

## 2. DERECHO MERCANTIL

### El innecesario requisito de crédito preexistente al contrato simulado como presupuesto de la acción de simulación contractual concursal

#### *The unnecessary pre-existing credit requirement to the simulated contract for the bankruptcy contract simulation action*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho civil y abogado*

**RESUMEN:** La exigencia como requisito para el ejercicio de la acción de simulación contractual en el concurso de acreedores de un crédito preexistente al contrato simulado implica una indebida equiparación de esta acción de simulación a la acción pauliana.

**ABSTRACT:** *The requirement for the exercise of the contractual simulation action in the bankruptcy of a pre-existing credit to the simulated contract implies an undue confusion of this simulation action to the Paulian action.*

**PALABRAS CLAVE:** Acción de simulación contractual en el concurso de acreedores.

**KEY WORDS:** *The requirement for the exercise of the contractual simulation action in the bankruptcy.*

**SUMARIO:** I. LA ACCIÓN PAULIANA Y LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN SON DOS ACCIONES JURÍDICAS DIFERENTES.—II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN CONCURSAL.—III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN PAULIANA CONCURSAL.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

#### I. LA ACCIÓN PAULIANA Y LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN SON DOS ACCIONES JURÍDICAS DIFERENTES

Plantearse que en el ejercicio de una acción de simulación contractual efectuada en el seno de un concurso de acreedores sea necesario exigir un perjuicio

al acreedor concursal instante *ex* artículo 238 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR), supone a nuestro juicio confundir los requisitos que han de tenerse presente para el ejercicio de una acción de simulación con los que se precisan para el ejercicio de la acción pauliana.

O sea, el régimen de ejercicio de las acciones de Derecho común que pueden ejercitar los acreedores como mecanismo de defensa de su derecho de crédito concursal al margen de la típica y propia del concurso de acreedores como es la acción rescisoria concursal no puede revestirse de requisitos ajenos a los que podamos extraer del Derecho común dada la ausencia de regulación específica al respecto, ya que la remisión que hace el referido artículo 238 TRLC a los requisitos de legitimación previstos para la acción rescisoria no desprovveen a la acción de simulación del requisito de legitimación propia de la misma, como es el interés en el ejercicio de la acción.

Entender aplicable el, por otro lado, cada vez más atenuado requisito del perjuicio preexistente para el ejercicio de la acción pauliana en el seno de un concurso de acreedores (o antes en la quiebra) a la acción de simulación no supone desde nuestro punto de vista más que un incorrecto entendimiento del contenido y alcance de ambas acciones jurídicas.

En estas situaciones en las que atendemos al posible ejercicio de la acción que podríamos denominar de simulación concursal, el perjuicio del acreedor preexistente o no, sí existiría, pues la merma de la masa activa del concurso se habrá visto producida como consecuencia de un negocio jurídico simulado efectuado aunque fuera con carácter previo al crédito concursal, no debiendo olvidarse o ignorarse como venimos sosteniendo que las acciones rescisorias y las de simulación persiguen la protección de un interés jurídico diferente por lo que no se puede precisar los mismos requisitos de la pauliana para la acción de simulación, pero no adelantemos acontecimientos.

Es decir, generalmente la simulación absoluta denunciada lo es por inexistencia de causa onerosa (por ej. inexistencia de precio en la compraventa) por lo que la falta de uno de los elementos del negocio jurídico como es el de la causa no puede conllevar más que la nulidad del mismo, con independencia de la ilicitud causal, pese a que usualmente también sea predicable dicho ilícito en función de la merma de la masa activa del concurso y del perjuicio para la masa que habrá supuesto el negocio simulado absoluto denunciado por el acreedor en cuestión. Por tanto, en nuestra opinión, el perjuicio que ha de valorarse en esta acción de simulación no es el del acreedor particular sino el de la masa activa del concurso.

De esta forma, la jurisprudencia concibe *«el perjuicio para la masa activa»* como un sacrificio patrimonial injustificado *«en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación»* (Sentencias 629/2012, de 26 de octubre; 487/2013, de 10 de julio; 100/2014, de 30 de abril; y 428/2014, de 24 de julio). ¿No supone además para la masa activa el negocio simulado una minoración de activo injustificable?, por supuesto que sí.

Como creemos que hay que sostener, puede considerarse que en los casos en que existiendo una simulación absoluta la jurisprudencia que hace referencia a la *«causa ilícita»* se está refiriendo no a la causa del negocio, inexistente justamente por ser absolutamente simulado y como tal meramente aparente, sino a la causa de la simulación.

Pueden existir propósitos negociales de una simulación absoluta que no sean ilícitos o inmorales pueden diferenciarse simulaciones absolutas con causa lícita y con causa ilícita, aunque la simulación absoluta implique siempre la nulidad absoluta del negocio, pues «*los contratos sin causa... no producen efecto alguno*» según prevé el artículo 1275 del Código civil, por lo tanto la ilicitud no es presupuesto de la simulación, como viene afirmando la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Es decir, la misma por el mero hecho de la inexistencia de causa onerosa que normalmente se producirá en los alegatos de simulación contractual (falta de precio) debe quedar claro que existe también un perjuicio a los acreedores que es el que supone la merma de la masa activa, sin que tengamos que estar al interés de ningún acreedor particular como pueda sostenerse desde un punto de vista sesgado del problema objeto de análisis, ya que ello supone desconocer no solo el presupuesto de la legitimación de la simulación desde el «*interés legítimo*» sin necesidad de acreditación de perjuicio, sino desatender el interés del concurso, por cuya cuenta litiga un acreedor con legitimación subsidiaria, *ex* artículos 122 y 238 de la Ley TRLC. Creemos que resulta gráfica la expresión del citado artículo 112 del TRLC, cuando con acierto sostiene que el acreedor con la legitimación subsidiaria que le concede el artículo 238 TRLC litiga «*en interés de la masa*».

Exigir por tanto un crédito preexistente al negocio simulado digno de tutela para el acreedor concursal pretendiente, ¿no supondría la búsqueda del interés particular por encima del interés de la masa? Sin duda alguna en nuestra opinión.

En realidad, la remisión que realiza el artículo 238 del TRLC a la legitimación de la acción de Derecho común a la acción rescisoria concursal lo es en cuanto a la necesaria subsidiariedad de la que goza la legitimación activa indirecta del acreedor (art. 232 TRLC y art. 10.2 LEC) que le legitima para actuar en juicio para la defensa de un derecho del que no es titular, pero sin que eso implique una dilución de los requisitos propios de cada acción de Derecho común. O sea, en la acción de simulación concursal será necesario la apreciación y acreditación del requisito de la subsidiariedad de la acción propia del régimen concursal de la misma, pero sin diferenciarse en cuanto al resto de requisitos constituyentes para la legitimación causal de aquellos otros que se necesitan en la acción de simulación ordinaria, o sea, siendo por tanto bastante la existencia de un interés legítimo aunque particularizado en esta situación concursal en cuanto a constancia de interés legítimo de la masa.

No obstante, la compleja distinción entre la acción de nulidad y la acción rescisoria cuando su fundamento es el fraude de acreedores no es menos cierto que como ya se puso de manifiesto en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 4939)*, en esta compleja distinción entre los supuestos de nulidad por causa ilícita y rescisión por fraude de acreedores, se hace referencia en la primera categoría a los supuestos de inexistencia de contrato por simulación absoluta.

De nuevo volvemos a colacionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100588), que razona amplia y suficientemente, sobre el particular lo siguiente:

«*NOVENO.- Decisión de la Sala. El fraude de acreedores como fundamento de la acción de nulidad por simulación, de nulidad por causa ilícita, y de la acción rescisoria o pauliana*

1. La cuestión jurídica que se plantea en estos dos motivos del recurso de casación es si el fraude de acreedores puede ser esgrimido como fundamento del ejercicio de diversas acciones encaminadas a obtener la declaración de ineficacia del negocio o acto jurídico, o si solo puede servir de fundamento a la acción rescisoria por fraude de acreedores (o a la acción de nulidad por simulación, admite también Indesur).

La respuesta a esta cuestión debe ser que el fraude de acreedores no limita su virtualidad a servir de fundamento de la acción rescisoria, cuando se trata de un negocio efectivamente celebrado pero con la finalidad de defraudar a los acreedores de alguno de los contratantes, o a fundar la acción de nulidad por simulación contractual, cuando solo hay una apariencia de negocio jurídico destinada a defraudar a los acreedores. También puede fundamentar la acción de nulidad por causa ilícita.

Ciertamente, tales acciones no pueden ejercitarse en cualquier situación en la que se haya concertado, al menos aparentemente, un negocio jurídico y se haya producido un fraude para los acreedores, sino que dependiendo de la concurrencia de diferentes requisitos y de la naturaleza de ese «fraude de acreedores», podrán ejercitarse unas u otras, o hacerse alternativamente para el caso de que no resultara suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos más estrictos exigidos en una determinada acción respecto de los exigidos en otra.

2. Cuando existe una mera apariencia negocial porque las partes intentan encubrir con la celebración ficticia del negocio la persistencia de la situación anteriormente existente, de modo que tratándose de un negocio traslativo, no se produzca (ni haya propósito de que ello acontezca) la traslación patrimonial ni la realización de la contraprestación, nos encontramos ante una simulación absoluta. Siendo cierto que la causa de la simulación no tiene por qué ser necesariamente ilícita (puede ser la discreción, la jactancia, la confianza), es habitual que lo sea, y puede consistir en el propósito de defraudar a los acreedores mediante la disminución ficticia del patrimonio. Por tanto, existiendo simulación absoluta, que la «causa simulandi» [causa o motivo de la simulación] sea el fraude de acreedores no implica que solo pueda ejercitarse por el acreedor defraudado la acción rescisoria. Declara al respecto la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 976/2006, de 16 de octubre:

«[...] la idea y la expresión de un fraude conviene también a los supuestos de simulación absoluta como expresión del propósito empírico de las partes que diseñan una operación aparente precisamente para evitar que el bien cuya transmisión se finge quede sometido a la ejecución entablada. Esto es, que la expresión o la constatación del fraude no conduce necesariamente al remedio de la acción revocatoria o pauliana, sino que, cuando además de producirse el intento fraudatorio, se hayan dado otras circunstancias, como es en el caso la inexistencia de causa, la falta de precio, puede decirse que, además de fraude, no hay contrato. La incompatibilidad señalada por la jurisprudencia entre una acción dirigida a establecer la nulidad y otra (la revocatoria o pauliana) que presupone la validez, pero en la que el fraude determina la ineficacia relativa (Sentencias de 10 de octubre de 2001, 7 de junio de 1990, 30 de mayo de 1997, 17 de abril de 1943, etc.) no puede llevarse al efecto de que una y otra no puedan ser ejercitadas en la misma demanda, si bien una con carácter principal y la otra, como corresponde a su naturaleza, subsidiaria (arts. 1291.3.º y 1294 del Código civil; Sentencias de 14 de diciembre de 1993, 28 de junio y 5 de diciembre de 1994, 28 de diciembre de 2001, 31 de diciembre de 2002, etc.)».

El acreedor, en tanto ostenta un interés legítimo, puede ejercitar la acción de nulidad por simulación absoluta, que es imprescriptible, pues se trata de una nulidad ipso iure [por virtud del Derecho, por determinación de la ley], insubsanable y con efectos erga omnes [frente a todos] (sentencias de esta Sala de 23 octubre de 1992, RC núm. 1746/1990, y núm. 32/2003, de 21 de enero). El fraude de acreedores constituye en tal caso un elemento determinante de la legitimación, pues el acreedor está legitimado justamente por el hecho de haber sido defraudado mediante la simulación de un negocio traslativo que impidió trabar los bienes del deudor para la satisfacción de su crédito, y refuerza la justificación del régimen de nulidad contractual pues la misma se encontraría no solamente en el defecto interno derivado de la carencia de uno de los elementos esenciales del contrato (art. 1261 CC) sino también en el elemento defraudatorio que impide que pueda otorgarse protección jurídica a tal apariencia.

Así lo hemos declarado en la sentencia núm. 265/2013, de 24 de abril.

3. En el caso de que no estemos ante una mera apariencia negocial pues las obligaciones contraídas por las partes y la voluntad de contraerlas son reales, puede acontecer que el fraude sea el propósito perseguido por ambas partes y que justifica la celebración del negocio.

Como afirmábamos en la sentencia núm. 265/2013, de 24 de abril, en principio, la jurisprudencia considera como causa del negocio la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico, de modo que la causa será la misma en cada tipo de negocio jurídico. Pero esa concepción no permite explicar la posibilidad de que exista una causa ilícita, pues ello es incompatible con el fin típico y predeterminado de cada negocio jurídico. Es por eso que el propósito ilícito buscado por ambas partes ha sido elevado por la jurisprudencia a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad del contrato conforme al artículo 1275 del Código civil (sentencias núm. 760/2006, de 20 de julio, 83/2009, de 19 de febrero, y 215/2013, de 8 de abril, entre otras) cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (sentencia núm. 426/2009, de 19 de junio, y las citadas en ella). Por tanto, el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico.

Como declara la sentencia de esta Sala núm. 83/2009, de 19 de febrero, con cita de otras dos anteriores, «la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las Leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquel imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprochable del convenio (SS. de 8 de febrero de 1963, 2 de octubre de 1972, 22 de noviembre de 1979, 14 de marzo y 11 de diciembre de 1986), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes (SS. de 22 de diciembre de 1981 y 24 de julio de 1993)». En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la posterior sentencia núm. 215/2013, de 8 de abril, y 498/2014, de 23 de septiembre.

Este propósito fraudulento común a los contratantes, que constituye la causa ilícita invalidante del contrato, puede ser también el de defraudar a los acreedores.

*En tal caso, puede considerarse que el propósito ilícito común de defraudar al acreedor o acreedores se eleva a la categoría de causa ilícita, por contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código civil, y permite ejercitar la acción de nulidad del negocio. En estos casos, el fraude de los acreedores (o de algunos de ellos) no constituye la consecuencia de un contrato válido, sino la causa del contrato que, por su ilicitud, determina desde el inicio su ineficacia estructural.*

*En este sentido, la sentencia de esta Sala núm. 181/2000, de 1 de marzo, consideró que un determinado contrato de compraventa que se celebró «con el fin de sustraer del patrimonio de los demandados y con ello provocar la ineffectividad del crédito de la parte actora, [...] al configurarse en una causa ilícita —“fraude creditoris”— debe ser declarado nulo». La sentencia núm. 395/2007, de 27 de marzo, se planteaba que «la pregunta que procede es si solo el fraude da lugar a la rescisión o puede tratarse de una causa ilícita que produzca la nulidad, conforme al artículo 1275. La respuesta es positiva, en su segundo inciso. El propio artículo 1305 contempla la nulidad que proviene de la ilicitud de la causa, si el hecho constituye un delito o falta». Y la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 422/2010, de 5 de julio, afirmó que determinados supuestos de actos para defraudar constituyen un supuesto paradigmático de actos con causa ilícita y nulos, y que uno de tales supuestos era el del fraude de acreedores».*

Es cierto, que el Tribunal Supremo no ha establecido criterios o pautas a seguir, habiendo incluso comprendido en el concepto de causa ilícita supuestos tan heterogéneos como contratos para perjudicar a un tercero, en fraude de acreedores o herederos legítimos, contratos en los que se retribuyen servicios gratuitos, etc.

Sin embargo, la trascendencia es mayúscula. Y no solo en supuestos en los que la acción de rescisión estuviera caducada en atención al plazo de duración de cuatro años que establece el artículo 1299 del Código civil y, por tanto, en un absurdo se permitiera eludir la caducidad por la imprescriptibilidad de la acción de nulidad. Existen casos en los que, en base a la prueba practicada, podría estimarse la demanda en atención a la acción de nulidad entablada y no con los fundamentos propios de la acción de rescisión. A diferencia de lo que sucede en régimen de prueba del perjuicio en la acción rescisoria concursal, en el ámbito de las acciones de rescisión clásicas u ordinarias, el perjuicio al defraudar a los acreedores tiene que tener lugar y probarse en el mismo momento en que se ejecuta el acto fraudulento. Sin embargo, en casos de nulidad por causa ilícita, este requisito no concurriría y, por tanto, teniendo presente que la maquinación fraudulenta pudiera ser más refinada o rebuscada, el perjuicio para los acreedores se podría presentar y concretar en otro momento.

Nos resultan interesantes al respecto las reflexiones de JUÁREZ TORREJÓN<sup>1</sup> sobre las acciones pauliana y simulatoria y por ello tomamos a continuación determinadas ideas de dicho autor que consideramos relevantes a los efectos que nos proponemos.

La identificación entre ambas acciones para la exigibilidad del mismo presupuesto (perjuicio particular preexistente) supone la falta de contemplación que entre dichas acciones jurídicas, existen importantes diferencias, que impiden estudiar conjuntamente los efectos de la nulidad / anulabilidad, por un lado, y de la rescisión, por otro: la nulidad / anulabilidad atacan a la validez del negocio, y niegan su realidad en el mundo jurídico; la rescisión, por el contrario, no niega el contrato como realidad, sino su eficacia, para salvaguardar los intereses que justifican la rescisión.



Nos recuerda JUÁREZ TORREJÓN que MANRESA resulta especialmente claro al respecto en cuanto a la posible confluencia de ambas acciones: «no encontramos en el texto superior de la ley [la] (...) limitación que supone la palabra «solo», y además, examinando la cuestión, en sus fundamentos vemos que los mismos perjuicios para tercero, ocasionados por un contrato válido, que son motivo de la rescisión, pueden ocasionarse por un contrato anulable (...). Además, examinando los distintos casos que enumera el artículo 1291, y el desenvolvimiento del tercero en el 1297, vemos en él ocasión para el ejercicio de las acciones rescisorias por los acreedores; se trata casi siempre de contratos con causa falsa o ilícita, para defraudar á aquellos, es decir, con vicios que pueden motivar la nulidad del contrato. (...) Es, pues, compatible la acción rescisoria de estos con la de nulidad de los contratos». Y añade: «Lo que sí sucede es, que la posibilidad de la rescisión no supone necesariamente la nulidad del contrato»<sup>2</sup>.

Efectivamente, coincidimos con JUÁREZ TORREJÓN<sup>3</sup> cuando afirma que: «los acreedores no necesitan de una especial protección para defenderse frente a los actos o negocios que, siéndoles perjudiciales, resultan también nulos, salvo que las consecuencias de la nulidad no les satisfaga. En otras palabras: si la acción revocatoria se reconoce a los acreedores, es porque a través de ella los legitimados para su ejercicio consiguen una protección que, de otra forma, no podrían obtener. Por ello, la acción revocatoria debe operar independientemente de las acciones de nulidad, y de igual forma, los efectos de unas y otras operan también sin excluirse.

Es decir: la cuestión radica en si la acción revocatoria añade a los acreedores “algo” que no pueden obtener por el solo hecho de la declaración de nulidad. Y la respuesta debe ser afirmativa, desde el momento en que los artículos 1305 y 1306, a pesar de la declaración de nulidad de un contrato, en determinadas hipótesis permite la retención de la prestación recibida, incluso, por el que ha participado en la causa torpe.

Los artículos 1305 y 1306 del Código civil, de espíritu verdaderamente sancionador inter partes mediante la “congelación” del status prestacional al tiempo de la declaración de nulidad, y por tanto como normas que excepcionan la regla lógica restitutoria de las prestaciones ejecutadas faltando causa justificadora de las mismas (nulidad del título), puede perfectamente no satisfacer a los acreedores del enajenante. La acción revocatoria por fraude de acreedores es, así, la vía de protección del acreedor lesionado por la disposición (fraudulenta) de su deudor. El particular carácter de la consecuencia restitutoria de la revocación por fraude de acreedores es totalmente compatible con las consecuencias previstas en los artículos 1305 y 1306, pues la revocación no presupone retroceso de los bienes al patrimonio del deudor, pues ese retroceso de los bienes está impedido por lo dispuesto en los artículos 1305 y 1306 (normas de carácter pseudosancionador). Nulidad y revocación por fraude no chocan entre sí, sino que se complementan (o han de complementarse), cada uno en su ámbito. Es así que cobra todo sentido aproximar la idea de restitución en estos casos, a la de inoponibilidad, limitada solo en favor de los acreedores demandantes de revocación, independiente de que, además, el contrato se haya declarado, o sea declarable, como nulo por causa ilícita.

Las anteriores consideraciones permiten afirmar, como alternativa interpretativa, que el artículo 1290 del Código civil no está empleando la idea de contrato “válidamente celebrado” como contrapuesta a la de “contrato nulo”, sino probablemente como contrapuesto a la de contrato “simuladamente celebrado”.

Además, el negocio simulado no es en sí un negocio fraudulento ni un negocio ilícito, aunque pueda servir de medio o instrumento, como cualquier otro verdadero, para defraudar o cometer una ilicitud (*Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1987).

Por ello, si bien es fácil caer en la confluencia de acciones (pauliana y simulatoria) para la protección de los acreedores, ambas acciones tienen sus diferencias, principalmente, tales como las expuestas en relación con la restitución de prestación ya que la pauliana busca la inoponibilidad del acto mientras que la simulatoria la declaración de la nulidad del acto, así como la limitación de restitución de prestaciones que puede existir en los supuestos de causa ilícita y torpe.

La idea del perjuicio al acreedor gravita sobre la acción pauliana, así se prevé en el propio artículo 1294 (*«La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio»*), sin embargo, la acción de simulación no requiere la existencia de «perjuicio» sino que la legitimación activa para la interposición de la misma ha sido requerida sobre la base de la necesaria apreciación de un «interés legítimo».

Por lo tanto, resulta absolutamente gratuita la exigibilidad del requisito del perjuicio como presupuesto para la legitimación activa de la acción de simulación contractual pese a que la misma se ejercite en el seno de un concurso de acreedores y tal inexactitud incide como no podía ser de otra forma en la grave incorrección de requerir un crédito preexistente al contrato simulado como presupuesto para la apreciación de la legitimación activa en este caso. Si no se requiere perjuicio (aunque por otra parte lo haya, de forma indirecta y debida a la merma de la masa activa concursal que supone el negocio simulado) que presupone la inoponibilidad del acto, ¿cómo se va a exigir la existencia de un crédito preexistente al negocio simulado?, resulta dogmática y pragmáticamente imposible en función de los distintos intereses tutelados por ambas figuras.

En la acción de simulación, también los terceros de buena fe están autorizados para intentar la acción de simulación en tanto les asista un interés legítimo para ello, siendo tercero de buena fe el que no ha participado en el negocio simulado.

En este sentido es uniforme la doctrina del Tribunal Supremo, pudiendo citarse, por todas, la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1988 (1988/3146) en la que se declaró que por el carácter absoluto de la nulidad declarada por la sentencia impugnada, *«la legitimación activa para obtener dicha declaración corresponde a todo aquel que acredite un simple interés legítimo, con la amplitud de criterio de que es muestra la Jurisprudencia de esta Sala, últimamente Sentencias de 5 de diciembre de 1986 y 22 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9648)»*. Con ese fundamento, el Tribunal Supremo admitió la legitimación activa de un Banco acreedor para intentar la acción de simulación tendente a obtener la nulidad de una sociedad anónima constituida por marido y mujer y el padre de esta última, habiéndose probado que pocos meses después de la constitución, el padre adquirió la totalidad de las acciones y al año siguiente las donó a su hija, de todo lo cual el Tribunal concluyó que la sociedad se había constituido con el exclusivo fin de trasladar la titularidad de unas fincas propias de la sociedad conyugal a favor de la esposa, traslación encaminada, causa falsa, a eludir la responsabilidad del marido, declarado en quiebra, frente a sus acreedores.

En cuanto a la admisibilidad de que un acreedor posterior al acto simulado tiene legitimación activa para el ejercicio de la acción de simulación impugnada-



do el contrato celebrado por el quebrado ya fue resuelto favorablemente por la precitada Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1988 (1988/3146) que reconoce la legitimación activa de un Banco en una quiebra para obtener la simulación, sobre la base de lo siguiente:

«QUINTO.

*El motivo segundo, por el mismo cauce de amparo, denuncia la “no aplicación del artículo 524 y número sexto del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por carecer los demandantes de legitimación activa contra los demandados”. Según este motivo, “para el ejercicio eficaz de la simulación de un contrato no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato, sino que quien actúa procesalmente con dicha finalidad, tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisdiccional” y (según este motivo) el Banco demandante y recurrido “carece de interés para accionar eficazmente sobre la nulidad de la constitución de la Sociedad ‘Diana’ llevada a efecto en el año 1974, y también de las operaciones mercantiles efectuadas por la misma, puesto que en repetido año 1974 y hasta 1983, el actor ‘Banco Central’ no ha probado esa condición ‘sine qua non’, razonando que las pólizas aportadas no denotan deudas anteriores al 31 de enero de 1983 que es la fecha de retroacción de la quiebra. Aparte la contradicción en que el recurso incurre al reconocer aquí la verdadera naturaleza de las acciones ejercitadas por la parte demandante e ignorarla en los motivos posteriores, según luego se comprobará, es lo cierto que por el carácter absoluto de la nulidad que declara la sentencia impugnada la legitimación activa para obtener dicha declaración corresponde a todo aquel que acredite un simple interés legítimo, con la amplitud de criterio de que es muestra la Jurisprudencia de esta Sala —últimamente, Sentencias de 5 de diciembre de 1986 y 22 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9648) que atribuye a la acción de nulidad por simulación además de carácter imprescriptible—, interés actual que ha de reconocérsele a la parte aquí demandante al enderezarse sus pretensiones a la integración del patrimonio del deudor siendo dicha parte la representación de la masa de acreedores y uno de los reconocidos en el juicio de quiebra”.*

O sea, esta STS resuelve un caso de legitimación activa de simulación concursal (acreedor sin crédito anterior al negocio simulado sin que haya obstáculo para su aplicación pese a referirse al antiguo Derecho de Quiebras). Del extracto de la sentencia, se colige que a la fecha del negocio simulado (1974) el Banco no tenía crédito existente (ya que sus créditos son posteriores a 1983), reconociéndose el «interés legítimo» necesario para la impugnación de un negocio nulo puesto que sus pretensiones se destinan a la integración del patrimonio del deudor. Esto concuerda perfectamente con el artículo 122 de la Ley Concursal cuando dice que «...En ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa...».

Por tanto, no es menester que los terceros justifiquen que la simulación lesiona un derecho subjetivo concreto, como sería el caso del acreedor que ve menoscabado su derecho de prenda general sobre el patrimonio embargable del deudor que ha dispuesto simuladamente de uno o más bienes, o del garante de dicho deudor a quien el acreedor ha ejecutado por la misma causa, sino que basta la constatación de su «interés legítimo» que en este caso se verifica mediante la litigación en interés de la masa buscando mediante las consecuencias del negocio simulado, la integración del patrimonio del concursado.

Resulta plenamente convincente esta tesis expuesta por la precitada Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1988 (1988/3146) porque lo que se trata

de dilucidar es si el acreedor tiene un interés digno de tutela al momento de ejercitar la acción, para lo cual no parece muy relevante conocer si ese interés existía o no cuando se celebró el negocio jurídico que se pretende impugnar. Por otro lado, parece apenas lógico pensar que cuando un deudor simula enajenaciones para reducir su patrimonio en perjuicio de los acreedores, lo hace teniendo en vista no solo a sus acreedores actuales sino también a los futuros.

## II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN CONCURSAL

En este punto, sin embargo, cabe recordar —por todas la *Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2013 (RJ 2013, 2406)*— que la jurisprudencia dictada a propósito de la legitimación activa de la acción de nulidad por terceros interesados ha sido muy abundante. Con carácter general, ha declarado la reciente *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 1611)* que es el carácter con el que el sujeto de derecho, como presunto titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, pretende su reconocimiento acudiendo al principio constitucional de la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24 de la *Constitución Española (RCL 1978, 2836)* y se manifiesta en el sentido de que el tercero que no ha sido parte en un contrato sí tiene legitimación activa para reclamar la nulidad o inexistencia (caso de la simulación absoluta) siempre que tenga un interés legítimo o se vea perjudicado por el mismo.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril 2001 (*RJ 2001, 3362*) dice:

*«Cuando el artículo 1302 establece rigurosas restricciones para el ejercicio de la acción de nulidad, se está refiriendo única y exclusivamente a aquellas pretensiones que se encaminen a obtener la anulación o declaración de nulidad relativa de los contratos en que se aprecie la concurrencia de alguno de los vicios de consentimiento del artículo 1265; no siendo aplicables tales limitaciones a las demandas cuya finalidad sea conseguir la declaración de inexistencia o de nulidad radical de aquellos otros a los que se imputa la falta de alguno de los elementos esenciales (art. 1261) o la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva. Diversas resoluciones de esta Sala han declarado que estas últimas pretensiones, que instan el reconocimiento de la nulidad absoluta o la inexistencia de un contrato no se hallan sujetas a las limitaciones que establece el artículo 1302, pudiendo ser deducidas no solo por quienes han intervenido en el otorgamiento del contrato a que se refieren, sino, además, por quienes hayan podido resultar perjudicados (Sentencias de 15 de Febrero de 1977 y 5 de Noviembre de 1990 (RJ 1990, 8462) y demás que en ellas se reseñan».*

Lo que reitera la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2001 (*RJ 2001, 5078*).

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1993 (*RJ 1993, 9884*) que:

*«reconocida por constante y uniforme doctrina de esta Sala (sentencia de 12 de octubre de 1916, 12 de noviembre de 1920, 11 de enero de 1922, 12 de abril de 1955 (RJ 1955, 1128), 19 de octubre de 1959 (RJ 1959, 4872), 31 de mayo de 1963 (RJ 1963, 3592), 26 de diciembre de 1970, entre otras) la legitimación de un tercero (que no haya sido parte en el contrato) para ejercitar la acción de declaración de inexistencia de dicho contrato (por carencia de algunos de los requisitos esenciales*

que determina el artículo 1261 del Código civil [LEG 1889, 27]) o la de nulidad radical o de pleno derecho del mismo (por ser contrario a las normas imperativas o prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención —art. 6.3 CC—) siempre que dicho tercero tenga un interés jurídico en ello o, lo que es lo mismo, se vea perjudicado o afectado en alguna manera por el referido contrato»

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6629), recoge «una reiteradísima y unánime jurisprudencia», señalando:

*«En cuanto a la falta de legitimación del Banco por no haber sido parte en el contrato que se impugna cuando, como han dicho las sentencias de instancia, se ejercita una acción de nulidad por simulación o, en todo caso, se estaría ante la impugnación de la eficacia del contrato por fraude de los derechos del Banco actor, baste decir que una reiteradísima y unánime jurisprudencia, con la que se muestra de acuerdo la doctrina usual, señala la amplia legitimación para ejercer la acción de nulidad por inexistencia y la nulidad radical o de pleno derecho, de los terceros, aún cuando no hayan sido parte del contrato (entre muchas otras, Sentencias de 10 de abril de 2001 [RJ 2001, 6675], 17 de febrero de 2000 [RJ 2000, 1338], 21 de noviembre de 1997 [RJ 1997, 8025], 24 de mayo, 14 de junio y 24 de julio de 2002 [RJ 2002, 6936], 5 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 8464] —que la califica de «constante doctrina «y la remonta a la sentencia de 23 de septiembre de 1895— 15 de marzo de 1994, 7 de marzo de 1996 [RJ 1996, 1942], etc., etc.»).*

Argumentos a contrario pudieran realizarse partiendo de la Sentencia del Tribunal Supremo 145/2004, de 28 de febrero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:1351), donde se niega la legitimación activa para solicitar la nulidad de una compraventa en un supuesto en que el demandante basaba su legitimación en que aquella perjudicaba sus derechos legítimos expectantes a la herencia de su madre.

Está claro que la legitimación activa de que estamos tratando en la anterior Sentencia del Tribunal Supremo de 2004 está vinculada a la condición jurídica de *heredero*, que se adquiere con la apertura de la sucesión y posterior aceptación de la herencia. Antes de ello, no hay herencia ni heredero, ni derecho ni interés legítimo para impugnar un negocio simulado del futuro causante: a lo más una simple expectativa que no autoriza para el ejercicio de la acción simulatoria. Nadie discute lo anterior, pero se trata de un supuesto absolutamente diferente y diametralmente opuesto a la legitimación activa general de la acción de simulación concursal. En el caso del futuro heredero, precisamente lo que resulta ausente es el «interés legítimo», ya que este no se puede acreditar por lo menos hasta la apertura de la sucesión y en su caso vocación y delación hereditarias. O sea, no es que se esté requiriendo un requisito de preexistencia en el interés legítimo, sino que lo que se está valorando es la existencia o no de ese interés legítimo y está claro que alguien que se crea futuro heredero carece por completo del mismo para impugnar los actos del que hipotéticamente pueda ser su causante.

Por ello y por lo ya argumentado con anterioridad, podemos efectivamente concluir a estas alturas que la legitimación activa de la acción de simulación contractual no requiere la preexistencia del crédito so pena de cercenar una defensa efectiva del interés concursal sin base suficiente para ello, sin que el recurso a situaciones muy particulares que se hayan analizado en la Jurisprudencia acerca de la legitimación activa en la simulación extraconcursal puedan servir tampoco como elemento justificativo del debatido requisito.

### III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN PAULIANA CONCURSAL

Por otro lado, siguiendo a Carmen JÉREZ DELGADO<sup>4</sup>, podemos exponer lo siguiente:

«Tradicionalmente se ha requerido, como presupuesto para el ejercicio de la acción pauliana o acción de rescisión por fraude de acreedores, que el crédito que legitima al acreedor para accionar sea anterior a la realización del acto que se impugna, pues en otro caso es difícil afirmar que el acto haya sido dañoso del crédito al tiempo de realizarlo o que las partes lo hubieran realizado con este fin o con conocimiento de la lesión que se causaba. Es decir, la regla general legitima para el ejercicio de la acción al titular de un derecho de crédito anterior al acto impugnado. Sin embargo, desde muy pronto se admitió cierto margen de flexibilidad en este punto.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo admite el ejercicio de la acción cuando el crédito no solo no era exigible al tiempo de la realización del acto impugnado, sino cuando el crédito —aun no existiendo al tiempo de la realización del acto del deudor— fuera de próxima o previsible futura existencia. Se exponen a continuación algunos ejemplos de la jurisprudencia reciente, a los que cabe añadir otros muchos:

— Caso 1: Enajenaciones de inmuebles en el intervalo que media entre la desestimación en primera instancia de la reclamación del crédito y su estimación por la Audiencia Provincial.— Habiendo sido impugnados varios contratos de compraventa de inmuebles celebrados entre empresas, se alegó por la parte demandada y recurrente, entre otros argumentos, que al tiempo de la realización de los negocios impugnados, la reclamación del crédito correspondiente a la empresa demandante había sido desestimada por el juez de primera instancia y que solo años después había devenido firme la sentencia de la Audiencia Provincial estimatoria de la demanda (de reclamación del crédito). El Tribunal Supremo<sup>5</sup>, citando abundante jurisprudencia reciente, desestimó el motivo alegado y declaró que si bien es doctrina de la Sala la que exige que el crédito en virtud del cual se impugna el acto sea anterior al mismo, esto no ha de entenderse en sentido estricto, sino «en términos generales», ya que ni es necesario que sea exigible, «ni que esté reconocido por el deudor», ni se excluye siquiera el crédito futuro en caso de «próxima y segura (o muy probable [...]) existencia posterior».

— Caso 2: Adquisición y donación de inmuebles por el avalista en el periodo que media entre la realización del contrato de aval solidario y el impago de las letras por el deudor principal.— En primera instancia se apreció la simulación de la donación de dos inmuebles por el fiador solidario de una sociedad (presidente de la misma) y su mujer, a favor de su hijo (secretario de la sociedad avalada). La Audiencia Provincial revocó la anterior y desestimó la demanda, por considerar que ni se ha probado la simulación, ni cabe estimar la acción ejercitada subsidiariamente de rescisión por fraude de acreedores, ya que al tiempo de realizarse la donación el demandado «no era deudor pues no había vencido aún la primera letra impagada», a lo que se añade que adquirió uno de los inmuebles «con posterioridad a haber asumido la condición de fiador». Por esta razón —alega la Audiencia dicho inmueble no puede tenerse «en consideración a la hora de valorar el patrimonio del fiador». El Tribunal Supremo<sup>6</sup> estimó el recurso de casación y apreció la rescisión por fraude de acreedores, recordando que es doctrina jurisprudencial reiterada la que en lugar de «propugnar un auto-

matismo radical» en lo relativo al tiempo de exigibilidad del crédito, «acude a criterios de razonabilidad y flexibilidad», atendiendo al caso concreto.

El alto tribunal, corrigió la doctrina de la Audiencia y declaró que el demandado era deudor desde el momento en que se contrajo la fianza y no desde que el crédito venció y no fue satisfecho. Dada la condición de presidente y secretario de la sociedad avalada que correspondía, respectivamente, a donante y donatario, es necesario considerar que «debían conocer la marcha económica de la empresa», por lo que «la probable existencia futura de impagos era bien conocida», aspecto que —concurriendo los restantes requisitos para el ejercicio de la acción— se considera suficiente para estimar la demanda de rescisión por fraude.

— Caso 3: Impugnación de préstamo hipotecario constituido antes del vencimiento del crédito de la entidad demandante.— Se alegó en casación que la Audiencia Provincial había infringido la doctrina jurisprudencial según la cual el requisito de la preexistencia del crédito debe interpretarse de modo flexible, prestando atención al caso concreto, pudiendo admitirse el ejercicio de la acción cuando la futura existencia del crédito es manifiesta al tiempo de realizarse el acto impugnado, o cuando se trata de créditos existentes pero no exigibles al tiempo de la realización del acto fraudulento. El Tribunal Supremo<sup>7</sup> concedió que efectivamente debía reconocerse que el crédito de la entidad demandante era anterior a la realización del acto impugnado, pese a que no estuviera vencido al tiempo de celebrarse este último, aunque no hubo lugar a la casación de la sentencia anterior al no estimarse probado que la entidad bancaria que otorgó el préstamo hipotecario impugnado tuviera conocimiento de la lesión que se causaba.

A las sentencias citadas cabe añadir, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2005, núm. 10/2005, Sala de lo Civil, Sección 1, en que fue ponente D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (*RJ* 2005, 1620); o la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2003, núm. 814/2003, Sala de lo Civil, Sección Única, en que fue ponente Don Román GARCÍA VARELA (*RJ* 2003, 5864).

En su sentencia de 28 de diciembre de 2001, núm. 1268/2001, en que fue ponente Don Jesús CORBAL FERNÁNDEZ (*RJ* 2002, 3093), el Tribunal Supremo declara procedente el ejercicio de la acción cuando la deuda había nacido antes del acto impugnado, aunque su cuantía se había concretado con posterioridad (deuda tributaria). En la Sentencia del 11 de octubre de 2001, núm. 927/2001, en que fue ponente Don Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (*RJ* 2001, 8629), el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) resolvió un supuesto en que el matrimonio demandado no había declarado el incremento de patrimonio obtenido como consecuencia de una venta y, posteriormente, realizó una donación a favor de sus hijos, quedando en estado de insolvencia. El alto tribunal declaró que, aunque la donación impugnada se realizó antes de que la Inspección de Tributos levantara actas de conformidad con propuesta de liquidación de la deuda originada por el incremento de patrimonio por la venta no declarada y las sanciones e intereses de demora de los vendedores, el hecho de que la deuda fiscal hubiera nacido antes de la donación, legítima suficientemente a la Inspección de Tributos para impugnar dicha donación, al no haberse reservado los donantes bienes para el pago del impuesto y sanciones correspondientes a su actuación. A mayor abundamiento, la sentencia recuerda que “la jurisprudencia ha declarado que la preexistencia del crédito opera en tesis general (...) siendo preciso que cada caso se estudie en concreto”.

Es decir, ni siquiera para la acción pauliana se exige rotundamente por la jurisprudencia la necesidad de un crédito preexistente del acreedor perjudicado, por lo que no consideramos que este requisito de preexistencia pueda justificarse incluso mediante la extrapolación a la acción de simulación concursal

de un requisito que tampoco podemos predicar con carácter general de la acción pauliana concursal.

La singularidad de ambas acciones incluso predicable en cuanto a la legitimación activa para su ejercicio no puede quedar desdibujada por el hecho de su ejercicio en sede concursal, ya que ambas tienen sus singularidades propias. No podemos sostener una unificación en el régimen de ejercicio de ambas acciones más allá del que propiamente ha querido sostener el legislador concursal cuando se refiere a la aplicación a estas acciones de Derecho común de los requisitos de la acción rescisoria concursal, a saber, la legitimación [subsidiariedad], procedimiento y apelación propias de las acciones rescisorias concursales.

## V. BIBLIOGRAFÍA

JÉREZ DELGADO. La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso. *Anuario de Derecho Concursal*. Número 28 (enero-abril), 2013.

JUÁREZ TORREJÓN. La acción pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho Patrimonial. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXXI, 2018, fasc. IV.

MANRESA. *Comentarios al Código civil*, t. VIII, 1907.

## IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 13 de abril de 1988 (1988/3146)
- STS de 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9884)
- STS de 25 de abril de 2001 (RJ 2001, 3362)
- STS de 23 de junio de 2001 (RJ 2001, 5078)
- STS de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 3093)
- STS de 26 de julio de 2003 (RJ 2003, 5864)
- STS 145/2004, de 28 de febrero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:1351)
- STS de 21 de enero de 2005 (RJ 2005, 1620)
- STS de 16 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6629)
- STS de 12 de noviembre de 2008, núm. 1088/2008 (RJ 2009, 405).
- STS de 12 de julio de 2011 (RJ 2011, 562)
- STS de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 1611)
- STS de 16 de enero de 2013 (RJ 2013, 2406)
- STS de 3 de noviembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100588)



## NOTAS

<sup>1</sup> JUÁREZ TORREJÓN. La acción pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho Patrimonial. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXXI, 2018, fasc. IV, 1277-1350.

<sup>2</sup> MANRESA. *Comentarios al Código civil*, t. VIII, 1907, 727.

<sup>3</sup> *Vid. op. cit.* 1315.

<sup>4</sup> JÉREZ DELGADO. La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso. *Anuario de Derecho Concursal*. Núm. 28 (enero-abril), 2013.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1) de 25 de junio de 2010, núm. 406/2010. Fue ponente Don Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (*RJ* 2010, 5413).

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1) de 12 de noviembre de 2008, núm. 1088/2008. Fue ponente Don Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. (*RJ* 2009, 405).

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1) de 12 de julio de 2011 [Núm. de Resolución: 562/2011], en que fue ponente Don Xavier O'CALLAHAN MUÑOZ.