

2. MERCANTIL

LA ACCIÓN PAULIANA Y LAS APORTACIONES SOCIALES A CAPITAL (I)

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—III. LAS RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.—IV. LAS PARTICIPACIONES Y SU EMBARGO. LA INSOLVENCIA.—V. LAS TRABAS Y SUS GARANTÍAS. EL FRAUDE.—VI. EL TERCEROO DE BUENA FE.—VII. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Con bastante asiduidad se vienen enjuiciando casos en la práctica de nuestros Tribunales sobre la concurrencia de los requisitos de la acción pauliana en relación con aportaciones no dinerarias a capital de sociedades con el resultado de declarar fraudulentas y rescindibles dichas aportaciones no dinerarias al haberse realizado en fraude de acreedores.

No vamos a tratar pormenorizadamente en este trabajo los requisitos de la acción pauliana sobre los cuales ya se ha pronunciado en multitud de ocasiones la jurisprudencia y nuestra doctrina civilista, aunque sí que vamos a abordar en el mismo nuestro parecer sobre la concreta apreciación de dichos requisitos en las resoluciones jurisprudenciales que expondremos, en función de los razonamientos particulares utilizados y reiterados en las mismas.

En consonancia con lo anterior y centrándonos el análisis desde la perspectiva mercantil —e incluso procesal— de la problemática apuntada, los argumentos jurisprudenciales utilizados para declarar la viabilidad de la acción pauliana, en estos casos, pueden ser agrupados dentro de las siguientes categorías generales que ofrecen, a su vez, la casuística particular que apuntamos:

- (i) La valoración de la aportación social y su singularidad:
 - La no constancia del valor real de las participaciones en el procedimiento y que las mismas tengan un valor nominal inferior a lo aportado.
 - La existencia del derecho de suscripción preferente.
 - La aportación omnicomprensiva de los bienes de los aportantes.
- (ii) Las actuaciones posteriores de los aportantes:
 - La aportación social supone ánimo de ocultación de bienes y con ello ya se puede presumir también que se realizarán actos fraudulentos tales como la enajenación de las participaciones sociales recibidas como contraprestación a la aportación no dineraria o la descapitalización de la sociedad.

- La variabilidad del valor de las participaciones sociales en función del mercado correspondiente.
- (iii) Naturaleza del procedimiento de ejecución contra participaciones sociales:
- La enorme dificultad que la subasta de participaciones sociales supone para ofrecer liquidez al acreedor con el resultado de la misma.

De lo anterior, podemos volver a reducir los problemas a los efectos del tratamiento de los mismos del siguiente tenor:

- (i) Las aportaciones sociales en cuanto a la realidad y valoración de las mismas, así como objeto de embargo.
- (ii) La traba de participaciones y sus garantías.

De esta forma, y sin perjuicio de que haya de estarse a las características concretas del caso para poder pronunciarse de antemano sobre el carácter fraudulento de la correspondiente aportación no dineraria, entendemos que argumentos como los anteriores que han venido siendo utilizados —como decimos— de forma reiterada en la jurisprudencia analizada, no justifican de por sí el referido carácter fraudulento, ya que, o bien abordan la problemática social desde un punto de vista erróneo, o bien, obvian por completo la naturaleza del propio procedimiento de embargo de participaciones, así como las actuaciones que en el seno del mismo asisten al acreedor para ver garantizados y satisfechos sus derechos.

La flexibilización y relajación de los requisitos para el ejercicio de la acción pauliana que se viene observando en ciertas resoluciones jurisprudenciales y opiniones doctrinales, tales como el relativo a la insolvencia del deudor (subsidiariedad) o bien que resulte simplemente necesario (fraude) con un conocimiento del perjuicio al acreedor y no una auténtica intención de dañar —los cuales, si bien, igualmente compartimos con carácter general— no pueden servir para justificar la existencia de una auténtica enajenación fraudulenta en todas estas situaciones sociales. Incluso, el requisito de la buena fe o no del tercero, también debiera evaluarse en cada supuesto y de forma especial, ya que a nuestro juicio, no en todo caso ha de tratarse a la sociedad que recibe la aportación como si de un tercero de mala fe se tratara.

Sirva lo anterior no para legitimar auténticas enajenaciones fraudulentas que se producen, sí es verdad, cuando el deudor ve el riesgo de que su patrimonio sea apremiado por parte del acreedor y considera que con tal «ocultación» ha de bastar para distraer su patrimonio en contra del principio de responsabilidad patrimonial; pero sirva también para hacer notar como el recurso generalizado a la acción pauliana no se encuentra plenamente justificado en la totalidad de esta clase de actuaciones empresariales, debiendo ser estimado con una mayor cautela por parte de nuestros juzgados y tribunales, «subsidiariamente», que es como en realidad ha de contemplarse.

Todo ello sin contar que también en razón del caso determinado es muy probable que al acreedor le hubiera interesado más iniciar el embargo y ejecución de las participaciones que ha recibido su deudor, que actuar conforme a la acción pauliana cuyo resultado supone generalmente un procedimiento judicial más largo, así como el ingreso de nuevo en el patrimonio del deudor

de los bienes inicialmente aportados, con el riesgo añadido que dicha operación le pudiera suponer por la concurrencia de otros acreedores de este deudor en relación con dichos bienes inicialmente aportados.

No resulta nuestro propósito, por la práctica imposibilidad del mismo, exponer cuáles son las circunstancias que irremediablemente supondrían la rescisión de la aportación social por fraude de acreedores ya que la multiplicidad de las circunstancias de cada negocio social desaconsejan —a nuestro juicio— dicha labor, aunque sí evidenciar como el propio negocio de aportación no puede ni debe ser considerado como fraudulento con carácter general, como parece ser de la lectura del tratamiento que del supuesto se realiza por la jurisprudencia.

A estos efectos, primero expondremos a continuación la más relevante casuística jurisprudencial a la que hacíamos referencia para, posteriormente, abordar los problemas apuntados con anterioridad en otro trabajo inmediatamente posterior al presente.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

(1) La reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 2009 (*RJ* 2009/3049), declara la improcedencia de la acción pauliana contra unas aportaciones sociales, debido principalmente a que las aportaciones de bienes fueron realizadas con anterioridad a la fianza del crédito existente, al exponer lo siguiente:

*«En el motivo único del recurso se enumeran los requisitos de la acción pauliana cuando, realmente, sus presupuestos son simplemente, como se ha apuntado anteriormente, el eventus damni, que implica la subsidiariedad, y el consilium fraudis, que implica la conciencia del perjuicio. Normalmente, el crédito del acreedor es anterior al acto dañoso y fraudulento, aunque cabe la acción cuando se produce la enajenación en consideración al crédito futuro [así, sentencia de 15 de marzo de 2002 (*RJ* 2002/2841)].»*

*No es este el caso. En el presente se constituye una fianza, es decir, el contrato (20 de marzo) cuando ya los fiadores carecen de bienes inmuebles (desde el 7 de marzo) y cuando nace el crédito, por vencimiento de la póliza (30 de abril) se presenta la demanda (8 de mayo): como dice, en caso semejante, la sentencia de 8 de marzo de 2003 (*RJ* 2003/2564), no ha lugar a la acción rescisoria por no haber perseguido los bienes de los deudores para hacer efectivo el cumplimiento de su obligación como lo eran las participaciones sociales de los mismos o, en su caso, haber ejercitado la acción rescisoria contra su transmisión de tales participaciones a terceros. Pero se ha ejercitado la acción revocatoria frente a una transmisión de inmuebles a una sociedad de la que era socios únicos y que se había constituido antes de la constitución de la fianza. No cabe, pues, que ésta prospere y, por ello, la sentencia no ha infringido los artículos que se alegan como infringidos; el recurso debe ser desestimado con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*RCL* 2000, 34, 962 y *RCL* 2001/1892).»*

(2) En la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2007 (*RJ* 2007/5315), se confirma la procedencia de una acción rescisoria de unas aportaciones sociales no dinerarias, de acuerdo con los razonamientos de la sentencia de apelación que habían sido los siguientes:

«La Audiencia Provincial, al conocer el recurso de apelación interpuesto por los demandados, confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, apreciando la existencia de los requisitos exigidos para la prosperabilidad de la acción de rescisión por fraude de acreedores contenida en el artículo 1.111 del Código Civil (LEG 1889/27), pues como textualmente señala: la concurrencia en el presente caso del primero de los requisitos no ofrece ninguna duda, así los propios demandados reconocen que firmaron el 14 de julio de 1995 como avalistas en la operación por la que la Sociedad de Garantía Recíproca "Araval" garantizaba el crédito de 25.000.000 de pesetas otorgado por la entidad crediticia "Caja Rural de Teruel" a la Sociedad Agraria en Transformación "S.A.T. Forniche Alto", de la que el demandado señor Javier era administrador, crédito que a su vencimiento resultó impagado. / El segundo de los requisitos debe darse igualmente por acreditado, pues los propios demandados reconocen, y así puede verse de la documental aportada (folios 106 y siguientes), que con fecha 20 de noviembre de 1995 constituyen la sociedad limitada "Spa & Health, S. L." de la que la señora Pilar se adjudica 370 participaciones sociales por un valor de 3.500.000 pesetas y para cuyo pago aporta a la sociedad la mitad indivisa de tres bienes inmuebles, una vivienda en Teruel, una plaza de garaje y otra vivienda en Sagunto, y 200.000 pesetas en metálico; y el señor Javier se adjudica 224 participaciones sociales por un valor de 2.240.000 pesetas, para cuyo abono aporta la nuda propiedad de la mitad indivisa de dichos inmuebles. No ofrece ninguna duda de que dicha mercantil tiene la consideración de tercero beneficiario, pues tiene una personalidad jurídica distinta de la de sus accionistas. / El tercero de los requisitos, que el acto haya sido celebrado en fraude de acreedores, hay que darlo por acreditado en el presente caso, pues la constitución de la referida sociedad únicamente tuvo como finalidad el salvaguardar los bienes de los posibles acreedores, tal como se deduce de los siguientes hechos: A) de la propia fecha de constitución de la sociedad (20-11-95), pocos meses después de haber avalado un crédito otorgado a una Sociedad Agraria de Transformación de la que el demandado señor Javier es administrador y justo un mes antes de que dicha Sociedad Agraria comience a incumplir las obligaciones asumidas frente a la entidad prestamista (diciembre de 1995) y tres meses antes de que se solicite la suspensión de pagos (16-2-1996); B) de que la sociedad que constituyen no tenga actividad alguna, y así lo reconocen los demandados, ni haya cumplido con la obligación legal de presentar sus cuentas y balances anuales en el Registro de la Propiedad desde su constitución; C) de que los bienes que se aportan para la constitución de la misma estén claramente infravalorados, tal como quedó acreditado por la prueba pericial, que valoró los bienes a la fecha de su aportación en 22.719.425 pesetas, mientras que las participaciones sociales que reciben por ellos son valoradas en 5.740.000; D) que los únicos accionistas de la misma sean los dos demandados que la constituyen; y E) de que los hoy demandados, tras la aportación de los inmuebles a la sociedad, no se reserven bien alguno con el que afrontar las obligaciones asumidas, pues aunque a cambio de la aportación reciban participaciones sociales, éstas, como ya se ha dicho, tienen un valor nominal muy inferior al de los bienes aportados. / CUARTO.- La concurrencia del cuarto de los requisitos, que el acto o contrato impida la efectividad de aquel crédito y que el actor carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, se presenta en el recurso como eje de la impugnación al negar rotundamente su concurrencia sobre la base de que la mercantil ahora demandante, al haber embargado las participaciones sociales de la sociedad "Spa & Health, S. L.", "ha embargado los derechos que ostentan sobre los bienes inmuebles

litigiosos”, y pueden, a través de la realización de dicho embargo, cobrar la deuda. Tal afirmación debe ser rechazada, pues, como muy bien indica la demandante, citando una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3-11-97, es de constatar la práctica imposibilidad de hacer efectiva la deuda reclamada a través del embargo de participaciones sociales, dada la regulación que del mismo realizan los artículos 31 y 38 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (RCL 1995/953), máxime cuando, como en el presente caso, el administrador de la sociedad cuyas participaciones se embargan es el propio deudor sin cuya colaboración el embargo de participaciones deviene prácticamente imposible. Si a esto añadimos el hecho de que se desconoce el valor real de las participaciones al no existir balances ni cuentas de la sociedad, por lo que tenemos que tomar como base el importe nominal de las mismas, que resulta a todas luces insuficiente para cubrir la deuda contraída con la entidad demandante Araval; deuda que podría atenderse, al menos en una gran parte, de realizar el embargo directamente sobre los bienes cuya fraudulenta aportación es el objeto de la presente reclamación y cuyo valor es superior al de las mencionadas participaciones; y el hecho de que dichas participaciones son el único bien junto con el usufructo de la mitad indivisa de dos de los inmuebles que no se aportó a la sociedad y que se reservó la demandada señora Pilar, que se ha podido embargoar, queda patente y claro que la aportación impide o dificulta en gran medida la efectividad de aquel crédito y que la demandante carece de otro recurso para ello. / QUINTO: La concurrencia del último de los elementos exigidos resulta inquestionable en el presente caso, en el que el tercer adquirente, la mercantil “Spa & Health, S. L.” es constituida por los propios deudores, siendo ellos los únicos propietarios y administradores de la misma. Por todo ello, al concurrir todos los requisitos exigidos, la acción ejercitada debe prosperar y, en consecuencia, el recurso debe ser desestimado».

Una vez declarada la efectividad de la valoración de la prueba realizada en la instancia y no combatida por la vía del error de derecho en la apreciación de la misma, el Tribunal Supremo expone del siguiente tenor la *ratio decidendi* de la sentencia de apelación para desestimar el recurso de casación:

«TERCERO

El segundo motivo se interpone al amparo del número 4 del artículo 1.692, por infracción de los artículos 31 y 38 de la Ley 2/1995 (RCL 1995/953), de Sociedades de Responsabilidad Limitada, infringidos por su inaplicación al supuesto debatido.

Alegan los recurrentes que la resolución infringe lo dispuesto en los artículos 31 y 38 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, lo que determinaría la inaplicación del artículo 1.111 del Código Civil (LEG 1889/27), ya que el embargo de las participaciones permitiría su enajenación forzosa, haciendo inviable acudir a la acción rescisoria, pues la tasación de las participaciones realizada por un perito independiente, garantizaría el resultado perseguido por la entidad demandante, a la vez que “dejaría sin fundamento la acción ejercitada, pues... el acreedor dispone de otros medios menos gravosos para hacer efectivo su derecho de crédito” (sic).

Este motivo también se desestima.

Debe significarse que la ratio decidendi utilizada por la Audiencia Provincial se refiere a que el valor de los bienes aportados es muy superior al de las participaciones, resultando éstas, a todas luces, insuficientes para el cobro del crédito;

habiendo declarado esta Sala, como recuerda la sentencia de 15 de junio de 2007 (RJ 2007/5569), que el recurso de casación sólo cabe sobre la ratio decidendi de la sentencia recurrida, pero no sobre los obiter dicta de la misma —sentencias de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9383), 16 de julio de 2001 (RJ 2001/5227), 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6866) y 17 de marzo de 2006 (RJ 2006/5241)».

Así pues, la acción rescisoria en fraude de acreedores de las aportaciones de los codemandados de inmuebles en el momento de su constitución a una sociedad fue decidida en esta litis, sobre la base de la apreciación del citado fraude consistente en salvaguardar los bienes de los posibles acreedores de los codemandados, lo que se razonó en base a lo siguiente:

- a) La constitución de la sociedad que recibió las aportaciones sociales inmobiliarias con posterioridad al aval de un crédito prestado por los aportantes, justo antes de que el obligado principal incumpliera sus obligaciones y fuera declarado en insolvencia.
- b) La inexistencia de actividad social y la ausencia de cumplimiento de las obligaciones de depósito registral de las cuentas anuales.
- c) La infravalorización de las aportaciones sociales.
- d) La coincidencia subjetiva entre los accionistas aportantes y los demandados en el procedimiento.
- e) El hecho de no reservarse los aportantes otros bienes con que cumplir sus obligaciones, lo que debido a la citada infravalorización impide la realización del crédito por la actora.

(3) La sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2007 (RJ 2007/4701), también reconoce la existencia del fraude de acreedores ante las aportaciones sociales no dinerarias al razonar del siguiente tenor:

«TERCERO

El segundo motivo, siempre bajo el artículo 1692.4 LECiv (LEG 1881/1) denuncia la aplicación indebida del artículo 1291.3 del Código Civil (LEG 1889/27) y del artículo 1.294 del mismo Código, relativo a la subsidiariedad de la acción por fraude. Consideran los recurrentes que no se ha probado la insolvencia de los deudores demandados, porque son titulares de las participaciones sociales que el Banco no intentó ni embargar ni ejecutar.

Este motivo no puede estimarse tampoco por estos argumentos y ello porque, en primer lugar, los recurrentes hacen supuesto de la cuestión al entender que no se ha probado su insolvencia, cuando en la sentencia recurrida ha quedado acreditado que la principal finalidad de la aportación de los bienes a la sociedad que se creaba por parte de los fiadores, ahora recurrentes, fue la de “sustraer el citado patrimonio de las deudas en que hubiera podido incurrir como consecuencia de su calidad de garante de deudas de la sociedad Peninsular Eléctrica, y en especial de la deuda existente a favor del acreedor apelante”, que “impide y dificulta extraordinariamente no sólo la satisfacción total del crédito, sino incluso parcial del mismo”. Y estas conclusiones no han sido impugnadas por los recurrentes por la vía correcta del error de derecho en la apreciación de la prueba.

En segundo lugar, los recurrentes entienden que no carecían de bienes, puesto que a cambio de los inmuebles aportados adquirieron unas participaciones proporcionales al valor aportado en la sociedad. Esta alegación tampoco puede aceptarse, puesto que no se ha probado en las instancias el valor de estas participaciones, sino que al contrario, se ha declarado probado que el acto de dis-

posición efectuado por el deudor mediante la aportación de sus bienes inmuebles a la sociedad "supone no sólo una disminución evidente de su garantía patrimonial, sino que impide y dificulta extraordinariamente no sólo la satisfacción total del crédito, sino incluso parcial del mismo", tal como afirma la sentencia recurrida. Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala no ha exigido una declaración judicial de insolvencia para el éxito de la acción rescisoria por fraude de acreedores [SSTS de 20 de febrero de 2001 (RJ 2001/2606), 27 de junio de 2002 (RJ 2002/5896)], pudiendo aplicarse la doctrina de la sentencia de 7 de julio de 1998 (RJ 1998/6271), de acuerdo con la cual, "no es necesario obtener la declaración previa de que el perjudicado carece de todo otro recurso legal, antes de ejercitarse la acción rescisoria [...] y que todo ello es cuestión de hecho sujeta a la libre apreciación del tribunal de instancia" [ver asimismo SSTS de 6 de abril de 1992 (RJ 1992/6942) y 27 de abril de 2007]. La carga de la prueba de la insolvencia correspondía al Banco actor en este procedimiento, y así se ha considerado probado en la sentencia recurrida, por lo que no existe la lesión que se aduce por los recurrentes.

Razones todas ellas que llevan a la desestimación del segundo motivo del recurso de casación».

Los argumentos, pues, son los siguientes:

- a) La acreditación en la instancia de que la principal finalidad de la aportación no dineraria fue sustraer del patrimonio de los aportantes dichos bienes.
- b) La extraordinaria dificultad del acreedor para la satisfacción de su crédito.
- c) La inexistencia de prueba en las instancias sobre el valor de las aportaciones que implicaran la proporcionalidad entre lo aportado (bienes) y lo recibido (participaciones).

(4) Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 2007 (RJ 2007), confirma la inexistencia del fraude de acreedores en las aportaciones realizadas, y por tanto la inviabilidad de la acción pauliana al rechazar el recurso de casación, razonando lo siguiente:

«CUARTO

El segundo motivo del recurso, que se formula por el mismo cauce que el anterior, se destina a denunciar la infracción de los artículos 1.111, 1291.3 y 1.294 del Código Civil (LEG 1889/27) y de la jurisprudencia contenida en las sentencias que se citan en el encabezamiento del motivo.

El argumento en torno al cual se plantea la denuncia casacional, parte de afirmar la concurrencia del requisito de la subsidiariedad que debe darse para el éxito de la acción rescisoria, ejercitada de forma subsidiaria en la demanda, y que fue negada por la sentencia recurrida, con olvido, según la recurrente, de que la jurisprudencia de esta Sala ha configurado el señalado presupuesto en el sentido de que la insolvencia del deudor no ha de ser total, absoluta o radical, bastando que el acto dispositivo comporte una notable disminución del patrimonio del deudor que impida al acreedor percibir su crédito o dificultando en gran medida su satisfacción, como —en la tesis de aquélla— ha ocurrido en el caso examinado, donde la aportación de los inmuebles a la sociedad, a cambio de unas participaciones con un valor sensiblemente inferior al de éstos, ha supuesto una situación de insolvencia cuasi-absoluta del deudor y una notabilísima dis-

minución de su patrimonio que conlleva que el reintegro del crédito sea sumamente difícil.

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha considerado ampliamente el carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores, que se traduce en una también amplia concepción de la insolvencia del deudor, la cual, en efecto, y en tanto que requisito de la acción rescisoria por fraude, no ha de ser total y absoluta, sino que basta con que comprometa seriamente las posibilidades de satisfacción del derecho del acreedor. Pero esta amplitud conceptual no debe confundirse con la eliminación del presupuesto mismo en que la insolvencia del deudor consiste, que en todo caso ha de concurrir, siquiera sea bajo esa generosa consideración, y que en el presente caso falta, pues ante la constancia del mayor valor de las participaciones sociales respecto del importe del crédito de la actora y el hecho del embargo de las que son titularidad del deudor —en número que incluso se especifica en la sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos hace expresamente suyos la resolución recurrida, y según resulta de la certificación del Registro Mercantil aportada a los autos—, no pueden imponerse las afirmaciones de la recurrente tendentes a poner de manifiesto una extrema dificultad para agotar la vía de apremio con la realización forzosa de los títulos, que, además, de estar huérfanas de todo sustento probatorio, resultan infundadas, siendo evidente la posibilidad material de su enajenación forzosa y de su adjudicación incluso al acreedor —que, no se pierda de vista, se haría de ese modo propietario de unas participaciones sociales representativas del patrimonio de la sociedad acrecentado con la aportación de los inmuebles cuya validez y eficacia se cuestiona—, como también se ha de convenir que el ordenamiento jurídico procesal dispone de medios suficientes para que el derecho del acreedor ejecutante se haga efectivo en el marco del proceso de ejecución, y, en particular, a través del procedimiento de apremio.

El motivo, por todo ello, se desestima».

En esta Resolución, el Tribunal Supremo niega la existencia de insolvencia del deudor, requisito básico para el ejercicio de la acción pauliana, puesto que:

- a) El valor de las participaciones era superior al crédito de la actora.
- b) La propia existencia de un embargo previo de dichas participaciones que supone que el acreedor tuviera asegurada su satisfacción, incluso por la adjudicación de tales participaciones en el seno del correspondiente procedimiento de apremio.

(5) La sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de julio de 2001 (*RJ* 2001/8415), también estima la procedencia de una acción rescisoria en fraude de acreedores por haberse constituido una sociedad con las aportaciones no dinerarias tras haberse instado juicio ejecutivo contra los bienes objeto de dichas aportaciones y no haber fructificado el mismo, debido a la transmisión operada a favor de la sociedad constituida por los deudores. De esta forma se pronuncia el Tribunal Supremo al respecto:

«El único motivo del actual recurso de casación lo residencia la parte recurrente en el artículo 1692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y porque, sigue afirmando dicha parte, en la sentencia recurrida se han infringido los artículos 111, 1.291 y 1.294 del Código Civil, así como la jurisprudencia concordante.

Este motivo debe ser desestimado.

Efectivamente, del factum de la sentencia recurrida, que hace suyo el contenido en la sentencia de primera instancia, se desprende después de una hermenéutica lógica y racional, que el día 16 de marzo de 1992 la entidad actora cerró la cuenta de crédito y requirió fehacientemente de pago a los demandados José G. S. y su difunta esposa María Rosa G. B., respecto de la póliza de préstamo, con un saldo deudor en ambas pólizas, de crédito y de préstamo, de más de 25 millones de pesetas, siendo así que el día 18 de marzo, dos días después, por tanto, de dicho requerimiento de pago, los citados demandados constituyeron la sociedad García Bazo, S. L., que fue inscrita el 24 de marzo de 1994, la misma fecha en que se presentaron por la entidad actora sendas demandas de juicio ejecutivo en reclamación de los créditos antes citados, y en los que se intentó el embargo de los bienes que los deudores habían declarado al Banco como de su propiedad al contratar aquellas pólizas, pero sin que pudiese hacer efectivo dicho embargo por haberse aportado tales bienes a la sociedad antes citada.

Es más, en la sentencia recurrida, también, al aceptar y recoger las fundamentaciones de la de primera instancia, se afirma paladinamente según consta en su factum que toda la actuación de los deudores está absolutamente impregnada de fraude, y que la transmisión efectuada por los mismos a una sociedad familiar lo hizo única y exclusivamente en perjuicio del acreedor. Sin que pueda ser tenida en cuenta la alegación de la parte recurrente, consistente en afirmar que la parte recurrida era titular de las participaciones sociales, según se razona debidamente en la sentencia recurrida.

Y como a tenor de consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala, la determinación de tal actividad fraudulenta es una *questio facti* que corresponde a la soberanía de la instancia [sentencias de 12 de julio de 1940 (RJ 1940/701), 27 de abril de 1962 (RJ 1962/2121), 9 de noviembre de 1966 (RJ 1966/4860), 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9885), 28 de junio de 1994 (RJ 1994/5990) y 21 de octubre de 1998 (RJ 1998/8230), entre otras]. Y al haberse detectado tal fraude en la sentencia recurrida, se cumplimenta uno de los requisitos de los exigibles para el éxito de dicha acción pauliana.

En cuanto al de la insolvencia de los deudores y al nexo crediticio, requisitos que se exigen además para la estimación de las consecuencias del ejercicio de una acción revocatoria —recogida en nuestro Derecho en el art. 1.111 del Código Civil—; hay que decir que ambos están constatados incontrovertidamente en autos, por la falta de éxito de los ejecutivos planteados y por la póliza mencionada».

(6) El auto del Tribunal Supremo, de 16 de enero de 2001 (RJ 2001/3954), sobre inadmisión de recurso de casación, se pronuncia también sobre la cuestión aquí tratada del siguiente tenor:

«Por último, resulta asimismo inadmisible el tercer motivo del recurso, en el que al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la LECiv se denuncia la infracción de los artículos 1.111 y 1.291 del Código Civil, así como de la jurisprudencia que los interpreta, por faltar los requisitos a los que los citados preceptos condicionan el éxito de la acción revocatoria o pauliana. Es la proyección de la jurisprudencia de esta Sala —que el recurrente menciona desde un parcial enfoque— sobre la realidad de los hechos recogidos en la sentencia de instancia la que revela la manifiesta falta de fundamento del alegato. Los presupuestos, a cuya concurrencia se sujeta la acción revocatoria, se han ido delimitando y precisando jurisprudencialmente y pueden sintetizarse en los siguientes: a) la existencia de un crédito en favor del actor anterior al acto dispositivo del deudor,

o siendo posterior, que éste fuese sabedor de su inmediata existencia [SSTS 31-12-1998 (RJ 1998/9774) y 15-2-2000 (RJ 2000/678)]; b) un acto del deudor realizado con posterioridad a la existencia del crédito —o con anterioridad a él, pero conociendo su posterior existencia— en perjuicio de los derechos del acreedor, sin que sea precisa la concurrencia de un animus nocendi, sino que basta que el deudor sepa o se percate de la situación de insolvencia y tenga conciencia del perjuicio que ocasiona a su acreedor, erigiéndose el requisito, por tanto, desde postulados quasi-objetivos de responsabilidad (STS 31-12-1998); y c) la insolvencia del deudor causada por el acto fraudulento, sin que sea preciso que se haya declarado en procedimiento previo, ni que sea necesaria la declaración previa de que el perjudicado carece de otro recurso legal, como tampoco que sea absoluta, bastando una minoración patrimonial que impida cubrir la deuda con el acreedor [SSTS 6-4-1992 (RJ 1992/2942), 31-10-1994 (RJ 1994/8005), 14 de abril (RJ 1998/2321) y 24-7-1998 (RJ 1998/6139), y 15-2-2000]. Tales requisitos deben completarse con el reiterado criterio de esta Sala que declara que la apreciación tanto de la conducta fraudulenta como la insolvencia del deudor, en su componente fáctico, es competencia de los órganos de instancia [SSTS 14-4-1998, 30-7-1999 (RJ 1999/5724), 26 (RJ 2000/2437) y 27-4-2000 (RJ 2000/3381)], resultando ser, por tanto, intangible en casación si no se desvirtúa previamente por el cauce impugnatorio adecuado, a saber, mediante la denuncia del error de derecho en la apreciación de la prueba con la cita de la norma o normas reguladoras de su valoración que se consideren infringidas y la exposición de la nueva resultancia probatoria según el recurrente [SSTS 15-1-1999 (RJ 1999/1), 13-4-1999 (RJ 1999/3361), 25-3-2000 (RJ 2000/1779) y 16-6-2000 (RJ 2000/4424), entre las más recientes].

Pues bien, teniéndose a la vista los expresados criterios, no cabe sino concluir que el motivo de impugnación carece de todo fundamento desde el momento en que el actor era titular de un crédito documentado en letras de cambio aceptadas por el deudor que resultaron impagadas a su vencimiento, sirviendo después de título ejecutivo, siendo irrelevante que al tiempo del acto de disposición estuviese o no declarado en sentencia firme, conforme se ha visto, y que entre los demandados tuvo lugar la aportación de bienes al patrimonio social en ejecución de un acuerdo de ampliación de capital que no se formalizó en escritura pública sino después de que se promoviera el procedimiento ejecutivo, sin efectos posibles, por tanto, frente a terceros, y siempre con posterioridad al nacimiento del crédito, acto dispositivo este que defraudó los derechos de la actora al dejar al deudor sin bienes suficientes para hacer frente a sus responsabilidades; circunstancias todas ellas de carácter fáctico determinantes de la valoración de la concurrencia de los requisitos de la acción que no han sido combatidas adecuadamente en esta sede, y cuyo desconocimiento conlleva la inadmisión del motivo que se estudia conforme a la causa prevista en la regla 3.^a, caso primero del artículo 1710.1 de la LECiv, que no requiere previo trámite de audiencia, según constante criterio de esta Sala refrendado por el Tribunal Constitucional [SSTC 37 (RTC 1995/37), 46 (RTC 1995/46) y 98/1995 (RTC 1995/98), y 152/1998 (RTC 1998/152)]».

El argumento principal consiste de nuevo en considerar que el acto de aportación es fraudulento porque el mismo deja al deudor sin bienes suficientes para hacer frente a sus responsabilidades.

III. LAS RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

(1) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de diciembre de 2006 (AC 2007/388), entiende correcto el ejercicio de la acción rescisoria ante los siguientes hechos:

«Mediante póliza bancaria de afianzamiento, de 24 de julio de 1991, los demandados don Mauricio y doña Begoña, afianzaron solidariamente, junto con otras personas, ante el Banco Central Hispanoamericano, S. A., las operaciones mercantiles que efectuara Bauchemie, S. A., de Tratamientos Especiales para Construcción, por la suma global de 75.000.000 de pesetas.

Bauchemie, S. A., de Tratamientos Especiales para Construcción, generó tres deudas con la entidad bancaria, una por importe de 2.434.136 pesetas, proveniente de una póliza de contrato mercantil de crédito bajo la modalidad de descuento, de fecha 24 de julio de 1991; otra por importe de 32.919.488 pesetas, originada en una póliza de crédito de fecha 26 de febrero de 1992; y la tercera por importe de 393.715 pesetas, saldo adeudado en una cuenta corriente.

La actora remitió telegrama a los indicados demandados reclamándoles el pago de la deuda, que les fue entregado a éstos el 2 de septiembre de 1992, presentando demanda de juicio ejecutivo contra ellos y otros dos fiadores solidarios, despachándose ejecución por auto de 25 de noviembre de 1992. Practicada diligencia de embargo a los señores Mauricio y Begoña el 9 de junio de 1993, se trtó el piso NÚM. 001, letra NÚM. 002, de la casa NÚM. 003 de la CALLE 000 de Madrid, en la llamada URBANIZACIÓN 000 (finca NÚM. 004 del Registro de la Propiedad NÚM. 006 de Madrid), y una vivienda unifamiliar edificada en parcela de terreno en la urbanización llamada Mirador del Baztán, en término municipal de Nuevo Baztán, señalada con el número 3 del plano de parcelación (finca NÚM. 005 del Registro de la Propiedad NÚM. 007 de Alcalá de Henares). El 10 de febrero de 1994 se pronuncia la sentencia de remate por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Madrid, mandando seguir adelante la ejecución despachada contra los demandados en ese procedimiento por la cantidad de 35.747.339 pesetas, mas no se pudo practicar la anotación preventiva de embargo, pues consta que por escritura pública de 31 de julio de 1992, los demandados señores Mauricio y Begoña habían constituido la sociedad de responsabilidad limitada Coto Baeza, a la que habían aportado las dos fincas embargadas a que hemos hecho referencia, y una plaza de garaje en la comunidad parcial del sótano primero del bloque III, con acceso por la CALLE 000 (finca NÚM. 008 del Registro de la Propiedad NÚM. 006 de Madrid)».

Razonando la apreciación de la concurrencia de los requisitos de la acción pauliana, en este caso, del siguiente modo:

«En cuanto al requisito del consilium fraudis, que también se cuestiona en el recurso de apelación, y que es un presupuesto indispensable para que la enajenación llevada a cabo por el deudor pueda ser rescindida [arts. 1.111, 1291.3.º y 1.297 del Código Civil (LEG 1889/27)], la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002/9735), declara que constituye un requisito subjetivo, cuya subjetividad, sin embargo, ha sido notablemente atenuada por la doctrina y la jurisprudencia para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria, y frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por el contrario de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que

habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención de deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor (sciencia fraudis), no siendo preciso la existencia de un animus nocendi y sí únicamente la sciencia fraudis, esto es, una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio, por lo que aunque puede ocurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, sin embargo hasta una simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cuotas de quasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación [en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal, de 30 de junio de 1998 (RJ 1998/6082), 31 de diciembre de 2002 (RJ 2003/247), 13 de junio de 2003 (RJ 2003/4304) y 19 de julio de 2005 (RJ 2005/5342)].

Desde esta perspectiva, pocas dudas existen de que concurre el requisito del consilium fraudis. La sociedad de responsabilidad limitada Coto Baeza, a la que se aportaron los inmuebles, fue constituida mediante escritura pública de 31 de julio de 1992, exclusivamente por los deudores solidarios y cónyuges don Mauricio y doña Begoña, con posterioridad, por tanto, a haberse suscrito la póliza de afianzamiento que sustenta la deuda. Se quiere olvidar, un tanto inexplicablemente, que por estos hechos don Mauricio fue condenado como autor de un delito de alzamiento de bienes por el Juzgado de lo Penal número 22 de Madrid, en sentencia de 14 de septiembre de 1999, la cual precisamente dio lugar a que se apreciara la excepción de cosa juzgada en la sentencia de 11 de diciembre de 2002 (ARP 2003/377) de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, a la que ya hemos aludido. Respecto a la venta de participaciones de la sociedad a Gestialval, S. A., instrumentada por escritura pública de 19 de noviembre de 1992, también se quiere obviar la expresiva declaración en las actuaciones penales de don Andrés y que obra al folio 206, como también la posterior transmisión de las participaciones sociales a los hijos de los señores Mauricio Begoña, hecho referido en las sentencias de 11 de julio de 2002 del Juzgado de lo Penal número 2 de Alcalá de Henares y 11 de diciembre de 2002 de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Madrid. La conclusión no puede ser otra sino que ha ocurrido un clarísimo consilium fraudis en los términos requeridos por la doctrina jurisprudencial».

Así pues, en el presente supuesto, la aportación no dineraria fue realizada, en este caso, una vez llevada a cabo la diligencia de embargo contra los inmuebles trabados, pero sin que pudiera haberse llevado a cabo la anotación preventiva del mismo en el Registro de la Propiedad, al constar ya la titularidad de la sociedad beneficiaria de la aportación.

(2) La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 12 de mayo de 2006 (JUR 2007/28307), estima la acción rescisoria del negocio de aportación motivando su decisión del siguiente modo:

«SEGUNDO

Por lo que respecta al fondo, es más que evidente que los demandados obraron con mala fe en perjuicio del acreedor, dándose todos los requisitos de la acción rescisoria. Con fecha de 24 de enero de 1994, la acreedora había concedido a la sociedad demandada, Industrias de Aparellajes Eléctricos Mañas, S. A., una póliza de descuento de efectos y afianzamiento de garantías, con un límite de 601.012,10 euros, y en la que aparecen como avalistas solidarios don Ramón

y doña María. El 27 de mayo de 1994, la avalista doña María aportó una finca registral a la sociedad Comercialización de Productos Eléctricos, S. L., sociedad fundada en 1991 por el matrimonio demandado y sus hijos. Ese mismo día, los avalistas otorgaron escritura pública de donación a cuatro hijos menores de edad, donando diversas cuotas de fincas.

Como tiene declarada la doctrina científica, con la acción rescisoria o pauliana no se persigue reintegrar el patrimonio del deudor, sino que el objetivo consiste en restaurar el destino del bien como integrante de la garantía patrimonial a la satisfacción del crédito. Son requisitos, siguiendo una constante doctrina jurisprudencial, los que siguen: a) la existencia de un crédito, como sucede, efectivamente, en el caso de autos; b) celebración por el deudor de un acto o contrato posterior que beneficia a un tercero proporcionándole una ventaja patrimonial, lo que, igualmente, se ha producido con la aportación de una finca a una sociedad de la que forman parte los deudores y las donaciones a favor de los hijos; c) realización de actos dispositivos por el deudor, con ánimo de perjudicar al acreedor o sustraer bienes a la acción del mismo, siendo, más que evidente en el presente caso, dada la casi simultaneidad entre la concesión de un crédito muy elevado y la realización de los actos dispositivos (los demandados incluso ya fueron condenados en otro procedimiento por alzamiento de bienes); y d) carencia para el acreedor de obtener por otro medio el cobro de su crédito que siempre se debe valorar con una cierta flexibilidad, que, en el caso de autos, se debe a la débil situación económica de los demandados (SSTS de 5 de junio de 1918, 21 de junio de 1954, 14 de junio de 1958, 15 de febrero de 1986, 17 de noviembre de 1987, 25 de enero de 1989 y 4 de noviembre de 1996)».

(3) La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 2 de julio de 2004 (*JUR 2004/275575*), también estima la viabilidad de la acción rescisoria, pero no sólo por el mero hecho de haber realizado por los deudores la aportación no dineraria social, sino por la concurrencia en el conjunto de las actuaciones de la existencia de una hipoteca sobre dichos inmuebles tras la aportación con el objeto de garantizar la aportación no dineraria de otro socio consistente en el crédito garantizado con dicha hipoteca. En este sentido, incluso la Audiencia Provincial de Murcia en esta resolución afirma que de no haber existido dicha hipoteca, el embargo de las acciones de la sociedad hubiera evitado la acción rescisoria entablada.

La exposición de lo anterior se lleva a cabo del siguiente modo:

«Se alega por los apelantes, inexistencia de los presupuestos para el ejercicio de la acción rescisoria, entablada por el Banco demandante respecto al negocio jurídico, según el cual los demandados señor José Miguel y esposa aportan dos fincas para constituir sendas sociedades mercantiles. Y ello porque para la viabilidad de la acción contemplada en el artículo 1.111 del Código Civil, es necesario que los acreedores que la ejerciten no puedan cobrar de otro modo lo que se les adeuda, y que por el deudor se realice un acto posterior dispositivo con ánimo de defraudar. Alegando que la aportación de los inmuebles a las sociedades no pueden considerarse actos fraudulentos ni impeditivos para que la actora cobre su deuda, ya que los inmuebles se aportaron por su valor real y a cambio se recibieron participaciones de ambas sociedades.

Pero olvida la apelante, que al aportar los inmuebles a la sociedad, se procede a efectuar una hipoteca sobre dichos bienes en garantía del préstamo que el hijo de ambos solicita a fin de aportar su cuota a la sociedad, de tal manera, que aunque se aporten las fincas por su valor real y formen parte de una sociedad,

permitiendo el embargo de las acciones de dicha sociedad, lo que hubiera evitado la acción rescisoria aquí entablada. Queda frustrada al realizar la operación antedicha, y según la cual las fincas quedan hipotecadas para garantizar un préstamo, que no es de los deudores, y que además están encubriendo la ficticia aportación del hijo de ambos, ya que la aportación de éste lo es por el crédito hipotecario obtenido con la finca de sus padres. Dándose así todos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la viabilidad de la acción rescisoria del artículo 1.110 del Código Civil, al haber actuado los deudores en la disposición de sus fincas, de tal manera, que aunque aparentemente actúan sin dicho ánimo defraudatorio, en realidad se han situado en una posición de insolvencia, pues el consilium fraudis ha de ser entendido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sentencia de 31-12-1998 (edj. 1998/33144) en sentido amplio, como "conciencia" en el deudor que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor, como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cuotas de quasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación.

Habiéndose expresado por la jurisprudencia sentencia de 15-11-1995 (edj. 1995/6093) que no es necesaria para la viabilidad de la acción rescisoria, el que la insolvencia de los obligados tenga que ser total, pues es suficiente que concurre minoración económica, decididamente planeada para no cubrir la integridad de la deuda, lo que determina efectivo daño para los acreedores.

En cuanto, a la alegación efectuada de la inexistencia de la deuda, y según la cual, cuando se promovió el procedimiento ejecutivo no existía todavía la misma por no haberse ejecutado el aval, se ha de considerar, como se hace en la contestación al recurso, de que existía título judicial para exigir la deuda, que declaraba la existencia de la misma, lo que resulta suficiente para acreditar la obligación de los demandados. En consecuencia procede confirmar la sentencia apelada».

(4) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de marzo de 2004 (JUR 2004/24293), declara la improcedencia de la acción rescisoria, puesto que la demandante podía haber hecho eficaz su deuda mediante su acción contra las participaciones que recibieron los deudores en contraprestación a la aportación no dineraria realizada:

«Sobre dos puntos han centrado sus alegaciones los demandados a la hora de analizar la subsidiariedad exigida por la ley para el éxito de esta acción (art. 1.111 y 1295 CC), en primer lugar en la existencia de bienes realizables en poder de alguno de los otros codemandados en el juicio ejecutivo y, en segundo lugar, porque la demandante había tratado embargo sobre las participaciones que ostentan los demandados sobre la sociedad a donde se aportaron las fincas.

El primer tema, aunque fuese cierto, no puede condicionar nuestra solución en cuanto tenemos que valorar el principio de la subsidiariedad de modo independiente por cada uno de los obligados en función de la responsabilidad individual asumida por ellos en el contrato, mientras que el segundo nos lleva al camino de estudiar si es posible considerar la admisibilidad de esta acción rescisoria cuando el acto dispositivo del deudor no impide la posibilidad de dirigirse contra el bien o los bienes del deudor, sino que simplemente hace más complicada su realización, hecho que ocurre en este caso al no poderse tratar embargo directo sobre mismos, con la garantía que ofrece la correspondiente anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, sino, indirectamente, a través de las participaciones de la sociedad a la que se aportaron.

Consideramos que esta mayor dificultad, que, por otro lado, no es superior a la que conlleva la tramitación de este procedimiento, no debe ser el criterio determinante para solucionar este problema en cuanto puede obedecer a motivos legítimos de los deudores, como hemos apreciado que ocurre en este caso, donde los demandados han decidido explotar los inmuebles a través de una sociedad en la que tienen participación todos los familiares, por lo que debemos mantener la solución del Juzgado de Instancia, con la seguridad que no se causará perjuicio alguno a la entidad demandante, ya que, como los demandados ostentan más del 76 por 100 del capital, el banco podrá decidir sobre la suerte de la sociedad, una vez adquiera las participaciones, vendiendo o enajenando los inmuebles, si fuere necesario.

No debemos ocultar que, en apariencia, con esta decisión nos sepáramos del criterio mantenido en la sentencia de 25 de junio de 2001 (rollo 232/99), donde decetramos la rescisión de la aportación de un bien inmueble a una sociedad, pero no debemos olvidar que en aquella ocasión la demandada titular de las acciones permaneció en rebeldía y no ofreció dato alguno sobre las cuentas o la marcha económica de la sociedad, que había permanecido inactiva durante largo tiempo, lo que dificultaba conocer el valor real o efectivo de las acciones y del patrimonio social, mientras que en este caso se ha ofrecido una completa información de las cuentas anuales y de las declaraciones fiscales, con lo que la situación es absolutamente distinta».

Esta sentencia resulta, a nuestro juicio, enormemente trascendente por el hecho de que nos hace ver cómo el hecho de que se pueda obtener un embargo sobre las participaciones no supone una mayor dificultad de realización de los bienes propiedad del deudor que pueda implicar la apreciación de la acción rescisoria contra el negocio de aportación social por el carácter fraudulento del mismo, valorando a estos efectos las actividades sociales realizadas por la sociedad objeto de dicha aportación.

(5) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de abril de 2003 (*JUR 2003/254242*), declara el negocio de aportación social realizado en fraude de acreedores y por tanto la estimación de la acción pauliana, razonando lo siguiente:

«Hay sin duda datos suficientes en los autos para apreciar la concurrencia del requisito del consilium fraudis, teniendo en cuenta que, en todo caso, basta con la existencia de un dolo intermedio, evidente en el caso del deudor (ni siquiera sería preciso que obrara en concreto para sustraer los bienes a la satisfacción del crédito). En efecto, en la fecha en que la finca salió formalmente del patrimonio de don Juan Pedro (17 de septiembre de 1998), no sólo había nacido ya el crédito que ostenta contra él la Tesorería General de la Seguridad Social (se remonta a los ejercicios 1990 a 1992), sino que se había iniciado la vía de apremio en el correspondiente expediente administrativo mediante Resolución dictada el 3 de junio de 1997, notificada el día 9, e incluso se había decretado el embargo del inmueble el 7 de julio de 1998, embargo del que tuvo conocimiento el deudor el siguiente 9 de julio (vid., expediente unido a los folios 7 a 43). En el momento en que tuvo lugar la aportación impugnada existía, pues, una deuda del transmitente frente a la aquí demandante, deuda en virtud de la cual se había dictado mandamiento de embargo por lo que, aun partiendo del carácter oneroso de la transmisión, habría de operar la presunción de fraude que contempla el artículo 1297-II CC (LEG 1889/ 27).

Por lo demás, la complicidad del adquirente inmediato (la entidad Aragón Número 4 Ático, S. L.) tan sólo exige el conocimiento del fraude con que obraba el deudor, sin precisar de más participación cualificada.

Y difícilmente puede discutirse tal conocimiento cuando el propio deudor era el partícipe mayoritario de la sociedad adquirente».

(6) La sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 31 de enero de 2003 (AC 2003/529), considera procedente el ejercicio de la acción rescisoria contra la aportación social y declara, por tanto, nula la misma al afirmar que:

«...existe una deuda cierta, que incluso había nacido ya dos días antes de la constitución de la sociedad, dato este último que no resultaría decisivo en cualquier caso puesto que, como igualmente recuerda la jurisprudencia, la defraudación del deudor que legitima al acreedor para el ejercicio de la acción pauliana puede surgir tanto después del nacimiento de la deuda como incluso antes, cuando se evidencie que el deudor efectúa la disposición en función de un crédito que nacerá en su contra con toda probabilidad más adelante [sentencia citada y sentencia de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002/3093)]. Igualmente resulta clara la finalidad de eludir la deuda que guía al matrimonio formado por don... y doña..., según ha quedado ya analizado y, finalmente, una interpretación lógica, realista y acorde con la evidencia de los legítimos intereses en juego lleva a considerar existente la situación de insolvencia en el sentido de creación de trátes cuyo efecto consiste en dificultar muy considerablemente el cobro del crédito, cuya posibilidad de satisfacción ha sido intencionadamente combatida por los deudores mediante la extracción de los inmuebles que integraban su patrimonio, de manera que restan en el mismo dos vehículos viejos y las participaciones en la propia sociedad fachada, cuya posibilidad de venta a un valor mínimamente cercano al de mercado se revela poco previsible por las propias características de la sociedad en sí, donde mantiene además la cualidad de socia minoritaria la demandada doña..., y donde es administrador único el propio señor... (vid. escritura de constitución), siendo claro que no pueden compararse el valor real y las expectativas de venta en pública subasta de unos determinados bienes inmuebles con los de las participaciones sociales de las que aquí se trata, de manera que, por todo lo expuesto, debe ser estimada esta pretensión revocatoria con las consecuencias de reflejo registral igualmente pedidas por la parte actora».

El interés diferenciador que revela la presente sentencia, a nuestro juicio, es que entiende que la finalidad defraudatoria de los aportantes se revela en que no puede compararse la tenencia en su patrimonio de bienes inmuebles a participaciones, ya que éstas son mucho más difíciles de enajenar en pública subasta y por lo tanto de ofrecer «liquidez» al acreedor, aunque obvia —evidentemente, según su razonamiento— y por otro lado otras posibles actuaciones del acreedor en un embargo y ejecución de participaciones.

(7) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de julio de 2002 (JUR 2003/48804), sobre la base de la ausencia de prueba en el seno del procedimiento de la valoración de las participaciones y por el probable carácter familiar y patrimonialista de la sociedad a la que se realizaron las mismas por parte de los deudores, declara la admisión de la acción rescisoria justificándola del siguiente modo:

«Nos enfrentamos con el último tema que consideramos esencial para resolver este procedimiento y que no es otro que determinar si con las participaciones y acciones que ostentan las demandadas sobre las sociedades tras las aportaciones que se pretenden declarar fraudulentas, podrían haberse cubierto los créditos y, por tanto, no concurre la subsidiariedad exigida para esta acción [arts. 1.111 y 1.295 CC (LEG 1889/27)].

Esta interrogante nos lleva al camino de estudiar si es posible considerar la admisibilidad de esta acción rescisoria cuando el acto de disposición no impide el ejercicio del embargo sobre el bien, sino que simplemente hace más complicada su realización, hecho que ocurre en este caso al no poderse tratar embargo directo sobre los inmuebles, con la garantía que ofrece la correspondiente anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, sino sobre las participaciones o acciones de las sociedades a la que se aportaron.

En definitiva aunque consideramos que tal dificultad no debe ser el criterio determinante para solucionar este problema, sí debemos mantener el carácter fraudulento de tal acto, pues, siguiendo el criterio marcado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de enero de 2000 (AC 2000/659) (Sección 15.^a), debemos indicar que para permitir este acto de disposición, que supone un considerable cambio cualitativo en la situación patrimonial de la deudora, debemos tener cierta seguridad de que el acreedor tenía un camino abierto y eficaz con el embargo de las acciones y de las participaciones, cosa que no ocurre en este caso, pues desconocemos, ya que no se ha traído a las actuaciones reflejo alguno de su actual patrimonio o de su situación contable, cual sea el valor real o efectivo de las acciones, que depende directamente del valor del patrimonio o del capital real de la sociedad y de las condiciones del mercado en que ésta se mueva, situación que se agrava al ser una sociedad estrictamente familiar sin actividad negocial conocida y, posiblemente, de carácter meramente patrimonialista».

(8) La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 14 de mayo de 2002 (JUR 2002/236393), igualmente se decanta por el éxito de la acción pauliana apreciándose como razonamiento lo siguiente:

«Industrias El Capricho y los cónyuges demandados, con posterioridad a la fecha de formalización de la póliza de crédito con la mercantil actora, aportaron las respectivas fincas de su propiedad a la entidad Manbra, S. A., en escritura de constitución de fecha 8 de junio de 1993, eludiendo el embargo preventivo de las mismas, al denegarse la anotación por el señor Registrador de la Propiedad, al aparecer las fincas inscritas a nombre de terceros. La disposición efectuada en fraude de acreedores, aprovechando la personalidad jurídica de la nueva sociedad constituida —Sociedad Limitada—, supone de facto eludir la responsabilidad personal, en perjuicio de los derechos de terceros, con la consecuencia de permitir a los ejecutados incumplir sus obligaciones frente a sus acreedores, pues en las sociedades de responsabilidad limitada, el capital, dividido en participaciones sociales, se integra por las aportaciones de los socios para responder de las deudas sociales —la deuda generada por impago de la póliza de crédito no lo es— mientras que los socios no responden personalmente de las deudas sociales; y en este mismo sentido concluyó el Juzgador de Instancia, en su fundamento de derecho tercero in fine, pues no cabe imponer al actor la carga extraordinaria de investigación y persecución de los bienes, justificándose la insolvenza, cuando no existan bienes notoriamente conocidos en el patrimonio del deudor, suficientes para atender a la cantidad impagada, a pesar de lo manifestado por la defensa

de los demandados en cuanto a que realmente con las aportaciones no salen del patrimonio los bienes con cita en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de noviembre de 1990».

(9) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de julio de 2002 (*JUR 2004/37831*), también se decanta por la viabilidad de la acción rescisoria, mereciendo destacar en su argumentación y con carácter distintivo, lo siguiente:

«**NOVENO**

En el caso enjuiciado, se estima por los recurrentes que no concurren esos requisitos y que la demanda está mal planteada, porque el acreedor debió dirigirse contra las participaciones sociales que recibió la señora Guadalupe en contraprestación por la aportación de la finca. Frente a ello es preciso decir que tal alegación carece de la menor consistencia, a la vista de que, según la propia parte manifestó y está acreditado en autos (folios 424 a 427), la señora Guadalupe procedió, en fecha 18 de noviembre de 1994, a vender las participaciones sociales a sus hijos, sólo un mes después de la aportación (14 de octubre de 1994) y mucho antes de interponerse la demanda.

Y aunque no hubiera sido así, tampoco puede pensarse seriamente que no se sitúe en insolvencia de hecho quien aporta el único bien realizable a una sociedad de carácter familiar cuyo control tiene y recibe a cambio acciones o participaciones de la misma cuya realización es complicada y su valor real incierto. Sólo queriendo desconocer la realidad, y la evidencia, podría sostenerse que no existe una insolvencia de hecho, porque una cosa es el valor nominal de las participaciones y otra su valor efectivo en el mercado. Aunque es cierto que las acciones, o participaciones sociales, son embargables y transmisibles, nada permite asegurar que se llegue a tiempo antes de que hayan sido, a su vez, transmitidas a un tercero, o bien a que se descapitalice la sociedad con la venta de los propios inmuebles a ella aportados, sin posibilidades para el acreedor de evitarlo. Y cuando se tiene la certeza de que se ha acudido a la aportación a la sociedad como medio para defraudar a los acreedores, lo razonable es pensar que, a continuación, se acometerán las demás actividades precisas con el mismo fin».

Esto es, a pesar de reconocer —como no podía ser de otro modo— el carácter embargable y transmisible de las participaciones, se concatenan los hechos defraudatorios mediante la siguiente doble presunción: la aportación social supone ánimo de ocultación de bienes y con ello ya se puede presumir también que se realizarán actos fraudulentos, tales como la enajenación de las participaciones recibidas como contraprestación a la aportación no dineraaria o la descapitalización de la sociedad, haciendo caso omiso a los remedios que asisten al acreedor embargante de unas participaciones para evitar tales actuaciones, como tendremos oportunidad de tratar con posterioridad en este trabajo.

(10) La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 19 de marzo de 2001 (*JUR 2001/233368*), declara la ineficacia de la aportación social por ejercicio de la acción rescisoria, en base a lo siguiente:

«Y como quiera que, en el presente caso la Inspección de la Agencia Tributaria había iniciado actuaciones para regularizar la situación tributaria de don José J. L. y de su esposa, el 28 de octubre de 1994, y aunque estos constituyeron la sociedad —en unión de sus hijos— el 28 de diciembre de 1995, es decir,

casi medio año antes de que la Inspección levantara las tres actas cuya deuda reclama, aportando los demandados a dicha sociedad, la nuda propiedad de tres bienes inmuebles, pero reservándose el usufructo vitalicio de los mismos, y teniéndose en cuenta que la referida sociedad no realiza actividad alguna según se desprende de las actuaciones (folios 73, 74 y 75), a pesar de la urgencia en que fue constituida (folio 44), hace presumir que con dicha actuación, lo que pretendían los demandados era colocarse en una situación de insolvencia, e impedir a la Agencia Tributaria el cobro de la deuda que resultara de la inspección que se estaba tramitando, insolvencia que no tenía porque ser absoluta, siendo suficiente una disminución patrimonial que impidiera al acreedor hacer efectivo su crédito o hacer sumamente difícil su reintegro, al no cubrir la totalidad de la deuda, de acuerdo con el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor que consagra el artículo 1.911 del Código Civil.

Es por todo ello que el recurso debe ser desestimado, confirmándose la sentencia de instancia en todos sus extremos».

(11) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de enero de 2001 (AC 2001/1015), en el mismo sentido mayoritario que puede venir observándose, también aprecia la rescisión de la aportación al razonar que:

«SEXTO

Sin que de conformidad con lo que antecede, pueda considerarse que nos hallamos ante un supuesto de nulidad de constitución de sociedad por ilicitud del objeto, ni de nulidad absoluta de las aportaciones por falta de causa en el negocio transmisible, la cuestión se reconduce al ánimo defraudatorio de los acreedores como soporte de la rescisión interesada, según se desprende como se dijo de los hechos, fundamentos jurídicos y pedimentos articulados en el escrito inicial.

La acción pauliana, medida de conservación del patrimonio del deudor, en garantía de la responsabilidad que proclaman los preceptos del Código Civil antes resenados, en relación con los artículos 1291.3º, 1.294 y 1.295 del propio Código, precisa la concurrencia de una serie de condiciones sobre la base del fraude, para la efectividad de la revocación de la aportación con reintegro al patrimonio del deudor de los bienes transmitidos, que precisados jurisprudencialmente se concretan en la existencia de un crédito del actor, pudiendo estar pendiente el litigio entablado en su reclamación, la efectiva transmisión de bienes del deudor a un tercero y la persecución de bienes infructuosa por el acreedor, sin que se precise promover pleito para acreditar la insolvencia, bastando la concurrencia de una minoración provocada que impida cubrir la integridad de la deuda sin que los bienes hayan pasado a tercero de buena fe [sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1992 (RJ 1992/2337), 28 de octubre de 1993 (RJ 1993/7666), 28 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8630)] y en el presente caso, del examen de lo alegado por las partes y de la prueba practicada en el juicio, se consideran plenamente demostrados los requisitos precisos para el ejercicio de la acción rescisoria, al considerarse acreditado el negocio de suministro de prendas de peletería y la deuda derivada del mismo a cargo de la demandada-recurrente, así como la aportación que por la citada y su fallecido esposo se hizo a la sociedad demandada de la vivienda unifamiliar, único bien inmueble de que eran titulares en las circunstancias que quedaron expuestas al comienzo de la presente, constituyendo tal negocio dispositivo una clara actuación de connivencia fraudulenta, con el fin de vaciar de real contenido económico su patrimonio personal y evidente disminu-

ción de las posibilidades efectivas de dar satisfacción al crédito de la actora tras la aportación inmobiliaria cuestionada, careciendo de relevancia la sustitución del inmueble por participaciones sociales adjudicadas a cada uno de los titulares, al haberse hipotecado aquél y desconocerse el valor liquidativo en venta de las participaciones, concurriendo el presupuesto de minoración patrimonial intencionada, y debiendo considerarse en definitiva probado que la aportación de la vivienda a la sociedad se realizó en fraude de acreedores, con pleno conocimiento y connivencia de los fundadores, debiendo acogerse la demanda contra la sociedad en este punto relativo a la rescisión de la aportación correspondiente a la demandada doña Remedios Pilar G. F.».

De nuevo, la ausencia en autos del valor liquidativo de venta de las participaciones vuelve a ser otro de los criterios determinantes para la estimación de la acción, sin que se analice el alcance del mismo ni otras posibilidades de actuación del embargante de unas participaciones.

(12) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de diciembre de 2000 (*JUR 2001/88818*), basa la rescisión del negocio de aportación en relación con los siguientes hechos:

«...En esta situación es patente la maniobra de los esposos codemandados, tratando de poner a cubierto de los acreedores sus bienes, en concreto, los tres inmuebles a que se refiere la presente acción, y siendo cierto que estas maniobras son anteriores a la efectividad de la deuda de CAJA DE MADRID, no debe pasarse por alto que, dada la posición que ostentaba el señor A. G., en la empresa cuyas deudas avalaba personalmente, el mismo era conocedor de la mala situación de Promociones Resina, S. A., circunstancia que comportaba la realización, en cadena de los restantes créditos, procediéndose, antes de que se materializaran los descubiertos, a poner a salvo, o al menos a intentarlo, aquellos bienes que era posible, empleando como medio para ello la ampliación del capital de una sociedad patrimonial previamente creada por ambos cónyuges, aportando para cubrir tal ampliación, aparte de otros, los bienes inmuebles reseñados, actuación que ya tenía otro precedente, que se remonta al 20 de febrero de 1990, cuando se creó la mercantil "Internacional del Mueble, S. L." —véanse folios 341 y sigs.—. Dentro de los datos significativos que ponen de manifiesto que la ampliación de capital y la aportación de los inmuebles no es más que un intento de salvaguardar el matrimonio personal, cobra especial trascendencia, pese a las protestas en contrario, el escaso valor que se da a los inmuebles aportados, dato que es evidente, y si bien es cierto que este hecho, como se indicó en anterior fundamento jurídico, por sí solo no constituye una prueba plena que demuestre o destruya la presunción de la existencia y licitud de la causa en el contrato que nos ocupa, sí es relevante del propósito de ocultación de patrimonio que anidaba en los demandados, lo que unido a cuanto se ha expuesto, y añadiendo la escasa actividad de CONFORT VIVO, S. A., reconocida por sus integrantes en prueba de confesión, su carácter de sociedad patrimonial, y la inclusión en dicha empresa de todos los bienes de ambos cónyuges, pone de manifiesto que tan citada ampliación de capital obedeció, pura y simplemente, al propósito de poner a cubierto de inminentes responsabilidades dimanantes de compromisos ya adquiridos, el patrimonio personal del matrimonio, seriamente afectado por los avales personales preexistentes».

Sobre dichos hechos, las valoraciones de los mismos, que vuelven a servir de presupuesto para los expuestos requisitos de la acción pauliana, son el esca-

so valor otorgado a los bienes inmuebles aportados, el carácter de sociedad patrimonial y la aportación omnicomprensiva de los bienes de los deudores.

(13) La sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 26 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000/301784), acredita la concurrencia del requisito consistente en el fraude de acreedores que ha sido motivo de la aportación en base a lo siguiente:

«...El tercero de los requisitos, que el acto haya sido celebrado en fraude de acreedores, hay que darlo por acreditado en el presente caso, pues la constitución de la referida sociedad únicamente tuvo como finalidad el salvaguardar los bienes de los posibles acreedores, tal como se deduce de los siguientes hechos: A) de la propia fecha de constitución de la sociedad (20-11-95), pocos meses después de haber avalado un crédito otorgado a una Sociedad Agraria de Transformación de la que el demandado señor G. B. es administrador y justo un mes antes de que dicha Sociedad Agraria comience a incumplir las obligaciones asumidas frente a la entidad prestamista (diciembre de 1995) y tres meses antes de que se solicite la suspensión de pagos (16-2-1996); B) de que la sociedad que constituyen no tenga actividad alguna, y así lo reconocen los demandados, ni haya cumplido con la obligación legal de presentar sus cuentas y balances anuales en el Registro de la Propiedad desde su constitución; C) de que los bienes que se aportan para la constitución de la misma estén claramente infravalorados, tal como quedó acreditado por la prueba pericial, que valoró los bienes a la fecha de su aportación en 22.719.425 pesetas, mientras que las participaciones sociales que reciben por ellos son valoradas en 5.740.000 pesetas; D) que los únicos accionistas de la misma sean los dos demandados que la constituyen; y E) de que los hoy demandados, tras la aportación de los inmuebles a la sociedad, no se reserven bien alguno con el que afrontar las obligaciones asumidas, pues aunque a cambio de la aportación reciban participaciones sociales, éstas, como ya se ha dicho, tienen un valor nominal muy inferior al de los bienes aportados».

Asombrosamente, resulta determinante para la estimación de la acción pauliana que las participaciones tuvieran un valor nominal inferior a la valoración de los inmuebles aportados.

(14) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de marzo de 2000 (*JUR* 2000/189456), nos ofrece otros elementos dignos de consideración en cuanto a la estimación de la acción rescisoria, afirmando que el hecho de que mediante una ampliación de capital posterior se hubieran quedado como minoritarios en la sociedad a la que habían aportado sus bienes los deudores, la existencia de derechos de adquisición preferente a favor del nuevo socio mayoritario y la insuficiencia probatoria acerca de la valoración de las participaciones suscritas por los deudores implican la constatación del fraude.

De esta forma, expone la Audiencia estos hechos:

«...La operación impugnada resulta altamente sospechosa. La sociedad Tokir, S. L., se había constituido apenas tres meses antes (el 14 de marzo de 1996) con un capital social de 500.000 pesetas dividido en 500 participaciones, suscritas y desembolsadas por los socios fundadores, Iniciativas JVC, S. L. (que suscribió 499) y don Javier V. (que suscribió una sola participación), mediante la aportación, a su vez, de participaciones sociales de la propia socia mayoritaria (la mencionada Iniciativas JVC, S. L.), entidad de cuya composición ningún

rastro hay en los presentes autos ni por supuesto ha querido ser aclarada por Tokir, S. L. (primera interesada en demostrar que es totalmente ajena al matrimonio V.-A.).

En el momento en que entraron a formar parte de Tokir, S. L., los codemandados (el 18 de junio de 1996), se convirtieron en socios mayoritarios (tenían en conjunto 1.000 de las 1.500 participaciones de la sociedad) y significativamente, en la misma fecha en que el banco libró la certificación del saldo deudor de la póliza de préstamo, dando por vencida la operación (6 de noviembre de 1996), se produjo un nuevo aumento de capital social por 2.000.000 de pesetas, siendo suscritas todas las participaciones por una tercera persona (doña Josefa B.), que pasó de tal manera a ser accionista mayoritaria. Maniobra (en absoluto explicada en los autos) mediante la cual quedaba de hecho muy dificultado el posible embargo y venta de las participaciones sociales de los codemandados, pues (aparte de los derechos de adquisición preferente de los socios) el adquirente entraría en la sociedad en una situación en absoluto cómoda».

(15) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de febrero de 2000 (AC 2000/3204), estimando igualmente la acción pauliana interpuesta, nos ofrece como elemento interesante para el debate la no consideración de la sociedad como tercero de buena fe, debido a que los dos aportantes eran quienes tenían la condición de deudores.

Los hechos que dieron lugar a dicha estimación son, por otro lado, los siguientes:

«...Del conjunto de las pruebas practicadas, así como del propio escrito de contestación a la demanda, ha quedado acreditado que en fecha 10 de septiembre de 1994 los codemandados don José María Z., su esposa doña María del Rosario H., concurrieron al otorgamiento de la escritura pública de constitución de la sociedad "Jiluxtheir, S. L.", siendo su aportación social a la misma todos los bienes inmuebles de su propiedad, tanto de carácter privativo como ganancial, incluida la vivienda sita en esta ciudad, calle Antonio Leiva, núm. ..., que constitúa el domicilio conyugal, a pesar de dichas aportaciones las participaciones que se les adjudican son inferiores al 50 por 100 del capital social de la misma.

Igualmente consta acreditado en los autos que la deudora principal se encontraba en una grave situación económica, que desembocó en que no pudiera hacer frente a la deuda reclamada, procediendo a presentar la correspondiente suspensión de pagos.

Constando acreditado en los autos que los únicos bienes que aparecen como titularidad de dichos demandados son las participaciones sociales que se les adjudicaron al proceder a la constitución de la citada sociedad.

De tales datos, así como del conjunto de las pruebas practicadas, ha quedado acreditado que si no la única finalidad, sí la principal de la aportación de los bienes inmuebles por parte de dichos demandados a la constitución de la sociedad a la que concurría en su constitución una hermana de don José María Z., a la cual se le atribuye más del 50 por 100 del capital social, era el sustraer el citado patrimonio de las deudas que hubiera podido incurrir como consecuencia de su condición de garante de deudas de la sociedad Peninsular Eléctrica, y en especial de la deuda existente a favor del acreedor apelante, de tales datos se pone de relieve la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos necesarios para que prospere la acción rescisoria, puesto que existe la deuda, un acto de disposición patrimonial realizado por el deudor, acto de disposición que supone no sólo una disminución evidente de su garantía patrimonial, sino que impide y dificulta extraordinaria-

riamente no sólo la satisfacción total del crédito, sino incluso parcial del mismo, y no puede tampoco entenderse que la sociedad a la que se aportan dichos inmuebles sea un tercero de buena fe, en cuanto que al acto de su constitución concurrieron ambos deudores, y una hermana de uno de ellos, no teniendo actividad alguna hasta que no hubo transcurrido un largo periodo de tiempo desde su constitución, por lo que en base a la acción ejercitada procede la rescisión de las aportaciones de inmuebles realizadas por parte de los deudores, en cuanto que los mismos se han realizado en un claro fraude de acreedores».

(16) La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 14 de enero de 2000 (AC 2000/638), estima también la acción rescisoria sobre la base del desconocimiento del valor real y efectivo de las participaciones recibidas a cambio, así como por la dependencia de dicha valoración del desarrollo de la vida social, lo que vuelve a suponer, obviar las posibilidades de actuación que en el seno de un embargo de acciones o participaciones tiene un acreedor embargante de las mismas. No obstante, y sin ánimo de adelantar pareceres al respecto, continuamos con la exposición objetiva de los razonamientos de la sentencia.

Así, se expone lo siguiente:

«**TERCERO**

Conforme a lo expuesto, las circunstancias en que los demandados efectuaron la transmisión aquí impugnada, tal como aprecia la sentencia apelada, cumplimentan las condiciones y requisitos necesarios para estimar la demanda. Ello por cuanto consigue el objetivo de defraudar al acreedor el acto dispositivo consistente en aportar el inmueble a una sociedad, constituida entre familiares, unos días después de la sentencia que establecía definitivamente la deuda reclamada, desprendiéndose así de un bien contra el que pudiera dirigirse el acreedor y que constituía la mayor parte del patrimonio de los deudores, o al menos no han demostrado que tuvieran otros bienes realizable, incumpliendo la carga de la prueba que sobre este extremo les incumbe.

No puede estimarse acreditativo de solvencia suficiente las participaciones que los deudores tienen en la sociedad cuando no se conoce su valor real y efectivo. No cabe considerar estos títulos equivalentes al inmueble, atendido el valor indeterminado de las participaciones sociales, así como variable en función del balance de la sociedad cuyo resultado depende de la actividad social y, por tanto, en gran medida de la actuación de los socios y administradores (que aquí son los deudores)».

(17) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de septiembre de 1999 (AC 1999/8136), dando carta a la acción rescisoria vuelve a incidir, en lo que nos interesa, en que la existencia del derecho de suscripción preferente y en la variabilidad del valor de las participaciones en función del mercado correspondiente son hechos que sustentan la acción pauliana.

La exposición de lo anterior se realiza de la siguiente forma:

«**QUINTO**

Se ha probado en las actuaciones, a medio de los documentos aportados por la parte actora, que, a los pocos meses de la actuación de la Inspección de Tributos del Estado para la regularización de la situación tributaria de los codemandados, don Eduardo E. C. y doña María Dolores B. A., conformes los mismos, por medio de quien les representaba, con la propuesta de liquidación definitiva,

no rectificada después, y requeridos de pago de la suma resultante, en la cuantía final señalada al principio, los deudores, junto con la hija común, emancipada por su concesión el propio día, constituyeron la sociedad Denbora, S. A., a la luz de la entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (RCL 1951/811, 945 y NDL 28531), y aportaron a ella sus bienes inmuebles y algunos muebles valiosos.

Al margen de los bienes aportados y de las acciones suscritas no consta que los deudores tuvieran otros susceptibles de ser realizados por la Administración acreedora. Es más, en el escrito de contestación de Denbora, S. A., se identifica el activo patrimonial de los socios con aquellas acciones.

También se ha probado que, en caso de enajenación de las acciones, los estatutos reconocen a los socios un derecho de preferente adquisición.

Por último, el valor real o efectivo de las mismas, dependiente del valor del patrimonio o capital real de la sociedad y de las condiciones del mercado en que ésta se mueva, no se ha demostrado».

Con carácter previo a lo anterior, se explican los antecedentes históricos de esta acción y se expone desde un punto de vista comparatista a la misma, pasando por la exposición de sus requisitos, al exponerse lo siguiente:

«CUARTO

La acción pauliana, con origen en dos textos de Ulpiano —Digesto 42.8.1 y LO— y precedentes en las Partidas —Título X, de la V, sobre “como han los deudores a desamparar sus bienes, quando non se atruen a papar, lo que deuen: e como deve ser reuocado el enagenamiento que los deudores fazen maliciosamente de sus bienes”—, está regulada en nuestro Ordenamiento en los artículos 1.111, 1.290, 1291.3 y siguientes del Código Civil, y 37.4 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946/886 y NDL 18732), que, al igual que hacen otros ordenamientos próximos —arts. 2.901 a 2.904 del Código Civil italiano, 1.16.7 del Código Civil francés y 610 a 618 del Código Civil portugués—, reconocen al acreedor la facultad de impugnar “los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho” y, en particular —art. 1291.3 del Código Civil—, los contratos celebrados “en fraude de acreedores, cuando éstos no pueden de otro modo cobrar lo que se les deba”.

Se trata, al fin, de un control a ejercer por el acreedor sobre la actuación de las facultades dispositivas ajenas, con el único objeto de conservar la integridad del patrimonio del deudor, sobre la que se habría de hacer efectiva su responsabilidad, si es que no cumple —art. 1.911 del Código Civil—.

El éxito de la acción reclama la concurrencia de los siguientes requisitos, a los que ya hizo referencia este Tribunal en las sentencias de 5 de febrero y 14 de abril de 1999:

A) *La existencia de un crédito anterior a la celebración del acto, contrato que se pretende rescindir —STS de 17 de marzo de 1972 (RJ 1972/2538), 13 de mayo de 1974 (RJ 1974/2062), 31 de marzo de 1989 (RJ 1989/2289) y 7 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8813)—.*

Sin embargo, también se admite el ejercicio de la acción cuando el derecho no ha nacido al celebrarse el contrato, pero es segura su existencia posterior —STS de 2 de marzo de 1981 (RJ 1981/882)—.

Además, tiene plena cabida en nuestro sistema la previsión de los artículos 2901.2 del Código Civil italiano y 610.a) del portugués, de admitir la acción en tales casos cuando el acto está dolosamente preordenado al fin de impedir la satisfacción del futuro acreedor.

Con mayor razón puede ser estimada la acción cuando el crédito ha nacido, pero no es exigible al estar sometido a plazo inicial o a condición suspensiva.

B) La acción, además, es subsidiaria —arts. 1291.3.^º y 1.294 del Código Civil—, en el sentido de que el acreedor ha de carecer de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

Lo que la Jurisprudencia, a la vista de los medios que el Ordenamiento ofrece a los acreedores cuando el deudor no cumple voluntariamente, interpreta en el sentido de que éste ha de carecer de bienes que resulten suficientes para cubrir el importe del crédito —SSTS de 15 de febrero de 1986 (RJ 1986/681), 16 de marzo de 1989 (RJ 1989/2155), 31 de marzo de 1989, 7 de diciembre de 1989, 22 de octubre de 1991 y 6 de abril de 1992 (RJ 1992/2942), 26 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9591) y 28 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8630)—.

No es preciso, sin embargo, perseguir en un proceso anterior los bienes del deudor para demostrar su insolvencia —SSTS de 12 de junio de 1985 (RJ 1985/3109) y 30 de enero de 1986 (RJ 1986/338)—, ya que la prueba puede lograrse, por cualquiera de los medios admitidos en el propio proceso en que se ejerce la acción pauliana.

Incluso la facilidad o dificultad de probar, ante la que se encuentran las partes, justifica valorar el silencio del deudor a la hora de designar bienes cuya existencia afirma, normalmente de modo implícito o general, al negar la insolvencia. En este sentido, el artículo 610 del Código Civil portugués establece que: “incumbe... ao devador ou a terceiro interessado na manutenção do acto, a prova de que o obrigado possuir bens penhoráveis do igual ou maior valor...”.

C) La enajenación debe ser fraudulenta —SSTS de 16 de marzo de 1989 y 31 de marzo de 1989—, lo que corresponde probar al demandante, aunque pueda hacerlo por cualquier medio —STS de 29 de mayo de 1985 (RJ 1985/2832)—.

Sin embargo, el fraude (que, en algún caso, tiene una estructura puramente objetiva) no presupone nunca un designio o propósito de perjudicar (*animus nocendi*), sino que basta con la scientia fraudis o conocimiento de que se perjudica al acreedor, al que debe equipararse la culpa por no conocer lo que debía haberlo sido —SSTS de 13 de febrero de 1992 (RJ 1992/844), 6 de abril de 1992 y 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9885).

D) Para que la acción surta sus efectos frente al tercero en cuyo poder se encuentran los bienes enajenados, éste no ha de ser de buena fe, es decir, ha de conocer o debido conocer la existencia del fraude, en el sentido que más arriba se ha señalado».

(18) La sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, de 11 de junio de 1998 (AC 1998/1277), declara la rescisión de la aportación social, principalmente y en lo que nos interesa, sobre la base del carácter patrimonial de la sociedad que recibe la aportación, al relatarse lo siguiente:

«...En cuanto al propósito defraudatorio se revela de forma evidente cuando la sociedad demandada no se infiere de lo actuado que realmente tenga un objeto distinto que el ser una sociedad patrimonial con la única finalidad de sustraer los bienes del patrimonio personal de quienes se hallan en una situación económica precaria (confesión en juicio de la legal representante de la S. L., y de los propios codemandados), siendo indicativo que los únicos socios sean los mismos deudores y su familia más directa (hijos y nuera)».

(19) La sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, de 17 de abril de 1998 (AC 1998/807), acepta también la rescisión de la aportación social, aun-

que en esta resolución se observa cómo se había procedido también a la venta de las participaciones que habían sido previamente embargadas, sin que su producto fuera suficiente para cubrir la deuda, lo que necesariamente ha de tenerse en consideración dentro de los sistemas de protección que tiene el acreedor embargante de las mismas, con el objeto de asegurarse la satisfacción de su crédito por este embargo societario.

Tales hechos se exponen del siguiente tenor:

«...Finalmente, se alega el carácter subsidiario de la acción rescisoria y la posibilidad de hacer efectivo el cobro de lo adeudado con los bienes de la herencia yacente del fallecido. Sin embargo, como bien analiza la sentencia apelada, la aportación societaria efectuada por el señor R., provocó la insolvenza de éste, que quedó sin bienes libres y suficientes para hacer frente al crédito contraído con la actora, porque los saldos bancarios aparecen certificados como negativos, las plazas de parking hipotecadas pasaron a terceros al ejecutarse las hipotecas, las participaciones sociales asignadas al señor R., al aportar los bienes a la sociedad y posteriormente embargadas, habían sido vendidas a los restantes partícipes (familiares del fallecido), excepto 12 por valor de 1.200.000 pesetas, insuficientes para cubrir el importe de lo adeudado, y los 20.000.000 de pesetas en que se valoraron aquellas participaciones sociales vendidas y que supuestamente habría percibido el deudor fallecido, no se sabe donde están...».

RESUMEN

DERECHO SOCIETARIO ACCIÓN PAULIANA

En numerosas ocasiones se viene estimando por la jurisprudencia la viabilidad de la acción pauliana contra las aportaciones sociales a capital efectuadas por el deudor. En este trabajo nos hemos limitado a la exposición de dichas resoluciones jurisprudenciales dejando para otro, inmediatamente posterior, las reflexiones a realizar sobre los argumentos de las mismas acerca de dicha viabilidad.

ABSTRACT

CORPORATE LAW ACTION TO NULLIFY FRAUDULENT ACTS OF A BANKRUPT

On numerous occasions jurisprudence has upheld the viability of action to nullify fraudulent contributions to corporate capital by a bankrupt debtor. In this paper we merely review the said judgments, leaving for another paper (immediately to follow) our reflections on the arguments given in the judgments about said viability.