

2. MERCANTIL

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

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. LA TRABA Y SUS GARANTÍAS. EL FRAUDE.—VI. EL TERCERO DE BUENA FE.—VII. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Una vez expuesta la casuística jurisprudencial en nuestro anterior trabajo *La acción pauliana y las aportaciones sociales a capital (I)*, nos proponemos la continuación del mismo sobre la base de la reflexión realizada en relación con los argumentos jurisprudenciales utilizados para estimar la viabilidad de la acción pauliana respecto de las aportaciones sociales efectuadas por el deudor.

IV. LAS PARTICIPACIONES Y SU EMBARGO. LA INSOLVENCIA

Ya hemos manifestado con anterioridad cómo el propósito de este trabajo no consiste en analizar en mayor profundidad de la necesaria los requisitos de la acción pauliana del artículo 1.111 del Código Civil, más allá de la consideración de los mismos al supuesto de hecho tratado por la Jurisprudencia expuesta, a saber, las aportaciones sociales no dinerarias y que ampliamente han sido tratados por la más reputada doctrina civilista.

Ello no obstante, no implica que necesariamente hayamos de abordar la exposición y concurrencia de los mismos en el supuesto que nos incumbe, tarea que a continuación nos proponemos realizar.

En nuestra opinión existe en este asunto una necesaria contraposición de intereses en juego que necesitan ser objeto de ponderación, medida y a la vez correcta valoración, es decir, la autonomía patrimonial del deudor y su responsabilidad patrimonial universal.

Sin duda, como en otras tantas ocasiones y temas, también en este somos «deudores» del tratamiento que del mismo hiciera el ilustre civilista Federico DE CASTRO (1), y por tanto «responsables» en cuanto a la recepción de sus en-

(1) Federico DE CASTRO y Bravo, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1932, págs. 193 a 227. Trabajo que se encuentra recopilado en la obra *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Tomo I, págs. 141-184, 1997.

señanzas, quien desde un estudio puro y rigorista de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil sentara las bases de la *quaestio iuris* en nuestra doctrina y práctica civilista, aunque singulares pensamientos vertidos en dicha obra se hayan visto matizados con posterioridad, e incluso, contradichos por la práctica jurisprudencial que a veces sin demasiada fortuna e incluso en un reiterado e injustificado *stare decisis* —como ocurre en algunas de las sentencias abordadas en la primera parte de este trabajo— han perfilado con alardes novatorios y excesivamente aperturistas en cuanto a su aplicación la doctrina de la acción pauliana, no resulta menos cierto que el referido trabajo supuso y supone una sólida base desde la que aproximarse a la realidad y especie de «casos paulianos» que hemos elegido en este trabajo. Pero no sólo la jurisprudencia sino en varias ocasiones la doctrina científica y la *communis opinio* consolidada o consolidable tras sus trabajos han tildado el antedicho trabajo de DE CASTRO de opinión insólita en cuanto a ciertos aspectos del mismo, lo que no implica que no haya de valorarse como enorme mérito del autor su resultado global.

Somos conscientes que el problema de la aplicación de la acción pauliana a las aportaciones sociales *in natura* en bastantes ocasiones pivota sobre la prueba de sus requisitos en la instancia, lo que puede tentar a creer que siempre se trata de una cuestión *magis facti quam iuris*, lo que no estimamos absolutamente cierto, y aunque esto fuera así, sólo en el dominio de los hechos, ello no debiera permitir que los presupuestos de aplicación de la acción pauliana se relajen de tal manera en su observación, en ciertas ocasiones en que nuestros tribunales han tenido la ocasión de afrontarla en este supuesto particular, que pudiera entenderse de las mismas y para ulteriores decisiones que *communis error facit ius*; extremo que evidentemente no compartimos, lo que no implica, por otro lado, que pretendamos un excesivo rigor en la aplicación de la acción pauliana desde estas páginas, todo lo contrario, sino que se aplique o deba ser objeto de aplicación en su justa medida y en contraposición real de los intereses a los que antes hacía mención, es decir, la autonomía patrimonial del deudor y su responsabilidad patrimonial universal.

Esta ofrecida contraposición de intereses se comprende aún mejor si se atiende a la concepción de las mismas que ofreció DE CASTRO al respecto.

Comienza DE CASTRO por explicarnos cómo en el Derecho moderno el patrimonio del deudor como objeto de su coacción por parte del acreedor «no se puede hablar de un dominio ni de un derecho de prenda, sobre los bienes del deudor en beneficio de su acreedor. Por el hecho de crearse una relación obligatoria, no se constituye ningún derecho a favor del acreedor, sobre cosas del obligado. El artículo 1.911 de nuestro Código Civil señala el efecto que en el Derecho español produce la relación de deuda. El deudor responde tan sólo; el responder con todos los bienes significa que estos bienes —si se dan los supuestos legales— serán destinados al pago de las deudas. Esta posible afectación no crea un derecho en los bienes, sino a los bienes. Antes de exigirse la deuda por el acreedor y negarse el deudor al cumplimiento, no existe ninguna carga sobre ellos. Cuando venza la deuda —por transcurso del plazo, cumplimiento de la condición, apertura del concurso, etc.—, cuando la deuda deba ser cumplida, es sólo cuando puede hacerse efectiva la responsabilidad. El patrimonio existente, con todos sus acrecimientos y disminuciones, bienes de todas clases no exceptuados, puede ser sometido a ejecución para que, coactivamente, sea satisfecho el crédito del acreedor» (2).

(2) Vid. *Estudios Jurídicos...*, pág. 144.

Y se confirma la dicotomía propuesta, cuando DE CASTRO continúa afirmando que: «El acto revocable no impide el ejercicio de la responsabilidad, no es un acto antijurídico que se oponga o contradiga, en cualquier sentido, la norma que establece que el deudor responde con todos sus bienes. El legislador, al hablar de bienes presentes y futuros, no quiere decir tampoco que continúen formando la garantía del acreedor bienes que en el momento de intentar hacerse efectivo el crédito hayan salido del patrimonio del deudor. El acto impugnante disminuye los bienes con lo que responde el deudor, esto es, la garantía que, de hecho, en un momento pudo ofrecer el deudor. El deudor no tiene, en virtud de su responsabilidad ni por ningún otro concepto, un deber de mantener esa garantía. El Ordenamiento Jurídico sólo puede establecer una prohibición de las disminuciones por actos injustos (por el camino del art. 1.902, por ejemplo), pero no, en cambio, en virtud sólo del principio de garantía, la impugnación de actos absolutamente lícitos (una donación de buena fe). La persona que se encuentra en la situación de deber no tiene limitado su derecho de disposición ni se le disminuye la posibilidad de contraer nuevas deudas —ya decía el Derecho romano: *licet alicui adiicendo sibi creditores su facere deteriorem conditionem*—, no se debe olvidar nunca la naturaleza de un derecho real; por algo la palabra *creditor* lleva implícita, no la idea de seguridad, sino la de confianza».

Por ello, por la condición de deudor, una persona no ve mermada su facultad de disposición de sus bienes ni el acreedor por el mero hecho de serlo tiene un derecho sobre los bienes (derecho real) sino sólo a los bienes (derecho de crédito). No obstante tal afirmación absoluta, dicha facultad dispositiva del deudor se encuentra mermada cuando el resultado de dichos actos dispositivos supongan una merma de ese derecho a los bienes del deudor que ostenta con carácter genérico un acreedor. Es entonces cuando el recurso pauliano ha de desplegar sus efectos y corregir los abusos patrimoniales que el deudor pudiera efectuar en detrimento de la posición de sus acreedores.

Sentado lo anterior, ¿cuándo se producen los presupuestos necesarios para la viabilidad del recurso pauliano en las disposiciones a título oneroso a las que debemos atenernos, a nuestro juicio, en función del acto social de aportación que se enjuicia en los mismos?

La respuesta a dicho interrogante implica, *a priori*, calificar el acto de aportación social como un acto de enajenación y al menos asimilarlo a un negocio oneroso a los efectos de su ubicación entre disposiciones onerosas y gratuitas a las que se refiere exclusivamente el Código Civil en la regulación de la rescisión en fraude de acreedores.

En nuestra opinión y a los efectos antes propuestos, sí que podemos considerar el acto de aportación como de un acto de enajenación debido a la transformación que sufre la relación jurídica entre el socio y el objeto de la aportación, antes y después de su práctica, en cuanto a la alteración subjetiva en relación con los poderes dominicales que sobre dicho objeto recaen.

La doctrina mercantilista ha tratado este asunto desde la contraposición entre acto de comunicación y acto de enajenación.

GIRÓN TENA (3) afirma, en cuanto a las transmisiones o aportaciones en propiedad, que: «Realmente, lo que hay que significar es que la aportación, que podríamos llamar plena, se asemeja a una transmisión de propiedad,

(3) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades. Tomo I. Parte General*. Madrid, 1976, págs. 219 y 220.

porque, incluso en los tipos sin personalidad jurídica, lo supuesto en la configuración legal, es un patrimonio separado e indisponible para los socios, y esto ya implica un efecto jurídico-real equivalente a la transmisión de la propiedad. Tampoco la aportación tiene carácter de figura independiente. Es una obligación que pertenece al conjunto de las que componen la relación societaria. Por ello, el tratamiento de las cuestiones referentes a la aportación en propiedad (transmisión, riesgos, evicción) mediante las normas de la compraventa, es simplemente analógica. No se trata de compraventa sino del contenido del contrato plurilateral de organización, que es el social, en que la conformación del patrimonio permite esa analogía».

Por su parte, PAZ-ARES (4) expone del siguiente modo el problema de la naturaleza jurídica de la aportación, al decir que: «Bajo esta rúbrica suele examinarse en nuestra doctrina el tipo de modificación de la titularidad que se produce respecto del bien o derecho aportado cuando se cumplimenta la obligación de aportar y, en definitiva, si la aportación constituye o no un acto de transmisión. La cuestión no carece de relieve para determinar si se aplican ciertas normas, cuya aplicación depende de que exista enajenación en sentido material, es decir, negocio de tráfico (por ejemplo, la acción pauliana, añadimos nosotros). En el caso de que se opte por la negativa, ha de estimarse que el menor emancipado puede aportar sin autorización los bienes a que se refiere el artículo 323.1 del Código Civil y que la sociedad no puede adquirir *a non domino* los bienes inmuebles y valores aportados (arts. 34 LH, 19 LCCH, 545 C. de C., 9.III LMV, etc.) o que no goza del beneficio de la limitación de excepciones en la adquisición de letras, cheques y valores (vid. arts. 20 y 67 LCCH, 9.IV LMV, etc.). De optarse por la respuesta afirmativa, la solución sería exactamente la contraria. La primera posición ha tratado de justificarse afirmando que la aportación no constituye un acto de enajenación propiamente tal (pues el socio continúa detentando ciertos poderes sobre el bien o derecho enajenado), sino un acto de comunicación, que simplemente modifica la titularidad que ostenta el aportante (vid. Resolución de la DGRN de 17 de julio de 1917). La doctrina dominante, inclinándose por la segunda respuesta, estima que la aportación constituye un acto de enajenación propiamente tal. Ésta es la opinión que parece preferible. Las explicaciones más usuales, a nuestro juicio equivocadamente, invocan la personalidad jurídica diferenciada de la sociedad para justificar la tesis de la enajenación (vid., por ejemplo, SSTs de 16 de octubre de 1957, de 9 de febrero de 1961, de 13 de enero de 1962 y de 13 de diciembre de 1982). Y así acaba desenfocándose la cuestión. Lo que justifica la calificación de la aportación como un genuino acto de enajenación no estriba propiamente en la personificación de la sociedad, sino en la sustancial alteración que sufre el vínculo jurídico que media entre el socio y el objeto de la aportación antes y después de realizarla. Buena prueba de ello es que también debe admitirse que hay enajenación cuando la aportación se destina a una sociedad interna. El cambio de la situación de titular único o comunero conlleva la transferencia al resto de los socios de las correspondientes cuotas de propiedad y, por consiguiente, modifica sustancialmente el vínculo sobre el bien, es decir, los poderes de gestión y disposición que se ostentaban previamente. Ese extrañamiento o alejamiento que se produce con la aportación es precisamente lo que permite hablar de un negocio de tráfico

(4) PAZ-ARES, RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ. *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.ª ed., Thomson-Civitas, 2006, págs. 509 y 510.

y, en consecuencia, estimar aplicables las normas de protección de terceros y de menores a que nos referíamos arriba. En este aspecto parece indudable, por ejemplo, que la aportación de un inmueble por un *non domino* registralmente legitimado es transmisión más que suficiente para que el resto de los socios de la sociedad interna adquieran, si son de buena fe, el derecho de copropiedad del bien».

Analizando la configuración como acto de enajenación el relativo a la aportación social, resta tan sólo su asimilación a los actos generales con causa onerosa. Es cierto que el contrato de sociedad debe ser analizado como un contrato complejo de organización, aunque y a los propósitos del presente trabajo, también entendemos que oneroso en contraposición al negocio gratuito, tratados como especies del negocio fraudulento. Con carácter general, DE CASTRO (5) afirma que: «Roto el prejuicio sobre lo ineludible de la clasificación de cada negocio como oneroso o gratuito, se advierte la existencia de negocios en los que la atribución patrimonial, aunque exista, ha pasado a segundo plano, dada su directa finalidad organizadora o constitutiva. Pueden señalarse como ejemplos: las capitulaciones matrimoniales, la sociedad, el contrato sobre comunidad de bienes, de cooperación, los negocios creadores de asociaciones o fundaciones, etc. Los derechos que ellos directamente originan (de los cónyuges en los bienes de la sociedad conyugal, de los socios, comuneros, patronos en la masa común o social, respecto de la persona jurídica) no pueden calificarse de onerosos, gratuitos, aleatorios, o remuneratorios; excepto cuando la causa haya sido coloreada o deformada, utilizándola para una finalidad atributiva de tal o cual clase».

En nuestra opinión, en el ámbito del análisis del recurso pauliano, las aportaciones a capital sí que pueden ser configuradas como actos onerosos, ya que sin obviar el elemento organizativo propio del contrato de sociedad, el mismo queda desprovisto de esencialidad si lo que pretendemos resolver es el carácter fraudulento o no del acto de aportación, a cuyos efectos dista enormemente su análisis desde el prisma de la causa onerosa o desde la causa gratuita (por ejemplo, en cuanto a la valoración de las posibles presunciones legales aplicables al caso con primacía a la prueba indiciaria), así como por la propia peculiaridad del negocio en el ámbito de aplicación de la acción pauliana, ya que como consecuencia del referido acto de aportación sí que el aportante entra a formar parte del contrato de sociedad mediante la correspondiente contraprestación accionarial a que se debe su desprendimiento patrimonial de lo aportado, a diferencia de lo que ocurriría, por ejemplo, en una donación.

Realizadas las anteriores observaciones, inexorablemente la verdadera respuesta a la pregunta que nos hacíamos en cuanto a la viabilidad de la acción pauliana en estas situaciones, pasa por atender a los tradicionales elementos del mismo, que en este momento resultan esenciales a nuestros propósitos: el *consilium fraudis* y el *eventus damni*. A su vez, y en relación con el *consilium fraudis*, el problema gira a su vez sobre dos propuestas: la necesidad del *animus nocendi*, o bien, la *scientia fraudis*.

Así, el artículo 1.291 del Código Civil exige que el acto se haya realizado en «fraude de acreedores» y que éstos «no puedan cobrar de otro modo lo que se les debe», de ahí que podamos afirmar que los presupuestos esenciales de

(5) Federico DE CASTRO y Bravo, *El negocio jurídico*. Editorial Civitas, 1985, págs. 274 y 275.

la acción pauliana son precisamente esos: insolvencia y fraude (vid. sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1989, para quien la inexistencia de la insolvencia (por tener el deudor bienes suficientes para el pago de su deuda), supone inexorablemente la también falta de concurrencia del segundo, a saber, el fraude, ya que si el deudor puede efectivamente satisfacer su crédito, el acto no puede ser calificado de fraudulento).

En lo que respecta al *eventus damni*, DE CASTRO (6) lo expone explicando lo siguiente: «*El requisito exigido no es la insolvencia, sino la imposibilidad en que se encuentra el acreedor de lograr la satisfacción de su crédito*. Para que el acreedor pueda hacer uso de la acción revocatoria, se necesita que se dé esta situación: falta de cumplimiento (por parte del deudor, de un tercero o por un hecho), e imposibilidad de pedir, con éxito, el cumplimiento forzoso por el procedimiento ejecutivo (sobre los bienes del deudor [insolvencia] o sobre los de su fiador, codeudor solidario o sobre garantías reales); en forma abreviada: la imposibilidad, imputable al deudor, de que el acreedor pueda satisfacerse.

Como consecuencia de lo expuesto, para que la acción revocatoria logre buen éxito ante los Tribunales, será preciso:

- a) La prueba de la insolvencia o del aumento de insolvencia. No es preciso que en un juicio previo se acredite la falta de bienes; bastará que, por cualquier medio, se halle comprobada previamente esta situación (7).
- b) Que no existan bienes libres del deudor en cualquier situación; la jurisprudencia, rectificando anteriores exigencias, se contenta con que no se conozcan otros bienes, aunque éstos puedan existir (8).
- c) Que no tenga el acreedor medio legal de obtener satisfacción de su crédito. Este requisito se deriva del carácter que hemos señalado al daño y se manifiesta en el Código Civil al establecer la naturaleza subsidiaria de la acción (art. 1.294). La prueba de ese medio satisfactorio corresponde al tercero o deudor demandado».

Más recientemente, el análisis del *eventus damni* se ha efectuado por ALBALADEJO (9) al expresar que es necesario que el acto rescindible debe perjudi-

(6) Vid. *Estudios Jurídicos...*, pág. 166.

(7) Cita DE CASTRO [vid. nota 87] la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 1903.

(8) DE CASTRO [vid. notas 88 y 89] explica al respecto lo siguiente: *Con una cierta exageración, según los comentarios, se manifiesta en este sentido la sentencia de 9 de mayo de 1896, que rechaza el ejercicio de la acción pauliana, porque «no se había hecho constar que la Hacienda no pudiese cobrar de otra manera la multa», pues «aunque sujetos dichos bienes al resultado de un procedimiento criminal, no dejan por esto de ser suyos en la actualidad, no puede negarse que con ellos pueda cobrar la Hacienda lo que se le debe, ya que por ser absuelto el deudor en la causa o porque las responsabilidades que en ésta se le impongan no lleguen a cubrir la totalidad del valor de aquéllos»*. En dirección paralela a la indicada en el texto, la sentencia de 9 de diciembre de 1908 dice que existe un obstáculo insuperable para la rescisión de un contrato cuando, a juicio del Tribunal sentenciador, no se ha acreditado que el deudor dejara de tener más bienes que los embargados, si el valor de las hipotecas puede alcanzar a cubrir con exceso las obligaciones aseguradas, constando, además, que usufructúa bienes de un hijo, sobre cuyo usufructo puede hacerse efectiva la responsabilidad del padre. Cita, también a estos efectos la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1907.

(9) Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones. Vol. I, La obligación y el contrato en general*, 7.^a ed., 1983, pág. 221 y sigs.

car al acreedor, es decir: «Que produzca un perjuicio al acreedor (con lo que su revocación le beneficia) *porque provoque, en el patrimonio del deudor, una disminución que lo deje insuficiente para atender al crédito*, cuando el acreedor no tiene otro medio —lo tiene, por ejemplo, si un tercero solvente había fijado la deuda (10) u otorgado una hipoteca en garantía de la misma— de hacerlo efectivo (...) *El acreedor, de verdad no tiene que probar la insolvencia, sino simplemente no conocer la existencia de otros bienes, o sea, creer que el deudor es insolvente*. Y como si lo afirma y no se le prueba lo contrario, no hay por qué pensar que caprichosamente alega una insolvencia que le complicará a él mismo el cobro del crédito (pues más fácil le sería satisfacer éste sobre cualquier bien que conociese el deudor), resulta que, en el fondo al acreedor debe de bastarle de aducir la insolvencia del deudor y que no conste que tal afirmación es inexacta» (11).

En cuanto a esta insolvencia del deudor, Díez-PICAZO (12) se refiere al mismo del siguiente modo:

«Que el deudor debe haberse colocado en una situación de insolvencia es algo que se encuentra en la raíz misma de la fundamentación de la acción. *Insolvencia es incapacidad del patrimonio para soportar todas las deudas que sobre él pesan*, lo que supone una difícil y complicada labor de medición del valor del patrimonio en relación con la cuantía de la deuda. Por ello, la jurisprudencia ha seguido, en algún momento, una línea más flexible y, para determinar si el deudor es o no solvente, tiene en cuenta “los bienes conocidos”, sin que sea legítimo imponer al acreedor impugnante una investigación extraordinariamente difícil. *Hay insolvencia cuando, aunque puedan existir otros bienes que los vendidos fraudulentamente, no resultan conocidos o no pueden serlo sin especiales dificultades*. Del mismo modo se debe entender que hay insolvencia cuando, aun existiendo otros bienes del deudor, se encuentran ya embargados y se puede suponer que la cuantía de los créditos que han obtenido tales embargos, el valor de realización judicial de los referidos bienes queda cubierto por los créditos favorecidos por el embargo.

En ocasiones, el propio Código suaviza la exigencia de la prueba de la insolvencia. Así, el artículo 643 presupone que la donación está hecha en fraude de acreedores “cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes suficientes para pagar las deudas anteriores a ella”.

(10) ALBALADEJO cita en este sentido la sentencia de 25 de junio de 1927.

(11) Especialmente por su interés al respecto e incidencia que en numerosas ocasiones como las analizadas tiene, recogemos también la opinión de ALBALADEJO (vid., *op. cit.*, pág. 224) en cuanto a la solidaridad y la acción pauliana. «Por último, cuando al acreedor le deben solidariamente varios deudores, el ejercicio de la pauliana (y lo mismo cabe decir de la subrogatoria) ¿se ve impedido mientras que cualquiera de dichos deudores esté en posesión de bienes sobre los que obtener el cobro? Realmente, en principio, el acreedor puede escoger el deudor de quien cobrar, y, a base de esa razón, cabría entender que la insolvencia del que escoja, le autoriza a pedir la revocación de los actos que éste hubiese otorgado en fraude de su crédito. Hasta aquí, bien; pero a la vista del artículo 1.294 (según el cual la revocación “no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio”) parece que ha de admitirse que —siendo un recurso legal para satisfacer su crédito el obtener el cobro de éste de otro deudor solidario— pudiendo cobrar de otro deudor solidario, no cabe pedir la revocación del acto fraudulento otorgado por aquél a quien se intentó cobrar primeramente».

(12) LUIS Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*. Thomson-Civitas, 6.ª ed., 2008, págs. 890 y 891.

Del precepto legal citado parece deducirse también como requisito de la acción que la insolvencia que permite y admite el ejercicio de la impugnación, debe ser posterior al momento de constitución del crédito, de manera que los créditos constituidos en estado de insolvencia no permiten la rescisión por fraude. Ello es perfectamente lógico si el acreedor era conocedor de la insolvencia, por ser ésta pública, o si el acreedor, que hubiera debido fácilmente conocerla, corre el riesgo de otorgar créditos. No lo es, sin embargo, en los casos en que la insolvencia existente en el momento de la constitución del crédito no era conocida para el acreedor.

La insolvencia no precisa una anterior declaración judicial. La acción pauliana puede ejercitarse aun cuando no haya sido declarado el concurso o la quiebra del deudor. No hace falta tampoco un previo juicio para la declaración de insolvencia».

Por su parte, CRISTÓBAL MONTES (13) aborda la cuestión respondiendo inicialmente a la pregunta consistente en: ¿de qué daño o perjuicio se trataría? Del siguiente modo: «Parece, de entrada, desechable que cualquier tipo de molestia, inconveniente o perturbación ocasionado al acreedor por el hecho de que el deudor haya procedido a la enajenación de alguno de sus bienes o a la renuncia de cierto derecho de su pertenencia, no debe constituir motivo suficiente para que aquél pueda poner en funcionamiento un medio tan drástico y dramático como la acción pauliana: nada más y nada menos que revocar y dejar sin efecto el acto dispositivo consumado», para proponer más tarde que el concepto ha de entenderse desde el perjuicio del acreedor «en el sentido de que no logra satisfacer, en todo o en parte, su derecho, y sobre todo el recurso a la actuación fraudulenta del deudor permitirán la meridiana visión de la acción revocatoria (...) Una consideración distinta de la situación llevaría a tener que expandir el ámbito de los actos dispositivos del deudor impugnables en vía revocatoria a toda actuación susceptible de incidir negativamente sobre los intereses patrimoniales del acreedor, con el doble inconveniente de que ello abriría un portillo excesivamente grande e injustificado para el juego del recurso pauliano y, sobre todo, colocaría a los deudores en situación de permanente desasosiego, ya que sobre ellos pendería la espada de Damocles de la actuación impugnativa de sus acreedores al menor signo de que sus actos pudieran incidir, aunque fuera remotamente, sobre su propia solvencia», concluyendo que «la insolvencia debe jugar, pues, pero hay que saberla entender adecuadamente. Se dará lo mismo cuando por virtud del *acto dispositivo impugnado*, el acreedor no pueda cobrar su acreencia, como cuando por razón del mismo dicho acreedor vea reducida la plena satisfacción o se le torne más difícil o complicada la percepción de su crédito».

Bernardo MORENO QUESADA (14) opina que, evidentemente, «Tiene que haber, en efecto, un perjuicio para el acreedor que consiste precisamente en que ya no quede patrimonio sobre el que cobrar lo que se les deba.

No se trata de un simple perjuicio para el acreedor —potencialmente cualquier enajenación lo es—, sino de que ese acto que se pretende revocar haya provocado en el patrimonio del deudor una *disminución que imposibilite el cumplimiento de la obligación contraída*. Y precisamente porque lo deja

(13) Ángel CRISTÓBAL MONTES, «Presupuestos y condiciones de la acción pauliana», en *Revista de Derecho Privado*, 2003-03, mayo de 2003.

(14) Bernardo MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Edersa, 2005. Tomo XVII, vol. 2.º (2.ª ed.).

en esa situación de insuficiencia, concurriendo las demás circunstancias exigidas, es por lo que se declara rescindible el acto; de tal manera que esta rescisión, este dejarlo ineficaz, contrarresta la disminución que había producido y reintegra el patrimonio, haciendo factibles el cobro por parte del acreedor que la ejerció.

El perjuicio implica, como acabo de decir, una disminución de los bienes que imposibilite el cumplimiento de la obligación contraída; en ningún caso inexistencia de bien alguno: así lo había establecido el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de enero de 1958, y así lo reitera otra de 7 de febrero de 1991, al explicitar que los demandados de rescisión, al efectuar el negocio (una donación, en este caso), «agravaron su difícil situación económica, colocándose en situación de insolvencia, aunque relativa, suficiente, según jurisprudencia de esta Sala, por cuanto la poquedad del patrimonio restante impedía la satisfacción del crédito bancario, con el perjuicio consiguiente para la entidad (el banco demandante) que, de este modo, se veía compelida al ejercicio de esta vía subsidiaria para conseguir la reintegración al patrimonio del bien fraudulentamente desplazado del mismo».

A este respecto, es muy interesante la consideración de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 1993, que apoyándose en la de 14 de enero de 1935, concreta que «la insolvencia del deudor se determina no sólo por la imposibilidad de pago completo, sino también por la disminución de posibilidades económicas efectivas para dar satisfacción a la exigibilidad integral del crédito».

En nuestra opinión, y ahora con carácter genérico (ya que con posterioridad expresaremos cómo ha de ser entendido este requisito en relación con el caso analizado en este trabajo) coincidimos inicialmente con DE CASTRO en entender que el *eventus damni* ha de venir dado por una imposibilidad del acreedor de satisfacer su crédito mediante la realización del patrimonio del deudor.

Éste es verdaderamente el concepto de insolvencia que a estos efectos nos preocupa (prescindiendo de excesivos dogmatismos), ya que dicha imposibilidad está ligada obviamente a la disminución patrimonial del deudor, la cual puede verificarse no sólo por la inexistencia conocida de bienes por parte del acreedor, o bien, porque los mismos no puedan resultar conocidos mediante la aplicación de un mínimo estándar de diligencia por parte del acreedor en dicha averiguación patrimonial. Pero si efectivamente, y estamos de acuerdo en ello, no es necesaria la existencia de insolvencia en sentido técnico (*ex* art. 2 de la Ley Concursal) ni por supuesto la declaración judicial de la misma, no por ello podemos compartir aquellas opiniones y sentencias que (con independencia de la carga probatoria en cuanto a la acción y excepción competan a las partes en el procedimiento judicial) de forma laxa flexibilizan el requisito del *eventus damni* hasta extremos que hagan depender el mismo de un exclusivo comportamiento arbitrario del acreedor.

Por ello, no sólo la conducta diligente del deudor ha de ser la exigida (como veremos con posterioridad en cuanto tratemos el elemento del *consilium fraudis*) en el equilibrio propuesto entre la facultad de disposición del deudor y la responsabilidad patrimonial universal de su patrimonio presente y futuro, sino que por las mismas razones, y en base, al principio general de la buena fe (arts. 7 y 1.258 del Código Civil) dicha conducta diligente ha de ser exigida al acreedor en cuanto a la averiguación patrimonial inicial de los bienes de su deudor.

Esta actuación diligente del acreedor no es ajena en nuestro ordenamiento procesal, ya que se observa con carácter propio en la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 589 y 590.

De esta forma el artículo 589.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sede de proceso de ejecución, prevé expresamente lo siguiente:

«Artículo 589. Manifestación de bienes del ejecutado.

1. Salvo que el ejecutante señale bienes cuyo embargo estime suficiente para el fin de la ejecución, el tribunal requerirá, mediante providencia, de oficio al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título».

En el transcrito precepto puede observarse cómo existe un presupuesto inicial para el requerimiento del tribunal competente para la ejecución al deudor en cuanto a la manifestación de bienes que cubran la ejecución, y dicho presupuesto es *«Salvo que el ejecutante señale bienes cuyo embargo estime suficiente para el fin de la ejecución...»*.

No obstante, una lectura aislada de dicho precepto no nos ofrece un resultado de la actuación que el acreedor ha de realizar en este momento procesal ejecutivo, si no es mediante la exposición del artículo 590 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que a los efectos prevé lo siguiente:

«Artículo 590. Investigación judicial del patrimonio del ejecutado.

A instancias del ejecutante que no pudiere designar bienes del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución, el tribunal acordará, por providencia, dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. Al formular estas indicaciones, el ejecutante deberá expresar sucintamente las razones por las que estime que la entidad, organismo, registro o persona de que se trate dispone de información sobre el patrimonio del ejecutado.

El tribunal no reclamará datos de organismos y registros cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismo, o a través de su procurador, debidamente facultado al efecto por su poderdante».

O sea, sólo cuando el ejecutante *«...no pudiere designar bienes del ejecutado suficientes...»*, se llevará a cabo la investigación patrimonial del ejecutado, ya que, *«...El tribunal no reclamará datos de organismos y registros cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismo...»*.

La objeción a lo anterior puede ser fácilmente realizada desde el requisito que dichas actuaciones son exigidas en un procedimiento judicial y que las mismas pudieran entenderse que, en el ámbito que nos ocupa, suponen defender que sea necesario el procedimiento judicial previo de excusión de bienes para que proceda la acción pauliana, y sólo cuando ni el acreedor ni el tribunal hayan verificado positivamente el resultado de la averiguación patrimonial citada prosperará la acción pauliana.

Nada más lejos de nuestra intención, también compartimos el criterio de que no sea necesario iniciar un procedimiento judicial previo de excusión de bienes del deudor, ya que esto supondría reducir el recurso pauliano a la mí-

nima expresión, aunque al menos entendemos que deba ponderarse la actuación diligente del acreedor en los términos expuestos en cuanto a un mínimo comportamiento positivo relativo a la averiguación patrimonial de bienes del deudor; dicho comportamiento positivo pudiera entenderse también mediante la valoración de la conducta del acreedor al menos, por ejemplo, en cuanto a la información pública que a estos efectos pudiera obtener de registros y organismos públicos, antes de dar viabilidad absoluta a una acción como la pauliana con las consecuencias drásticas que conlleva.

La acreditación de dicho impulso diligente del acreedor *ab initio* supondrá evidentemente cercenar la viabilidad de aquellas acciones rescisorias fundadas única y exclusivamente en consideraciones subjetivas del acreedor, sin que éste haya realizado al menos una valoración inicial de la insuficiencia patrimonial del deudor para la satisfacción de su crédito, o si se prefiere, sobre la insolvencia del deudor en los términos en que ha de entenderse la misma, según se ha expuesto.

Lo anterior engarza con el aspecto no sólo cuantitativo sino también cualitativo, que a nuestro juicio, ha de ser valorada la insolvencia del deudor a que hace referencia hasta la sociedad la doctrina y nuestra jurisprudencia.

Es decir, si como premisa ha de manifestarse que el recurso pauliano debe ser utilizado en sus justos términos, con ponderación de los intereses que le sirven de presupuesto, esto es, evitando esgrimir argumentaciones que lo hagan vano aunque inadmitiendo propuestas demasiado flexibilizadoras en cuanto a su adopción, no es menos cierto que no sólo el aspecto cuantitativo patrimonial del deudor ha de tenerse en cuenta (v.gr., antes tenía bienes y como consecuencia del acto ya no los tiene, o bien no son suficientes para la satisfacción del crédito del actor) sino también el aspecto cualitativo patrimonial del deudor también debe ser objeto de consideración, esto es, admitiendo de ante mano la fluctuación de los elementos patrimoniales del deudor y el ingreso y egreso de bienes del mismo, debiendo mantenerse que tales resultados no pueden igualmente suponer un perjuicio al acreedor, porque los bienes que hayan ingresado en el patrimonio del deudor no sean cualitativamente suficientes para provocar su satisfacción. ¿Pero qué significa o qué podemos entender como dicho requisito cualitativo? Difícil verdaderamente resulta proponer un concepto de tal carácter cualitativo debido al fuerte componente subjetivo del que goza. Evidentemente, lo que puede ser cualitativamente interesante para una persona, puede no serlo para otra. De ahí que, acudiendo por paralelismo a la máxima de los filósofos sofistas de que *«el hombre es la medida de todas las cosas»*, la valoración del carácter cualitativo al que hacíamos referencia, también ha de partir de dicha ponderación mesurada de conformidad con los estándares medios de satisfacción social.

Es decir, han de desdeñarse los ingresos patrimoniales que a causa de salidas patrimoniales del deudor impliquen que la diferencia existente en el patrimonio del deudor antes y después del acto realizado por el mismo, sea negativa en términos cualitativos o desmerecedora del patrimonio del deudor para poder provocar la satisfacción de su acreedor. Por ello, en términos de satisfacción y realización de bienes, lo que no puede aceptarse es que el bien ingresado suponga un razonable desmerecimiento en términos de realización en comparación con el bien egresado.

Así es como consideramos que han de conciliarse los intereses en juego. De esta forma, es como creemos que han de entenderse los mismos en relación también con el carácter subsidiario de la acción y su configuración vía artícu-

lo 1.111 del Código Civil («después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe...») y por aplicación del artículo 1291.3 del Código Civil («...cuando éstos no puedan cobrar de otro modo lo que se les deba») (15), sin que sea necesaria una previa excusión judicial de bienes, pero sí una mínima actitud diligente del acreedor en cuanto a la constatación de su perjuicio, no sólo en cuanto al desconocimiento razonable de bienes en poder del deudor, sino en cuanto a la necesaria valoración mínima tendente a constatar que si los que existen en el patrimonio del deudor pueden ver satisfechas sus legítimas pretensiones, desde un punto objetivo valorativo.

Todo ello con el objeto de evitar situaciones en que tras un juicio positivo realizable sin mayores esfuerzos por parte del acreedor, éste sin embargo pudiera haber realizado su crédito sin tener que acudir al ejercicio de una acción pauliana, con lo que conlleva la misma, tanto para él mismo, como para el deudor, como para el resto de acreedores del deudor; sin que a nuestro juicio pueda presumirse realizada la misma por el mero hecho de interponerse la acción pauliana, por la asunción de que el acreedor que la inicia es porque ya ha desechado la vía rápida de la ejecución por haberla valorado en sus justos términos. Ello, pese a que pudiera ser lo más razonable, no es sin embargo lo que sucede siempre en nuestro caso, donde el embargo y la realización de las participaciones o acciones sociales recibidas en contraprestación de la aportación no dineraria social sí que pueden satisfacer en numerosas ocasiones y en los términos propuestos los intereses de realización del acreedor.

Pero dejemos por el momento este asunto, puesto que lo analizaremos de nuevo en aplicación del caso que nos ocupa en este trabajo, y sigamos con el análisis genérico del siguiente de los dos elementos de la acción pauliana que en estos momentos nos preocupan con carácter principal, a saber, el *consilium fraudis*.

Nuevamente DE CASTRO (16) introduce el debate y se pronuncia al respecto al afirmar que: «Mientras el Derecho romano, según sus textos, parece exigir el *consilio fraudandi*, la doctrina moderna se inclina decididamente a considerar bastante el conocimiento o conciencia de dañar, el no ignorar que se hacía insolvente o se acrecentaba la penuria económica (17).

La jurisprudencia española muestra contraria tendencia; clara y repetidamente señala la necesidad de que el acto se haya celebrado —con la intención de perjudicar a dichos acreedores en sus derechos, sin que sea lícito ni legal confundirlo con los que pueden realizarse con tal ánimo, aun cuando por consecuencia de ellos pueda sobrevenir a un acreedor determinado perjuicio (18).

(15) En similares términos se expresa el artículo 1310.1.2.º de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos: «Son rescindibles: Los contratos y demás actos jurídicos patrimoniales celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan cobrar lo que se les deba», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009.

(16) Vid. *Estudios Jurídicos...*, págs. 174, 175 y 176.

(17) En apoyo de tal corriente doctrinal, DE CASTRO cita [vid. nota 106] a: DE BUEN, *Derecho Civil*, I, pág. 458; DE DIEGO, IV, pág. 86; TRAVIESAS, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1920, II, pág. 104; PLANIOL, II, n. 313, pág. 117; PACCHIONI, pág. 75 y sigs.; RUGGIERO, II, pág. 150; GIORGI, II, n. 272, pág. 213.

(18) En relación con dicha jurisprudencia DE CASTRO cita [vid. nota 106]: *Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1906; también sentencias de 8 de mayo de 1900, 28 de febrero y de 2 de enero de 1905, 2 de enero de 1912 y 23 de junio de 1913.*

Nuestra jurisprudencia sigue la tradición española de las Partidas, que habla de aquel que —enajena maliciosamente, haciendo engaño a aquel cuyo deudor era— [Ley 11, tít. 15, Partida 5], y marcha paralelamente a la legislación y doctrina alemana, que exige la intención de perjudicar a sus acreedores.

No creo que nuestra jurisprudencia se encuentre equivocada al señalar este restringido sendero. Si se sigue a la doctrina dominante, tendríamos que negar a toda persona que tuviese deudas —por pequeñas que fuesen— la posibilidad de realizar negocios arriesgados —por ínfimo que el peligro fuese—, y mucho menos pagar las deudas del juego o el importe de un billete de lotería. No puede bastar, para dar la calificación de fraudulento un acto, con que el deudor comprometa, con conocimiento de ello, el propio patrimonio, pues el deudor no tiene deber ninguno, respecto del acreedor, de mantener íntegro su patrimonio y menos de administrarlo según su interés. Por otra parte, la teoría criticada no distingue la negligencia, la culpa lata, del fraude propiamente dicho; el Código de Comercio distingue, en este respecto, la quiebra culpable (arts. 888 y 899) de la quiebra fraudulenta (art. 890).

Claro es que, al decir intención de perjudicar, no se entiende la intención dañina pura, el deseo e interés de hacer daño al acreedor, excluyendo los actos en que el interés del deudor sea librar el resto de su patrimonio de las garras de sus acreedores, sin que se piense para nada ni le preocupe el perjuicio de éstos. En este caso existe también intención fraudulenta, en cuanto al daño, el perjuicio, se quiere, aunque sea sólo como medio, no como fin. En estos límites linda esa teoría con la de la conciencia, pues si se conoce que por un acto determinado se arrebataban ciertos bienes al acreedor, para salvarlos de la posible ejecución, y, a pesar de ello, el acto que se realiza, no hay duda que hubo intención de defraudar. La diferencia estriba en que no basta un acto que disminuya el patrimonio, sino en que esa disminución se dirija, como Domat, *pour en priver les créanciers*, para evitar que los bienes sirvan de satisfacción a los acreedores».

Por su parte, ALBALADEJO (19) opina que: «Desde luego, hay que rechazar la que exige que aquél haya de tener propósito de dañar al acreedor.

Puede ser que, en casos concretos, este propósito exista (y cuando se dé, hay ciertamente fraude), más normalmente el deudor no persigue dañar al acreedor, sino sólo salvar para sí sus bienes, sustrayéndolos al crédito de éste (lo cual, verdaderamente, le dañará, pero tal daño no es el objetivo perseguido, sino la consecuencia de la sustracción realizada). Y, por otro lado, si el acreedor tiene derecho a la satisfacción de su crédito, es evidente que debe reprimirse lo que persiga frustrarla, aunque no se haga —además— con el propósito de causarle daño.

Creemos que hay que rechazar, asimismo, la opinión de que para que el fraude se dé es necesario el obrar (enajenar) para sustraer los bienes a la repetida satisfacción del crédito. Si se obra con tal fin, ciertamente se obra en fraude, pero éste no precisa de tanto. Basta, para entender que existe, que el deudor

Sentencia más moderna, parece influenciada por la corriente doctrinal contraria, aunque no puede asegurarse que el criterio de la jurisprudencia haya cambiado mientras no haya textos más claros. Dice así el que aludimos: Son requisitos necesarios para que pueda prosperar la acción: 1.º, que exista un acreedor de fecha anterior al acto cuya revisión se pide; 2.º, un deudor doloso o de mala fe que tenga conciencia de que después de realizado el acto no le quedaban bienes bastantes para pagar al acreedor, etc. (sentencia de 10 de julio de 1930).

(19) Vid., *op. cit.*, págs. 225 y 226.

se percate de que con su enajenación no le quedarán bienes bastantes (localizables, pues lo mismo cabe que, en efecto, se quede verdaderamente sin ellos, que se desprenda de unos —por ejemplo, inmuebles— no ocultables, y en su lugar reciba dinero, que luego fácilmente puede esconder a la reclamación del acreedor) para el pago de su deuda. Percatándose de aquello, tiene conciencia del perjuicio que ocasionaría, y sería inaceptable admitir su impunidad por el hecho de que no hubiese obrado persiguiendo el fin de dañar o sustraer.

Por otro lado, cuando una persona de diligencia media se habría apercebido de que con la enajenación su patrimonio queda sin bienes para hacer frente al derecho del acreedor, no cabe tampoco admitir que, por el hecho de que, en el caso concreto, el deudor sea tan poco discreto que le haya pasado desapercibida dicha circunstancia, no le alcancen las mismas consecuencias que si se hubiese percatado. Por el principio de responsabilidad, hay, pues, que afirmar que a la conciencia realmente tenida de que el acreedor no podrá ya cobrar, hay que equiparar el caso de que debiera haberse tenido. Lo contrario supondría un premio a la negligencia. Siendo así que ésta debe perjudicar al negligente, y no a los demás.

Por su parte la jurisprudencia, si bien en algunos fallos ha hablado de propósito de defraudar al acreedor (20), en otros pide sólo la conciencia de perjudicarle (21), y en otros requiere, de forma alternativa, bien dicho propósito o intención, bien dicha conciencia o conocimiento (22). Debiendo de llegarse a la conclusión, a la vista de las sentencias y de los casos resueltos, que basta, pues, esta conciencia (o, en mi opinión, deber haberla tenido). Ya que incluso en los supuestos en que se habló sólo de propósito o intención, no parece que haya motivos para decidir que se hizo por excluir el fraude si únicamente había conciencia y no propósito, sino más bien porque el TS no tenía ante la vista el problema actual (23) o porque en ellos se daba realmente (o se discutía) un propósito defraudatorio, y el TS se refirió únicamente a éste, porque entonces no hacía falta hablar de más».

(20) ALBADALEJO enuncia esta jurisprudencia refiriéndose a ella [vid. nota 8] del siguiente modo: «Sentencias que en esta línea, aunque, a veces, en vez de propósito de defraudar, utilicen otras expresiones más o menos equivalentes (por ejemplo, obrar maliciosamente, obrar con dolo para disminuir el patrimonio, obrar con propósito de eludir responsabilidades, o con propósito de perjudicar, o con fin de burlar a los acreedores, etc.), son las de 9 de noviembre de 1901, 16 de mayo de 1904, 24 de septiembre de 1906, 25 de junio de 1907, 2 de enero de 1912, 4 y 30 de mayo de 1914, 28 de septiembre de 1926, 23 de febrero de 1934, 21 de junio de 1945, 15 de abril de 1955, 3 de junio de 1967, 21 de mayo de 1968 y 16 de junio de 1970».

(21) ALBADALEJO [vid. nota 9] cita: «Sentencias de 10 de julio de 1928, 14 de enero de 1935 y 7 de enero de 1958. A veces estas sentencias hablando de deudor doloso o de mala fe para referirse al que tiene conciencia del perjuicio que sufrirá el acreedor, muestran que cuando en otras se habla de deudor doloso o de mala fe (por ejemplo, sentencia de 28 de febrero de 1905, resolución de 7 de noviembre de 1929), no hay que entender que el TS alude sólo al que tiene propósito de defraudar».

(22) ALBADALEJO se refiere a la sentencia de 12 de julio de 1940 [vid. nota 10].

(23) ALBADALEJO dice que: «Esto lo prueba especialmente alguna sentencia, como la de 7 de enero de 1958, en la que en el primer considerando se pide “ánimo e intención de conseguir la defraudación”, y en el tercero se dice que requisito de la pauliana es que el deudor “conozca que después de realizado el contrato [defraudatorio] no le quedan bienes bastantes para satisfacer sus compromisos”. Con lo que queda de relieve que el TS no se percató de que, según la cuestión que estoy tratando, adoptar un punto de vista sería pedir intención, y pedir conciencia sería adoptar otro».

Por otro lado, DÍEZ-PICAZO (24) afirma que «el fraude supone un designio o un propósito del deudor de perjudicar a sus acreedores haciendo inefectivos sus créditos (*consilium fraudis*). Esta exigencia, cuya completa prueba por el actor haría imposible la práctica del ejercicio de la acción, ha sido suavizada a través de diferentes líneas. En una primera de ellas se pueden situar quienes entienden que no es necesario probar un especial propósito o intención del deudor, sino que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor (*scientia fraudis*). En un punto extremo se sitúan quienes consideran que la acción debe funcionar objetivamente, cualquiera que haya podido ser el ánimo o intención del deudor y las consecuencias o falta de ellas en el resultado producido con sus actos. En nuestro Derecho Positivo, por regla general, la impugnación del fraude no es objetiva, aun cuando existan algunos preceptos que conducen, en casos especiales, a una línea de este tipo (cfr. art. 1.001 CC). Por ello, se debe adoptar la idea de que el fraude queda constituido por el hecho de que el resultado sea perjudicial para los acreedores y tal resultado fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo».

CRISTÓBAL MONTES (25) critica la tesis de DE CASTRO cuando éste afirmaba que su teoría lindaba con la de la conciencia del daño, ya que la misma «se trata de un esfuerzo teórico estéril y claudicante. Ciertamente que los deudores no tienen, respecto a sus acreedores, el deber de mantener íntegro su patrimonio y menos el de administrarlo de acuerdo a su interés, pero no menos cierto es que ello no puede significar, si se quiere que el recurso pauliano cumpla su cometido, que para que los acreedores puedan atacar concretos actos dispositivos del deudor haga falta que éste haya actuado con la intención de dañarles, porque esto, según antes se advertía, nos conduce a un restringido y anodino campo de actuaciones dispositivas hechas por el deudor, movido por el exclusivo propósito de causar daño a los acreedores. Y ello, salvo supuestos patológicos y por tanto excluibles, no es así. De ordinario, como es natural, los deudores piensan más en su interés que en el de sus acreedores, buscan salvarse patrimonialmente ellos antes que llevar a éstos a la ruina (...) Es obvio que para que proceda el ejercicio de la acción pauliana no basta el perjuicio del acreedor sino que hace falta también el fraude del deudor, pero semejante estado de ánimo o situación subjetiva del obligado no tiene por qué suponer el *animus nocendi*, sino que basta la situación anímica correspondiente a que se da cuenta, se percata, es consciente (o debería serlo) de las consecuencias perjudiciales que para sus acreedores van a derivar de su acto dispositivo (...).

En efecto, si la concepción del *animus nocendi* la restringimos al supuesto de que el deudor enajenante, aunque no busque de manera directa el perjuicio de sus acreedores, no omite el acto dispositivo por más que sea consciente de que con él va a dañar a los mismos, en tal caso ya no estamos ante un supuesto de aproximación de ambas teorías o de singular dulcificación de la del *animus nocendi*, sino sencillamente de una desvirtuación de éste que lo ha transformado en *scientia* o *conscientia* del daño. Pero, en tal caso, si todo nos lleva hacia la situación caracterizada porque debe bastar que el deudor tenga conocimiento del daño que irroga a sus acreedores a través del acto dispositivo, ¿para qué seguir hablando de intención de dañar?».

(24) Vid., *op. cit.*, págs. 891 y 892.

(25) CRISTÓBAL MONTES, «El fraude del acreedor en la acción pauliana», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 654, octubre-noviembre de 1995.

MORENO QUESADA (26) explica que «hay discrepancias respecto al significado que debe atribuírsele a esta exigencia del *consilium fraudis*; y que si bien existe acuerdo en que se trata de una cierta actitud psíquica a propósito del acto que se realiza, actitud en relación con la posición y derechos del acreedor que va ser perjudicado, falta, sin embargo, dicho acuerdo en cuanto al contenido preciso de tal actitud.

Una primera posición, que arranca de los autores franceses, exige una manifiesta intención de perjudicar a los acreedores, un *animus nocendi*, que lo sitúa muy próximo a conductas que son objeto de un tratamiento más específicamente penal. Es doctrina que acogió nuestro Tribunal Supremo que, en sentencia de 24 de septiembre de 1906, declaró que «los contratos hechos en fraude de acreedores son los que se celebran con la intención de perjudicar a dichos acreedores en sus derechos, sin que sea lícito ni legal confundirlos con los que puedan realizarse sin tal ánimo, aun cuando por consecuencia de ellos pueda sobrevenir a un acreedor determinado perjuicio». Esta misma exigencia del «propósito», se reitera en otras ocasiones posteriores en la doctrina jurisprudencial.

Este dolo máximo que, evidentemente, cuando concurre teñirá de fraude el acto realizado, sin embargo, no siempre se dará y, también evidentemente, no por ello la enajenación dejará, sin más, de ser fraudulenta: tal, por ejemplo, cuando la intención probada del deudor no persiga directamente el daño del acreedor, sino el sustraer los bienes al mismo para reforzar su propia posición económica. El propósito en ese supuesto no es perjudicar al acreedor, pero el resultado sí; y en tal caso, qué duda cabe, deberá calificarse de fraude la actuación del deudor. Así lo han entendido numerosos autores, como son, entre nosotros, TRAVIESAS: «basta el conocimiento del daño», dice; DE BUEN, que se refiere a «un deudor doloso que tenga conciencia de que después de realizar el contrato no le quedan bienes bastantes para pagar a sus acreedores»; PUIG PEÑA, según el cual debe exigirse un dolo de tipo intermedio, «integrado por la intención de sustraer los bienes a la acción persecutoria de los acreedores, lo cual exige no sólo la *scientia*, es decir, el conocimiento que se opera en su mente de la insolvencia en que se encuentra, sino la *prescientia*, o sea, la previsión de que con el acto que va a realizar imposibilita el que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito»; ROCA SASTRE habla de «designio de escamotear bienes a la actividad ejecutoria de los acreedores». Una corriente jurisprudencial (que se inició en la sentencia de 10 de julio de 1928) y ha seguido en las de 14 de enero de 1935, 7 de enero de 1958 y 6 de abril de 1992) acoge esta dirección exigiendo «conciencia del perjuicio». Se destaca, también, una sentencia de 12 de julio de 1940, que sostiene, con un criterio integral, que el contenido del *consilium fraudis* puede estar constituido tanto por la intención de causar un perjuicio a los acreedores, como por la simple conciencia en este sentido.

Hay, finalmente, la que puede considerarse como una tercera posición, según la cual se da el *consilium fraudis*, cuando sabiendo el deudor que es insolvente o que deviene tal por el acto que proyecta, sin embargo, lo ejecuta; se le da este alcance incluyendo la conclusión de que si sabiendo que un acto va a producir un determinado efecto se lleva a cabo, es porque se quiere también el efecto previsto y será responsable de él.

En esta misma dirección, pero avanzando más en ella, se pronuncia ALBALADEJO a través de unas meditadas páginas sobre el tema. Considera que debe

(26) Vid., *op. cit.*

rechazarse la opinión de que la existencia del fraude exija el obrar (enajenar) para sustraer los bienes a la satisfacción del crédito, ya que si obra con tal fin, ciertamente se obra en fraude, pero éste no precisa de tanto: basta para que se dé que el deudor se percate de que con su enajenación no le quedarán bienes bastantes para el pago de sus deudas. Percatándose de aquello, tiene conciencia del perjuicio que ocasionaría, y sería inaceptable admitir su impunidad por el hecho de que no hubiese obrado persiguiendo el fin de dañar o el de sustraer. Conviene también aludir a que en un estudio del verdadero sentido de la jurisprudencia, muestra que no se desvía de la línea general que mantiene».

En el artículo 1310.2 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, se define el supuesto, requiriéndose tan sólo en los actos onerosos que el deudor y el otro contratante *«hayan conocido o debido conocer el perjuicio causado»*, al pronunciarse del siguiente tenor:

«A los efectos de lo dispuesto en el número 2.º del apartado anterior, son fraudulentos: los actos dispositivos a título gratuito; los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos y los actos a título oneroso en los que éste y el otro contratante hayan conocido o debido conocer el perjuicio causado. Las disposiciones onerosas en las que, en detrimento del patrimonio del deudor, haya un notable y manifiesto desequilibrio entre el valor de las prestaciones, serán tenidas por gratuitas en la medida del enriquecimiento del otro contratante.

Se presume el fraude de acreedores en las disposiciones onerosas a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor, en las realizadas por éste en una situación de insolvencia notoria y en las enajenaciones a título oneroso hechas después de haberse pronunciado contra él sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes”.

Desde un brevísimo excurso comparatista y en nuestros ordenamientos jurídicos más cercanos, el artículo 1.167 del Código Civil francés no trata el problema del fraude, aunque sí el artículo 612.2 del Código Civil portugués, que exige tan sólo *«conciencia del perjuicio que el acto causa al acreedor»* (27), al igual que hace el artículo 2.901 del Código Civil italiano (28) que también en la misma línea sólo requiere que *«el deudor conociese el perjuicio que el acto originaba a los derechos del acreedor»* y cuando se trate de actos a título oneroso que *«el tercero fuera conocedor del perjuicio»*.

Por último, este criterio de eliminación de la intención fraudulenta es el que también ha seguido nuestro legislador en el ejercicio de las acciones rescisorias concursales especiales, ya que el artículo 71.1 de la Ley Concursal declara el carácter rescindible del acto perjudicial para la masa activa realizada por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, *«aunque no hubiere existido intención fraudulenta»*.

A nuestro juicio y en los actos onerosos que en este momento nos ocupan, si bien para la apreciación del *consilium fraudis* tradicionalmente y de acuerdo

(27) En relación con los Derechos francés y portugués, vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, «Estudio comparado de la impugnación de actos jurídicos realizados en fraude de acreedores», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 13, 1995.

(28) En cuanto al Derecho italiano, vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, «Líneas maestras de la regulación italiana de la acción revocatoria», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 12, 1994.

con los antecedentes de nuestro derecho histórico, fue exigido por la doctrina y jurisprudencia el requisito del *animus nocendi*, coincidimos con el desarrollo que respecto a dicha apreciación también ha realizado la doctrina y la jurisprudencia, es decir, no resulta necesaria la existencia de un propósito fraudulento en la actuación del deudor, sino única y exclusivamente la referida *scientia fraudis*, es decir, basta que el deudor haya conocido o debido conocer el perjuicio causado al acreedor.

Pese a lo anterior, somos de la opinión que las palabras de DE CASTRO (intentando dulcificar su teoría acerca de la necesidad del propósito fraudulento, según se ha dicho) cuando afirmaba que si se conoce por el deudor que por un acto determinado se arrebataban ciertos bienes al acreedor para salvarlos de la posible ejecución, y, a pesar de ello, el acto que se realiza, ello supondría una intención de defraudar, no han de ser tomadas como un esfuerzo teórico e inútil (según se ha opinado al respecto), sino que más bien pueden haber supuesto un verdadero puente entre la postura clásica y el desarrollo posterior de la misma, con el objeto, de acabar prescindiendo del requisito de la intención de dañar para terminar requiriéndose tan sólo la conciencia del daño.

Por tanto, nuestra tesis consiste en mantener que para la viabilidad de la acción pauliana —en general—, es necesaria la concurrencia de sus requisitos básicos: la imposibilidad del acreedor de satisfacer su crédito mediante la realización del patrimonio del deudor (*eventus damni*) y que el deudor haya conocido o debido conocer el perjuicio causado al acreedor (*scientia fraudis*), debiendo presentarse ambos requisitos en el acto ilícito, puesto que de faltar el primero, o sea, el perjuicio, no puede reputarse la existencia del fraude.

Con esto, entramos a analizar el caso que nos ocupa, desde el examen del presupuesto básico del perjuicio (insolvencia), es decir, ¿supone el acto de aportación social de bienes inmuebles un perjuicio para el acreedor por implicar la insolvencia del deudor?

CARBAJO CASCÓN (29) analizó el problema propuesto desde el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 1995 (R. Ar. 4263) que contempló la constitución de una sociedad anónima en fraude de acreedores donde la Sala de casación, haciendo suyos los argumentos del juez de instancia y de la Audiencia Provincial, sanción de la nulidad por simulación absoluta del acto fundacional de la sociedad anónima; argumento de simulación, cuya validez al amparo del artículo 11.2 de la primera Directiva de sociedades 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, no vamos a tratar en este trabajo por no ser objeto del mismo (30).

En este sentido, CARBAJO CASCÓN (31) afirma que: «Entonces, los acreedores personales del socio de una sociedad anónima no tienen, en principio, por qué sufrir un perjuicio en sus intereses por el hecho de que el valor nominal de las acciones no se corresponda con el patrimonio realmente aportado, pues lo verdaderamente importante para la satisfacción de sus créditos es el valor real de las mismas, determinado en relación con el patrimonio neto de la sociedad,

(29) Fernando CARBAJO CASCÓN, «¿Simulación en la Anónima? Constitución de una sociedad anónima en fraude de acreedores?», en *Revista de Derecho Privado*, año 1999, año 83, núm. 3, págs. 180-224.

(30) Vid., con extensión al respecto, con toda la bibliografía y jurisprudencia citadas por estos autores, CARBAJO CASCÓN, «¿Simulación en la Anónima?...»; Luis Ángel SÁNCHEZ PACHÓN, «Las causas de nulidad de las sociedades de capital», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 29. Thomson-Aranzadi.

(31) Vid., *op. cit.*, págs. 218 y 219.

no del valor nominal de su capital social. La actuación del aportante no tiene por qué causar un perjuicio real a sus acreedores, lo cual no empece que dicha actuación parta de una motivación ilícita, cual es la de provocar el engaño o la confusión de dichos acreedores personales. Pero esta motivación fraudulenta no tiene por qué afectar a la realidad de la actuación negocial en sí; ésta puede ser verdadera y realmente querida —como de hecho acontece en el caso de autos— aunque alberga una finalidad subjetiva ilícita en cuanto fraudulenta. Y al tiempo que la motivación fraudulenta no supone la inexistencia del acto dispositivo como tal, tampoco tiene que conllevar necesariamente un perjuicio real para los acreedores personales a los que se pretendió defraudar, ya que éstos, a pesar del intento de engaño o provocación de error por parte de su deudor, podrán satisfacer sus créditos sobre el valor real —una vez puesto de manifiesto a instancia precisamente de los acreedores— de las acciones que han entrado en el patrimonio personal de éste en contraprestación a la aportación de sus bienes personales a la sociedad anónima constituida.

En suma, *cuantitativamente no se produce modificación alguna en el patrimonio del deudor y, por ello, no se puede constatar un perjuicio material apriorístico para sus acreedores*. El empobrecimiento del que habla la sentencia comentada se produce en el plano meramente formal, pues demostrado el valor real de los bienes aportados, el mismo revierte en el capital real (patrimonio neto) de la sociedad y, en consecuencia, en el valor real de las acciones en la organización societaria; acciones que forman parte, ahora, del patrimonio del deudor, sustituyendo a los inmuebles aportados a la sociedad.

Sin embargo, la valoración del perjuicio ha de trasladarse a la modificación cualitativa en el patrimonio personal, operada como consecuencia del cambio de bienes inmuebles por acciones de una sociedad anónima. Perjuicio que tiene lugar, en muchas ocasiones, por la difícil realizabilidad de las acciones a la hora de instar un embargo judicial para la satisfacción de créditos pendientes por parte de su titular.

Cuando se presume o efectivamente resulte de todo punto imposible la realización en subasta pública de las acciones embargadas al deudor o el acreedor, en su caso, rechace la opción de adjudicación que le resta en tales casos (pudiendo, en caso contrario, instar la disolución de la sociedad, si así se lo permitiera la proporción del capital adquirido, para satisfacer sus créditos mediante la correspondiente cuota de liquidación; operación que, para resultar plenamente exitosa, evitando perjuicios derivados de la actuación de la administración social, tendría que ir acompañada de la solicitud y concesión de la administración judicial de la sociedad), sí que podrá demostrarse el perjuicio para los intereses del acreedor, consecuencia del cambio cualitativo operado en el patrimonio de su deudor (inmuebles por acciones) y su improbable realización, quedando abierta la puerta, en cuanto mecanismo último, necesariamente subsidiario *ex lege*, a la acción pauliana o acción revocatoria (arts. 1.111 y 1291.3.º del CC).

La ejecución de las acciones responde mejor al interés de los acreedores sociales, contemplado por la disciplina societario-capitalista en general. Pero, si como ocurre en el supuesto comentado, se constata la inexistencia de acreedores sociales conocidos, y se demuestra, además de la intención fraudulenta, el perjuicio causado por el cambio cualitativo en el patrimonio del deudor, será perfectamente factible el ejercicio de la acción pauliana, en cuanto mecanismo último de protección. Sin embargo, si existieran terceros conocidos, resultaría más discutible la opción por la acción revocatoria, pues se estaría

perjudicando directamente el interés de la sociedad en la conservación de su patrimonio e, indirectamente, el interés de los acreedores en la conservación del patrimonio social como garantía de satisfacción de sus créditos, los cuales parecen impregnar las mismas bases de la organización societaria-capitalista, como se encarga de demostrar —sin ir más lejos— la propia normativa sobre nulidad (arts. 34 y 35 del TRLSA de 1989).»

Más recientemente, PINAGLIA-VILLALÓN (32) en un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2007, mantiene lo siguiente: «Por tanto, la entrada de participaciones sociales en el patrimonio del deudor, en pago de su aportación, no produce necesariamente una disminución cuantitativa de su patrimonio judicial para sus acreedores, porque los derechos sociales del aportante vendrían a ocupar el lugar de los bienes aportados. No obstante lo dicho, sí cabe hablar de un empobrecimiento del patrimonio personal del deudor aportante, es decir, de una modificación cuantitativa perjudicial para sus acreedores, cuando el valor nominal de las participaciones sociales del aportante no se corresponde con el valor de los bienes que se aportan para la constitución de la sociedad, o sea, cuando los bienes que se aportan están claramente infravalorados, siendo el importe nominal de las participaciones insuficiente para cubrir la deuda contraída, como pone de relieve la STS de 3 de octubre de 2007 (*RJ* 2007/5315). Tanto en esta última sentencia como en la que es objeto del comentario, para apreciar el perjuicio el Tribunal Supremo tiene en cuenta el hecho que se no se probó por los deudores demandados el valor de las participaciones sociales, por lo que, como se dice en la sentencia de 3 de octubre de 2007, hay que tomar como base el importe nominal de las mismas, insuficiente para cubrir la deuda contraída. Y estima, además, en las dos sentencias, que la aportación de los inmuebles efectuada por los deudores a la sociedad constituida por ellos mismos supone no sólo una disminución cuantitativa de la garantía patrimonial, sino también cualitativa, dado que la sustitución de un bien por otro impide o dificulta en gran medida o extraordinariamente la satisfacción total o parcial del crédito, y ello por la complicada realizabilidad de las participaciones a la hora de instar un embargo judicial para la satisfacción de créditos pendientes por parte de su titular. En la sentencia de 3 de octubre de 2007, se pone de relieve claramente la dificultad del embargo de participaciones sociales, dada la regulación legal, máxime cuando, se dice, el administrador de la sociedad cuyas participaciones se embargan es el propio deudor sin cuya colaboración el embargo de participaciones deviene prácticamente imposible. En efecto, no cabe ignorar la importancia de la actuación del órgano de administración de la sociedad en el embargo de las participaciones sociales. Por otra parte, aunque es cierto, como ya hemos señalado, que las 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 aportados. La sentencia de 3 de octubre de 2007 destaca el valor real incierto de las participaciones sociales, pues, como afirma, la sociedad ni tenía actividad alguna ni cumplió con la obligación legal de presentar sus cuentas y balances anuales desde su constitución (este fenómeno de “sociedad inactiva”, en el que no existe ninguna

(32) Juan Ignacio PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, «Aportación de bienes *in natura* a sociedades de capital y acción revocatoria del acreedor del socio aportante», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, 2009, fascículo III, págs. 1332-1341.

actividad, ninguna intención de acometer ninguna empresa, se contempla también por cierta doctrina como un supuesto de invalidez por simulación absoluta de su objeto social. Ver SÁNCHEZ PACHÓN, *ob. cit.*, pág. 754 y sigs.).

Por todas las razones expuestas, si bien la participación social se presenta en abstracto como idónea para garantizar la satisfacción forzosa del acreedor, sin embargo, en no pocas ocasiones podría relevarse del todo privada de cualquier utilidad práctica.

En conclusión, no pudiéndose mantener de forma apriorística que la sustitución inmueble-participación social es intrínsecamente perjudicial, queda claro que el problema de la existencia del perjuicio en el tema de la aportación *in natura* a sociedad de capital debe resolverse necesariamente a través de una atenta valoración de las circunstancias del caso concreto. Y es que, en definitiva, el perjuicio, cuando no consiste en un inmediato empobrecimiento del deudor, constituye una *res facti* que puede variar notablemente con las circunstancias del caso concreto (LUCCHINI GUASTALLA, *ob. cit.*, pág. 22, nota 12).

Por su parte, SÁNCHEZ PACHÓN (33) entiende que «parece que, en principio, el acreedor del socio no podría instar esta acción toda vez que el patrimonio de su acreedor no haya disminuido cuantitativamente, habiéndose entregado acciones o participaciones en pago de su aportación; garantizándose su derecho con el simple embargo y ejecución de las acciones o participaciones de su deudor (ilustrativa, en este sentido, es la STS de 25 de mayo de 2007). Y, ciertamente, *a priori*, no parece que se pueda calificar de fraude pauliano la aportación a la sociedad de elementos del activo patrimonial del deudor, porque los derechos sociales del aportante vendrían a ocupar el lugar de los bienes aportados, sin que, en principio, haya que pensar en una pérdida de valor. Lo que ocurre es que, en la práctica, difícilmente se dará con tal claridad este postulado inicial, que supone una estricta equivalencia entre el valor de los bienes aportados y los derechos sociales atribuidos en contrapartida (significativa resulta la STS de 23 de julio de 2007), ya que el aportante pretenderá sustraer su activo, o una parte del mismo, a la persecución de sus acreedores (por ejemplo, infravalorando sus participaciones). Aun en las hipótesis de aportaciones correctamente evaluadas, los acreedores del aportante tendrán fundadas razones para pensar que sus garantías se verán mermadas. Si se prescinde de los casos donde los derechos sociales son libremente negociables (casos poco frecuentes ya en las sociedades anónimas pequeñas o familiares donde son habituales las cláusulas limitativas a la transmisión, y casos que se descartan en las sociedades de responsabilidad limitada donde la propia ley establece limitaciones a la transmisión), permite presumir que la ejecución forzosa de las acciones o participaciones no se realizará en las mejores condiciones económicas. Difícilmente se encontrará un tercero dispuesto a proponer un precio razonable para acciones o participaciones de sociedades donde el *intuitu personae* es muy fuerte, donde los derechos económicos que conlleven resulten relativizados, donde las obligaciones y deberes que suponga la asunción de acciones y participaciones resulten más o menos intensos, o donde existan —si se terminan admitiendo— cláusulas restrictivas a la misma transmisión forzosa de acciones o participaciones».

(33) Luis Ángel SÁNCHEZ PACHÓN, «El problema de las aportaciones simuladas y fraudulentas en la constitución de sociedades de capital», *Deloitte, Abogados y Asesores Tributarios. Actualidad jurídica*, 30, abril de 2009, págs. 34-39.

Para dar respuesta a la cuestión de si la aportación social supone una insolvencia del deudor, lo que primero ha de abordarse es la errónea afirmación que realizan ciertas sentencias y determinadas opiniones doctrinales en cuanto a la valoración de las participaciones. Es absolutamente erróneo que esto haya de observarse desde la valoración nominal de las participaciones recibidas en contraprestación a la aportación social inmobiliarias. Afirmaciones como ésta suponen una falta de desatención a los métodos de valoración del patrimonio de una sociedad. El valor real de una participación es en realidad el formado por el determinado por el balance social y los fondos propios de una sociedad, siendo el valor nominal nada más que el reflejo del capital social que funciona como dato contable de protección de acreedores. Es decir, lo relevante no es que el valor nominal de las participaciones sea inferior al valor de la aportación inmobiliaria, esto a efectos patrimoniales de protección de acreedores es absolutamente intrascendente, ya que mediante una adjudicación de las participaciones sociales en aras de la satisfacción de la deuda, se adquiere mediante las mismas un derecho subjetivo aunque de carácter subordinado a la relación social derivada del contrato de sociedad sobre los bienes sociales (34).

Lo esencial sería precisamente lo contrario, que las participaciones sociales no estuvieran correctamente valoradas en cuanto a su correlativo aportado, en el sentido de recibir un valor nominal superior al valor real del patrimonio aportado. Esto precisamente es lo que trata de evitar el Derecho de Sociedades mediante las responsabilidades derivadas de la aportación, en cuanto a la realidad y valoración de las mismas, siendo ésta la misión del informe del experto independiente en cuanto a la validación de lo anterior (vid. art. 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, arts. 20 y 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y arts. 133 y 190 del Reglamento del Registro Mercantil, que precisamente facultaban al registrador mercantil para denegar la inscripción de la aportación no dineraria cuando el valor escriturado de las mismas exceda más del 20 por 100 del valor atribuido por el experto independiente) (35).

Evidentemente, y a efectos procesales, el deudor aportante que haya sido demandado en juicio pauliano, deberá acreditar en el mismo la valoración real de las participaciones o acciones recibidas, lo que no supone más que una expresión del principio probatorio del proceso, lo que puede justificar mediante la aportación al proceso como documental del informe valorativo de las aportaciones no dinerarias realizadas por experto independiente designado por el Registro Mercantil competente (vid. art. 338 y sigs. del Reglamento del Registro Mercantil para la designación de experto independiente a estos efectos) lo cual es obligatorio para las aportaciones no dinerarias que se realicen en sociedades anónimas (*ex art. 39 de la Ley de Sociedades Anónimas*) y no en los supuestos de aportaciones no dinerarias efectuadas en sociedades limi-

(34) Vid. Federico DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Editorial Civitas, 1984, pág. 595. DE CASTRO organiza la clasificación de los derechos subjetivos, comprendiendo entre ellos los derechos subjetivos subordinados que son: «*aquellos cuyo ámbito de poder está determinado por una relación jurídica de la que dependen*». Distinguiendo entre ellos, «los derechos cuya titularidad está determinada por una relación jurídica, en la que coexiste con otro titular», citando como ejemplo de estos últimos, «los derechos de los comuneros en la comunidad de bienes, de los socios respecto de los bienes sociales».

(35) No obstante, tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se modificó el artículo 38.3 de la Ley de Sociedades Anónimas para prever expresamente lo siguiente: «3. *El valor que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos*».

tadas (ex arts. 20 y 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), aunque por las circunstancias obvias del caso analizado, sería altamente recomendable también en estos supuestos de aportaciones no dinerarias realizadas en sociedades limitadas que el aportante cuente con el referido informe de experto independiente. Esta prueba documental se puede complementar perfectamente con la solicitud de la prueba pericial en el proceso, con el objeto de que el experto independiente ratifique su informe en el juicio oral y atienda a las preguntas de los abogados de las partes en cuanto a la valoración real de las participaciones o acciones sociales, así como en lo relativo a los métodos valorativos utilizados en su informe.

En función de la evidencia de lo anteriormente expuesto, consideramos que no resulta necesario seguir insistiendo al respecto, y concluir simplemente sobre el juicio erróneo que las afirmaciones contrarias llevadas a cabo suponen en el desarrollo y viabilidad del remedio pauliano analizado, lo contrario, no supone más que la utilización de un sofisma sin que su pretendida aplicación nos puede hacer caer en el resultado perseguido con el mismo.

Sentado lo anterior, nos adentramos en otro de los argumentos doctrinales y jurisprudenciales utilizados como justificación el recurso pauliano. En sede de la disminución cualitativa esgrimida a favor de su aceptación, se utiliza el argumento de la «difícil realización de las acciones o participaciones sociales», o incluso, sobre su «irrealizabilidad».

Sin mostrar un rechazo absoluto y frontal al mismo, no podemos más que mostrar inicialmente nuestra disconformidad a la utilización indiscriminada de este argumento.

Así, no debe ser tan tajante como se pretende, cuando la propia Ley de Enjuiciamiento Civil nos presenta como preferentes en el orden de realización y práctica de embargos a las acciones y participaciones sociales sobre los bienes inmuebles, al prever en su artículo 592 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo siguiente:

«Artículo 592. Orden en los embargos. Embargo de empresas.

1. Si acreedor y deudor no hubieren pactado otra cosa, dentro o fuera de la ejecución, el tribunal embargará los bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado.

2. Si por las circunstancias de la ejecución resultase imposible o muy difícil la aplicación de los criterios establecidos en el apartado anterior, los bienes se embargarán por el siguiente orden:

- 1. Dinero o cuentas corrientes de cualquier clase.*
- 2. Créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, y títulos, valores u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores.*
- 3. Joyas y objetos de arte.*
- 4. Rentas en dinero, cualquiera que sea su origen y la razón de su devengo.*
- 5. Intereses, rentas y frutos de toda especie.*
- 6. Bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a cotización oficial y participaciones sociales.*
- 7. Bienes inmuebles.*
- 8. Sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas.*
- 9. Créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo.*

3. *También podrá decretarse el embargo de empresas cuando, atendidas todas las circunstancias, resulte preferible al embargo de sus distintos elementos patrimoniales».*

O sea, en ausencia de pacto (lo que por otro lado, suele ocurrir casi siempre, porque decir siempre sería aventurado), el juez ha de contraponer la mayor realizabilidad del bien y la menor onerosidad para el ejecutado. Ni que decir tiene, que este juicio comparativo por parte de la autoridad judicial en el seno de un proceso de ejecución, y debido a las características del mismo, en la práctica queda configurado a nuestro juicio, como un *desideratum* del legislador procesal. ¿Con qué elementos de juicio va a poder contar el juez para la práctica de dicha reflexión en un proceso de ejecución?, realmente, con casi ninguno, más allá de la documental aportada al proceso ejecutivo por las partes, lo que entendemos nada esclarecedor al efecto. Así, la documentación social aportada, generalmente obvia la estructura accionarial de la sociedad cuyas participaciones o acciones se han recibido en contraprestación de la aportación inmobiliaria (no olvidemos, la actual falta de constancia de los socios y accionistas en el Registro de Bienes Muebles o en el Registro Mercantil, a excepción del honroso supuesto de lo previsto al efecto en el artículo 8 de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales), incluso los derechos de rescate ante este tipo de situaciones, por ejemplo. Si ello lo unimos a las propias características del proceso ejecutivo, difícilmente se hará o se estará en correctas condiciones para efectuar dicha valoración, lo cual no es que celebremos, pero sí reconocemos.

De esta forma, asistimos en la práctica cómo el orden para la realización de embargos establecido en el artículo 592 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se antoja importante a los efectos de su apreciación, debido a que realmente suele resultar de las características del propio proceso de ejecución la difícil valoración de las circunstancias de realizabilidad y menor onerosidad para el deudor.

Por ello, si las acciones no cotizadas y participaciones sociales quedan preferidas a los bienes inmuebles por Ley, al menos, ha de partirse como premisa del resultado contrario al que llegan ciertas opiniones doctrinales y la gran generalidad de las resoluciones jurisprudenciales expuestas en nuestro trabajo anterior, o sea, la conclusión ha de pasar por la afirmación apriorística de la preferencia de ejecución sobre acciones y participaciones sociales por la connatural realizabilidad de las mismas.

Otro argumento general sobre la realizabilidad o facilidad de realización de las acciones no cotizadas y participaciones sociales nos lo ofrece también el artículo 635 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al prever literalmente lo siguiente:

«Artículo 635. Acciones y otras formas de participación sociales.

1. *Si los bienes embargados fueren acciones, obligaciones u otros valores admitidos a negociación en mercado secundario, se ordenará que se enajenen con arreglo a las leyes que rigen estos mercados.*

Lo mismo se hará si el bien embargado cotiza en cualquier mercado reglado o puede acceder a un mercado con precio oficial.

2. *Si lo embargado fueren acciones o participaciones societarias de cualquier clase, que no coticen en Bolsa, la realización se hará atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de las acciones o participaciones y, en especial, a los derechos de adquisición preferente.*

A falta de disposiciones especiales, la realización se hará a través de notario o corredor de comercio colegiado».

Como tenemos ocasión de observar, se permite la realización o subasta notarial de las acciones y participaciones embargadas, lo que sin duda supone una mayor celeridad en el proceso de realización si lo contraponemos con el mismo proceso efectuado en sede judicial.

No obstante, es cierto que la situación actual normativa reguladora de dichas subastas notariales en cuanto a los requisitos de las mismas, no es de lo más esclarecedor.

Por ejemplo, en los procedimientos ejecutivos extra judiciales hipotecarios, sí que al menos existe una regulación de su desarrollo en los artículos 234 y sigs. del Reglamento Hipotecario, a los que se remite el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, superada (al menos de momento, la constitucionalidad de dicho proceso tras la reforma normativa operada en el art. 129 de la Ley Hipotecaria por la Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 2000, de ahí que si bien es cierto que el Tribunal Supremo continúa afirmando la inconstitucionalidad de dicha subasta notarial, lo hace sólo para las actuaciones realizadas con anterioridad a la vigencia del actual art. 129 de la Ley Hipotecaria tras su reforma por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, lo que no empece que el mismo se encuentre bajo la espada de Damocles de una cuestión de inconstitucionalidad que se presente en un proceso de impugnación de la venta realizada en subasta notarial).

Al hilo de lo anterior, y retornando a la particularidad que nos ocupa, cabe citar cómo el artículo 220 del Reglamento del Notariado introducido por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, que sí recogía una detallada regulación del acto de subasta notarial, ha sido declarado nulo por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 20 de mayo de 2008, por lo que entendemos que hemos de seguir manteniendo el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 2000, aplicando por analogía los términos de la subasta judicial, lo que no supone una aplicación absoluta de sus normas sino que en realidad la subasta notarial ha de ajustarse a que en la misma exista una valoración objetiva de los bienes (lo cual ya hemos comentado que se puede obtener con el informe pericial sobre la aportación no dineraria) y una publicidad suficiente que garantice la concurrencia de postores y pueda dar lugar a la obtención de un precio más elevado.

Así, lo recuerda, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Teruel de 2 de mayo de 2007 (RJ 2007/261847) al razonar lo siguiente:

«Ciertamente, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 17 de junio de 2002, en armonía con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de noviembre de 2000, la ausencia de normas que regulan la subasta notarial determina la aplicación por analogía de las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las subastas establecidas en procesos ejecutivos judiciales o extrajudiciales; sin embargo, esa remisión a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil no supone, como pretende el recurrente, que la subasta notarial haya de ajustarse literalmente a las normas sobre el procedimiento de apremio de la LEC, sino que, como señalan aquellas resoluciones, lo que se exige es que la subasta notarial cumpla con las garantías de determinación objetiva del valor de los bienes subastados y publicidad suficiente, para conseguir una mayor concurrencia de postores que, por interés en la adquisición, den lugar a la obtención de un precio más elevado».

En suma, según lo expuesto, al menos *a priori*, ha de afirmarse la realizabilidad de las acciones y participaciones sociales y la facilidad de la misma, lo cual supone que tengamos que adentrarnos al respecto en las propias características de dicha realización.

De esta forma, la otra característica evaluada por la jurisprudencia expuesta es la existencia de restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones y de las acciones recibidas como contraprestación a la aportación inmobiliaria.

En este sentido, el problema de la alienabilidad de las participaciones o acciones no se presenta en las que son libremente transmisibles, sino sobre las que existan restricciones a su libre transmisibilidad. Ello cobra especial relevancia en el caso de las participaciones sociales, ya que éstas no pueden ser esencialmente transmisibles, tal y como se desprende del artículo 30.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, teniendo presente que la total intransmisibilidad en los supuestos del artículo 30.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que permite dicho pacto y la inexistencia del reconocimiento del derecho de separación durante cinco años como máximo a contar desde la escritura de constitución de la sociedad o de la correspondiente escritura de ampliación de capital. Sin embargo, para el caso de las acciones de una sociedad anónima, la total intransmisibilidad sólo se puede convenir por un plazo de tiempo no superior a dos años a contar desde la constitución de la sociedad, tal y como prevé el artículo 123.4 del Reglamento del Registro Mercantil.

¿Qué ocurre, pues, cuando existan estas restricciones a la libre transmisibilidad?

En los casos de una sociedad anónima, el artículo 64.2 de la Ley de Sociedades Anónimas lo que realmente establece es un derecho de adquisición preferente a favor del beneficiario de la restricción, situación que frente a la doctrina conforme a la anterior legislación societaria ha sido calificada por PERDICES HUETOS (36) como que: «los estatutos ya no dictan normas procesales, los juzgados se libran del engorro de notificaciones, y el acreedor ve satisfecho sin dilaciones su crédito. No en vano, el tenor literal del artículo 64.2 LSA, aparte de por su remisión al párrafo primero, admite perfectamente esta interpretación: “*El mismo régimen se aplicará cuando la adquisición de acciones se haya producido...*”: si la adquisición se ha producido, la presencia de un mecanismo de actuación *ex post* de la restricción parece lógica. Esa postergación del juego de la restricción permite además una limpia aplicación de la misma en el caso de ejecuciones extrajudiciales, como la del artículo 1.872 del Código Civil, donde el notario no tendrá que preocuparse de realizar notificaciones o de suspender el remate». Comparando dicha solución legal con la establecida en el artículo 31.3 de la Ley de Sociedades Limitadas, PERDICES HUETOS opta por la valoración positiva de la primera en relación con la segunda cuando continua diciendo lo siguiente: «la única diferencia relevante radica en que, mientras el artículo 64.2 LSA permite al rematante una adquisición válida y perfecta pero sujeta al derecho de adquisición de los beneficiarios que eventualmente pueden rescatarla, el artículo 31.3 LSRL anticipa este efecto, permitiendo al rematante una adquisición resolutoriamente condicionada al ejercicio del derecho de adquisición, con lo que no se consigue más que dilatar en

(36) Antonio B. PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones sociales*, Editorial Civitas, 1997, págs. 295 y 296.

el tiempo y hacer más complejo ese procedimiento. En efecto, es precisamente en esta anticipación del ejercicio del derecho a la fase procedimental donde radica el principal inconveniente del sistema establecido, ya que la actuación del órgano ejecutante debe tener en cuenta pactos privados de restricción en el desenvolvimiento de sus actuaciones (notificación del embargo y del remate, suspensión de la firmeza del remate), con la consecuente dilación en la satisfacción del interés del acreedor ejecutante, lo que no sucede en el caso del artículo 64.2 LSA, donde se prescinde procesalmente de esa restricción, y se desplaza su operatividad normal a una fase posterior: la de la solicitud de legitimación».

Como podemos observar de lo anterior, lo que sí puede afirmarse es que en sociedades anónimas el proceso de adquisición de las acciones con restricciones a la libre transmisibilidad para los casos de ejecución forzosa es más sencillo y ágil que en los casos de participaciones de sociedades limitadas, ya que en éstas la adquisición del rematante está sujeta al no ejercicio del derecho de adquisición preferente, por parte de los socios, o en su caso, la sociedad, pero tampoco esta técnica legislativa de las sociedades de responsabilidad limitada debería suponer por sí sola un perjuicio que justificare de por sí el remedio pauliano, puesto que de ejercitarse dicho derecho de adquisición preferente el precio a pagar por el adjudicatario al ejercitar su derecho de adquisición será el de remate más los gastos correspondientes (art. 31.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), porque precisamente el valor real de las participaciones o acciones (art. 64.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) es el que deriva del mercado, esto es, de la subasta.

PERDICES HUETOS (37) explica el precio del derecho de adquisición preferente acudiendo al símil de la cláusula de tanteo, de la siguiente forma: «Si se observa bien, el supuesto es exactamente el mismo que en una cláusula de tanteo: el adquirente debe pagar, en principio, el precio de mercado, que en el tanteo es el ofrecido de forma particular y en este caso es el mejor de los ofrecidos en una licitación pública».

Por ello, si el beneficiario del derecho de adquisición preferente ha de satisfacer el precio ofrecido en la licitación pública por el tercero, la razón esgrimida al efecto tampoco es causa justificativa de por sí para la viabilidad de la acción pauliana.

Evidentemente, el problema tal y como ha quedado apuntado viene dado para el acreedor ante la inexistencia de terceros que liciten en la subasta pública de las acciones y participaciones sociales por el escaso interés de entrar a participar en sociedades generalmente familiares y de carácter cerrado. Ello implica que haya de acudir en este supuesto de subasta sin postor a lo dispuesto en el artículo 651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo 651. Subasta sin ningún postor.

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 30 por 100 del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, se procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado».

(37) Vid., *op. cit.*, pág. 303.

Así, lo entiende, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 28 de abril de 2004 (recurso 128/2004), aplicando el artículo 651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para un caso de subasta sin postor de participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada.

De esta forma, entendemos que el pretendido problema sobre la realizabilidad de las participaciones sociales no es tal, o si se prefiere, el mismo no viene dado por el carácter embargable y alienable de las participaciones o acciones sociales, sino con lo que anteriormente habíamos apuntado como posible «disminución cualitativa» del patrimonio del deudor como consecuencia del acto de aportación social, no por la propia situación derivada del mero intercambio de bienes (inmuebles por muebles), sino por cómo incide el mismo en la satisfacción del crédito del acreedor instantáneo.

Así, ante la falta de satisfacción del acreedor ejecutante del valor real de las participaciones como consecuencia del ejercicio de un derecho de adquisición preferente, o generalmente por ausencia de interés demostrado y realizado de cualquier tercero de proceder a la adquisición de las participaciones o acciones embargadas en la correspondiente subasta pública, hemos comentado que el acreedor puede adquirir dichas participaciones o acciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es en este caso, cuando la referida disminución cualitativa pudiera tener lugar (aunque la misma tenga que ser puesta en relación con el resto de requisitos del remedio pauliano que aquí exponemos). ¿Ahora bien, cuando este supuesto puede ser constitutivo de un ilícito pauliano? Pongamos para ello los siguientes ejemplos:

- (i) Supuesto en que el deudor/es son el fundador/es de una sociedad mediante aportaciones no dinerarias consistentes en la totalidad de su patrimonio inmobiliario, siendo el deudor/es los únicos socios de dicha sociedad. Ante esta situación, por otra parte, la más frecuente en la práctica y la que en la gran mayoría de las ocasiones tiene lugar, ¿dónde está el perjuicio patrimonial?, creemos que sencillamente no existe, ya que el acreedor tiene la facultad en última instancia de adquirir la totalidad de las participaciones o acciones en la subasta pública, y pasar así a ser titular del capital social de la sociedad que tiene en su haber los inmuebles inicialmente aportados.
- (ii) Caso en el que el deudor/es es/son aportante/s mediante ampliación de capital en una sociedad ya fundada por otras personas, o fundador/es con otras personas de una sociedad, siendo la posición del deudor o de los deudores aportantes, mayoritaria en el capital social, situación por otro lado anómala si no es por la convivencia de los minoritarios en lo actuado.

En esta situación, la posición del acreedor, sí que puede verse perjudicada en relación con el poder de satisfacción de los bienes inmuebles pertenecientes a sus deudores, puesto que sólo previo el análisis de las disposiciones estatutarias aplicables al contrato de sociedad en cuestión, podría dirimirse si se vieran satisfechos sus derechos mediante la aplicación de su mayoría social para la adopción de acuerdos sociales como una escisión parcial, una reducción de capital mediante restitución de aportaciones o incluso una disolución de la sociedad, que supusieran la adjudicación de los bienes inmuebles aportados por el deudor a la sociedad, en el primer caso de forma indirecta y en el segundo o tercero de forma directa.

- (iii) Caso en el que el deudor/es es/son aportante/s mediante ampliación de capital en una sociedad ya fundada por otras personas, o fundador/es con otras personas de una sociedad, siendo la posición del deudor o de los deudores aportantes, minoritaria en el capital social, situación por otro lado, anómala, si no es por la convivencia de los minoritarios en lo actuado.
Es en este supuesto donde con mayor claridad se puede deducir la situación perjudicial del acreedor derivada del acto de aportación social, en relación con la que inicialmente disfrutaba respecto en una ejecución directa de los bienes pertenecientes al deudor.

Dentro del análisis estatutario general que ha de realizarse en cualquiera de los supuestos enunciados, es digno de especial mención el estudio de aquellas cláusulas que previeran la amortización de la participación o la acción social en caso de embargo, por lo que a su eventual perjuicio atañen.

En primer lugar, ha de partirse de la general admisibilidad de las mismas en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que rigen los estatutos sociales y de su efecto neutro, ya que lo obtenido como consecuencia de la amortización por el socio titular de las mismas sería objeto de conversión automática de la traba, es decir, si el embargo afectaba a las participaciones o acciones sociales ahora lo hará al producto de las mismas.

No obstante, dicha admisibilidad general anterior, la doctrina mercantilista ha realizado una casuística de las mismas para pronunciarse acerca de su admisibilidad particular.

De esta forma, TRONCOSO REIGADA (38) expone los siguientes supuestos:

- «a) En primer lugar, tendríamos aquéllas que dispusieran la amortización gratuita de la participación para el solo caso de embargo.
- b) En segundo lugar, las que establecieran la gratuidad de la amortización, ya fuera en general —cualquiera que fuese la causa, legal o estatutaria, que la provocase—, ya para un grupo de casos entre los que figurase el embargo.
- c) En tercer lugar, figurarían las cláusulas que establecieran, únicamente para el caso de amortización por causa de embargo, una contraprestación inferior al valor real o razonable.
- d) En cuarto lugar, aquéllas en las que esta contraprestación inferior al valor real o razonable estuviera prevista no sólo para el caso de amortización por causa de embargo, sino para todo un grupo de ellos, o, incluso, con carácter general.
- e) En último lugar, estarían las cláusulas que previeran una contraprestación igual o superior al referido valor, ya sea para el solo supuesto de amortización por causa de embargo o, para un grupo de causas entre las que figurara el embargo (más difícil que sea con carácter general».

En cuanto a las cláusulas señaladas bajo el grupo de casos a) y c) coincidimos con TRONCOSO REIGADA en afirmar la nulidad de las mismas, puesto que las mismas o bien suponen la derogación del principio de responsabilidad patrimonial realizado exclusivamente en fraude de acreedores (*ex art. 1.911*

(38) Mauricio TRONCOSO REIGADA, *El embargo de acciones de SA y participaciones de SL*, Editorial Thomson-Civitas, 2005, pág. 200 y sigs.

del Código Civil), o bien una clara limitación al mismo, por lo que predicada la nulidad de dichas cláusulas han de tenerse por no puestas, siendo claramente válidas las descritas con el apartado *e)* anterior, porque evidentemente no implican ningún perjuicio al acreedor.

Igualmente coincidimos con TRONCOSO REIGADA para los supuestos de cláusulas válidas, esto es, para los casos *b)* y *d)* que debe admitirse la posibilidad de que la amortización afecte sólo a determinadas acciones o participaciones sociales (previa creación de clases al efecto), así como que el valor de reintegro como consecuencia de la amortización sea también desigual para los socios o accionistas (en función de la misma posibilidad legal que se prevé legalmente para los casos de la cuota de liquidación), siendo el argumento citado a favor de la validez de las mismas por el citado autor el que realiza la doctrina mayoritaria con carácter general (39): «El verdadero argumento, por el contrario, que parece abogar a favor de la aceptación de este tipo de cláusulas es que el embargo alcanza la participación “mit dem Inhalt [...], den er in Hand des Schuldners selbst hat”, con el mismo contenido que tiene en manos del deudor, esto quiere decir que el acreedor “tiene que pasar” por el “diseño” del derecho embargado que el deudor ha efectuado, siempre y cuando, claro está, el citado diseño no tenga por objeto perjudicarlo, sino que se deba a otros motivos. Y esto es lo que ocurre en el supuesto que ahora nos ocupa. Efectivamente, el hecho de que la amortización a cambio de una contraprestación inferior al “valor real” esté prevista, no sólo para el caso de embargo, sino también para otros supuestos o, incluso, con carácter general, denota que son otras las finalidades de la citada cláusula de amortización —v.gr., impedir el intrusismo, o incluso evitar dificultades financieras a la sociedad—. En definitiva, dado que no parece, en principio, que exista, una finalidad de perjuicio a los acreedores, éstos han de estar al “valor convencional” que los socios hayan libremente acordado para estos supuestos de amortización, de la misma forma que, por ejemplo, en caso de embargo de un derecho de usufructo, no tienen más remedio que aceptar el previo diseño del mismo que hayan efectuado el propietario y usufructuario —v.gr., cuatro años de duración—. Por tanto, el acreedor no puede estar en mejor posición que su deudor. De lo anterior se deduce la importancia —y la necesidad—, a la hora de examinar una concreta cláusula de amortización, de determinar si el resto de los supuestos —fuera del embargo— que pueden activar esta cláusula que prevé la amortización a cambio de una contraprestación económica inferior al valor real, figuran en la misma “de relleno” o no; esto es, si son supuestos reales que pueden acaecer o, por el contrario, han sido incluidos en la misma con el único fin de evitar la nulidad radical de las cláusulas que prevén esta contraprestación sólo para el caso de embargo».

Lo anterior, vertido a lo que ahora nos preocupa es que aún en el supuesto de admitir la validez de la cláusula estatutaria en virtud de la cual la amortización en caso de embargo pudiera ser gratuita o inferior al valor real de las mismas, este hecho sí que podría ser justificativo de la acción pauliana en el caso analizado, debido a la insatisfacción que para el acreedor pudiera suponer la falta de realización total o parcial de su derecho de crédito, por una aportación social seguida o ligada a una cláusula estatutaria de esta naturaleza, aunque el mismo debería tratarse también en relación con el resto de elementos de la acción pauliana que aquí se analizan.

(39) Vid., *op. cit.*, págs. 215-220.

En fin, el calificativo de irrealizables que se propugna de las participaciones o acciones sociales no puede justificarse sin más desde esta afirmación genérica, sino que ha de venir configurado y mediatizado por la efectiva situación de poder sobre los bienes inmuebles aportados de la que goce el acreedor tras el acto de aportación social, no siendo válidos, a nuestro juicio, argumentos que por otra parte también han sido esgrimidos sobre la inactividad social del ente societario destinatario de los bienes del deudor, porque nada empece a que el propio objeto social de dicho ente esté configurado, en su carácter múltiple, como de tenencia de bienes, lo que en principio no debe suponer por sí sólo un argumento a favor del recurso pauliano.

V. LA TRABA Y SUS GARANTÍAS. EL FRAUDE

Otro de los argumentos utilizados por la jurisprudencia atendida reside en las actuaciones fraudulentas que podrían realizar los deudores/aportantes, tales como una venta posterior de las acciones o participaciones recibidas como contraprestación a la aportación inmobiliaria, o incluso, la falta de participación o colaboración en el embargo de las mismas por el órgano de administración de la sociedad, lo que podría llevar a situaciones precarias al acreedor ejecutante.

En primer lugar, hemos de comentar que para la práctica del embargo de las participaciones o acciones sociales sólo es necesaria la orden judicial al efecto, pese a conclusiones distintas que pudiéramos obtener de una primera lectura de la legislación societaria.

Pese al artículo 31.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que prevé que: «*el embargo de participaciones sociales, en cualquier procedimiento de apremio, deberá ser notificado inmediatamente a la sociedad por el Juez o Autoridad administrativa que lo haya decretado...*», TRONCOSO REIGADA (40) excluye una rígida interpretación literal del precepto que requiera para la práctica del embargo la notificación social al exponer lo siguiente: «No obstante, esta primera interpretación ha de ser rechazada por varias razones. En primer lugar, está en contradicción con la regla general según la cual la traba de un bien no necesita, ni siquiera en el caso de los derechos incorpóreos, no ya no ir acompañada de medida de garantía alguna, sino que ni siquiera precisa notificación; es la declaración de la autoridad pública la que, en todos los casos produce por sí sola la afección (cfr. 587 LEC). En segundo lugar, establecer una excepción en este supuesto tampoco tendría mucho sentido, si se tiene presente que, por interesada que esté la SL —interés que el ordenamiento, ciertamente, ha considerado relevante, puesto que ha impuesto a la autoridad embargante la obligación de notificar esa notificación— más que ella, que a fin de cuentas sólo es un tercero, lo está el propietario de la participación, y no por ello se ha ligado la traba a la notificación al socio (al respecto hay que tener en cuenta, por una parte, que la orden de embargo se puede dictar *inaudita parte debitoris* —cfr. art. 733 LEC, con respecto al embargo preventivo— y, por otra, que la notificación al mismo, ya se produzca en el momento de llevar a cabo la traba o con posterioridad, es necesaria exclusivamente para que la afección surta efectos frente a él). En último lugar, a idéntica respuesta se llega incluso efectuando una interpretación literalista del precepto, ya que del propio texto se deduce con

(40) Vid., *op. cit.*, págs. 126 y sigs.

claridad que la notificación ha de ser efectuada por parte de la Autoridad “que lo haya decretado”, es decir, la misma presupone la existencia de una previa orden de embargo. En conclusión, la traba de participaciones de SL no precisa notificación a la sociedad; *a fortiori*, mucho menos depende de la posterior inscripción del embargo que la SL ha de efectuar en su libro registro de socios, como se desprende del propio tenor literal del artículo 27.1 LSRL».

Para las acciones, TRONCOSO REIGADA llega a la misma conclusión del siguiente modo: «En el supuesto de que lo estén mediante títulos puede haber problemas de distinguir la declaración de traba (...). En consecuencia, por lo que a nosotros nos interesa aquí, en estos supuestos probablemente nos vamos a encontrar con que la afección se efectúa de modo implícito (cfr. art. 587.1 LEC) al documentarse en la diligencia de embargo la manifestación de voluntad que consiste en aprehender los bienes y entregarlos al depositario —que es, como veremos, la medida de garantía típica que se puede decretar en caso de que el embargo recaiga sobre acciones respresentada mediante títulos—. Mas a pesar de todo ello, no debemos llevarnos a confusión. También en estos casos es suficiente para la afección la mera declaración de voluntad (...). También es indiferente a efectos de la práctica del embargo, el hecho de que las acciones sean nominativas o al portador, ya que, aunque con respecto a las primeras el artículo 55.1 LSA prevea que la inscripción en el Libro Registro de acciones nominativas de los “derechos reales y otros gravámenes sobre aquéllas” (gravámenes entre los que, creemos, ha de entenderse incluido el embargo), ello no supone, por idénticos motivos a los ya expuestos a propósito de los artículos 31.1 y 27.1 LSRL, que la traba de este tipo de acciones esté supeditada a la citada inscripción. En otras palabras, en ambos casos, bastará con la simple declaración de voluntad de la autoridad embargante».

Éste es también nuestro parecer, para la práctica de embargo, la notificación a la sociedad y la inscripción del mismo por parte del órgano de administración no pueden considerarse constitutivos del embargo, a lo sumo, como medidas asegurativas de la práctica del mismo, pero es la voluntad de la autoridad embargante la que por sí sola efectúa la práctica del citado embargo, por lo que deben rechazarse, a nuestro juicio, las afirmaciones genéricas que se realizan en las sentencias expuestas como argumentos justificativos de nuevo del recurso pauliano.

En cuanto a las actuaciones del deudor cuyas participaciones sociales se hubieran embargado, y que preocupan a la jurisprudencia expuesta, deberíamos comenzar por exponer aquéllas que no suponen ningún efecto perjudicial de por sí para el acreedor embargante, por darse lo que se ha dado en conocer la conversión de la traba.

Así, en los casos de fusión o escisión que supongan la desaparición de la sociedad cuya acción o participación se haya visto inicialmente embargada, la exclusión social, la amortización de acciones por causas ajenas al embargo, en estos casos y como consecuencia de la conversión de la traba, la afección producida por el embargo continuará sobre la correspondiente contraprestación económica, cuota de liquidación, o bien, sobre las nuevas participaciones o acciones que el deudor reciba como contraprestación, por lo que ninguna de estas actuaciones posteriores del deudor embargado supondrán perjuicio para el acreedor.

No obstante, en caso de embargo de acciones y participaciones sociales con el fin general de que la afección no desaparezca, bien por extinción o porque la posición de un tercer adquirente resultare inatacable, incluso para

que las acciones y participaciones sigan manteniendo su valor económico, cuestiones que han preocupado a nuestros tribunales para acabar admitiendo como argumentos las mismas en los casos de viabilidad de la acción pauliana, el acreedor tiene en su poder la solicitud al juez de la adopción de medidas conservativas de la traba.

De esta forma, cuando las acciones estén incorporadas a títulos, la medida típica será la solicitud del depósito judicial de las mismas, teniendo a nuestro juicio el depositario judicial (aunque la cuestión resulte controvertida doctrinalmente) tanto la obligación de custodia como la facultad de conservación y administración de las acciones para ejercitar los derechos correspondientes a las mismas con tal que éstas no vean disminuido su valor real durante el tiempo que dure la traba, según la interpretación que ha de realizarse de los artículos 1.770 del Código Civil y 308 del Código de Comercio (41).

Para el caso en que las acciones no estuvieran incorporadas a títulos, la medida típica sería la notificación a la sociedad para la correspondiente retención de las mismas, de conformidad con lo previsto en el artículo 623.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo 623. Garantía del embargo de valores e instrumentos financieros.

1. Si lo embargado fueran valores u otros instrumentos financieros, el embargo se notificará a quien resulte obligado al pago, en caso de que éste debiere efectuarse periódicamente o en fecha determinada, o a la entidad emisora, en el supuesto de que fueran redimibles o amortizables a voluntad del tenedor o propietario de los mismos. A la notificación del embargo se añadirá el requerimiento de que, a su vencimiento o en el supuesto de no tener vencimiento, en el acto de recibir la notificación, se retenga, a disposición del tribunal, el importe o el mismo valor o instrumento financiero, así como los intereses o dividendos que, en su caso, produzcan».

Por el contrario, si nos encontráramos ante participaciones sociales, el artículo 623.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevé lo siguiente:

«3. Si se embargaren participaciones en sociedades civiles, colectivas, comanditarias, en sociedades de responsabilidad limitada o acciones que no cotizan en mercados secundarios oficiales, se notificará el embargo a los administradores de la sociedad, que deberán poner en conocimiento del tribunal la existencia de pactos de limitación a la libre transmisión de acciones o cualquier otra cláusula estatutaria o contractual que afecte a las acciones embargadas».

A la notificación a la sociedad que prevén tanto el artículo 623.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como el artículo 31.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hay que unir por disposición también del artículo 31.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la inscripción en el libro registro de socios y la remisión del embargo recibido al resto de socios.

Pero junto a lo anterior, cabe también plantearse si resulta posible instar la administración judicial de las acciones y participaciones sociales al amparo del artículo 622.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si las mismas pudieran englobarse dentro del concepto «frutos y rentas», al disponer que:

«2. El tribunal sólo acordará, mediante providencia, la administración judicial en garantía del embargo de frutos y rentas, cuando la naturaleza de los

(41) Para una mayor extensión al respecto, vid. TRONCOSO REIGADA, págs. 266 y sigs.

bienes y derechos productivos, la importancia de los intereses, las rentas o los frutos embargados o las circunstancias en que se encuentre el ejecutado razonablemente lo aconsejen».

Para ello, sólo si los dividendos correspondientes a las acciones y participaciones sociales pudieran encajarse dentro del concepto «frutos y rentas» (*ex art. 592.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) podría admitirse tal solicitud de administración judicial de las participaciones y acciones sociales.

A este respecto, la doctrina ha discutido sobre la base de la distinción de los dividendos ya acordados y de los dividendos futuros.

TRONCOSO (42) analiza detalladamente el debate doctrinal exponiendo al respecto lo siguiente, en relación con los dividendos futuros: «Efectivamente, en nuestro ordenamiento jurídico sólo se reconoce al socio, como regla general, dos derechos en esta materia: un derecho abstracto y un tanto programático a ser el destinatario último de los beneficios sociales [el llamado “derecho subjetivo al beneficio”, art. 48.2.a) LSA] y un derecho subjetivo a percibir los dividendos que haya decidido repartir la Junta General (“derecho al dividendo acordado”). La consecuencia de negar que el mismo carezca de un auténtico derecho de los beneficios (“derecho al dividendo” o “derecho concreto al dividendo”), no es otra que afirmar que la posición jurídica del socio con respecto a estos futuros rendimientos, es la de un derecho de crédito frente a la sociedad, sino la de una mera expectativa jurídica (expectativa, eso sí, sólidamente fundada en el ya mencionado “derecho al beneficio”).

Pues bien, dado que todos los derechos susceptibles de traba han de tener un sitio en la citada enumeración [art. 592 LEC], y dado que los dividendos futuros mucho menos pueden tener encaje en el resto de los apartados del artículo 592.2 LEC salvo en el número 5, no existe otra solución que afirmar, al menos por exclusión, que los mismos han de ser configurados como frutos a los efectos del citado artículo» (43).

En nuestra opinión, la expectativa jurídica en que consiste el denominado «derecho al dividendo» en la gran mayoría de las ocasiones también puede tener su encaje a los efectos procesales ahora analizados dentro del concepto «frutos y rentas» a que hace referencia el artículo 592.2.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ello deriva necesariamente de cohonestar la disciplina procesal con la mercantil, lo que implica que no pueda excluirse de tal configuración e incluirse dentro de los conocidos como derechos y créditos no realizables en el acto, *ex artículo 592.2.9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

No obstante, para el caso de dividendos acordados, la solución no es tan clara como reconoce el propio TRONCOSO (44), argumentando sin embargo la

(42) Vid., *op. cit.*, pág. 292 y sigs.

(43) Continúa este autor detallando las excepciones (pág. 294): «Son los tres casos donde, por vía estatutaria o legal, sí se reconoce un auténtico “derecho al dividendo”: el de socios cuyos estatutos les conceda este derecho, el de aquellos cuyas sociedades hayan optado por retribuir a sus administradores a través de una participación en las ganancias y, ésta ya limitada a las SA, el de los accionistas titulares de las acciones sin voto (al respecto, véase el art. 91.1 LSA). Por consiguiente, salvo en estos supuestos, a los que nos referiremos más adelante, no ha lugar a encuadrar los dividendos futuros en el número 9, ya sea del antiguo artículo 1447.II LEC 1881, ya del actual artículo 592.2 LEC, puesto que la naturaleza jurídica de la posición de socio con respecto a estos eventuales rendimientos no es la de un derecho realizable a medio o largo plazo (o no realizable en el acto, con la antigua terminología)».

(44) Vid., *op. cit.*, pág. 297.

misma conclusión de la siguiente forma: «Así, de un lado, el hecho de que ésta es la respuesta que permite dar un tratamiento unitario a todos los casos en los que se ordena un embargo de los dividendos. Y, de otro, la constatación de que, dado que los dividendos futuros tienen su encaje en el número 5 y para garantizar su traba cabe decretar una administración judicial tuviera de las participaciones, sería un poco absurdo que el administrador judicial tuviera competencias para velar que la cosa produzca dividendos futuros, y que cuando éstos sean acordados cesen sus funciones con respecto a los mismos (puesto que su traba, ya no sería la de un fruto, sino la de un crédito realizable en el acto). *A fortiori*, la misma solución ha de ser adoptada con respecto a los concretos supuestos en los que, como vimos, cabe hablar de un auténtico derecho de crédito, si bien sometido a la condición de que la sociedad obtenga un beneficio, sobre los dividendos futuros».

Aun compartiendo la opinión de TRONCOSO, en relación con los dividendos acordados, en realidad esta situación se producirá muy raramente en nuestro supuesto analizado, puesto que en su manifestación más usual, aquélla que pasa por la constitución de una sociedad a la que se aportan bienes inmuebles, no se va a producir esta disquisición dividendo futuro *versus* dividendo acordado, encontrándonos, pues, ante genuinas situaciones de dividendos futuros, de ahí que concluyamos también para nuestro supuesto general acerca de la viabilidad de la administración judicial de las acciones y participaciones sociales objeto de la traba, *ex* artículo 622.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aparte de las posibles medidas cautelares atípicas (*ex* art. 727.11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que si bien las permite para el caso de los procesos declarativos, igualmente deben ser permitidas en el seno de un proceso de ejecución, de acuerdo con la interpretación amplia que de las medidas atípicas se propugna por la doctrina procesalista) que la autoridad judicial pueda dictar en el seno del propio proceso ejecutivo, tales como el control por parte de la autoridad judicial de los derechos políticos del socio cuyas participaciones se embargan con el objeto de que no apruebe acuerdos en el seno de la Junta General que pudieran perjudicar los derechos del acreedor embargante, prohibiciones de enajenar y gravar las participaciones o acciones embargadas, o incluso, mediante la intervención de la administración de la sociedad cuyas acciones o participaciones son embargadas, si el propietario de las mismas controlara a su vez el órgano de administración, lo que por otro lado, suele ser harto común.

En suma, existen múltiples medidas conservativas y asegurativas en el seno del proceso de ejecución que puede instar el acreedor embargante de las acciones o participaciones sociales para que no podamos por menos que no compartir aquellas afirmaciones jurisprudenciales que en base a hipotéticas actuaciones fraudulentas por parte del deudor embargado durante dicho proceso de ejecución argumentan la acción pauliana en estos casos, es decir, existen mecanismos jurídicos al alcance del acreedor y que son susceptibles de adoptar por la autoridad judicial que no permiten considerar lo anterior como rechazo al embargo de las acciones o participaciones sociales y afirmar la prevalencia sobre el mismo de un remedio subsidiario como resulta ser la acción pauliana.

VI. EL TERCERO DE BUENA FE

Retornando de nuevo a los requisitos cumulativos de la acción pauliana *eventus damni y consilium fraudis*, resulta conveniente —sino necesario— va-

lorar en cuanto al último de los mismos, el requisito de la connivencia del tercero en la actuación fraudulenta, lo que en nuestro supuesto supondría el examen de la conducta de la sociedad que recibe la aportación.

En términos generales, se ha venido considerando por nuestra doctrina la necesaria connivencia del tercero en la enajenación onerosa, que es la que ahora nos preocupa.

DE CASTRO (45) afirma lo anterior al entender lo siguiente: «Lo dicho, respecto al deudor enajenante, nos lleva a afirmar la necesidad de que exista, por su parte, la intención de dañar; en seguida se presenta otro interrogante: ¿Es necesaria la intención de dañar en el tercero adquirente para que se pueda ejercitar la acción revocatoria?»

Me parece que la opinión más acertada es la de Gregorio LÓPEZ: basta la *scientia ex parte recipientis* o, como dice, GARCÍA GOYENA, la mala fe del tercero, que sepa del fraude y participe de él, *te conscio et fraudem participante*.

El Código español nos inclina también a decidimos por la suficiencia de la *conscientia fraudis*. La rescisión encuentra un obstáculo insuperable cuando se encuentra ante un acto jurídico, que no puede ser declarado ineficaz; la ley entiende que nos hallamos en este caso cuando las cosas objeto del contrato se encontrasen legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe; interpretado a contrario el artículo 1.295, hay que deducir que puede ser atacado el acto adquisitivo del tercero cuando actúa de mala fe, cuando no ignora el vicio del negocio originario, o sea, cuando conozca el fraude; no importa, a nuestro objetivo, que la jurisprudencia excluya del concepto de tercero al primer comprador, pues si el tercero mediano encuentra atacada su adquisición, por conocer el fraude, es indudable que no puede encontrarse en situación más ventajosa el tercero inmediato.

La jurisprudencia parece participar de iguales ideas, pues dice que procede la rescisión de la venta de los únicos bienes del deudor, cuando el comprador sabe, además la situación de insolvencia en que se hallaba, los embargos decretados y el propósito de eludir la responsabilidad contraída, y otras veces se contenta con indicar el conocimiento que del fraude tenía el comprador o adquirente».

ALBALADEJO (46) aborda la cuestión del siguiente modo: «El adquirente participa en la maquinación o tiene o debe tener conocimiento del perjuicio que su adquisición originará. Por ejemplo, el deudor vende a un tercero, que está al corriente del fin que persigue, una finca (bien fácilmente controlable), con objeto de tener sólo dinero, que con facilidad puede sustraer a la ejecución. La participación del adquirente en el fraude debe entenderse como la he expuesto.

Pues aunque de la ley sólo se saca que estima como revocable el acto cuando se ha adquirido “de mala fe” (argumento art. 1.295), es claro que adquisición de “mala fe” debe considerarse que existe cuando concurre la circunstancia de haber conocido el adquirente el fraude (entendido según lo expuesto, *supra*, A) con que obrara el deudor, o participado en el mismo.

La jurisprudencia sigue ese criterio, estimando suficiente que el adquirente conozca el fraude (o la malicia) del acreedor o sea cómplice (en ese sentido) del mismo» (47).

(45) DE CASTRO, *La acción pauliana...*, pág. 176.

(46) Vid., *op. cit.*, págs. 226 y 227.

(47) ALBALADEJO cita al respecto las siguientes sentencias: «Así las sentencias de 29 de octubre de 1891, 11 de octubre y 28 de noviembre de 1892, 31 de diciembre de 1897, 21 de marzo de 1900, 9 de noviembre de 1901, 3 de diciembre de 1903, 16 de mayo de

DÍEZ-PICAZO (48) afirma también que: «Los efectos de la acción alcanzan no sólo al deudor, sino a las personas que con él hubiesen sido cómplices del fraude y, por consiguiente, a los adquirentes de los derechos de que el deudor hubiera dispuesto, cuando en ellos se produjera lo que más arriba hemos llamado *scientia fraudis*. Por ello, si las cosas se encuentran legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, la rescisión no tiene lugar, según preceptúa el párrafo final del artículo 1.295».

CRISTÓBAL MONTES (49) afirma que: «Por nuestra parte, una vez asumido que la expresión terceros adquirentes no debe entenderse en su sentido estricto de subadquirentes sino en el sentido amplio de destinatario en primero o segundo grado de los bienes de que dispone el deudor, y que la expresión “mala fe” que utiliza nuestro Código Civil en los artículos 1.295 y 1.298 hay que reconducirla a los escuetos términos de “conocimiento del daño” o “comPLICIDAD en el fraude” por parte del tercero, creemos que el supuesto en estudio puede plantearse con relativa claridad en el Derecho Civil español» (50).

MORENO QUESADA (51) por su parte, expone con claridad y con los antecedentes doctrinales existentes, a quienes se refiere el artículo 1.295 del Código

1904, 28 de febrero de 1905, 11 de octubre de 1906, 25 de junio de 1907, 20 de marzo y 9 de diciembre de 1908, 1 de julio de 1909, 4 de mayo de 1914, 10 de julio de 1928, 30 de octubre de 1928, 9 de marzo de 1932, 14 de enero de 1935, 12 de julio de 1940, 21 de junio de 1945, 4 de mayo de 1950, 28 de enero de 1966 y 16 de junio de 1970, y resolución de 7 de noviembre de 1929.

(48) Vid., *op. cit.*, pág. 893.

(49) Vid. *El fraude del deudor en la acción pauliana*.

(50) Connivencia del tercero que continúa exigiendo el referido artículo 1.310 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, como según hemos citado.

(51) Vid., *op. cit.* «Cabe preguntarse sobre quiénes son estas “terceras personas que no hubieran procedido de mala fe y en cuyo poder se hallaren legalmente las cosas objeto del contrato”, en cuyo caso, dice el legislador, no procederá la rescisión.

No siempre se encuentra en la doctrina un pronunciamiento claro sobre la cuestión que, en definitiva, se reduce a establecer si el contratante con el tutor o representante debe, o no, considerarse incluido en esa expresión.

Así, MUCIUS SCAEVOLA parece dar a entender que han de ser terceros ajenos al acto ocasionante de la lesión; y ello, porque al tratar de los efectos de la rescisión los distingue respecto del perjudicado, respecto del causante primario de la lesión y respecto de terceras personas; y aunque de los conceptos que expone podría deducirse que causante primario de la lesión es el tutor o representante que al contratar causó el daño, sin embargo, al plantearse la posibilidad de que las cosas se hallen en su poder, pienso que se tiene que referir necesariamente a los que contrataron con ellos, ya que en poder de estos mismos —que son los enajenantes— no pueden estar las cosas (vid. art. 275.4.º, en relación con el 6, núm. 3.º), y si lo están por una adquisición posterior, se convierten en terceros con el tratamiento que para éstos se establece.

En cambio, otros, como DE BUEN, consideran como terceros también a los que participaron con los tutores, representantes o deudores en el acto causante de la lesión; por ello, habla de ejercicio de la acción rescisoria contra el causante del perjuicio y sus herederos, y contra el tercero que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas, así como de causa de extinción de la acción «en el caso de que las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de personas que obrasen de buena fe», sin distinguir si eran o no los primeros adquirentes.

¿Tiene importancia práctica esta distinción? Evidentemente: porque con la primera interpretación —salvo en el supuesto del fraude de acreedores al que, por otra parte, resulta muy dudosa la aplicación del precepto— habiendo lesión, dándose las condiciones del artículo 1.291, la rescisión procederá siempre que los bienes permanezcan en

Civil, es decir, a los subadquirentes y no a quien haya sido parte en el contrato, siendo a estos subadquirentes a quienes está dirigido también el artículo 37 de la Ley Hipotecaria (52).

poder del que los adquirió del tutor, representante o demandado, aún en el supuesto de que hiciera la adquisición de buena fe. Con la segunda interpretación, habiendo intervenido aquéllos de buena fe, no cabría rescisión, sino indemnización por parte del causante de la lesión. En este caso, pues, el remedio de la rescisión quedaría supeditado a la existencia del *consilium fraudis*, que es, al menos, el conocimiento del daño.

En este mismo terreno de la trascendencia práctica, conviene subrayar que si bien para el que sufrió la lesión no será demasiado importante la diferencia entre uno y otro supuesto, porque resultará resarcido sea *in natura* sea por indemnización, para el contratante que haya actuado de buena fe sí lo será, toda vez que en un caso resultará involucrado y en el otro quedará al margen.

En cuanto a que ha de optarse por la primera de las interpretaciones, no creo que haya demasiadas dudas: desde el propio fundamento de la rescisión por lesión, que se basa en el dato objetivo de su existencia, independientemente del ánimo con que se haya actuado, hasta la propia terminología del legislador, que regulando la rescisión del contrato habla de unas terceras personas que evidentemente lo son respecto de ese contrato; y éste es también el sentido que le ha dado la jurisprudencia.

En dos sentencias aparece claramente enfrentada la cuestión y tajantemente resuelta en el sentido antedicho: una de 25 de enero de 1913, en un supuesto de enajenación de cosa litigiosa, declaró que: «no tiene aplicación al caso el párrafo 2.º del artículo 1.295, puesto que los privilegios y garantías que concede para estorbar la eficacia de la acción rescisoria, no se refieren al primer comprador de la cosa litigiosa, como con manifiesto error entiende el recurso, sino a las terceras personas en cuyo poder estuviera a virtud de una segunda o sucesivas adquisiciones, siempre que éstas se hallen protegidas por la ley y no haya procedido de mala fe el adquirente». Y otra, de 12 de enero de 1916, referente a la venta de unos vapores que se pretendía rescindir y en la que interpuso una tercería el que los compró en aquel contrato, declarando que los vapores vendidos «no se hallaban en poder de terceras personas, ya que el tercerista no podía tener ese carácter en relación con el contrato cuya rescisión se interesaba, por la sencilla consideración de que era parte en el mismo, como así lo reconoció la sentencia recurrida».

Finalmente, aparece esto mismo, aunque enfocado desde perspectiva diferente, en la importante sentencia de 6 de marzo de 1923, dictada en un caso en que el deudor, contra el que se había dictado sentencia condenatoria por el importe no satisfecho de dos letras de cambio, enajenó a favor de una hija suya las propiedades rústicas y urbanas que le pertenecían; en uno de sus considerandos declaró que no infringe el artículo 1.295 del Código Civil la sentencia que declara rescindido un contrato dejándolo sin efecto alguno, pues lo dispuesto en aquel precepto sobre devolución de cosas cuando el contrato se rescinde sólo afecta a comprador y vendedor, no al perjudicado por el contrato rescindido, para el cual es exacto que no surte el mismo ningún efecto, y ello no obsta a que la rescisión pueda decretarse a tenor de aquel precepto, porque quien la pidió y obtuvo no viene obligado a devolver cosa alguna «ni las que fueron objeto del contrato están en poder de personas distintas de los contratantes demandados».

Este mismo, por otra parte, es el sentido con que se manifestaba uno de los antecedentes del precepto, el artículo 1.174 del Proyecto de 1851, según el cual «el beneficio de la restitución solamente tiene lugar contra el tercero que contrató con el tutor o curador, y no contra los ulteriores adquirentes, a no ser contra el que hubiera procedido de mala fe».

Creo que de todo lo expuesto resulta claramente que la expresión «terceras personas», en cuyo poder se hallaren legalmente las cosas, fueran objeto del contrato, circunstancia que impedirá la rescisión, debe ser entendida como referente a personas que no intervinieron en el contrato que, causante del daño, se persigue rescindir».

(52) Ramón M.^a ROCA SASTRE, Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL y Joan BERNÁ I XIRGO, *Derecho Hipotecario*, 9.^a ed., Tomo II, vol. 2. Editorial Bosch, 2008, págs. 553 y 554,

Por ello, para intentar dar respuesta a la cuestión que nos planteamos en este momento, no es al artículo 1.295 del Código Civil donde hemos de acudir, ya que éste no contempla el fraude entre las partes contractuales, sino a las presunciones del artículo 1.297 del Código Civil para los supuestos de enajenaciones onerosas, como la presente.

Pues bien, aparte de esas presunciones (que no olvidemos, son *iuris tantum*), es decir, las enajenaciones realizadas cuando ya se haya pronunciado sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo, ha de buscarse la respuesta en la propia prueba de indicios (53), y mediante el análisis de la cuestión que se ha realizado en clave hipotecarista, al analizarse el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

quien explica la cuestión desde la óptica hipotecarista del siguiente modo: «El artículo 1.295, párrafos 2.º y 3.º, preceptúan que no “tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe” y que “en este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión”. A ello agrega el artículo 1.298 del Código Civil que “el que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuera imposible devolverlas”.

Todos estos preceptos determinan los efectos o juego rescisorio de la acción pauliana en relación con los subadquirientes, que es lo que aquí interesa, puestos estos subadquirientes por no ser en principio partes del negocio rescindible, son los que debe tomar en consideración la Ley Hipotecaria.

Las relaciones entre los contratantes, o sea, entre el deudor que enajena los bienes y el que adquiriéndolos coadyuva a eliminar estos bienes del patrimonio del deudor enajenante, al Derecho Hipotecario no le interesan directamente. La Ley presupone que entre dicho deudor enajenante y el que adquiere directamente de él, hay connivencia, pues el artículo 1.297, párrafo 1.º, del Código Civil presume: “celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito”, y el propio artículo 1.297, párrafo 2.º, del propio Código, establece que “también se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso efectuadas por el deudor, pero tan sólo cuando el deudor enajenante se hubiese pronunciado antes [de la enajenación] sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes”. Por consiguiente, en las enajenaciones gratuitas efectuadas por el deudor, el fraude se presume *iuris tantum* y quien lo niegue debe probarlo; en tanto que en las enajenaciones onerosas la propia presunción de fraude de acreedores se da en los referidos casos, debiéndose en otros probarse».

(53) Sobre la prueba indiciaria, se pronuncia CRISTÓBAL MONTES (*El fraude del deudor...*) del siguiente modo: «Mientras el campo de las presunciones queda precisamente delimitado por la ley, el de los indicios es caótico e inmenso, y queda reservada a la prudencia y a la lógica del juez la determinación de cuáles y de qué manera pueden considerarse suficientes para estimar acreditado el *consilium fraudis* (...). El campo de la doctrina queda harto restringido en esta materia por tratarse de algo en el que sólo el arbitrio de la autoridad judicial corresponde evaluar a los indicios. Sin embargo, desde siempre los autores se han empeñado en respetar diversas incidencias y circunstancias que cabría señalar como indicativas del fraude, tales como la clandestinidad del acto, la continuación de la posesión en el deudor, mientras que según la naturaleza del acto debería haber pasado al tercero, la falta de causa adecuada, el parentesco entre el deudor y el tercero, la vileza del precio, la proximidad a la pobreza o a la quiebra y la enajenación de todos los bienes (...). Pero el mundo de los indicios es insuficiente y peligroso a los efectos probatorios del fraude que estamos considerando, por lo que no debe extrañar que también desde siempre el legislador haya considerado que debía facilitarse la prueba a los acreedores mediante el establecimiento de presunciones legales».

Como observa ROCA SASTRE (54), la cuestión en relación con las sociedades fue analizado con profundidad por SERICK (55), al exponerse lo siguiente: «En relación con la persona jurídica en general, y más concretamente con sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, SERICK ha estudiado a fondo el problema, y después de afirmar que el artículo 892 del Código Civil alemán (que es el que propiamente establece la fe pública registral) sólo tiene aplicación cuando se trate de negocios de tráfico, conforme resulta de la finalidad de tal precepto, y de decir que el propio artículo no debe tener aplicación cuando las dos partes del negocio jurídico sean una misma persona, se extiende o entra a fondo en el problema de la persona jurídica mercantil, como uno de los presupuestos más importantes del problema.

Inspirados sólo en lo sustancial de lo expuesto por dicho autor, a fin de facilitar la exposición, y siempre con relación a nuestra Ley Hipotecaria y concretamente en su artículo 34, se indica lo siguiente: (...)

SERICK dice que si es procedente observar lo que ocurre entre los bastidores de la persona jurídica a los efectos referidos, precisa saber en qué casos los miembros de la misma pueden quedar identificados con ella. Ante esto el autor expresa que hay que partir de la doctrina sentada por dicho Tribunal Supremo alemán o Tribunal del Reich, en el sentido de que los socios pueden quedar identificados con la persona jurídica cuando las mismas personas se contraponen como enajenantes y adquirentes, aunque unidas diversamente y bajo otra configuración jurídica.

Ante ello dicho autor adopta la fórmula de que en el más está incluido el menos, y en consecuencia, distingue:

Si por la parte adquirente concurren sólo personas que también concurren en la parte enajenante, no hay protección de la fe pública registral. Es, por ejemplo, el caso de una sociedad anónima o limitada, formada por Ticio, Cayo y Sempronio, que figura como dueña de una finca en el Registro pero sin serlo en la realidad jurídica extraregistral, cuya sociedad la enajena a los mismos Ticio, Cayo y Sempronio, o a dos de ellos, o a uno.

En cambio, si por la parte adquirente concurren otras personas con los enajenantes, hay protección de la fe pública registral, de suerte que los adquirentes de buena fe pueden invocar tal protección del Registro, si bien como esta protección no es divisible, ha de beneficiar a todos los adquirentes. Como ejemplo basta incluir entre los adquirentes del caso anterior a otra u otras personas diferentes de las enajenantes.

Agrega SERICK que si el enajenante es una persona jurídica, la protección de la fe pública registral beneficia a todos los adquirentes, aunque sólo uno de ellos no sea socio de la persona jurídica. En cambio, considera problemático que sea procedente lo mismo cuando por la parte adquirente sólo se encuentran algunos de los componentes de la persona jurídica enajenante, si bien cree que los adquirentes deben ser protegidos, aunque existan diferencias. (...)

Todavía se da un paso más avanzado al negar el carácter de tercero a una personalidad indiscutiblemente nueva, pero formada por los mismos individuos que enajenan; por ejemplo: los herederos constituyen una sociedad de

(54) Vid., *op. cit.*, pág. 234 y sigs.

(55) SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, traducción de PUIG BRUTAU, 1958, págs. 230 y 232.

responsabilidad limitada a la cual aportan los bienes que, según el Registro, parecían pertenecer al causante. Aquí no hay modificación en el régimen interno de la propiedad, sino un cambio de propietarios y, por tanto, un tercero distinto del dueño, de los transferentes, pero, sin embargo, FRITSCH aplica el criterio expuesto en atención a que de hecho son las mismas personas naturales las que figuran de uno y otro lado. (...)

Ante estas enjundiosas y relativamente añejas consideraciones, cabe preguntarse si la jurisprudencia española ha tomado cartas en el problema y la contestación ha de ser tímica, pues no hemos sabido encontrar sino una alusión en la sentencia de 12 de diciembre de 1950, en la que, a pesar de no concurrir buena fe en una de las combinaciones expresadas, llega a afirmar que en el caso de la persona de un adjudicatario, en fase de disolución de una sociedad, de una finca aportada a la misma, constituida tal sociedad con la circunstancia que aquí interesa, el Tribunal Supremo llega a señalar que tal adjudicatario no era tercero, con arreglo al artículo 27 de la Ley Hipotecaria de 1909 (a la sazón vigente), respecto del título adquisitivo de dicha finca por la propia sociedad de responsabilidad limitada.

Pues bien: si el problema en cuestión se resuelve prescindiendo de si ha intervenido o no buena fe en los protagonistas contemplados, con mayor razón se impondrá el mismo criterio cuando la mala fe resulte demostrada. En casos como éste, afirma SERICK, en que la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho, para lo cual prescindirá de la norma fundamental que rige en materia de personas jurídicas y que establece una radical separación entre la sociedad y los socios desplazando o apartando la forma de la persona jurídica, con aplicación evidente en los casos de sociedad reducida *a posteriori* a un solo accionista o de responsabilidad limitada, e inclusive en las situaciones de dominación o entidad entre la sociedad matriz y la filial, reducida ésta a servir de simple instrumento de aquélla».

Por su parte, el Notario Fernando DE LA CÁMARA GARCÍA (56) aborda resumidamente la condición de tercero protegido por la sociedad que recibe la aportación de un inmueble, al decir lo siguiente: «El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si concurren una serie de requisitos otorga una protección muy especial al tercer adquirente, concepto que interpreta la doctrina como el que no ha sido parte en una relación jurídica. Ahora bien, no se considera tercero (y, por lo tanto, no goza de protección) el que no habiendo sido parte en una relación jurídica desde el punto de vista formal, tiene una identidad real con ella. Es el supuesto de que una o varias personas aporten un inmueble a una sociedad constituida por ellas mismas. La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica detecta la identidad de personas entre el aportante y la sociedad que excluye el que ésta sea tercero y la posible aplicación de la protección del artículo 34 LH.

El verdadero problema se plantea cuando la coincidencia entre el aportante y la sociedad no es plena sino parcial, es decir, que una persona aporte una finca a la sociedad constituida por esa persona y otras más. La sociedad puede ser considerada como tercero al faltar la plena identidad con el transmitente. Pero para ello es necesario que la sociedad sea de buena fe. Habría mala fe

(56) Fernando DE LA CÁMARA GARCÍA, *Instituciones de Derecho Privado. Tomo VI. Mercantil. Vol. 3.º Derecho de Sociedades. Parte Especial (II)*, Editorial Thomson Civitas, 2004, págs. 391 y 392. Consejo General del Notariado.

cuando todos los socios conozcan el vicio que puede invalidar el derecho del aportante. En este caso, la sociedad, aun siendo tercero, no será tercero hipotecario protegido por el artículo 34 LH por no llenar el requisito de la buena fe. En este sentido, la STS de 6 de julio de 1945 negó la protección en un supuesto en el que todas las personas que concurrieron a formar una sociedad conocían en el momento de la constitución el vicio que recaía sobre la cosa aportada por una de ellas» (57).

Llegados a este punto y en conexión con los ejemplos manifestados en el capítulo anterior, lo primero que hay que dilucidar es la condición de tercero de la sociedad que recibe la aportación, para a continuación esclarecer la buena fe o no de este tercero a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Así, en el caso que habíamos denominado típico y usual (deudor/es que son aportantes de sus bienes inmuebles a la sociedad que se constituye al efecto, siendo titulares de la totalidad del capital social de la misma), opinamos que dicha sociedad no puede tener la consideración de tercero registral, *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin tener que entrar a la disquisición sobre la buena fe o no de dicha sociedad.

(57) ROCA SASTRE, *vid.*, *op. cit.*, págs. 239, 240 y 241, apoya sus conclusiones en la siguiente jurisprudencia: «La sentencia de 7 de julio de 1927 recayó sobre un caso interesante, y en ella el Tribunal Supremo declaró que, según los términos claros del artículo 34 (y del entonces art. 27) de la Ley Hipotecaria de 1909 y la reiterada jurisprudencia producida, dicha sociedad X carecía de la calidad de tercero, debido a lo ostensible e indubitado del derecho reclamado, pues Ticio, después de dictada y publicada dicha sentencia confirmando el laudo arbitral, no podía constituir tres días más tarde, con varios de sus familiares, la repetida sociedad X, aportando a ella todos sus bienes, al intento de crear una figura de tercero para ampararse en las inmunidades de la Ley, toda vez que no puede alegarse ignorancia acerca de los motivos y fundamentos del embargo de sus bienes, y aunque no existieren en las actuaciones motivos para estimar la constitución de la sociedad X como una aparente transformación económica de la pretensión del condenado, con fines mal avenidos al cumplimiento del laudo pronunciado, habría que reconocer que dicha sociedad no se halla en relación a los bienes aportados por aquél, y embargados para la ejecución del laudo, en el concepto de tercero, como es indispensable para considerarlo como tal.

Hay que observar que a veces la jurisprudencia niega la condición de tercero a quien siéndolo carece de buena fe, olvidando que una cosa es ser tercero y otra estar o no en buena fe, de suerte que se puede ser adquirente pero sin ser tercero hipotecario, por no llenar el mismo este requisito de la buena fe, indispensable para merecer la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La sentencia de 6 de julio de 1945 también tiene interés aquí. Recayó en un caso de aportación de finca a una sociedad, conociendo el aportante y los demás que intervinieron en la constitución de la misma el vicio que afectaba a la titularidad de dicho aportante. Y el Tribunal Supremo, en esta sentencia, resolvió que, según reiterada jurisprudencia, para ser amparado el tercer adquirente por la fe pública del Registro debe reunir las circunstancias requeridas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, entre las cuales haya la de tener buena fe el tercer adquirente, y como todas las personas que concurrieron a formar dicha sociedad X conocían, en el momento de la constitución de la misma, la existencia del contrato de permuta celebrado entre Ticio y Cayo, cuya resolución se debatió en el pleito, y que recaía sobre la casa aportada por Ticio, es manifiesto que no se daba el requisito de la buena fe, y, por tanto, no podía tener tal sociedad la condición de tercero a los efectos derivados de la protección del Registro. Esta sentencia adolece de la misma confusión que la anterior.

Por último, la sentencia de 24 de octubre de 1989 trata de un caso de identidad de dos personas jurídicas, que supone que no cabe apreciar la existencia de buena fe».

Sin embargo, en aquellos casos más atípicos, es decir, cuando el deudor/es son aportantes o constituyentes de una sociedad junto con otras personas, tanto alcancen la mayoría del capital social, como queden en minoría, sí que consideramos que esta sociedad puede ser considerada tercero a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, restando tan sólo determinar si la misma es también de buena fe, lo cual sólo se dará si se logra probar que el resto de constituyentes o aportantes ajenos a la posición deudora, desconocían los motivos o intenciones de los deudores constituyentes o aportantes del acto de aportación social.

En nuestro supuesto analizado, hemos de recordar que la acción rescisoria sólo provoca la ineficacia relativa del acto, pero no su nulidad. De esta forma, CRISTÓBAL MONTES (58) recientemente y en consonancia con la unanimidad de la doctrina estima que: «Triunfante la acción revocatoria, la sentencia que pronuncie la ineficacia del acto dispositivo no hace entrar el bien en el patrimonio del deudor. Éste no vuelve a ser propietario del bien enajenado, sino que tiene lugar una suerte de recomposición ficticia por la que se figura como si dicho bien no hubiera llegado a salir del patrimonio del deudor y que se reintegra al mismo sólo en relación con el acreedor impugnante y en la medida del crédito defraudado».

De acuerdo con lo anterior, si en el supuesto de que la sociedad pueda ser considerada como tercero registral de buena fe, *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no ha lugar a la revocación por la especial protección que el Registro de la Propiedad ofrece en estos casos, es lógico que tampoco deba aplicarse en estos supuestos el artículo 1.298 del Código Civil (el cual se aplica tanto a la contraparte contractual del acto fraudulento como a los terceros subadquirentes) en cuanto a la sustitución de la restitución por la indemnización de daños y perjuicios, cuyo presupuesto es la rescisión del acto fraudulento.

De *lege ferenda*, según hemos tenido oportunidad de citar el artículo 1.310 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, establece que se «*presume el fraude de acreedores en las disposiciones onerosas a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor*», sin aclarar qué se entiende por dicho vínculo a los efectos presuntivos citados.

En nuestra opinión y ligado a esta materia, el referido vínculo podría interpretarse, por integración analógica, en el sentido que establece el artículo 93.2.1 de la Ley Concursal, que establece que:

«2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

1. Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5 por 100 del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por 100 si no los tuviera».

Ello pudiera hacernos entender que se podría considerar como fraudulento el acto de aportación inmobiliaria social cuando el deudor aportante tuviera

(58) CRISTÓBAL MONTES, «Efectos de la acción pauliana», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 666, julio-agosto de 2001.

más del 10 por 100 del capital de la sociedad que recibe la aportación y concurre con otros en el capital de dicha sociedad, pudiendo quebrar en este caso, la consideración de la misma como tercero registral de la buena fe, *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, en nuestra opinión, ni siquiera en estos casos de *lege ferenda*, habría de ser así de tajante la solución, puesto que dicha presunción en todo caso sería *iuris tantum*, por lo que bastaría demostrar en el proceso que el resto de los socios o accionistas de la sociedad no tenían ni habían tenido oportunidad de tener conocimiento de la finalidad defraudatoria del aportante para que siguiera siendo de especial protección el acto de aportación, en función de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

VII. RECAPITULACIÓN

Realmente, son numerosas las consideraciones jurídicas que hay que realizar ante un caso como el analizado como para que pudieran admitirse sin más las conclusiones de la jurisprudencia que mayoritariamente estiman la viabilidad del recurso pauliano en este tipo de situaciones, desde la generalización de sus presupuestos e incluso desde afirmaciones, a nuestro juicio, de carácter erróneo.

La prudencia en la valoración de la estimación de la acción pauliana, debido al carácter tan drástico de los resultados de la misma, así como su carácter subsidiario afirmado por el Código Civil, nos llevan a rechazar su utilización y admisión si no es desde la atención detallada tanto de sus presupuestos generales como de los que se infieren del carácter particular del caso analizado, es decir, las acciones o participaciones sociales que se reciben como contraprestación a la aportación no dineraria realizada; requisitos estos que pese a su especialidad son, por otra parte, los que con menor atención son abordados por las resoluciones jurisprudenciales que hemos citado.

RESUMEN

DERECHO SOCIETARIO FRAUDE EN LAS APORTACIONES SOCIALES Y SU RESCISIÓN

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 tras haber expuesto los razonamientos de dicha jurisprudencia en otro anterior, hemos abordado los requisitos generales y particulares que han de ponderarse para la aplicación del recurso pauliano en el supuesto analizado.

ABSTRACT

CORPORATE LAW FRAUD IN AND RESCISSION OF CAPITAL CONTRIBUTIONS

On numerous occasions case law has upheld the viability of revocatory action against capital contributions made by a debtor involved in bankruptcy proceedings. Having laid out the reasoning behind said case law in a previous paper, in this paper we have addressed the general and individual requirements that must be weighed for the application of an appeal for revocation in the analysed circumstances.