

**MASTER UNIVERSITARIO EN**  
**DERECHO DE LA EMPRESA**



**TRABAJO FINAL**  
**DE**  
**MASTER**  
**2017-2018**

**Tutora: Gisbert Pomata, Marta**  
**Alumno: Coloma Arenas, Felipe Antonio**

*A María Paz y Sara...mis amores y mis motores*

## CONTENIDO

I. - INTRODUCCIÓN .....	4
II. - RESPUESTA PREGUNTA: A.....	6
ESTRATEGIA DE DEFENSA ACONSEJADA DESDE EL DESPACHO A LA CONSULTANTE BANCOMED.-.....	6
1.- Análisis General de la situación.-.....	6
2. - Determinación de Causal de Nulidad: Concurrencia de Asistencia Financiera Prohibida.- ..	6
3. - Estrategia de Defensa .....	8
3.1.- Contestación de la Demanda: solicitud de rechazo de la acción de Nulidad con fundamento en lo sustantivo y adjetivo del caso.- .....	9
3.2.- Excepción de Falta de Legitimación Activa: .....	9
3.3.- Excepción de Caducidad de la Acción de Nulidad .....	11
3.4.- En subsidio de las excepciones anteriores, rechazo de la acción de nulidad: Contestación de fondo .....	14
III. RESPUESTA PREGUNTA B: .....	23
CONSECUENCIAS DE UNA POSIBLE DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DE LA HIPOTECA .....	23
IV.- RESPUESTA PREGUNTA C:.....	26
CONSECUENCIAS DE LA DEMANDA SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LA ABSORCIÓN.- .....	26
V.- CONCLUSIONES .....	30
VI.- BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES .....	32

## I. - INTRODUCCIÓN

El presente estudio recae sobre un caso de particulares circunstancias, mismas que no son del todo hipotéticas ya que versan sobre distintas interrogantes jurídicas que surgen de la aplicación de conceptos tales como fusión apalancada y asistencia financiera, entre otras tales como la inscripción de escritura absorción. Se tratan también aspectos procesales que llevan a solucionar de otra forma la estrategia de defensa, tales como las excepciones de Falta de Legitimación Activa y de Caducidad.

El caso en si deja que pensar. Resulta extraño ver en ambas sociedades “Mastaba, S.L.” y “Reserva, S.A.” al mismo administrador -junto a su familia en una de ellas- en que entre ambas generan negocios. A primera vista hace dudar y pensar que “algo huele mal en Dinamarca”. Sin embargo, los actos jurídicos que se generan y que motivan el caso en estudio no aparecen como algo tachable teniendo fundamentos de derecho que me han dado para “echar a volar la mente” en varios conceptos, como la dualidad prescripción-caducidad (que no se aborda directamente por ser ajeno al Trabajo Final de Master) y la procedencia de asistencia financiera.

Este último concepto es algo completamente diferente a mi formación profesional, resultando algo ajeno. En Chile, mi país, la legislación no consagra la prohibición de asistencia financiera como si lo hacen las legislaciones europeas, tanto el derecho anglosajón como el continental. Este concepto aún no ha sido desarrollado, por lo que no existen reglas específicas al respecto pese a existir de manera implícita en normas aisladas que permiten ver un atisbo de asistencia financiera. Mi país no sigue la línea regulatoria en materia mercantil, lo que ha implicado mayor facilidad en el tránsito de bienes y servicios dejando eventuales sanciones *a posteriori* para aquellos actos que ameriten censura, lo que ha sido tanto positivo como negativo encontrándonos no exentos de ciertas históricas polémicas a causa de “ayudas” para la adquisición de acciones propias. Si bien la legislación ha evolucionado, la noción de asistencia financiera como se establece en el derecho español no existe, siendo en mi caso una institución interesante de analizar.

Otro aspecto digno de resaltar y diferente para mí son los criterios de interpretación de las leyes que existe en el derecho español. El Código Civil chileno establece que las leyes deben ser interpretadas conforme a su claro tenor literal y que no se desatenderá éste ni aún a pretexto de

consultar su espíritu. De este modo, en Chile la interpretación en base a las motivaciones de la norma o a la realidad social en el cual se aplica son elementos que no son considerados por el intérprete quien debe aplicar siempre el sentido natural y obvio de las palabras conforme la Real Academia de la Lengua Española las define. En contraste, la legislación española establece que son el espíritu de la norma, su finalidad y además su contexto social lo que determinan en definitiva la decisión del intérprete en torno a su aplicación. Destaca entonces la noción de aplicar justicia a cada caso que la judicatura en toda legislación debe tener presente al momento de decidir, cobrando gran relevancia la jurisprudencia como elemento rector. Este estilo diferente -no por eso peor o mejor- lleva a reflexionar precisamente sobre la seguridad jurídica de los actos, pero también sobre la imperiosa necesidad que las normas se adapten y flexibilicen conforme las Sociedades de cada país evolucionan según sus propios menesteres. En el presente Trabajo Final de Master es utilizado este razonamiento a fin de ejercer la mejor defensa posible para los intereses del cliente que se presenta, “Bancomed”.

El presente estudio analiza, con elementos jurisprudenciales y doctrinales, ciertas discusiones en torno a la ya mencionada figura de la asistencia financiera, sobre cómo se debe interpretar el artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales y la excepción que establece, para dar paso además al desarrollo personal sobre el tema entrando en un análisis objetivo de lo que considero debiera ser el camino interpretativo de la norma en armonía con el criterio de interpretación del espíritu de las leyes.

Razonamiento separado merece la circunstancia que toda actuación en juicio -como lo es la demanda- es un acto jurídico procesal, y como todo acto jurídico debe cumplir con los requisitos de éstos, en específico la existencia de objeto y de causa. Este estudio aborda la idea que el libelo presentado carece precisamente de ambos, y como consecuencia debe ser desestimado. Esta idea se relaciona directamente con los argumentos de hecho y fundamentos de derecho de la Contestación de fondo en que he dividido la estrategia de defensa: Contestación de la demanda donde primero se alegan excepciones de Falta de Legitimación Activa y de Caducidad, para en subsidio solicitar el rechazo de la demanda en base a elementos de fondo como el recientemente expresado.

Finalmente, el presente Trabajo Final de Máster permite explorar diversas materias de las vistas en distintos cursos del Postgrado, no solamente aquellas relativas a la asistencia financiera, sino que también relacionadas con derecho concursal, derecho de contratos, litigación y derecho registral, entre otras áreas del derecho. -

## **II. - RESPUESTA PREGUNTA: A**

### **ESTRATEGIA DE DEFENSA ACONSEJADA DESDE EL DESPACHO A LA CONSULTANTE BANCOMED.-**

#### ***1.- Análisis General de la situación. -***

Se ha interpuesto demanda de nulidad de hipoteca constituida por la empresa “Reserva, S.A.”, sita en Las Rozas de Madrid, como garantía del préstamo otorgado por la entidad bancaria “Bancomed” a la empresa “Mastaba, S.L.” por la cantidad de 9.000.000.- de euros. Dicho préstamo fue otorgado con el objetivo que “Mastaba, S.L.” adquiriera la propiedad de todas las acciones de la empresa “Reserva, S.A.”. Esta operación y la consecuente hipoteca fueron constituidas en marzo del año 2006 ante el Notario de Majadahonda Don Prócuro Caftán Picazo, quedando bajo el número 428 de protocolo.

En un primer orden de ideas a fin de determinar la estrategia de defensa a aconsejar, cabe analizar el fondo de lo que se solicita mediante la demanda: la nulidad de la hipoteca constituida sobre la finca propiedad de la empresa “Reserva, S.A.”. Para ello es importante determinar el contexto en el cual dicha garantía fue adoptada. En el caso en estudio, la hipoteca de la finca en cuestión se constituyó por su propietaria “Reserva, S.A.” con la finalidad de garantizar el préstamo de dinero que “Bancomed” realizó a “Mastaba, S.L.” a objeto de adquirir la totalidad de las acciones de “Reserva, S.A.”, todo ello en marzo del año 2006. Pues bien, sin tener a la vista la demanda, es posible inferir de los hechos descritos que la nulidad alegada por la contraria (en este caso “Mastaba, S.L.”) se fundamenta en la prohibición de asistencia financiera existente en esta clase de contratos y no en otro argumento, lo que paso a explicar a continuación.

#### ***2. - Determinación de Causal de Nulidad: Concurrencia de Asistencia Financiera Prohibida.-***

La asistencia financiera puede definirse como *todos los negocios a través de los cuales la sociedad ayuda financieramente a un tercero a adquirir acciones de la sociedad.*<sup>1</sup> En este caso, “Reserva, S.A.” ha ayudado en el año 2006 a un tercero “Mastaba, S.L.” a adquirir sus propias

---

<sup>1</sup> Jesús Alfaró Águila-Real, “Asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias”, [almacendederecho.org](http://almacendederecho.org), 13 de enero de 2017.

acciones mediante el otorgamiento de hipoteca sobre su finca para garantizar el financiamiento que esta última necesitaba para concretar la operación.

Así, para el caso en estudio tratándose “Reserva, S.A.” de una Sociedad Anónima que concurre con su patrimonio a garantizar la operación de financiamiento de la adquisición de sus propias acciones, debemos atender a lo establecido por el artículo 150.1 de la Ley de Sociedades de Capital:

*“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.”*

Del tenor de la norma se concluye que constituye asistencia financiera prohibida el acto de otorgamiento de hipoteca como garantía del préstamo usado para la adquisición de sus propias acciones realizado por “Reserva, S.A.” en favor de “Mastaba, S.L.”.

De este modo, la nulidad alegada en la demanda que motiva el presente estudio, se fundamenta en que la hipoteca constituida sobre la finca propiedad de “Reserva, S.A.” constituiría una asistencia financiera prohibida. En este caso, no se ataca la adquisición de control mediante la compra de las acciones de “Reserva, S.A.” si no que se ataca la constitución de garantía. De este modo la operación de adquisición queda a salvo incluso si fuera declarada la nulidad de la hipoteca dada en garantía.

Ahora bien, la nulidad demandada se corresponde con la sanción que recibe esta clase de actos, buscando la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil en relación con los artículos 1.300 y siguientes del mismo cuerpo legal. Así *“La sanción de nulidad por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil es la procedente para los negocios de garantía o de prestación de asistencia financiera realizados contraviniendo las prohibiciones de la Ley.”*<sup>2</sup>

No obstante lo anterior, es menester destacar que el hecho que la hipoteca que se pretende anular mediante la interposición de la demanda haya sido debidamente inscrita, sin que la Dirección General de los Registros y Notariado la rechazara, no implica que no pueda ser impugnada por vía judicial ni mucho menos que el acto haya sido convalidado de alguna manera.<sup>3</sup> En efecto, a este respecto pueden existir sanciones de tipo administrativo y sanciones judiciales pero ambas no son

---

<sup>2</sup> Sentencia Apelación Audiencia Provincial Palma de Mallorca Sección 5, 02 septiembre 2013, Nº resolución 350/2013, Nº Recurso 295/2009, Ponente Santiago Oliver Barceló.

<sup>3</sup> Según se desprende de artículos 18 y 33 ambos de la Ley Hipotecaria.

excluyentes entre sí, como tampoco se considera que la ausencia de sanción administrativa o la inscripción del acto sin reparos por parte de la DGRN puedan ser consideradas como elementos habilitantes del acto ni mucho que impidan su posterior impugnación. Aun así la propia DGRN ha establecido lo que debe ser una especie de control *a priori* de esta clase de actos mediante la Resolución de fecha 01 de diciembre del año 2000.<sup>4</sup>

Por tanto, la inscripción en el Registro respectivo de la hipoteca no será tenido en cuenta como un elemento de defensa al no convalidar de modo alguno la nulidad alegada por la parte actora, siendo la hipoteca susceptible de ser impugnada.

En consecuencia, determinada la causal legal en que se funda la demanda y los hechos que argumenta, es posible determinar la estrategia de defensa a aconsejar a la consultante Bancomed.

### **3. - Estrategia de Defensa**

Existen dos vías claras de defensa: una de ellas es negociar de manera previa con la administración concursal de “Mastaba, S.L.”, a fin que desista de la demanda en base los argumentos de hecho y fundamentos de derecho que de otro modo serán utilizados en la Contestación de la Demanda. Esto último nos conduce a la segunda alternativa, tal es, Contestar derechamente la demanda oponiéndonos mediante la solicitud de rechazo, con costas. Sin embargo, en la etapa de Negociación no deben ser utilizados todos los argumentos, sólo aquellos necesarios para generar en la administración concursal el convencimiento que la demanda no tendrá destino o en su defecto, que ésta no generará efectos reales entre las partes.

Para un mejor análisis, comenzaré primeramente con el escenario de Contestar la Demanda, solicitando su más absoluto rechazo, con costas, en base a los argumentos de hecho y fundamentos de derecho que a continuación expondré.

---

<sup>4</sup> Esta resolución denegatoria de inscripción para caso de asistencia financiera prohibida estableció la base de gran parte de la doctrina respecto de esta clase de actos, siendo concordante con la posterior jurisprudencia.



### **3.1.- Contestación de la Demanda: solicitud de rechazo de la acción de Nulidad con fundamento en lo sustantivo y adjetivo del caso.-**

La Contestación de la Demanda deberá solicitar el rechazo de la acción de Nulidad que se intenta. Para ello hay suficientes elementos tanto de fondo como de forma para que dicha postura sea aceptada de forma definitiva por la judicatura en litigio.

Para ello, dentro de la estructura de la Contestación de conformidad al artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es menester dividir entre las excepciones a deducir y los fundamentos relativos al fondo.

### **3.2.- Excepción de Falta de Legitimación Activa:**

En un primer orden de ideas deberá ser alegada la Falta de Legitimidad Activa por parte de “Mastaba, S.L.” representada por su administrador concursal. En efecto, “Mastaba, S.L.” carece de legitimación activa para demandar la nulidad de la constitución de hipoteca toda vez que ha sido uno de los intervinientes del mismo acto que impugna mediante la demanda, encontrándose impedido de alegar la nulidad de los actos que ha promovido y celebrado.

La legitimación se encuentra establecida en el ordenamiento en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el que establece la condición de parte procesal legítima:

*“Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.”*

Debe entenderse entonces 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". En todo caso, la existencia o inexistencia de la legitimación viene determinada por una norma procesal (artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ha de ser considerada de oficio por el órgano jurisdiccional y su reconocimiento no lleva consigo la atribución de derechos subjetivos u obligaciones materiales, sino que, como enseña la más autorizada doctrina, coloca o no al sujeto en la posición habilitante para impetrar la aplicación de la ley a un caso concreto mediante el correspondiente pronunciamiento jurisdiccional.”*<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> STS 30 abril 2012, Nº resolución 260/2012, Nº recurso 700/2009, Sala Civil, Ponente Antonio Salas Carceller.

Establecido que debemos entender por falta de legitimación activa a la carencia de titularidad para ejercer una acción determinada, y que dicha legitimación puede y debe ser objeto de revisión, es que se hace necesario establecer que en este caso la sociedad “Mastaba, S.L.” representada por su administrador concursal carece de la misma para demandar la nulidad. Así, en base a esta determinación es que para el caso en estudio corresponde primeramente alegar la falta de legitimación activa de la demandante conforme al artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, ello, pasará a exponer el fundamento de esta falta de legitimación activa que será el primer elemento alegado al momento de contestar la demanda.

La sociedad “Mastaba, S.L.” es uno de los participantes de la operación celebrada con “Reserva, S.A.” con la finalidad de adquirir la totalidad de sus acciones y en virtud de la cual esta última otorgó su finca en garantía hipotecaria, acto cuya nulidad se persigue. De este modo “Mastaba, S.L.” ha concurrido y colaborado con el acto mismo que pretende invalidar, toda vez que ha sido ésta la solicitante del préstamo, ha sido ésta la beneficiaria del préstamo y consecuente adquisición de acciones, y ha sido ésta la beneficiaria con la constitución de la hipoteca que ahora pretende anular.

En este escenario “Mastaba, S.L.” a través de su administrador concursal no se encuentra en la posición de impugnar la validez de un acto en el que intervino y propició las circunstancias que lo rodean. Reconocer su titularidad implicaría reconocer un aprovechamiento del dolo propio, toda vez que la intención de la propia parte actora fue la de concretar la hipoteca en la forma en que se hizo para ahora pretender anular el acto, no pudiendo aducir a estas alturas que “desconocía” que el acto fuera nulo o anulable. Es en este momento donde actúa la teoría de los actos propios respecto de “Mastaba, S.L.”.

La jurisprudencia es inequívoca a este respecto. En Sentencia de 09 de diciembre de 2012 el Tribunal Supremo estableció “...*ha argumentado en derecho la razón por la que ha denegado la legitimación de la 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 -la sentencia razona que no está legitimado para impugnar quien participó y contribuyó decisivamente en la gestación de los negocios jurídicos cuya nulidad postula, so pena de que admitiésemos que fuera contra sus propios actos y, con abuso de derecho, pretendiera en vía concursal la anulación de unos créditos a cuyo*

*nacimiento consintió. Todo ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.2 y 1.302 del Código Civil, 57 del Código de Comercio y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.*<sup>6</sup>

Cabe mencionar que esta resolución del Supremo recae en litigio donde la administración concursal de una empresa solicita la nulidad de la constitución de garantía en circunstancias casi idénticas a las del caso que motiva el presente estudio, por lo que cobra aún mayor relevancia a la hora de invocarla en la defensa de Bancomed.

La circunstancia que -según razona la misma Sentencia *supra* reproducida- posean naturaleza sustantiva las reglas regulatorias de la ineficacia de los negocios celebrados con infracción de normas societarias como las que prohíben la asistencia financiera, no implica que no se espere que las partes intervinientes del acto impugnado actúen en congruencia a los mismos, siendo contrario a la buena fe el impugnar un acto o contrato a cuya celebración concurrió, alegando posteriormente la nulidad del mismo por causas legales que no pudo desconocer al concretarlo.

De este modo, incluso de forma indistinta a la causa circunstancial que fundamenta la nulidad alegada la acción interpuesta por “Mastaba, S.L.” no puede prosperar por carecer de legitimación activa al haber concurrido, contribuido y participado de forma directa en el negocio jurídico cuya invalidación solicita.

### **3.3.- Excepción de Caducidad de la Acción de Nulidad**

Como una segunda excepción a deducir contra la demanda de Nulidad impetrada por “Mastaba, S.L.” se encuentra la Caducidad, en base a la cual la acción ha sido deducida extemporáneamente habiendo transcurrido con creces el plazo que la legislación otorga para alegar vía acción la Nulidad de la hipoteca constituida por “Reserva, S.A.” en garantía del préstamo otorgado por Bancomed a “Mastaba, S.L.”.

En efecto, el plazo para demandar la nulidad se encuentra regulado en el artículo 1.301 del Código Civil:

*“La acción de nulidad sólo durará cuatro años.”.*

Al contrastar la fecha de constitución de la hipoteca impugnada, es decir marzo del año 2006, con la fecha de la demanda en marzo de 2015, es que en virtud del artículo 1.301 la nulidad alegada

---

<sup>6</sup> STS 09 diciembre 2012, N° resolución 779/2012, N° recurso 604/2010, Sala Civil, Ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

ha caducado, por lo que no debe prosperar y necesariamente deberá ser rechazada por el Juez de la causa.

Para llegar a realizar esta afirmación es necesario hacer un análisis completo de la norma en relación al caso. La norma en comento señala además de lo ya reproducido cuáles son las circunstancias a partir de la cual comienza el cómputo del plazo de caducidad establecido, pero sin embargo no es posible obtener para el caso en estudio alguna circunstancia específica y clara que le sea aplicable. No obstante, el momento en que debe comenzar a contarse el plazo se encuentra implícito en el párrafo anterior: desde la fecha de constitución del acto cuya nulidad se alega, vale decir, desde marzo del año 2006.

En efecto, es la consumación del acto o contrato -en este caso la constitución de hipoteca- la que marca el inicio del plazo de caducidad. Así, ya fue analizada en este estudio la circunstancia que la parte actora participó en la ejecución y constitución del acto impugnado con la demanda, siendo precisamente “Mastaba, S.L.” beneficiado con la garantía hipotecaria. Pues bien, al haber participado del acto es posible concluir con certeza que esta última **conocía todos los aspectos jurídicos aplicables al caso, estando en conocimiento de las circunstancias del mismo y las consecuencias que generaba**, no pudiendo alegar desconocimiento del derecho al momento de constituirse la hipoteca. De este modo, no podía desconocer las circunstancias que podrían eventualmente anular el acto o contrato impugnado, en este caso, conocía plenamente la prohibición de asistencia financiera que podría haber respecto de la constitución de hipoteca sobre la finca propiedad de “Reserva, S.A.” como garantía del préstamo de 9.000.000.- que mi cliente -“Bancomed”- le otorgó para la adquisición de la totalidad de acciones de la propia “Reserva, S.A.”.

En consecuencia, desde el momento mismo de constitución de la hipoteca atacada con la demanda que la actora “Mastaba, S.L.” conocía de las circunstancias en las cuales se fundamenta la demanda, siendo este hecho objetivo aquel que marca el inicio del cómputo del plazo de caducidad del artículo 1.301 del Código Civil. Con todo, los Principios Europeos de los Contratos en su artículo 4:113 establecen este hecho como aquel en que debe comenzar a contarse el plazo referido:

*“Artículo 4:113: Plazos*

*(1) La anulación debe comunicarse en un plazo razonable, conforme a las circunstancias, a partir del momento en que la parte que anula el contrato haya tenido noticia de los hechos relevantes o hubiera debido tenerla, o desde el momento en que haya sido libre para actuar.”<sup>7</sup>*

A todas luces el momento en que la demandante “Mastaba, S.L.” tuvo noticia de los hechos relevantes, o a lo menos -como los Principios Europeos de los Contratos consagran- en que hubiera debido tener dicha noticia fue al constituirse la hipoteca mediante la escritura elevada a pública bajo protocolo 428 ante el Notario de Majadahonda don Próculo Caftán Picazo, constando esto último en “esta misma escritura” junto con el préstamo otorgado por Bancomed a “Mastaba, S.L.”. De este modo, resulta claro que es este momento a partir del cual debemos contar el plazo de cuatro años para alegar la nulidad de la hipoteca.

En la misma línea de razonamiento se ha manifestado la Jurisprudencia: “...*En la fecha en que el art. 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).*”<sup>8</sup>

La conclusión lógica entonces es que “Mastaba, S.L.” tenía noticia del vicio de nulidad que alega desde marzo de 2006, pero sin embargo ha interpuesto su demanda recién en marzo de 2015, por lo que la acción ha caducado y debe ser rechazada en todas sus partes. Esto último además coincide el inicio del plazo con aquel destinado por el artículo 1.301 del Código Civil para los casos de error o dolo, siendo éste desde la consumación del acto o contrato.

---

<sup>7</sup> PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas). Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos Presidente: Profesor Ole Lando. Traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds., “Principles of European Contract Law”, Kluwer Law International, La Haya, 2000, Pág 18. La versión inglesa de los principios es la versión original. <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegObiContr/PECL%20I+II.pdf>

<sup>8</sup> STS 12 enero 2015, N° resolución 769/2014, N° recurso 2290/2012, Sala Civil, Ponente Rafael Saraza Jimena.

### **3.4.- En subsidio de las excepciones anteriores, rechazo de la acción de nulidad: Contestación de fondo**

De forma subsidiaria a las excepciones deducidas, será necesario Contestar derechamente la demanda, y haciéndose cargo de los fundamentos del libelo solicitar su completo rechazo, en base a argumentos de hecho y fundamentos de derecho que se expondrán a continuación.

Primeramente, es necesario manifestarse respecto que sea el administrador concursal de “Mastaba, S.L.” quien interpone el libelo en su representación, lo que como se desprende del enunciado del caso en estudio implica la declaración de concurso de esta sociedad. Dicha declaración ha sido un concurso voluntario de acreedores efectuada a finales de enero de 2015. A este respecto debo mencionar que esta declaración no es impedimento para que se deduzca la demanda, no encontrándose vedado el ejercicio de acciones de impugnación de actos del deudor en concurso que procedan conforme a derecho, encontrándose facultado el administrador concursal para interponer esta acción de impugnación por el artículo 33.1.a.6° de la Ley Concursal.<sup>9</sup>

Así la sola declaración de concurso no impide el ejercicio de las acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho.

Aparece como necesario el mencionar en esta parte del escrito de Contestación el hecho que la demandante “Mastaba, S.L.” al interponer el libelo se encuentra en proceso de fusión con la codemandada “Reserva, S.A.”, habiendo suscrito escritura elevada a pública que contiene el acuerdo de absorción de esta última por “Mastaba, S.L.”, encontrándose pendiente su inscripción en el Registro Mercantil. Esto además implica que los respectivos órganos de administración han adoptado dicho acuerdo previamente. Por ello, a la fecha de la Contestación, “Bancomed” desconoce el verdadero estatus procesal que tendrá durante el litigio la hasta ahora codemandada “Reserva, S.A.” atendido que si bien previo a su inscripción la fusión no genera efectos respecto de terceros, no es menos cierto que respecto de las partes involucradas la fusión genera todos sus efectos desde el momento de su suscripción siendo esta la fecha de su asiento de presentación<sup>10</sup>, temiendo que la postura posterior de “Reserva, S.A.” cause indefensión a “Bancomed”. Esto último deberá ser alegado

---

<sup>9</sup> **“Funciones de la administración concursal.** 1. Son funciones de los administradores concursales, en los términos previstos en esta Ley, las siguientes:

a) De carácter procesal:

6. ° Ejercer las acciones rescisorias y demás de impugnación.”

<sup>10</sup> A este respecto las resoluciones de DGRN de fechas 20 septiembre y 13 octubre ambas de 2011 no son lo suficientemente claras, dejando la duda sobre su aparente carácter contradictorio. La Sentencia del Tribunal Supremo roj STS 3316/2012, de 21 mayo 2012, N° recurso 5872/2009, Ponente Joaquín Huelín Martínez de Velasco, ha despejado toda duda al respecto fijando como fecha válida de inscripción la del asiento de presentación aunque su inscripción en el respectivo Registro sea posterior. “Se ha de subrayar que esa previsión legal, estableciendo como tiempo de acceso al Registro el del asiento de presentación, datando en esta fecha la posterior inscripción, responde al principio de seguridad jurídica que debe ofrecer el sistema registral. De no ser así, los efectos frente a terceros de los negocios que tienen acceso al Registro dependerían de la mayor o menor diligencia con la que fueran calificados por el registrador los instrumentos en que se documentan.”

en la **Audiencia Previa** a fin que se determine el estatus procesal como demandante o demandado que tendrá en el litigio dicha sociedad, habida consideración que además de lo ya expuesto, ambas empresas -“Mastaba, S.L.” y “Reserva, S.A.”- tienen sus respectivos órganos de administración bajo el control de la misma persona, don Pedro Díez Sáez, el cual en virtud del artículo 48 de la Ley Concursal continúa administrando ambas sociedades mientras no sea suspendido de sus funciones, suspensión que en la especie no ha ocurrido.

Dicho esto, corresponde entonces entrar a analizar los fundamentos de la demanda. Como ya he expuesto anteriormente, será necesario esgrimir la espada de la defensa en orden a destruir todos los argumentos de hecho y fundamentos de derecho que la contengan, y en específico alegar lo siguiente:

### **Ineficacia total de la demanda:**

El libelo en si no posee destino. Simple y corto pero fundado tanto en hechos irrefutables y en normas expresas. Es un hecho que la demanda de Nulidad presentada por “Mastaba, S.L.” es una impugnación por vía de invalidación, que genéricamente provocaría como consecuencia la anulación de un acto, debiendo retrotraerse las partes al estado anterior al de celebración del acto invalidado, teniendo la obligación de restituirse lo que se hayan dado o pagado producto del mismo.<sup>11</sup> En el caso de la especie, no ha existido ninguna contraprestación entre las partes producto de la constitución de hipoteca, no pudiendo ser éste un efecto de una supuesta aceptación de la demanda. Así queda como única consecuencia -de forma restrictiva- la invalidación del acto, en este caso, la invalidación de la hipoteca quedando a salvo tanto el negocio jurídico de adquisición de las acciones de la sociedad “Reserva, S.L.” como también a salvo el préstamo otorgado por “Bancomed” a “Mastaba, S.L.”. Esto es precisamente lo que se solicita en la demanda como lo sostiene el enunciado.

Sin embargo, siendo el único efecto la anulación de la hipoteca y su consecuente cancelación de inscripción registral, es necesario tener claro que dicha inscripción a la fecha de la demanda ya no existe.

En efecto, la sociedad “Mastaba, S.L.” dejó de cumplir con sus obligaciones contractuales hacia “Bancomed” en el mes de julio del año 2013, lo que provocó que esta institución financiera

---

<sup>11</sup> Artículo 1.303 del Código Civil: “*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.*”.

promoviese procedimiento hipotecario de ejecución respecto de la finca hipotecada en garantía del préstamo, inmueble propiedad de “Reserva, S.A.”. Pues bien, como consecuencia de tal procedimiento la finca fue subastada y adjudicada judicialmente en diciembre de 2014 a la misma sociedad “Reserva, S.A.” quien concurrió y pagó el precio.

Como se aprecia la adjudicación en subasta del inmueble se materializa en un proceso judicial, por lo que las resoluciones que se hayan dictado en este se generan efecto de cosa juzgada, ello a la fecha de interposición de la demanda de Nulidad en marzo de 2015. La actuación relevante de dicho litigio es aquella que materializó la adjudicación, toda vez que el artículo 134 de la Ley Hipotecaria establece:

*“El testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la **cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución**, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento.”.*

En virtud del testimonio de adjudicación, la hipoteca cuya Nulidad se demanda ha dejado de existir, siendo cancelada, como también lo dispone el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“Asimismo, el Secretario judicial mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados.*

*También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación.”.*

Cabe recordar que la hipoteca es accesorio, no existe por sí sola, por lo que al ser solucionado el préstamo que se encontraba garantizando a través de la ejecución judicial y consecuente adjudicación en subasta, ésta ha concluido por lo que no posee existencia jurídica. En este sentido podemos afirmar que lo accesorio sigue la suerte de lo principal: extinguiéndose el préstamo, se extingue la garantía. Este principio será abordado con mayor profundidad más adelante en el presente estudio.



Incluso si la ley no ordenara la cancelación de la hipoteca, ésta no es necesaria para acreditar que la hipoteca ha sido solucionada por el medio que sea ya que el derecho registral español no lo exige como un requisito *sine qua non* para extinguir este gravamen.

Podemos apreciar, al establecerse legalmente que tanto la adjudicación en favor del adjudicatario - “Reserva, S.L.”- como la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, **que dicha hipoteca ha sido extinguida legalmente**. Esta circunstancia goza de efecto de cosa juzgada al concretarse mediante procedimiento seguido ante la Justicia ordinaria. Cabe señalar que no concurren circunstancias de cláusulas abusivas, por lo que no opera la excepción al efecto de cosa juzgada que pesa en la ejecución hipotecaria.

Así las cosas, al no existir la inscripción que la demanda de Nulidad solicita cancelar, es que esta acción **carece de objeto** por lo que debe imperativamente ser rechazada.

Con todo, y sin perjuicio de lo anterior, la demanda también incurre en una gran contradicción respecto de su **causa de pedir**, entendiendo por ello el fundamento inmediato del derecho que se persigue: al solicitar la invalidación de un acto que previo a su interposición ha dejado de existir, se ha hecho imposible de cumplir en caso que prospere. No puede ordenarse la invalidación de un acto que ya no tiene existencia legal ni mucho menos puede ordenarse la cancelación de una inscripción registral que tampoco existe. En consecuencia, no estando nadie obligado a cumplir con lo imposible, es que la causa de pedir de la demanda es en si es carente de fundamento.

Es posible sostener entonces que **la demanda**, como acto jurídico procesal, **carece de objeto y de causa (de pedir), resultando en consecuencia necesario que sea rechazada en todas sus partes**.

### **Inexistencia de bien jurídico digno de ser cautelado por la interposición de la demanda:**

En el litigio no existe una causa de pedir que sea jurídicamente relevante para ninguna de las partes, incluso sin que la propia parte actora posea un legítimo derecho digno de protección legal que se encuentre en enterevero. En efecto, como ya he mencionado anteriormente no podría haber restitución entre las partes producto de una hipotética aceptación de la demanda toda vez que éstas no se han otorgado nada recíprocamente producto de la hipoteca. Al quedar de esta forma como única sanción la invalidación de la hipoteca -que ya vimos no existe a la fecha de interposición de la

demanda- es menesteroso determinar cuál es el interés que posee la demandante en que se invalide la hipoteca.

A este respecto, la parte actora no posee interés relevante en ello, careciendo de interés patrimonial en virtud de la ausencia completa de perjuicio patrimonial que reparar con la demanda. Ahondando en esto, “Mastaba, S.L.” se encuentra al momento de demandar en concurso de acreedores, pero en este contexto no existe perjuicio patrimonial alguno que afecte derechos de sus acreedores ni tampoco cabe la posibilidad de incrementar derechos de la masa para cobrar sus créditos.

Si bien es cierto mediante la operación en cuyo mérito se constituyó la hipoteca impugnada en marzo de 2006 no se concretó fusión, no resulta menos válido el sostener que en virtud de ella “Mastaba, S.L.” obtuvo el control de “Reserva, S.A.”. Así, al colocar este hecho en consonancia con el contexto vivido por la demandante -concurso de acreedores- es que resulta necesario determinar si la acción de Nulidad interpuesta por la administración concursal tiene como presupuesto objetivo que el acto mismo suponga un perjuicio para la masa activa. Pero ¿qué es un acto perjudicial para la masa? Debemos entender a este respecto todos aquellos actos realizados por el deudor que impliquen una disminución del patrimonio o hayan impedido un incremento del mismo.<sup>12</sup>

De este modo, pese a tener la facultad legal de interponer la demanda, el administrador concursal en específico carece de fundamento en su demanda, toda vez que dicha acción no va en beneficio ni de los acreedores ni de la sociedad en concurso.

Este elemento no se encuentra aislado, si no que debe ser entendido en relación con el fenómeno de la asistencia financiera prohibida que sirve de fundamento al libelo.

Se acusa a la hipoteca constituida de ser asistencia financiera prohibida. El artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales, pese a la prohibición, ha regulado y “permitido” esta ayuda en operaciones de fusiones apalancadas -“LBO” por sus siglas en inglés para *Leveraged Buyout*-, estableciendo que estas “ayudas” son posibles bajo ciertas circunstancias.

---

<sup>12</sup> SÁNCHEZ CALERO, JUAN y FERNÁNDEZ TORRES, ISABEL “Fusiones Apalancadas, Asistencia Financiera y Concurso”, Estudios La Ley, Texto intervención presentada en VIII Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil año 2010, Página 128.

Una operación de LBO podemos definirla como una ocasión en que una persona o grupo utiliza dinero prestado para comprar una empresa<sup>13</sup>. En nuestro caso, los fondos prestados fueron aportados en su oportunidad por “Bancomed”. Sin perjuicio de ello, huelga recordar que no es esta operación la que se encuentra bajo la mirada acusadora de la demanda, si no que sólo lo es la garantía otorgada por “Reserva, S.A.” para garantizar dicho préstamo dinerario. Por su lado, pese a la adquisición del control de la totalidad de las acciones de “Reserva, S.L.” por parte de “Mastaba, S.A.”, la fusión de ambas no se concretó tras esta operación. En la especie no hubo una fusión materializada en poco tiempo tras la adquisición en marzo de 2006, si no que dicha fusión recién ha sido materializada a finales del año 2014<sup>14</sup>. No obstante ello, es posible determinar que la adquisición de las acciones y **la constitución de la hipoteca eran necesarias y podrían haber otorgado beneficios financieros**, que ésta pudo ser una buena decisión económica y que no causaría perjuicio ni a terceros ni a las partes. Que el artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales establezca la obligación de contar con informe de expertos económico financieros respecto de si constituye o no asistencia financiera resulta irrelevante ya que no son éstos quienes en definitiva son los llamados a determinar semejante calificación jurídica, si no que ello le corresponde a los Tribunales de Justicia. Sin embargo, esto si nos dice que la opinión de los expertos puede acreditar la conveniencia de una operación con asistencia financiera y que ésta, pese a su prohibición, puede ser permitida en base a la conveniencia económica del negocio jurídico, constituyendo una mera formalidad del acto.

Así, junto a la Contestación de la demanda, será necesario contar con informe de expertos para aportar prueba pericial en juicio, así como presentar como documental los informes que el propio “Bancomed” debe haber realizado en su momento para otorgar el préstamo a “Mastaba, S.L.” que acrediten la viabilidad y la conveniencia de la operación. La racionalidad y oportunidad de la fusión y adquisición de acciones, entendidos dentro de los efectos positivos de un proyecto empresarial determinado<sup>15</sup>, llevan a justificar la adquisición apalancada en circunstancias como las del caso en estudio, apareciendo como necesaria y sin que la constitución de hipoteca sea algo prohibido en función de la conveniencia de la operación.

---

<sup>13</sup> Cambridge University Dictionary. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/leveraged-buyout>

<sup>14</sup> El artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales habla de un plazo de tres años para concretar la fusión contado desde la operación de adquisición apalancada.

<sup>15</sup> SÁNCHEZ CALERO, JUAN y FERNÁNDEZ TORRES, ISABEL “Fusiones Apalancadas, Asistencia Financiera y Concurso”, Estudios La Ley, Texto intervención presentada en VIII Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil año 2010, página 116.

En este sentido las Directivas europeas<sup>16</sup> que regulan la materia apuntan a flexibilizar las operaciones de asistencia financiera de manera tal de permitir las en ciertas circunstancias, lo que ya se recoge en parte por el artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

Párrafo aparte merece la circunstancia que las normas no poseen una interpretación literal estricta, sino que deben ser interpretadas según su espíritu y finalidad, en atención a su contexto histórico y según los criterios que conforme a la realidad social más convenga.<sup>17</sup> De este modo, el artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales deberá ser interpretado en el caso en estudio conforme al espíritu que proyecta y a la finalidad que satisface. A este respecto, encontrándonos en un contexto de internacionalización y armonización legal con relación a la Unión Europea es que la norma en comento debe interpretarse conforme a la Directiva Europea que lo motiva: la Segunda Directiva Europea en Derecho de Sociedades en su artículo 23.1 modificada en el año 2006. Esto se ve reflejado en el propio Preámbulo de la Ley de Modificaciones Estructurales, que señala que “*En las disposiciones finales se da nueva redacción a algunos artículos de las leyes de sociedades de capital y se añaden otros nuevos para adecuar la legislación española a esos postulados de mayor flexibilidad que han servido de fundamento a la ampliamente discutida modificación de la Segunda Directiva.*”<sup>18</sup>

Así las cosas, al interpretar la norma que permite la concurrencia de asistencia financiera prohibida para la adquisición de control de una sociedad usando como base el objeto y espíritu que esta tiene, llegamos a la conclusión que estos últimos consisten precisamente que ésta se permita en ciertas circunstancias. No obstante, no debe ser permitida en cualquier escenario, si no que sólo en aquellos para los cuales fue pensada. Para esto, la finalidad de la reforma de la Segunda Directiva Europea en Derecho de Sociedades en materia de asistencia financiera “*es claramente, como ya se ha indicado, flexibilizar su régimen, permitiendo a las sociedades anónimas un margen de actuación en este punto, hasta este momento teóricamente inexistente. Sobre todo parece haber pesado la idea de no obstaculizar indebidamente LBOs*”<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> SÁNCHEZ CALERO, JUAN y FERNÁNDEZ TORRES, ISABEL “Fusiones Apalancadas, Asistencia Financiera y Concurso”, Estudios La Ley, Texto intervención presentada en VIII Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil año 2010, Página 129.

<sup>17</sup> Principio establecido por el Código Civil en su artículo 3.

<sup>18</sup> Preámbulo Ley de Modificaciones Estructurales, sección III.

<sup>19</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO, “La Reforma de Asistencia Financiera en Europa”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil Universidad Complutense de Madrid, Diciembre 2006, Página 21. [http://eprints.ucm.es/5992/1/REFORMA\\_ASISTENCIA\\_FINANCIERA\\_EN\\_EUROPA-E-prints.pdf](http://eprints.ucm.es/5992/1/REFORMA_ASISTENCIA_FINANCIERA_EN_EUROPA-E-prints.pdf)

Con todo, esta flexibilidad a la hora de interpretar la norma también debe ser aplicada respecto de la sanción de Nulidad que se solicita. En efecto, pese a que no existe una sanción específica en la legislación española hacia los actos de asistencia financiera prohibida, la Nulidad puede no ser la “solución” para estos actos, ya que movidos por esta flexibilidad en el espíritu de las normas reguladoras de esta materia, hace que pese a ser un acto *contra legem* la Nulidad no deba ser necesariamente aplicada. Así la Jurisprudencia se ha manifestado ya desde hace tiempo a este respecto, de lo que aquí reproduzco una Sentencia del Tribunal Supremo esclarecedora:

*“Esta Sala, al enfrentarse con el texto del número tercero del artículo sexto con antecedente en el párrafo primero del artículo cuarto antiguo del Código Civil, ha reconocido su importancia, proclamando ( sentencia de uno de marzo de mil novecientos treinta y cuatro ) que constituye un auxilio del derecho para remediar las faltas fundamentales o graves cometidas en actos jurídicos o procesales (para éstos, véase ahora el régimen de los artículos doscientos treinta y ocho a doscientos cuarenta y tres de la Ley del Poder Judicial ); pero, al mismo tiempo de ese reconocimiento se ha visto compelida a delimitar su preciso alcance estableciendo ( sentencias de diecinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro y veintiocho de enero de mil novecientos cincuenta y ocho ) que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad ( sentencias, entre otras, de dieciocho de octubre de mil novecientos sesenta y tres, veintidós de marzo de mil novecientos sesenta y cinco, uno de febrero y ocho de marzo de mil novecientos sesenta y seis, diecinueve de enero de mil novecientos sesenta y siete, treinta y uno de mayo de mil novecientos sesenta y ocho, catorce de diciembre de mil novecientos setenta y uno, treinta de junio de mil novecientos setenta y ocho y ocho de junio de mil novecientos sesenta y nueve ) que hace deba ser interpretado no con criterio rígido, sino con criterio flexible, por lo que no es posible admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad, ni tampoco que sea preciso para la validez de los actos contrarios a la Ley que tal validez sea dispuesta de modo textual en la ley misma.”<sup>20</sup>.*

Respecto del caso en estudio, la última parte de la Sentencia reproducida destacada en negro deja de manifiesto la interpretación flexible de la norma, y que pese a la sanción general no necesariamente el acto impugnado debe ser declarado carente de validez, como sucede con la hipoteca que garantizó el préstamo de “Bancomed” para la adquisición por “Mastaba, S.L.” de las acciones de “Reserva, S.A.” que se encuentra en análisis. Así también lo razona parte de la doctrina que a la luz de la Sentencia en comentario y de otras resoluciones similares, ha sostenido que la jurisprudencia delimitadora del Tribunal Supremo respecto de la aplicación de la nulidad también rige para litigios

---

<sup>20</sup> STS 6468/1987, 17 octubre 1987, Sección 1, Ponente Cecilio Serena Velloso.

de prohibición de asistencia financiera, las que escasas consideran válida la operación asistencial o derechamente no se han planteado la nulidad de la misma<sup>21</sup>. Parte de dicha jurisprudencia ya se encuentra contenida *ut supra* en el presente estudio.

Ahora bien, establecido que la nulidad no aparece como necesaria ni tampoco imperativa para la especie, debo relacionar estos conceptos con lo que venía desarrollando anteriormente respecto a la ausencia de perjuicio patrimonial en el acto impugnado por la demanda, ya que por el contrario, **la operación era favorable para la parte actora y la invalidación de su garantía no implicará beneficio alguno para esta, y junto a ello, no constituiría asistencia financiera prohibida por haber sido ésta concretada en base a la conveniencia económica y financiera que representó para las partes en su momento.**

De este modo, como ya esboqué anteriormente, junto a la Contestación de la demanda será necesario presentar prueba pericial de expertos que acredite la conveniencia de la adquisición de las acciones de “Reserva, S.L.” conjuntamente con la constitución de la hipoteca para garantizar el apalancamiento. Dicha pericial deberá contener, conforme a la Directiva Europea, los siguientes elementos:

- 1.- Que se preste en condiciones de mercado justas;
- 2.- Que se apruebe por la Junta General de accionistas, y;
- 3.- Que no afecte al patrimonio vinculado.<sup>22</sup>

Junto a esto, como también indiqué anteriormente, “Bancomed” deberá aportar para presentar junto a la Contestación de la demanda aquellos documentos financieros de la época relativos al préstamo de los 9 millones de euros a “Mastaba, S.L.”, los que demostrarán la conveniencia económica que la adquisición de acciones de “Reserva, S.A.” representaba para “Mastaba, S.L.” al momento de concretarse la operación.

Sin perjuicio de todo lo anteriormente razonado, si hipotéticamente la adquisición de las acciones de “Reserva, S.A.” hubiera sido una circunstancia gatillante de la posterior cesación de pagos de “Mastaba, S.L.” no es dicho acto sobre el que se solicita su nulidad, sino que sólo la

---

<sup>21</sup> VARGAS VASSEROT, CARLOS, “Los efectos jurídicos de la contravención de la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias”, Estudios sobre futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Universidad Carlos III, 2015, Página 974.  
[https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21030/efectosjuridicoscontravencion\\_vargasvasserot\\_RIO\\_2015.pdf](https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21030/efectosjuridicoscontravencion_vargasvasserot_RIO_2015.pdf)

<sup>22</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO, “La Reforma de Asistencia Financiera en Europa”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil Universidad Complutense de Madrid, Diciembre 2006, Página 25.  
[http://eprints.ucm.es/5992/1/REFORMA\\_ASISTENCIA\\_FINANCIERA\\_EN\\_EUROPA-E-prints.pdf](http://eprints.ucm.es/5992/1/REFORMA_ASISTENCIA_FINANCIERA_EN_EUROPA-E-prints.pdf)

constitución de garantía que un tercero -precisamente “Reserva, S.A.”- es la que se encuentra impugnada, por lo que su anulación tampoco representa beneficio patrimonial para los acreedores del concurso.

Por tanto, los fundamentos del libelo deben ser desestimados rechazándose la acción, toda vez que **la demandante no ha sufrido perjuicio alguno con el acto atacado como tampoco debe ser considerada la anulación de la hipoteca por figurar -la adquisición de acciones en dichas condiciones- como necesario, ventajoso y conveniente en términos económicos y financieros.**

### **Conclusiones:**

Es en base a los argumentos de hecho y fundamentos de derecho expresados que la demanda deberá ser desestimada y rechazada en todas sus partes, en primer lugar por las excepciones deducidas y subsidio de éstas, para el hipotético caso que no fueran acogidas, que se rechace la demanda en base a lo ya señalado respecto a imposibilidad de cumplir con el objetivo de la demanda, por carecer de objeto y causa de pedir, y por no constituir un caso de asistencia financiera prohibida. Así debe ser indicado en el suplico y esta debe ser la estrategia tanto de fondo como de forma para ejercer una aprobada defensa en juicio.-

## **III. RESPUESTA PREGUNTA B:**

### **CONSECUENCIAS DE UNA POSIBLE DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DE LA HIPOTECA**

Para responder a este interrogante y emitir opinión, debo aplicar lo razonado en la respuesta anterior respecto a la estrategia de defensa, específicamente en la parte relativa a la ya inexistente hipoteca.

Como el supuesto es que se ha librado Sentencia Definitiva condenatoria, implicando esto que se encuentra firme y ejecutoriada, cabría analizar los efectos que ésta tendría para las partes en relación a la invalidación y cancelación de la inscripción correspondiente atendidos diversos escenarios.

Según lo indica el propio supuesto, a causa del incumplimiento de “Mastaba, S.L.” de su deber de pago respecto del préstamo, es que mi cliente “Bancomed” promovió procedimiento de ejecución

de la finca que se encontraba garantizando dicho préstamo mediante la hipoteca. Producto de la dicha ejecución hipotecaria, el inmueble fue subastado y adjudicado a “Reserva, S.A.” quien concurrió pagando el precio. Huelga decir que el adjudicatario resulta ser el mismo propietario de la finca.

Ahora bien, esto nos indica que la hipoteca ha dejado de existir, toda vez que por aplicación de la ley, según los artículos 134 de la Ley Hipotecaria y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el mismo Juzgado que ha conocido la ejecución ha ordenado la cancelación de la misma.

De este modo, aunque la Sentencia que recaiga en el caso en estudio sea condenatoria, declarando judicialmente la nulidad de la hipoteca, esta no produciría efecto alguno en las partes toda vez que desde antes de iniciado el litigio ésta ya no existía y su inscripción ya se encontraba cancelada.

A este respecto, *“pagada la hipoteca esta está muerta y hay que enterrarla, como cualquier muerto”*<sup>23</sup>. En este caso, el entierro queda simbolizado por la cancelación de su inscripción como lo disponen las normas citadas. Es imposible por tanto, que una vez producida su cancelación, en especial por adjudicación que se encuentra firme, la hipoteca vuelva a tener existencia legal.

A mayor abundamiento, como ya señalé en la respuesta anterior la hipoteca es accesoria al contrato que se encuentra garantizando, que en este caso es un préstamo, y si dicho préstamo ya fue satisfecho vía ejecución judicial entonces resulta imposible que dicha hipoteca vuelva a existir y vuelva a inscribirse. Repito nuevamente, lo accesorio -hipoteca- sigue la suerte de lo principal.

Cabe precisar en este punto que el crédito principal que se encontraba garantizando la hipoteca tampoco existe, fue cancelado mediante el procedimiento ejecutivo hipotecario, obteniéndose compulsivamente su cumplimiento, es decir, se ha producido el mismo poder liberador que habría generado el pago íntegro y oportuno del crédito. Como consecuencia, en vista que el préstamo de “Bancomed” a “Mastaba, S.L.” ha dejado de existir, también ha dejado de existir la hipoteca en su calidad de accesoria al crédito que garantizaba. De este modo, el efecto que produce la ejecución hipotecaria es la de extinguir además la hipoteca, la cual ha sido cancelada por aplicación de la Ley.

En este sentido, es el Tribunal Supremo quien se ha manifestado al respecto, ratificando lo resuelto por Audiencias Provinciales, en este caso, la Audiencia Provincial de A Coruña:

---

<sup>23</sup> Notario Francisco Rosales de Salamanca Rodríguez, [www.notariofranciscorosales.com/cancelacion-de-hipoteca-mitos-y-leyendas/](http://www.notariofranciscorosales.com/cancelacion-de-hipoteca-mitos-y-leyendas/), diciembre de 2013.



*“Crédito e hipoteca son realidades autónomas e inconfundibles, situadas en relación de dependencia, siendo el crédito el elemento principal y la hipoteca el elemento accesorio. La condición de deudor y la de hipotecante pueden no coincidir, bien de forma simultánea al nacimiento de la obligación y a la constitución de la garantía hipotecaria, bien por actos sobrevenidos. La responsabilidad del deudor, salvo en el supuesto del artículo 140 de la Ley Hipotecaria , alcanza a todos sus bienes presentes y futuros. La del titular del bien hipotecado, en el caso de que no coincida con el deudor, se limita al importe de ese bien. La accesoriedad de la hipoteca, que se desprende claramente de los artículos 1.212, 1.528, 1557.1 y 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, supone que las vicisitudes del crédito afectan a la garantía, que desaparece por extinción de aquél.”<sup>24</sup>.*

Esto último hace concluir que la hipoteca no podría existir si la obligación principal deja de existir<sup>25</sup>, como ocurre en la especie.

Pues bien, en el caso en estudio como la hipoteca se extinguió al desaparecer la obligación principal, y ser ordenada su cancelación mediante el Testimonio del Decreto de Adjudicación y el Mandamiento de Cancelación de Cargas, es que, aunque tuviéramos una declaración de nulidad en el presente juicio esta no produciría efectos respecto de las partes ni respecto de nadie.

Me gustaría en este punto hacer un símil. En Estados Unidos durante la primera mitad del siglo XX vivió un famoso “Gángster” conocido como Al Capone. Pese a sus numerosos crímenes, no pudo ser apresado ni juzgado por ellos hasta que las autoridades descubrieron infracciones tributarias que finalmente lo enviaron a la cárcel, es decir, se logró condenarle por causas distintas por las que debió pagar. Con la hipoteca en comento, por más que existiera una hipotética justa causa para invalidarla, ésta ya “pagó su culpa” por motivos diversos pero que generaron el mismo efecto de terminar con su existencia, con su causa -garantía de préstamo- y con su inscripción, todos efectos pretendidos por la demanda. En este sentido, se podría decir que la demanda “llegó tarde” para buscar invalidar la hipoteca que a la fecha de su interposición ya no existe.

De este modo no es posible que una declaración judicial de nulidad de hipoteca produzca efectos en las partes o en terceros. No generaría restituciones de contraprestaciones mutuas entre los contratantes porque en este caso no existieron, y lo único que podría ocurrir es que se ordene su

---

<sup>24</sup> STS 19 julio 2016, N° Resolución 497/2016, N° Recurso !25/2014, Sala de lo Civil, Ponente Francisco Javier Orduña Moreno. El Supremo confirmó lo razonado por la Audiencia Provincial de A Coruña respecto de la accesoriedad de la hipoteca con respecto a la obligación principal.

<sup>25</sup> Por cualquier causa, ya sea por pago efectivo del crédito, por ejecución hipotecaria como en la especie, por mutuo acuerdo de las partes.

cancelación la cual no puede llevarse a cabo debido a que a la fecha de interposición de la demanda la inscripción ya había sido cancelada.

Eventualmente, el efecto que hubiera generado de haber sido presentada antes de la cancelación de la inscripción en procedimiento de ejecución judicial era la de dejar a “Bancomed” sin la garantía que tenía para obtener el pago del préstamo como obligación principal. No obstante, ello no ocurre en el caso en estudio y tal declaración judicial no generaría efectos prácticos. El único efecto concreto que podría ocasionar es la condena en costas en el litigio. -

#### **IV.- RESPUESTA PREGUNTA C:**

##### **CONSECUENCIAS DE LA DEMANDA SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LA ABSORCIÓN.-**

Consta del mérito del supuesto que “unos días antes” de la declaración de concurso de “Mastaba, S.L.”, ésta y “Reserva, S.A.” otorgaron ante Notario escritura de absorción de la segunda por la primera. Para ello cumplieron con todos los requisitos legales, e instaron a continuación la inscripción de esta absorción en el Registro Mercantil. Esto es, puede haber sido en diciembre de 2014 o los primeros de enero 2015 ya que la declaración de concurso fue a “finales de 2015”. A la fecha de interposición de la demanda aún se concreta la inscripción referida. Queda pues abierta la posibilidad a que dicha actividad registral sea finalmente materializada durante la tramitación de la demanda.

Sin embargo, la consulta versa sobre las consecuencias que la demanda tendría sobre la efectividad de la absorción. Antes, en la respuesta a la primera interrogante del presente estudio, me referí a los efectos que se generan con el otorgamiento de la absorción respecto de la demanda, en especial aquellas consecuencias procesales que podrían afectar el derecho a defensa de “Bancomed”. Ahora corresponde dar respuesta a la situación inversa, tal es los efectos eventuales que la demanda podría generar en la absorción.

En un primer orden de ideas cabe mencionar que la circunstancia que pesa sobre la parte actora de encontrarse en concurso no es impedimento para proceder a la absorción, tal como lo dispone el artículo 28 de la Ley de Modificaciones Estructurales:

*“Las sociedades en liquidación podrán fusionarse con otras siempre que no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios.”.*

Dicho esto, debemos vincular este precepto con la Ley Concursal la que establece que los contratos con obligaciones recíprocas no se ven afectados -en principio- con la declaración de concurso, siendo nulas aquellas cláusulas de resolución para el evento de concurso de alguno de los contratantes. Despejada la duda sobre la posibilidad de continuar con la absorción o fusión tras la declaración de concurso, paso a analizar los efectos que genera la demanda sobre la absorción.

El libelo en sí no genera efectos sobre la absorción, misma que ha cumplido con todos los trámites y requisitos legales: no la invalida, no la modifica, no la condiciona. En el caso en estudio, ha sido el administrador concursal de “Mastaba, S.L.” quien ha desconocido la existencia de esta absorción -involuntariamente, o quizás intencional- e interpuso la demanda de Nulidad. Esta actitud deberá aparecer como justificada, toda vez que la demanda implica un “ataque” entre dos sociedades que se están fusionando, y que eventualmente modificaría la clase de sujeto procesal de “Reserva, S.A.”. Así, la fusión acordada genera un contrato susceptible de ejecución forzosa, por lo que todo acto en orden a modificar o dejar sin efecto la absorción debe ser manifestada de manera expresa<sup>26</sup>, lo que no ocurre con la demanda.

No obstante, es menester diferenciar entre las consecuencias que la interposición de la demanda tenga para las partes contratantes en la absorción, para la absorción en sí como acto jurídico, y para terceros.

Como ya se ha insinuado, siendo la fusión consecuencia de sendos acuerdos sociales, mismos que han cumplido con todos los requisitos legales según consta del enunciado y estampando las partes su voluntad en la respectiva escritura, la única posibilidad que se viera afectada dicha absorción es por otra manifestación de voluntad de las partes: acuerdos sociales que dejen sin efecto la absorción, acuerdos para retirar la escritura del Registro Mercantil cuando ha sido presentada a inscripción. Lo anterior nos deja claro que se necesita una manifestación expresa en orden a impedir o retractarse de la inscripción de la absorción, por lo que la interposición de una demanda no genera dicho efecto. Así

---

<sup>26</sup> ARA, CARLOS y RAMÍREZ, CARLOS, “De nuevo a vueltas con la fecha de la eficacia de la fusión frente a terceros”, repositorio web Cuatrecasas, Goncalves Pereira, aparecido en Revista de Derecho Mercantil N° 285, Septiembre 2012, Página 5: *“En cuanto al plano interno de la fusión, es lugar común entre la doctrina científica señalar que los acuerdos de fusión adoptados por los órganos soberanos de las sociedades implicadas dan lugar a un auténtico contrato de fusión, susceptible de ejecución forzosa ante los órganos jurisdiccionales consecuentemente.”.*  
[www.cuatrecasas.com/media repository/docs/esp/de nuevo a vueltas con la fecha de la eficacia de la fusion frente a tercero s. revista de derecho mercantil n 285 2012 394.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media/repository/docs/esp/de_nuevo_a_vueltas_con_la_fecha_de_la_eficacia_de_la_fusion_frente_a_tercero_s._revista_de_derecho_mercantil_n_285_2012_394.pdf).

se desprende de la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 20 de septiembre de 2011:

*“De hecho las sociedades involucradas, pueden tomar un acuerdo en sentido inverso dejando sin efecto la fusión acordada y retirando el título del Registro Mercantil, o desistiendo de la inscripción, sin que la fusión haya tenido lugar. Hasta ese momento, y sin perjuicio de que la fusión acordada es un negocio jurídico plurilateral que produce efectos obligatorios tanto para las sociedades que han adoptado los acuerdos como para sus administradores, la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas se mantiene, y por lo tanto sus patrimonios continúan estando separados”<sup>27</sup>.*

Así, la administración concursal deberá justificar la interposición de la demanda estando pendiente el proceso de absorción, pero la actividad procesal por misma en orden a solicitar la Nulidad de la hipoteca no altera el normal curso de la absorción, salvo voluntad expresa de las partes. A este respecto no se debe olvidar que mientras nada se diga por el Juez del concurso, o se materialice la absorción, los órganos de administración de cada sociedad participante -“Mastaba, S.L.” y “Reserva, S.A.”- continúan ejerciendo sus labores, con ciertas limitantes por cierto en el caso de la concursada, y en dicho respecto, son estos los que deberán adoptar de manera expresa su voluntad de continuar o no con la absorción.

Para las partes, la interposición de la demanda no altera su manifestación de voluntad - consentimiento- manifestado en la escritura de absorción. Si puede generar efectos procesales, como ha sido expresado en la primera respuesta del presente estudio, toda vez que si bien mientras no se concrete la inscripción en el Registro Mercantil la absorción es inoponible a terceros, ésta si producirá efectos entre los contratantes desde la fecha del otorgamiento de la escritura respectiva<sup>28</sup>. De esta forma, demandante y codemandado pasarían a ser una misma parte producto de la absorción de la segunda por la primera al ser vinculante para ellos los acuerdos sociales adoptados en el marco de la absorción, pudiendo devenir en una modificación procesal donde la parte actora se confunde con uno de los demandados.

---

<sup>27</sup> BOE 22 de octubre de 2011: Resolución de 20 de septiembre de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por un notario de Palma contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Inca N° 2 por la que se deniega la inscripción de una escritura de compraventa.

<sup>28</sup> ARA, CARLOS y RAMÍREZ, CARLOS, “De nuevo a vueltas con la fecha de la eficacia de la fusión frente a terceros”, repositorio web Cuatrecasas, Goncalves Pereira, aparecido en Revista de Derecho Mercantil N° 285, Septiembre 2012, Página 1: “*Los efectos obligacionales de la fusión se producen con la adopción de los correspondientes acuerdos sociales por las sociedades participantes en la misma. Sin embargo, los efectos de la fusión frente a terceros de buena fe dependen de la efectiva inscripción de la escritura de fusión en el Registro Mercantil.*”.

[www.cuatrecasas.com/media/repository/docs/esp/de nuevo a vueltas con la fecha de la eficacia de la fusion frente a tercero s. revista de derecho mercantil n 285 2012 394.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media/repository/docs/esp/de_nuevo_a_vueltas_con_la_fecha_de_la_eficacia_de_la_fusion_frente_a_tercero_s._revista_de_derecho_mercantil_n_285_2012_394.pdf);

Por otro lado, dependerá entonces la plenitud de los efectos de la absorción de su efectiva inscripción en el Registro Mercantil, pero pese a ello, la sola interposición de la demanda no genera alteraciones contractuales entre las partes de la absorción. Para que pudiera generarse este cambio, la administración concursal tendría que impugnar la absorción de forma legal, disponiendo para ello del plazo de tres meses para proceder de conformidad a lo dispuesto por el artículo 47.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales. En este escenario, a la fecha de interposición de la demanda es más que probable que el plazo legal haya vencido para el administrador concursal, ya que éste se comienza a contar desde la fecha en que quien invoca la nulidad ha tenido conocimiento de la fusión, y en atención que el administrador asumió su cargo respecto de “Mastaba, S.L.” en enero 2015 -debiendo tomar conocimiento en ese momento de los acuerdos sociales y documentos concretados recientemente- y que la demanda fue interpuesta en marzo de 2015, es que el plazo para alegar la nulidad de esta operación estaría vencido respecto del administrador.

En consecuencia, de todo lo anteriormente razonado, es que la sola interposición de la demanda no generaría consecuencias en la absorción.

Respecto de “Bancomed”, la interposición de la demanda en relación con la absorción tampoco genera mayores consecuencias. Sin embargo, si genera efectos procesales que obligarían a ejercer una defensa en procedimiento judicial a causa de la Nulidad alegada por “Mastaba, S.L.”, con el elemento de falta de claridad en cuanto a la clase de sujeto procesal que tendrá “Reserva, S.A.”. Por otro lado, no se debe olvidar que “Bancomed” al momento de la demanda ya cobró su crédito, habiendo sido satisfecho completamente mediante procedimiento hipotecario de ejecución, cancelándose la hipoteca.

En otro orden de ideas, cabe preguntarse qué consecuencias tendría una hipotética Sentencia condenatoria firme y ejecutoriada respecto de la absorción. Para ello, un escenario es que efectivamente la absorción haya quedado inscrita durante la marcha del litigio, situación en que la demanda concretaría la situación como sujeto procesal de “Reserva, S.A.” en que pasa de ser codemandado a demandante pudiendo con ello perjudicar la posición de “Bancomed” al sufrir una eventual indefensión en el juicio con la modificación sobreviniente de la legitimación procesal de “Reserva, S.A.”. Sin embargo, respecto de la absorción misma no generaría modificación alguna, toda vez que la Sentencia no podría ordenar restituciones mutuas ni cancelar una inscripción que ya no existe en el Registro Mercantil, y aunque aún tuviera “vida” jurídica, el acreedor “Bancomed” ya vio pagado su crédito, sin que esta situación pueda retrotraerse hasta ser invalidada por gozar de efecto de cosa juzgada.

Anteriormente cité el artículo 47.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales para explicar cómo el plazo de impugnación de la absorción comienza a contarse para el administrador concursal de “Mastaba, S.L.”. El artículo 47.1 establece que ninguna fusión podrá impugnarse tras su inscripción, por lo que la interposición de la demanda no debiera impedir que quien tenga interés en ello, proceda a atacar la absorción antes que la inscripción en el Registro Mercantil se concrete.<sup>29</sup> Por su parte, esto es concordante con las normas transfronterizas, impidiendo que los afectados procedan a la impugnación de la fusión tras su debida inscripción en el Registro Mercantil.<sup>30</sup>

Sin embargo, vuelvo a reiterar que la interposición de la demanda no constituye un vehículo idóneo para ello toda vez que no produce tales efectos. -

## V.- CONCLUSIONES

La demanda interpuesta por la administración concursal de “Mastaba, S.L.” no debe prosperar, pero para que ello sea así es imperativo ejercer defensa en juicio, Contestando la demanda, alegando en primer lugar las excepciones de Falta de Legitimación Activa, y la de Caducidad de la Acción.

En subsidio de éstas, se deberá solicitar el absoluto rechazo de la demanda, negando todos y cada uno de los hechos y fundamentos de derecho en los que se apoya, utilizando como base la ineficacia de la acción producto de la falta de objeto y de causa de pedir del libelo debido a la inexistencia de la hipoteca que se pretende anular, como también a la inexistencia de la inscripción que se pide cancelar.

---

<sup>29</sup> CERDÁ ALBERO, FERNANDO, “Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas”, Repositorio Web “Cuatrecasas, Goncalves Pereira”, Página 11:

*“Por loables motivos de seguridad jurídica, la regla del art. 47.1 LME persigue garantizar que una fusión o escisión que haya seguido las prescripciones legales no podrá declararse ineficaz después de su inscripción registral; e incluso si hubo defectos que no quedaron purgados por la sola inscripción registral, la inatacabilidad judicial se produce una vez se ha dejado caducar la acción por el transcurso del brevísimo plazo de tres meses (art. 47.2 LME).”*

[www.cuatrecasas.com/media\\_repository/docs/esp/rescision\\_concursal\\_y\\_modificaciones\\_estructurales\\_traslativas\\_\(sjm\\_2\\_las\\_palmas\\_de\\_gc\\_12.12.2011\)\\_277.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/rescision_concursal_y_modificaciones_estructurales_traslativas_(sjm_2_las_palmas_de_gc_12.12.2011)_277.pdf)

<sup>30</sup> CORTES DOMÍNGUEZ, JAVIER y PÉREZ TROYA, ADORACIÓN, “Las modificaciones estructurales en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil”. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, Página 641:

*“En la LME el régimen para impugnar la fusión interna (art. 47 LME) es el mismo que para impugnar la fusión transfronteriza (art. 55 LME), aún cuando la Directiva sobre fusión transfronteriza prohíbe que tras la inscripción de la operación sea posible impugnar y anular la operación.”*

[https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21055/modificacionesestructurales\\_cortesdominguez\\_RIO\\_2015.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21055/modificacionesestructurales_cortesdominguez_RIO_2015.pdf)

Asimismo, la causal de fondo en que se apoya la demanda, esto es, la aparente asistencia financiera prohibida en la constitución de la hipoteca que garantizó el apalancamiento de la adquisición de acciones de “Reserva, S.A.” por parte de “Mastaba, S.L.” no es tal, toda vez que la operación en su conjunto obedeció a una necesidad económica que hacían viable y conveniente la adquisición, justificándose así el otorgamiento de la garantía por la sociedad adquirida. Respecto de este punto en particular es donde será más necesario rendir prueba, tales como peritajes de expertos que acrediten la ventaja económico financiera de la adquisición, como también aquella documentación de los que disponga “Bancomed” relativos al otorgamiento del préstamo a “Mastaba, S.L.” los que con seguridad demostrarán que se realizó un estudio de la situación llegándose a la conclusión que era ventajosa para todos los involucrados, existiendo una posibilidad efectiva de generar un buen negocio tanto para adquirente como para la adquirida. De este modo, la nulidad no aparece como la única salida a este tipo de actos y contratos como se ha analizado, si no que debe ser aplicada del mismo modo en que las leyes deben ser interpretadas: con un criterio flexible, apuntando al espíritu que la motiva desde sus raíces, a los principios en juego, y a la realidad social que configura el contexto en que debe ser entendida.

Por su parte, la sola interposición de la demanda no generará efectos en el acto de la absorción, toda vez que ésta no produce el efecto de terminar con un acto complejo como lo es la absorción. Su solo acuerdo social por cada una de las participantes ya genera efectos entre ellas, siendo vinculante entre las partes. Si bien es la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de absorción la que hace nacer la totalidad de sus efectos y consecuencias, es la fecha de su asiento de presentación de forma retroactiva la que se tiene como día cierto del nacimiento de sus efectos. En consecuencia, habiendo las partes consentido en ello y sin que haya mediado impugnación oportuna de la fusión, es que la absorción no sufrirá alteraciones a causa de la demanda. Es más, es la demanda y el proceso que abre el que podría sufrir cambios producto de la absorción, cambios en los sujetos procesales entre demandante y codemandado.

Sin perjuicio de lo anterior, por aplicación de la Ley Concursal esta clase de actos jurídicos no quedan invalidados por la declaración de concurso, y en consecuencia deben seguir su curso produciendo todos sus efectos.

Ha sido un placer descubrir los aspectos de forma y fondo que han rodeado el caso en estudio, descubrir nuevos aspectos en la forma en que el Tribunal Supremo interpreta las normas, y no sólo eso, en la capacidad de buscar la solución que en justicia aparezca como más conveniente para cada proceso. -

## VI.- BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS “Asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias”, 13 de enero de 2017: [almacenedderecho.org](http://almacenedderecho.org)

ARA, CARLOS y RAMÍREZ, CARLOS, “De nuevo a vueltas con la fecha de la eficacia de la fusión frente a terceros”, repositorio web Cuatrecasas, Goncalves Pereira, aparecido en Revista de Derecho Mercantil Nº 285, Septiembre 2012.

[www.cuatrecasas.com/media\\_repository/docs/esp/de\\_nuevo\\_a\\_vueltas\\_con\\_la\\_fecha\\_de\\_la\\_eficacia\\_de\\_la\\_fusion\\_frente\\_a\\_terceros\\_revista\\_de\\_derecho\\_mercantil\\_n\\_285\\_2012\\_394.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/de_nuevo_a_vueltas_con_la_fecha_de_la_eficacia_de_la_fusion_frente_a_terceros_revista_de_derecho_mercantil_n_285_2012_394.pdf):

CERDÁ ALBERO, FERNANDO, “Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas”, Repositorio Web “Cuatrecasas, Goncalves Pereira”, Página 11.

[www.cuatrecasas.com/media\\_repository/docs/esp/rescicion\\_concursal\\_y\\_modificaciones\\_estructurales\\_traslativas\\_\(sjm\\_2\\_las\\_palmas\\_de\\_gc\\_12.12.2011\)\\_277.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/rescicion_concursal_y_modificaciones_estructurales_traslativas_(sjm_2_las_palmas_de_gc_12.12.2011)_277.pdf)

CORTES DOMÍNGUEZ, JAVIER y PÉREZ TROYA, ADORACIÓN, “Las modificaciones estructurales en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil”. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015: [https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21055/modificacionesestructurales\\_cortesdominguez\\_RIO\\_2015.pdf](https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21055/modificacionesestructurales_cortesdominguez_RIO_2015.pdf)

LANDO, OLE, “Principios de Derecho Europeo de los Contratos”, Partes I y II (Revisadas). Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos Presidente: Profesor Ole Lando. Traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds., “Principles of European Contract Law”, Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 1-93. La versión inglesa de los principios es la versión original.

<http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>

SÁNCHEZ CALERO, JUAN y FERNÁNDEZ TORRES, ISABEL “Fusiones Apalancadas, Asistencia Financiera y Concurso”, Estudios La Ley, Texto intervención presentada en VIII Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil año 2010.-



VARGAS VASSEROT, CARLOS, “Los efectos jurídicos de la contravención de la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias”, Estudios sobre futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Universidad Carlos III, 2015:

[https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21030/efectosjuridicoscontravencion\\_vargasvasse  
rot\\_RIO\\_2015.pdf](https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21030/efectosjuridicoscontravencion_vargasvasse<br/>rot_RIO_2015.pdf)

VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO, “La Reforma de Asistencia Financiera en Europa”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil Universidad Complutense de Madrid, Diciembre 2006.

[http://eprints.ucm.es/5992/1/REFORMA\\_ASISTENCIA\\_FINANCIERA\\_EN\\_EUROPA-E  
prints.pdf](http://eprints.ucm.es/5992/1/REFORMA_ASISTENCIA_FINANCIERA_EN_EUROPA-E<br/>prints.pdf)

## **LINKS**

Cambridge University Dictionary.

<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/leveraged-buyout>

Notario Francisco Rosales de Salamanca Rodríguez, diciembre 2013, blog web

[www.notariofranciscorosales.com/cancelacion-de-hipoteca-mitos-y-leyendas/](http://www.notariofranciscorosales.com/cancelacion-de-hipoteca-mitos-y-leyendas/)

BOE 22 de octubre de 2011:

<https://www.boe.es/boe/dias/2011/10/22/pdfs/BOE-A-2011-16623.pdf>