas por entidades de crédito propias de su objeto social. IV. EFECTOS DE LA NULIDAD POR ASISTENCIA FINANCIERA PROHIBIDA. V. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL OPOSITOR EN EL PLANTEAMIENTO DE LA NULIDAD. VI. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA INVOCACIÓN DEL ILÍCITO MERCANTIL DE ASISTENCIA FINANCIERA EN EL JUICIO EJECUTIVO. VII. CONCLUSIONES.

OPPOSITION TO ENFORCEMENT BY NULLITY OF THE ENFORCEABLE DOCUMENT: STUDY OF THE UNLAWFUL FINANCIAL ASSISTANCE PHENOMENON

ABSTRACT: In the following, will be the main object of study the fitting into the current legal configuration of the enforcement of the eventual nullity of the enforceable document extra-judicial, like the mortgage-secured loan, on which can derive a commercial delict act highly complex as is the unlawful financial assistance, whose consequences must be studied carefully and which inclusion in the enforcement process can shed several questions, such as the recent judicial practice is highlighting. By the way we will study the nullity of the enforceable document and his relation with the legal causes of opposition to enforcement by substantive grounds, the special legal status of unlawful financial assistance to finally determine the effects in the executive proceeding.

KEY WORDS: Opposition to enforcement; foreclosure procedures; unlawful financial assistance; locus standi; complex legal transactions.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. REVIEW OF THE NULLITY OF THE ENFORCEABLE DOCUMENT AND HIS RELATION WITH THE LEGAL CAUSES OF OPPOSITION TO ENFORCEMENT BY SUBSTANTIVE GROUNDS. III. THE UNLAWFUL FINANCIAL ASSISTANCE IN HIS REGULATION BY THE SPANISH CORPORATION LAW. 1. Legal status of the prohibition. 2. Exception relative to ordinary activities carried out by credit institutions proper to its company purpose. IV. EFFECTS OF THE NULLITY BY UNLAWFUL FINANCIAL ASSISTANCE. V. THE LOCUS STANDI TO FILE THE OPPOSITION IN THE EXERCISE OF THE NULLITY. VI CASE LAW LINE FOR THE INVOCATION OF THE COMMERCIAL DELICT OF FINANCIAL ASSISTANCE IN THE EXECUTIVE PROCEEDING. VII. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCCIÓN

Será objeto del presente artículo el encaje dentro de la actual configuración legal del proceso de ejecución forzada de la eventual nulidad del título ejecutivo extrajudicial, pudiendo tratarse de un supuesto tan común en la práctica como el préstamo gravado con garantía hipotecaria, que puede derivarse de un acto ilícito mercantil de gran complejidad como es la asistencia financiera prohibida, cuyas consecuencias deben de estudiarse minuciosamente y cuya inserción en el proceso de ejecución forzosa puede arrojar varias dudas, como la reciente práctica judicial está poniendo de relieve.

La relevancia en la ciencia jurídica que han alcanzado los múltiples cambios que ha experimentado el proceso de ejecución hipotecaria da lugar a la necesidad traer a colación las múltiples fenomenologías en las que se puede plasmar el estudio del procedimiento.

Es por ello por lo que el tráfico mercantil puede presentarnos modelos de financiación singulares que trascienden la tradicional concepción de suscripción de un préstamo hipotecario. De ahí surge nuestro interés de estudiar el fenómeno de asistencia financiera prohibida en las sociedades de capital, y cómo en la práctica judicial se ha llegado a invocar vinculándose a la nulidad del título ejecutivo en sede de oposición a la ejecución.

Como punto de partida abordaremos la nulidad del título ejecutivo y su relación con las causas de oposición por motivos de fondo a la ejecución forzosa. De igual forma estudiaremos la peculiar naturaleza jurídica de la institución que constituye la asistencia financiera prohibida y los efectos de su nulidad para finalmente determinar los efectos de invocar tal nulidad en el juicio ejecutivo.

II. EXÁMEN DE LA NULIDAD DEL TÍTULO EJECUTIVO Y SU RELACIÓN CON LAS CAUSAS DE OPOSICIÓN POR MOTIVOS DE FONDO A LA EJECUCIÓN FORZOSA

El proceso de ejecución puede definirse como la actividad jurisdiccional dirigida a realizar la prestación a la que el interesado tiene derecho. Si bien el proceso de declaración es el instrumento de la función jurisdiccional dirigido a facilitar la decisión del tribunal sobre la procedencia en Derecho de la pretensión, la actividad jurisdiccional ejecutiva parte de la necesidad de una transformación material de la realidad para que el ejecutante reciba aquello que reclama o una satisfacción equivalente (como obtener dinero del deudor y entregarlo al acreedor). La potestad jurisdiccional reflejada en el artículo 117.3 de la Constitución Española compete a los jueces la potestad no sólo de juzgar, sino de hacer ejecutar lo juzgado, y el artículo 5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (de ahora en adelante LEC), contempla dentro de las clases de tutela jurisdiccional la ejecución. Así, el Libro III de la LEC ordena la ejecución forzosa y las medidas cautelares.

La actividad jurisdiccional ejecutiva busca la transformación de la realidad de los términos en los que el derecho resulte declarado tras el previo proceso declarativo (siempre que la sentencia ordene algo cuya efectividad requiera algún cambio de la realidad material, como un pronunciamiento de condena), u otros títulos de origen no judicial a los que la ley atribuye igualmente fuerza ejecutiva. Se hablaría por tanto de título ejecutivo como un documento del que resulta la existencia de un crédito y al que el ordenamiento atribuye la eficacia de permitir al acreedor la solicitud de la tutela de su derecho a través del proceso de ejecución. El artículo 517 LEC establece en su ordinal 1º que la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución, y en su párrafo segundo enumera el catálogo de títulos ejecutivos judiciales y extrajudiciales¹.

Si bien en el proceso ejecutivo los actos de alegación y prueba pasan a un segundo plano, no desaparecen del todo si bien se ven notablemente mermados reducidos por parte del deudor, que asume el papel de sujeto pasivo del proceso de ejecución y respecto del cual recae la carga de la intervención a través del incidente procesal de la oposición a la ejecución.

De este modo, desde que al deudor ejecutado se le notifica el auto en el que se despache la ejecución, puede formular en el plazo de diez días el incidente de oposición a la ejecución por motivos procesales o de forma, regulándose en los artículos 556 LEC para las resoluciones procesales o arbitrales y 557 LEC para la ejecución fundada en títulos extrajudiciales.

¹ VEGAS TORRES, J., "La ejecución forzosa y las medidas cautelares", en DE LA OLIVA SANTOS, A. *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2013, pp. 437-441.

Dentro del estudio del procedimiento de ejecución de títulos extrajudiciales y los motivos de oposición a la misma prevista por motivos de fondo en el artículo 557 LEC, debemos destacar de forma preliminar que la enumeración efectuada, como distingue la jurisprudencia, es "*numerus clausus*" y por lo tanto no es susceptible de admitir interpretación extensiva o analógica.

De ello cabe deducirse que la inclusión de diferentes motivos de oposición de fondo, tales como la nulidad del título ejecutivo en el artículo 557, no es resultado de un lapsus u olvido del legislador, sino que es consecuencia de una limitación buscada a propósito, que tiene por finalidad agilizar el proceso de ejecución de Sentencias, u otros títulos judiciales y arbitrales, lo que impide la posibilidad de obstaculizar la ejecución por motivos de fondo ajenos al proceso de ejecución, y que no guarden conexión objetiva con el mismo.

La propia Exposición de Motivos de la LEC, en su apartado XVII, resalta la necesidad legislativa de permitir la oposición a la ejecución de tales títulos por "unas pocas y elementales causas, que no pueden dejar de tomarse en consideración". De este modo en cuanto a la oposición a la ejecución por títulos no judiciales, la misma Exposición de Motivos advierte que ello implica "un elenco de causas de oposición más nutrido que el permitido en la ejecución de sentencias y otros títulos judiciales, pero no tan amplio que convierta la oposición a la ejecución en una controversia semejante a la de un juicio declarativo plenario, con lo que podría frustrarse la tutela jurisdiccional ejecutiva", lo que a juicio del legislador justifica la amplificación de los motivos de oposición en la existencia, o no, de un proceso anterior. De este modo ha de entenderse, por la doctrina de los tribunales, que la enumeración de los motivos de oposición a la ejecución de títulos no judiciales constituye "*numerus clausus*" (Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, núm. 143/2006 de 7 noviembre, FJ 2º).

No obstante a lo anterior, advertimos que desde la reforma de la LEC acometida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, promovida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993); el legislador ha marcado una tendencia aperturista de los motivos de oposición al fondo en la ejecución de títulos extrajudiciales. De ahí que el artículo 557 se haya enriquecido con la configuración de la séptima causa de oposición al fondo, cual es que el título ejecutivo contenga cláusulas abusivas.

A la hora de abordar las previsiones legales respecto a la oposición a la ejecución de fondo, debemos diferenciar entre, por un lado, la regulación que la Ley de Enjuiciamiento

Civil atribuye a la ejecución dineraria en términos generales, al que hemos aludido desde el inicio de este epígrafe, y las particularidades procesales de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, regulado entre los artículos 681 y 698 de la LEC.

La previsión legislativa habilita para extirpar el clausulado leonino en dos momentos procesales distintos, bien de oficio por el órgano jurisdiccional antes del despacho de ejecución, o bien a instancia de parte abriendo el incidente de oposición al que hacemos referencia. Como señala la doctrina, la decisión del juzgador ejecutivo sobre el carácter abusivo de oficio es incidental y en ningún caso prejuzga la cuestión o impide al ejecutado invocar el incidente tras el dictado del Auto que despacha ejecución².

Siguiendo la nueva línea legislativa y jurisprudencial, para las especialidades de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, el artículo 695 1º p. 4º LEC instituye causa de oposición el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. Tal motivo de oposición establece un criterio esencial, cual es la incidencia directa de la cláusula abusiva en la ejecución, en virtud del cual bajo su vertiente negativa no podrá plantearse en el incidente de oposición la abusividad de las cláusulas que no tengan conexión con la ejecución³. Habría que diferenciarse, por tanto, si la causa directa del inicio del procedimiento de ejecución es la cláusula abusiva en sí misma (como el caso de una cláusula de vencimiento anticipado), lo que razonablemente habría de desembocar en el sobreseimiento (de conformidad al art. 695 3º p. 2º) o un error de cálculo (supuestos de cláusula limitativa del interés variable o cláusula de intereses de demora abusivos) que ocasionará entonces la continuación de la ejecución inaplicado la cláusula y reestructurados los intereses⁴.

No podemos olvidar que, si bien el artículo 564 LEC prevé la posibilidad de hacer valer en el proceso declarativo que corresponda la validez del título ejecutivo, la suspensión sólo se producirá en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso (art. 565.1 LEC), entre cuyos supuestos se encuentra la admisión a trámite de la oposición de fondo por títulos no judiciales en sus limitados supuestos (art. 557.2 LEC) pero no la sustanciación del referido proceso declarativo sustanciado fuera de la ejecución.

De este modo, fuera de los supuestos comentados en materia de cláusulas abusivas la nulidad del título ejecutivo no constituye en ningún modo causa de oposición a la ejecución ordinaria ni especial hipotecaria en nuestro Ordenamiento jurídico. Es por ello

² BERNARDO SAN JOSÉ, A. "El despacho de la ejecución y la oposición del ejecutado". En GUTIÉRREZ BERLINCHES, A. *El proceso de ejecución forzosa*, Editorial La Ley, Madrid 2015, p. 280.

³ CERDEÑO HERNÁN, M. "Las especialidades de la ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados". En GUTIÉRREZ BERLINCHES, A. *El proceso de ejecución ...*, ibíd., p. 894.

⁴ TORIBIOS FUENTES, F. *Practicum Proceso Civil 2015*. Edición digital, BIB 2015\1062. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor (Navarra) 2015.

por lo que tenemos que valorar la naturaleza jurídica del ilícito mercantil que pretendemos estudiar para así determinar la posible inclusión en la redacción dada por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III. LA ASISTENCIA FINANCIERA PROHIBIDA EN SU REGULACIÓN POR LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

1. Naturaleza jurídica de la prohibición

Como adelantaremos a lo largo del presente artículo, un argumento empleado en la oposición a la ejecución de determinados títulos ejecutivos extrajudiciales es la fundamentación en la nulidad del título por asistencia financiera prohibida.

La prohibición de asistencia financiera se encuentra regulada en los artículos 143.2 y 150.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (de ahora en adelante 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 Ley de Sociedades Anónimas (de ahora en adelante LSA), art. 81, y en la igualmente derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (de ahora en adelante LSRL), art. 40.5, se refleja el mismo precepto⁵.

⁵ Sin ánimo de ofrecer una evolución exhaustiva sobre la prohibición de la asistencia financiera para la adquisición de acciones propias, 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. 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

Por lo tanto es preciso analizar el contenido de la prohibición del art. 150.1 LSC. Como cuestión preliminar, hemos de señalar que las escrituras en las que se otorguen los contratos han de superar 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 nulidades⁶, existiendo Doctrina Administrativa⁷ 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 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 misma⁸.

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 liquidación⁹. Por ello tiene que ser la propia sociedad la que conceda el préstamo o la garantía para la compra de las participaciones o acciones.

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 las de una sociedad del grupo y que el crédito o préstamo se encuentre vinculado a la operación. Es preciso determinar si en el ámbito de aplicación de la norma puede considerarse tercero

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 MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil, Volúmen I*, Editorial Tecnos, Madrid 2014, pp. 455- 456.

⁶ ANGUIA RIOS, R. *Constitución y ejecución del crédito hipotecario*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2008, p. 24.

⁷ RDGRN de 1 de diciembre de 2000.

⁸ BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición de Asistencia Financiera para la Adquisición de Acciones Propias*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2002, p. 319.

⁹ BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición ...*, ibíd., p. 320 y ss.

una sociedad subsidiaria participada en su totalidad por la sociedad que la asiste. 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. 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 prohibición¹⁰. 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 sociedad¹¹.

Siguiendo con los elementos personales encontramos al vendedor o emisor de las acciones. Deben de este modo separarse los dos negocios de la operación: (a) el que se estipule entre la sociedad asistente y el tercero asistido, y (b) entre el tercero asistido y el vendedor o emisor de las acciones objeto de la operación. Según la doctrina el título por el que los terceros adquieren las acciones es indiferente, y además el tercero vendedor de buena fe que enajena las acciones no puede soportar la ilicitud del negocio jurídico¹².

Bajo el tenor del precepto, la extensión del ilícito se canaliza en tres conductas típicas: (a) anticipar fondos, (b) conceder préstamos y (c) prestar garantías, acompañadas de una cláusula general de cierre (facilitar ningún tipo de asistencia financiera)¹³. 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

¹⁰ 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 ...*, ibíd., p. 329 y ss.

¹¹ BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición ...*, ibíd., p. 327.

¹² BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición ...*, ibíd., 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.

¹³ BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición ...*, ibíd., p. 270.

permite la 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 crédito¹⁴. 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 adquisición¹⁵.

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, 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 adquisición¹⁶. De igual modo, es independiente el importe de la operación de compra o, 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). 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 amenaza de menoscabo patrimonial¹⁷.

¹⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias*, Editorial Comares, Granada 2001, p. 135 y ss.

¹⁵ La doctrina tiene diversos puntos de vista sobre la adecuación de las operaciones LBO al principio de asistencia financiera prohibida. Así, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. *La asistencia ...*, ibíd., 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. 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 (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 14, Primer semestre de 2011, pp. 116-121).

¹⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. *La asistencia ...*, ibíd., p. 132 y ss.

¹⁷ VAQUERIZO ALONSO, A. *La asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*, Editorial Civitas, Madrid 2003, pp.306-307.

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 infringiría¹⁸.

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 sociedades¹⁹.

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. 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 subjetivo²⁰. 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 garante²¹. Es por tanto que hay que examinar

¹⁸ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. *La asistencia ...*, ibíd., p. 243-244.

¹⁹ 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. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “Fusiones apalancadas...”, op.cit., pp. 116-121.

²⁰ BAYONA GIMÉNEZ, R. *La Prohibición...*, op.cit., pp. 304 y ss.

²¹ SJPI núm. 8 de Zaragoza, núm. 28/2015 de 19 febrero, FJ 2º.

la finalidad típica bajo su valor normativo, y la finalidad como elemento configurador de la causa del negocio.

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 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)²². 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 indirecta²³.

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 conlleva²⁴.

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

²² FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. *La asistencia ...*, op.cit., 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”.

²³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. “Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera (artículo 81 LSA)”, *Revista de derecho de sociedades*, Nº 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).

²⁴ VAQUERIZO ALONSO, A. *La asistencia financiera...*, op.cit., pp. 208-219. De hecho el mismo autor recoge de forma crítica que el citado precepto podría llegar a ser interpretado como presunción “*ius et de iure*” en la p. 308.

accionistas y acreedores sociales contra las prácticas potencialmente fraudulentas de los operadores jurídicos²⁵.

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. Debe tenerse en cuenta las limitaciones para la adquisición de acciones propias que articula la LSC en sus artículos 134 y ss (“prohibición de autocartera”). 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 es el patrimonio de la sociedad y su solvencia, sustituyendo la asistencia financiera los bienes efectivos por una deuda²⁶.

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 adquisición²⁷. 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 concretos²⁸. Este criterio es mantenido en el Fundamento Jurídico 8º de la 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 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.

²⁵ 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.

²⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. *La asistencia ...*, op.cit., p. 47 y ss.

²⁷ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. *La asistencia ...* ibíd., p. 56.

²⁸ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. *La asistencia...* ibíd., p. 217 y ss.

Como afirma la doctrina²⁹, 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. 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 fusión³⁰, 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 constituyen o no asistencia financiera prohibida, debiendo proceder a un examen caso por caso, con todas las garantías procesales y probatorias (como informes de expertos independientes que valoren la operación), en base a la doctrina expuesta.

Igualmente la jurisprudencia sigue la interpretación restrictiva considerando que si la finalidad financiera no existe o si ésta no es esencial, 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)³¹, 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

²⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. "Fusiones apalancadas...", op.cit., pp. 116-121

³⁰ Vid. Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

³¹ "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."

no es esencial, y prevalece otra, ya no puede afirmarse que se incurra en la prohibición³².

2. Excepción relativa a actividades ordinarias efectuadas por entidades de crédito propias de su objeto social

No obstante, con independencia de la determinación de la existencia o no del negocio, es aplicable la excepción relativa a las 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, cuestión a la que someramente haremos referencia.

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 doctrina³³: (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 crédito³⁴. 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.

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 de la Ley 10/2014) u otras análogas u otras operaciones análogas que lleven aparejada la obligación de restitución por la entidad y su puesta a

³² 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 de Asistencia Financiera para la Adquisición de Acciones Propias*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2002, p. 326.

³³ PALOMERO BENAZERRAF, A. Y SANZ BAYÓN, P. "Alcance..." op.cit.

³⁴ "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."

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 económico, la excepción resulta necesaria y justificada en orden a no obstaculizar sus posibilidades de actuación ordinaria³⁵, teniendo su origen en lo exigido en el art. 23.2 de la Segunda Directiva 77/91/CEE.

En razón de lo anterior, 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 de lo contrario 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 hipotecaria), puesto que de lo contrario no cabría apreciarse la excepción³⁶. De modo contrario otro sector 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 excepción³⁷.

IV. EFECTOS DE LA NULIDAD POR ASISTENCIA FINANCIERA PROHIBIDA

No cabe duda de que los preceptos contenidos en los art. 150 y 143.2 LSC constituyen normas 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

³⁵ VAQUERIZO ALONSO, A. *La asistencia financiera ...*, op.cit., pp.507 y ss.

³⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. *La asistencia ...*, op.cit., pp. 302 y ss.

³⁷ Vid. CACHÓN BLANCO, J.E., *La sociedad anónima. Cien preguntas clave y sus respuestas*, Madrid, Editorial Dykinson 1993, p. 101. Como señala FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. *La asistencia ...* ibíd., 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.

aplicación del art. 6.3 CC la nulidad de pleno derecho³⁸. Aplicando esta sanción de nulidad absoluta al negocio jurídico específico se señala que el contrato carece de los requisitos esenciales que lo 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 civil³⁹. De igual modo alguna jurisprudencia menor promulga que la consecuencia jurídica no sería la nulidad radical, sino la imposición de una multa, con toda la crítica que se le podría verter en relación al comentado art. 6.3 CC⁴⁰.

En el caso de que prospere la impugnación de un acuerdo de la Junta general de las sociedades en materia de asistencia financiera y habiéndose ejecutado tales acuerdos, bien por nulidad por infracción de normas legales de la LSC o bien por anulabilidad (en el supuesto de afección al interés social), quedarían en principio 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 no se produciría el efecto de cosa juzgada de una eventual sentencia declarativa, en interpretación del artículo 208 de la LSC⁴¹.

Surgiría el problema de este modo del supuesto en el que la nulidad de la garantía prestada para la adquisición de las acciones propias, como un préstamo hipotecario. 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 hipotético supuesto de una garantía hipotecaria 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 una entidad bancaria puede 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.

³⁸ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. *La asistencia...*, ibíd, p. 258.

³⁹ VAQUERIZO ALONSO, A. *La asistencia financiera*, op.cit., p. 132 y 539.

⁴⁰ Sentencia del JPI núm. 8 de Zaragoza Sentencia núm. 28/2015 de 19 febrero.

⁴¹ 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.

Dicho esto, es preciso detenerse en los efectos de la declaración de nulidad del título en la garantía. 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, FJ 4º-2, en virtud de la cual nuestro sistema 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. Hay que considerar que en el supuesto referenciado 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, no generándose de este modo los múltiples inconvenientes que se sucederían en la ejecución de la nulidad.

Otro sector de la jurisprudencia menor (SAP de Barcelona, Sección 16ª, núm. 277/2015 de 16 junio ha aplicado el artículo 1306.1 a los supuestos de asistencia financiera prohibida: “en el presente caso⁴² 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)”. Tenemos que considerar que el art. 1306 impide al

⁴² 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.*”

contratante torpe repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, incluyendo toda hipotética acción fundada en el cobro de lo indebido⁴³.

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", 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 una finalidad, comparten una misma base del negocio y su consideración global determina el equilibrio de las prestaciones⁴⁴. 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 el complejo contractual (STS, Sala de lo Civil, Sección1ª, núm. 102/2015 de 10 marzo)⁴⁵.

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 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

⁴³ DELGADO ECHEVERRÍA, J. Y PARRA LUCÁN, M.A. *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Editorial Dykinson, Madrid 2005, 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, Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. *El enriquecimiento sin causa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1979, pp. 93-94.

⁴⁴ 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 DíEZ-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.

⁴⁵ Entre otras, SSTS de 12 enero 2015, y núm. 533/2009 de 30 junio.

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), con la necesidad de modular sus efectos en función de las circunstancias particulares de cada supuesto y su encuadramiento como “caso difícil”. Puesto que en los supuestos de asistencia financiera prohibida 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 financiero⁴⁶.

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). 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).

A este respecto valoramos como medida óptima en este tipo de supuestos la adopción de un “*quanti 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 los efectos legales que se podrían derivar gozan de carácter más absoluto.

A pesar de esta valoración, destacamos cómo la reciente jurisprudencia pone de relieve la gran complejidad que deriva de la declaración de nulidad de las garantías en este tipo de supuestos. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 648/2015 de 1 diciembre, en un supuesto de declaración de nulidad de una garantía pignoratícia por hallarse incurso en un supuesto de asistencia financiera prohibida, constata que los créditos de la misma no pueden compensarse ni reducirse sin que haya sido objeto expreso del debate del proceso, conculcándose de contrario los principios de justicia rogada (art. 216-218 LEC) y tutela judicial efectiva (art. 24 CE), lo que puede dar lugar a dejar sin efecto las cantidades deducidas.

⁴⁶ VAQUERIZO ALONSO, A. *La asistencia financiera ...*, op.cit., pp 536 y ss.

V. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL OPOSITOR EN EL PLANTEAMIENTO DE LA NULIDAD

Los artículos 557.1 y 695.1 LEC atribuyen legitimación activa al ejecutado en el procedimiento de ejecución dineraria ordinario y en las especialidades sobre bienes hipotecados o pignorados para oponerse a la ejecución de títulos extrajudiciales. En este sentido, debemos interpretar la legitimación activa para sustentar una oposición de ejecución de títulos extrajudiciales cuando ésta se fundamente en las disposiciones que dimanen de la incursión en un supuesto de asistencia financiera prohibida.

A grandes rasgos podemos definir la legitimación como un presupuesto de la acción, elemento necesario para la obtención del derecho a la tutela jurisdiccional concreta. 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 entendemos 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 fondo⁴⁷.

La STS 260/2012, de 30 de abril 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 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 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

⁴⁷ 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.

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 misma⁴⁸.

Como declara la STS núm. 779/2012 de 9 diciembre 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.

Sin ánimo de mayor ahondamiento en los efectos concursales, en los frecuentes casos en los que interviene una entidad concursada, 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 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

⁴⁸ Al respecto, GONZÁLEZ MONTES, J.L., “La legitimación en el proceso civil: aspectos generales”, en CARBONELL PORRAS, E, (Directora) y CABRERA MERCADO, R. (Coordinador), *Intereses colectivos y legitimación activa*, de, Edit. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 105-119. Sobre la distinción entre legitimación como presupuesto procesal o como presupuesto de la acción, vid. CABRERA MERCADO, R. *El proceso de incapacitación*. Editorial McGraw Hill, Madrid 1997, pp. 83 y ss.; y más recientemente, “La legitimación en el proceso sobre la capacidad de obrar de las personas”, en *Intereses colectivos y legitimación activa...*, op.cit., pp. 561-586.

puede ser ejercido por otro⁴⁹. 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 procedimiento⁵⁰.

Es preciso matizar el planteamiento dentro del ámbito de la legitimación activa para invocar la nulidad o anulabilidad del contrato. 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 se encuentra legitimado activamente el obligado principal o subsidiario, y por el contrario estará pasivamente la otra parte contractual, si son varios contra todos ellos, y si se reclama la restitución de la cosa contra la parte del contrato que al tenga en su poder. No obstante se encontrará privado del ejercicio de la acción de anulabilidad o nulidad absoluta “los que produjeren el error”, atribuyéndose a quien alega su propio error y como complemento de la imputabilidad del error del contratante ex art. 1266⁵¹.

Al interpretar el comentado 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 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 interés jurídico (en el que la administración concursal pretende impugnar un contrato de préstamo hipotecario alegando la existencia de

⁴⁹ MONTERO AROCA, J. *De la legitimación en el proceso civil*, Editorial Bosch, Barcelona 2007, p. 324.

⁵⁰ TOMÁS TOMÁS, S. *La administración concursal Claves para entender su actual régimen jurídico*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 135-136.

⁵¹ DELGADO ECHEVARRÍA, 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.

asistencia financiera prohibida)⁵², cuyo recurso fue objeto la resolución del Tribunal Supremo nº 779/2012 de 9 diciembre confirmando el planteamiento del juzgador provincial en su integridad, aplica la prohibición contenida en el artículo 40 ter de la LSRL (hoy 143.2 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, bajo pena de que se admitiría de este modo que fuese contra sus propios actos; con abuso de derecho pretendiendo 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 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), o 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).

Aunque puedan parecer contradictorias las sentencias del Tribunal Supremo nº 779/2012, que no reconoce la legitimación activa del opositor ejecutado sin entrar en el fondo del asunto, frente a la S. nº 413/2012, de 2 julio, que además de reconocerla entra en el fondo apreciando la nulidad, consideramos que debemos compatibilizarlas bajo una interpretación integradora basada en los principios generales que aplica la primera resolución. En el caso en el que el acreedor ejecutante promueva, o ampare el negocio jurídico podemos afirmar que es ésta parte quien crea el vicio de nulidad al que pretende acogerse, lo que mutilaría la legitimación y el eventual conocimiento del derecho subjetivo aplicable al negocio específico de asistencia financiera.

VI. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA INVOCACIÓN DEL ILÍCITO MERCANTIL DE ASISTENCIA FINANCIERA EN EL JUICIO EJECUTIVO

Aclarados los extremos relativos a los efectos de un derecho de tan oscura configuración como la asistencia financiera prohibida, es nuestra intención ver hasta qué punto puede ser invocado en el procedimiento ejecutivo como causa de oposición.

⁵² En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba se plantea el siguiente supuesto: 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.

Un sector de la doctrina señala que la entidad ejecutante debería soportar la nulidad de la garantía, tornándose su estatus en simple acreedor sin garantía porque la sociedad podría resistir la ejecución del inmueble alegando la nulidad del título por asistencia financiera prohibida en sede de oposición a la ejecución por motivos de fondo⁵³.

Bajo nuestro punto de vista este planteamiento debe ser matizado, pues consideramos que bajo ningún modo la existencia de asistencia financiera prohibida debe considerarse causa de oposición a la ejecución ni ordinaria ni en garantía de la hipoteca en el sentido que dentro del catálogo legal de causas de oposición contenidos en los artículos 557.1 LEC y 695.1 antes comentados la nulidad del título ejecutivo no se encuentra reflejada, y así lo ha determinado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª) núm. 135/2015 de 5 marzo, que rechaza como causa de oposición la concurrencia de asistencia financiera prohibida por la LSC.

Destacamos el análisis de la resolución de la Audiencia de Barcelona referida por el análisis que plantea en esta cuestión. Como argumento de cabecera (FJ 4º) frente a la calificación de nulidad de la parte ejecutada por continencia de asistencia financiera, es planteado por el juzgador que las causas de oposición a la ejecución de título extrajudicial son tasadas y se incluye en el art. 557 LEC por motivos de fondo, sin perjuicio de la amplitud ofrecida por la Ley por la circunstancia de cláusulas abusivas y su interpretación jurisprudencial en defensa de los consumidores.

La valoración restrictiva de la inclusión de la asistencia financiera como causa de oposición a la ejecución es efectuada por el Tribunal y por sí misma podría fundamentar la decadencia de la oposición; aunque de igual modo la Audiencia Provincial valora de forma sumaria y *obiter dictum* el fondo del asunto. De este modo concluye que no se dan los requisitos típicos que habrían de conducir a la concurrencia del ilícito civil a los efectos de la ejecución en razón a la distinción de la personalidad jurídica de las entidades, la equiparación a los efectos de la Ley de Sociedades Anónimas, y el hecho de que con anterioridad al impago, el cierre de cuenta y presentación de la demanda ejecutiva los deudores no realizasen manifestaciones sobre la ilegalidad o infracción de la legislación societaria, cumpliendo la póliza enjuiciada su fin de financiación con las garantías pactadas (que habría de interpretarse correlativamente a la comentada doctrina del Tribunal Supremo); y todo ello sin perjuicio de que resulte del juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad de la financiación y la definición en sede declarativa

⁵³ Así, señala FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. *La asistencia ...*, op.cit., 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.

que allí se haga de la operación y de sus efectos sobre el conjunto de la relación contractual, ya fuera de la órbita ejecutiva de conformidad al artículo 564 LEC.

Partimos de un marco en el que tenemos por presentes las habituales (y complejas) relaciones empresariales, como la que comentamos en el presente artículo de asistencia financiera prohibida, cuyos efectos no parece extenderse al tráfico entre particulares o consumidores. No obstante, la notoria *praxis* de algunas entidades de crédito ha demostrado que los consumidores no pueden verse totalmente libres de suscribir productos de riesgo u incomprensible conocimiento para los mismos (los llamados fraudes de las preferentes o *swaps* y otras malas prácticas bancarias⁵⁴); amen de la muy conocida y ampliamente estudiada evolución legislativa en materia de cláusulas abusivas. Es por ello por lo que incluso en estos supuestos en los que las partes del proceso de ejecución son personas jurídico-mercantiles debemos aplicar las garantías legales y procesales previstas a los consumidores.

Y es que existe jurisprudencia que aplica la calificación de consumidor a la sociedad en el caso de que actúe con un propósito ajeno a una actividad comercial. De esta forma, entra en juego la normativa de protección a los consumidores, sobre la base del sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE, bajo el prisma de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas⁵⁵;

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Tribunal de Marca Comunitaria) núm. 48/2015 de 12 marzo, la ejecución se dirigió contra una entidad mercantil (en el supuesto comentado Sociedad Limitada) prestataria en la que intervenían como fiadores solidarios tanto el Administrador único de la referida mercantil como su esposa. El Tribunal no dudó en calificar a los fiadores como consumidores, aun siendo la prestataria una entidad mercantil, y esto es así porque habida cuenta de que el préstamo litigioso tenía por objeto financiar la construcción de una edificación destinada a la vivienda particular del Administrador de la mercantil prestataria, siendo éste y su esposa quienes realmente soportaban las cuotas de amortización del préstamo por haberse constituido en fiadores solidarios ante los escasos recursos disponibles de la

⁵⁴ Hablamos de las llamadas malas prácticas bancarias, especialmente aplicadas a la modalidad hipotecaria. Destacamos, a modo ejemplificativo, los swap de tipos de interés, las *tying practices*, hipotecas de máximos, hipotecas en divisas, cuyo alto riesgo y complejidad las hace potencialmente desaconsejables para consumidores ni minoristas. Vid. NASARRE AZNAR, S. "Las malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 727, págs. 2665 a 2737.

⁵⁵ En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 27 de junio de 2000.

mercantil prestataria, concluye la sentencia que de acuerdo con la actual definición legal de consumidor y la doctrina jurisprudencial interpretativa, los sujetos intervinientes tenían la condición de consumidores y les resultaba de aplicación la especial normativa protectora, siendo irrelevante para tal conclusión que los fiadores posean especiales conocimientos financieros por su profesión.

Y así para evitar abusos en este tipo de relación contractual entre un pequeño consumidor y una entidad bancaria ejecutante, se desplegarían los efectos del artículo 3.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (de ahora en adelante TRLCU), que califica como consumidor a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, y máxime cuando como en el caso analizado tiene una finalidad orientada a satisfacer necesidades esenciales, como la vivienda de los propietarios de las acciones o participaciones, con las connotaciones que podrían derivarse en materia de fraude de ley y sus efectos (artículos 11.2 LOPJ y 247.2 LEC).

Resulta de este modo ilustrativo que el anteriormente comentado AAP de Barcelona (Sección 19ª) núm. 135/2015 de 5 marzo, en su FJ 3º, pusiese de relieve cómo la parte ejecutada intentase invocar que la operación documentada en la póliza de crédito era un acto de consumidores y para el consumo, añadiendo el carácter complejo de la operación, la falta de información y en definitiva la adecuación a la oposición por cláusulas abusivas comentada en el apartado primero de este artículo. Si bien tal motivo fue desestimado porque en tal caso concreto no se hallaron en el contrato las cláusulas concretas y específicas que vulnerasen las garantías de la Directiva 93/13 o el TRLCU, lo cierto es que quedó probado el carácter complejo del producto, la consideración de la operación como de naturaleza financiera en la que se obtuvo una financiación para adquirir acciones sirviendo las mismas como garantía y por un importe ciertamente elevado, y que los ejecutados tenían otras ocupaciones ajenas a la inversión especulativa, lo que impidió apartar a los mismos de la normativa especialmente protectora del TRLCU, aunque el juzgador consideró que el objeto de conocimiento del incidente es limitado y que el grueso de las alegaciones planteadas por las partes deberían ventilarse en el correspondiente proceso de nulidad.

Esto demuestra que, si bien las circunstancias específicas del supuesto de la Audiencia Provincial de Barcelona no condujeron a la apreciación de cláusulas abusivas concretas (cuestión claramente discutible en el referido caso), es igualmente desplegable la normativa protectora en materia de consumidores, cuestión a la que los operadores jurídicos debe prestar especial y sensible atención al configurarse determinados

entramados contractuales bancarios como caldo de cultivo para el surgimiento de cláusulas abusivas.

De igual modo, un sector de la doctrina indica que como regla general, no se considerarán abusivas las cláusulas que puedan afectar al objeto del contrato (con excepción de aquellas que incumplan los deberes de información, que se regula en el art. 80.1 TRLCU⁵⁶; o de transparencia de conformidad a la STS, Sala 1.ª, Núm. 241/2013, de 9 mayo), de tal forma que originen una situación de desequilibrio al consumidor. Podríamos señalar, de este modo, los deberes de información y de transparencia como requisitos adicionales en la negociación⁵⁷.

De este modo, la lectura que acometemos de este ilícito mercantil es que no se considerará fundamento bastante para sostener la oposición a una ejecución por nulidad del título ejecutivo, salvo que por la naturaleza del supuesto y concurriendo en todo caso la participación de consumidores, pueda detectarse la presencia de cláusulas abusivas que puede verse favorecido por la complejidad y entramado de determinadas modalidades contractuales.

VII. CONCLUSIONES

Las causas de oposición al fondo de la ejecución de títulos extrajudiciales en la ejecución tanto en el procedimiento ejecutivo general previstas en el artículo 557.1 LEC como en las especialidades en materia hipotecaria del art. 695.1 LEC contienen un catálogo cerrado y tasado de causas que no es susceptible de ser ampliado, no siendo susceptible de inclusión la nulidad del título ejecutivo, si bien tras la reforma legislativa operada en 2013 se ha permitido la oposición fundada en cláusulas abusivas; sin perjuicio de la impugnación del contrato fuera del juicio ejecutivo en virtud del artículo 564 que en todo caso estaría desprovista de efecto suspensivo.

Resulta de especial interés el estudio comparativo de esta regulación con la prohibición de asistencia financiera prevista en los artículos 143.2 y 150.1 LSC, como ilícito mercantil compuesto por dos contratos coligados de financiación y adscripción de acciones o participaciones de una sociedad de capital. Los efectos de la calificación de

⁵⁶ Recordamos que la STS de 9 de mayo de 2013, establece claramente que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible. Vid. CABRERA MERCADO, R., *Ejecución hipotecaria y control de oficio por el Juez español de las cláusulas abusivas*, en MURGA FERNÁNDEZ, J.P. Y TOMÁS TOMÁS, S. *Il Diritto patrimoniale di fronte alla crisi económica in Italia e in Spagna*. Universidad de Bolonia y Real Colegio de España en Bolonia. Edit. CEDAM-Wolters Kluwer. Milán (Italia), 2014, pp. 285-294.

⁵⁷ SOLAZ SOLAZ, E. "La nueva regulación de la oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria". *Práctica de Tribunales*, Nº 106, Sección Tribuna Libre, Enero-Febrero 2014, Editorial LA LEY.

esta conducta conllevan la nulidad radical del negocio jurídico en el que se materializa. La nulidad de este negocio jurídico debe encuadrarse dentro de la teoría de los negocios jurídicos complejos, siendo aconsejable en base al principio de equilibrio de las prestaciones la restitución recíproca, la ponderación y adaptación los efectos jurídicos de la nulidad en función de los concretos intereses protegidos.

Por la naturaleza concreta del derecho estudiado, la legitimación activa para la oposición puede verse limitada por la jurisprudencia específica que restringe su ejercicio a la parte que participó y contribuyó decisivamente en la gestación del negocio jurídico. En una interpretación integradora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendemos que en el caso en el que el acreedor ejecutante sea el promotor del negocio jurídico será ésta parte quien crea el vicio de nulidad y la que tendría que soportar la limitación de legitimación.

Si bien consideramos que bajo ningún modo la existencia de asistencia financiera prohibida como nulidad del título deba considerarse fundamento de oposición a la ejecución ni ordinaria ni en garantía de la hipoteca, habrá que atenderse a la naturaleza del supuesto y la concurrencia de consumidores, para apreciar la oposición por cláusulas abusivas, presencia que puede verse favorecida muy especialmente por la complejidad de determinados entramados contractuales bancarios.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ 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 MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil, Volúmen I*, Editorial Tecnos, Madrid 2014.

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

MURGA FERNÁNDEZ, J.P. y TOMÁS TOMÁS, S. *Il Diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*. Universidad de Bolonia y Real Colegio de España en Bolonia. Edit. CEDAM-Wolters Kluwer. Milán (Italia), 2014

CACHÓN BLANCO, J.E., *La sociedad anónima. Cien preguntas clave y sus respuestas*, Madrid, Editorial Dykinson 1993.

CARBONELL PORRAS, E, (Directora) y CABRERA MERCADO, R. (Coordinador), *Intereses colectivos y legitimación activa*, de, Edit. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.

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.

DÍEZ-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.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. "Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera (artículo 81 LSA)", *Revista de derecho de sociedades*, Nº 3, 1994.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias*, Editorial Comares, Granada 2001.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, A. *El proceso de ejecución forzosa*", Editorial La Ley, Madrid 2015.

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.

NASARRE AZNAR, S. "Las malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 727, págs. 2665 a 2737

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

REDONDO TRIGO, F. "La consecuencia de la infracción de la prohibición de asistencia financiera", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* - Núm. 742, Marzo 2014.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. "Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 14, Primer semestre de 2011.

SOLAZ SOLAZ, E. "La nueva regulación de la oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria". *Práctica de Tribunales*, Nº 106, Sección Tribuna Libre, Enero-Febrero 2014, Editorial LA LEY.

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

TORIBIOS FUENTES, F. *Practicum Proceso Civil 2015*. BIB 2015\1062. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor (Navarra) 2015.

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