

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Aportación de bienes *in natura* a sociedades de capital y acción revocatoria del acreedor del socio aportante.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 23 de julio de 2007. Ponente: Excma. Sra. Doña Encarnación Roca Trías

JUAN IGNACIO PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho civil

SUMARIO: I. *Los hechos y el proceso.*—II. *La motivación del recurso y los fundamentos del fallo.*—III. *Comentario:* 1. La cuestión. 2. Concepto y naturaleza del acto de aportación de bienes *in natura* a sociedades de capital. 3. La inexistencia de impedimentos para la revocabilidad del acto de aportación. 4. Los requisitos objetivo y subjetivo de la acción revocatoria en el supuesto examinado en la sentencia comentada. 5. La solución del «levantamiento del velo» de la persona jurídica.

I. LOS HECHOS Y EL PROCESO

El Banco Central Hispano Americano, SA, había contratado con la sociedad Peninsular Eléctrica Industrial, SA, una póliza de descuento bancario, avalada por los demandados don Carlos Miguel y su esposa doña Daniela y por don Raúl y su esposa doña Julia. Al producirse un descubierto en cuenta, el Banco presentó demanda de juicio ejecutivo contra los avalistas, no consiguiendo embargar ningún bien al carecer de ellos dichos avalistas. El Banco interpone demanda contra los cónyuges Carlos Miguel/Daniela y la sociedad Jiluxtheir, SL, por entender que los esposos constituyeron la sociedad a la que aportaron sus bienes inmuebles gananciales y privativos para defraudar al Banco, pidiendo en la demanda la declaración de nulidad de la aportación

de los inmuebles a la sociedad y subsidiariamente su rescisión por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando que el Banco demandante no había logrado probar la insolvencia de don Carlos Miguel, por lo que desestimó la demanda interpuesta contra los cónyuges Carlos Miguel/Daniela, mientras que la sentencia de la Audiencia Provincial, si bien rechazó la declaración de nulidad de la sociedad constituida porque no concurría ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 16 LSRL, declaró la rescisión por fraude de las aportaciones hechas a la sociedad, ya que se acreditaba el fraude y la concurrencia de los requisitos para declararlo. Interpuesto recurso de casación por los cónyuges y por la sociedad contra la sentencia de segunda instancia, el Tribunal Supremo desestima dicho recurso.

II. LA MOTIVACIÓN DEL RECURSO Y LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO

1. El recurso se basa en dos motivos. En ellos se denuncia la aplicación indebida del artículo 16 LSRL (motivo 1.º); y, por último, la aplicación indebida del artículo 1291.3 del Código Civil y del artículo 1294 del mismo Código, relativo a la subsidiariedad de la acción por fraude (motivo 2.º).

2. En el primer motivo del recurso se denuncia la aplicación indebida del artículo 16 LSRL: Los recurrentes argumentan que la voluntad de constituir la sociedad no es efectiva si no se aportan bienes. La rescisión sólo puede implicar la declaración a posteriori de la inexistencia de esa voluntad efectiva, por cuanto comporta la restitución de las aportaciones de parte de los socios. Esta extinción a posteriori impuesta por la resolución judicial altera el contrato asociativo inicial y supone la nulidad de la misma sociedad por la concurrencia de la causa prevista en el artículo 16 b) LSRL. Pero esta nulidad no es directamente resultado de la declaración de inexistencia de una voluntad originaria, sino que es el resultado de la rescisión declarada por la sentencia recurrida, por lo que materialmente nulidad se produce por el fraude de acreedores. Y el fraude no es una de las causas de nulidad previstas en el artículo 16 LSRL, por lo que la Audiencia aplica una causa de nulidad no prevista en la Ley. En definitiva, los recurrentes pretenden convencer a la Sala de que la rescisión va a producir una falta de capital, que va a llevar a la sociedad a desaparecer por una causa de nulidad que no es ninguna de las previstas en el artículo 16 LSRL. El Tribunal de Casación desestima el motivo del recurso por las siguientes razones: En primer lugar, porque la Audiencia no declara que la sociedad haya incurrido en una causa de nulidad distinta de las contenidas en el artículo 16 LSRL; en realidad, no declara la nulidad, sino la rescisión de las aportaciones por haberse producido un fraude de acreedores, que se considera probado; En segundo lugar, porque no puede producirse una nulidad sobrevenida de la sociedad por una disminución de capital que tiene lugar por haberse hecho las aportaciones con fraude de acreedores, puesto que, además, el fraude se produjo en el momento de aportarse los bienes, que fue la constitución de la sociedad. Se puede producir una disolución por causa de disminución del capital más allá de los límites permitidos, pero no la nulidad por causa sobrevenida (FD 2.º).

3. En el motivo segundo se denuncia la aplicación indebida del artículo 1291.3 del Código Civil y del artículo 1294 del mismo Código, relativo a

la subsidiariedad de la acción por fraude. En primer lugar, consideran los recurrentes que no se ha probado la insolvencia de los deudores demandados, ya que son titulares de las participaciones sociales que el Banco no intentó ni embargar ni ejecutar. En segundo lugar, los recurrentes entienden que no carecían de bienes, puesto que a cambio de los inmuebles aportados adquirieron unas participaciones proporcionales al valor aportado a la sociedad. Tampoco este motivo es acogido por el Tribunal Supremo por las siguientes razones: En primer lugar, porque en la sentencia recurrida ha quedado acreditado que la principal finalidad de la aportación de bienes a la sociedad fue la de sustraer el patrimonio de las deudas, que impide y dificulta extraordinariamente no sólo la satisfacción total del crédito, sino incluso parcial del mismo; En segundo lugar, porque no se ha probado el valor de las participaciones sociales (FD 3.º).

III. COMENTARIO

1. La cuestión

La sentencia objeto de este comentario propone a la reflexión del estudioso una cuestión ciertamente original: si cabe la posibilidad de que el acreedor del socio de una sociedad de capital inscrita promueva la acción revocatoria contra la aportación de bienes in natura efectuada por su deudor.

Cuestión que en la sentencia comentada y en otras del Tribunal Supremo encuentra una solución positiva.

Dicho lo cual, nos proponemos en este breve comentario explicar las razones por las que procede el ejercicio de la acción revocatoria contra las aportaciones en el supuesto examinado en la sentencia comentada, lo que exige resolver dos problemas: si la admisibilidad del remedio es compatible con los principios del Derecho de sociedades y si concurren los requisitos de la acción revocatoria o pauliana.

2. Concepto y naturaleza del acto de aportación de bienes in natura a sociedades de capital

Las aportaciones no dinerarias, también denominadas in natura, consisten en la puesta a disposición de la sociedad de cualquier clase de bienes –corporales, incorporales, muebles, inmuebles– diversos al dinero, pero susceptibles de valoración económica, contra la entrega de derechos de participación social (Rubio Vicente, Pedro J., *La aportación de empresa en la sociedad anónima*, Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 1.ª edición, junio 2001, p. 117).

Merced a la aportación, el patrimonio social va a resultar incrementado con el ingreso en el mismo de determinados elementos patrimoniales. En consecuencia, las aportaciones in natura deben suponer una atribución patrimonial a favor de la sociedad, entendiéndose que existe atribución patrimonial cuando a través del acto realizado alguien procura a otro un beneficio o una ventaja patrimonial.

Por tanto, aquí estamos utilizando el término aportación como acción de aportar, acto por el que se produce un desplazamiento patrimonial. Entendida

bajo la acepción de acción de aportar, es clara la naturaleza de la aportación como acto traslativo de dominio o acto de enajenación, que opera la pérdida para el socio de la disponibilidad del bien que aporta. Los socios, con la aportación, logran independizar un patrimonio común que queda afecto al fin social. La sociedad goza de autonomía patrimonial con independencia de la personalidad jurídica. Lo que tiene especial relevancia habida cuenta de que cuando las aportaciones se efectúan a propósito de la constitución de la sociedad, el patrimonio común se forma antes de que la sociedad adquiera personalidad jurídica. El régimen vigente confirma la autonomía patrimonial. No hace falta esperar a la inscripción en el Registro Mercantil. Las aportaciones se han de efectuar –en la SRL al 100 por 100– en el momento de la escritura. Entonces tienen que transmitirse a la sociedad –por hipótesis, en formación– y ése es el momento relevante a efectos de valoración, de integración del capital y de transmisión del riesgo a la sociedad. La naturaleza de la aportación social como acto traslativo de dominio o acto de enajenación explica que, por analogía o por expresa disposición legislativa –art. 39 LSA al que remite el art. 20 LSRL–, se le apliquen, cuando se realicen a título de dominio, las normas sobre compraventa, en el buen entendido de que no se trata de una compraventa, de que la obligación del aportante no es la obligación del vendedor (Lojendio Osborne, Ignacio, «Aportaciones sociales», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XIV, Volumen 1.º A, *Régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada*, dirigido por: Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, Civitas Ediciones, S.L., Primera edición, 1999, *sub* art. 18, pp. 521 ss.).

La singularidad de la constitución de la sociedad de capital radica, frente a la sociedad de personas, en la exigencia de forma pública e inscripción (arts. 7 núm. 1 LSA y 11 núm. 1 LSRL). Y ello ha planteado el problema de definir el régimen jurídico de la sociedad de capital en el período de tiempo que media entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción en el Registro Mercantil. Según los textos legales, a partir del otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad de capital existe una sociedad con relevancia externa y dotada de autonomía patrimonial. La sociedad en formación es titular de su propio patrimonio desde el mismo momento en que se ha constituido en escritura, que ha sido formado inicialmente por las aportaciones de los socios. Como se ha señalado (Gardeazábal del Río, Francisco Javier, «La sociedad en formación (Su génesis y capacidad de obrar)», en *Estudios sobre la sociedad de responsabilidad limitada*, Víctor Manuel Garrido de Palma (dir.), Civitas Ediciones, SL, Madrid, Primera edición, 2004, pp. 27 y 85, recogiendo en esta última el contenido de la RDGRN de 22 de abril de 2000), la adquisición del dominio por la sociedad en formación de los bienes aportados por los socios se opera por efecto del otorgamiento de la escritura pública.

En conclusión, las aportaciones de bienes integran negocios traslativos directamente e inmediatamente a favor de la sociedad misma, la cual es la parte adquirente. La sociedad de capital en formación, con anterioridad a la inscripción en el RM, momento que le dota de su personalidad jurídica especial, adquiere los bienes aportados por efecto del otorgamiento de la escritura pública de constitución. Por tanto, con respecto a la acción revocatoria ejercitada contra la aportación en fraude de acreedores, la sociedad en formación tiene la cualidad de tercero adquirente directo o inmediato de la titularidad del bien aportado, al tratarse de un tercero ajeno al socio aportante, representado, en la relación con cada socio aportante, por los otros socios fundadores.

De modo que la sociedad no puede ser considerada, respecto al acto dispositivo de la aportación, como un tercero subadquirente.

Y la aportación en propiedad es un negocio de enajenación a título oneroso. En la relación social que se instaura como consecuencia del contrato de sociedad, el socio aportante realiza un sacrificio patrimonial inicial al objeto de satisfacer una exigencia funcional colectiva, que encuentra correspondencia y contraprestación en las utilidades originadas en el desenvolvimiento de la actividad social (derecho del socio a participar en las ganancias sociales o, dicho en otros términos, derecho del socio al dividendo, etc.) (ver ampliamente sobre la cuestión, Martorano, Francesco Saverio, *La revocatoria dei conferimenti in società di capitali*, en *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 217, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 11 ss.). Pero con independencia de la calificación de la aportación como negocio oneroso o gratuito, a efectos del ejercicio de la acción revocatoria lo que hay que tomar en consideración es el carácter dispositivo del acto de aportación, ya que su realización comporta una modificación de la situación patrimonial del deudor aportante.

3. La inexistencia de impedimentos para la revocabilidad del acto de aportación

La revocabilidad de la aportación no puede excluirse con base en el argumento de que podrían verse afectados los intereses de los acreedores sociales, pues el principio de tutela de los acreedores sociales, aun siendo uno de los más importantes del Derecho societario, no es absoluto. Hay que tener en cuenta que la irregularidad de la aportación in natura realizada en fraude del acreedor constituye una vicisitud que no afecta a la relación entre socio y sociedad, sino a la relación del acreedor del socio aportante con la sociedad, con respecto a la cual el socio asume una posición pasiva, y precisamente de un acreedor que no hace valer derechos del socio, sino derechos propios a causa de la fraudulenta aportación, de modo que los intereses de los acreedores de la sociedad deben ser postergados. Otra cosa será determinar a continuación la incidencia de la ineficacia rescisoria de la aportación en la relación socio aportante-sociedad (ver ampliamente sobre la cuestión, Martorano, *ob. cit.*, pp. 70 ss. Como dijo hace tiempo Picaro, no hay ninguna razón para otorgar a los acreedores sociales un tratamiento diverso del reservado en general a los acreedores del tercero contratante. Si la objeción fuera exacta, añade, debería excluirse, por existir identidad de razón, la acción revocatoria en todos los casos en que el adquirente del bien objeto de la acción tenga, a su vez, acreedores que podrían verse perjudicados en sus derechos por el procedimiento entablado. Picaro, Pio, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, Tip. Fratelli Ruggieri, Taranto, 1946, n. 21, pp. 53-54).

Tampoco la exclusión de la revocabilidad de la aportación puede basarse en el argumento del especial régimen de la nulidad de las sociedades de capital contenido en la LSA (art. 34) y en la LSRL (art. 16). En el caso objeto de la sentencia comentada, los recurrentes en casación se oponen a la rescisión por fraude de las aportaciones argumentando a tal fin que la rescisión conduce materialmente a la nulidad a posteriori de la sociedad, dado, afirman, que la restitución de las aportaciones rescindidas comporta la inexistencia de voluntad efectiva de constituir la sociedad. Y dicha nulidad, según ellos, no es directamente resultado de la declaración de inexistencia de una voluntad

originaria, sino que es el resultado de la rescisión declarada, por lo que la nulidad se produce por el fraude de acreedores. Y el fraude no es una de las causas de nulidad previstas en el art. 16 LSRL, por lo que entienden que la sentencia de la Audiencia aplica una causa de nulidad no prevista en la Ley. Sin embargo, como dice la sentencia del Tribunal Supremo comentada, no cabe confundir la rescisión de las aportaciones por fraude de acreedores con la nulidad de la sociedad. En consecuencia, la no revocabilidad de la aportación no puede basarse en el especial régimen de la nulidad de las sociedades de capital una vez inscritas (carácter taxativo de las causas de nulidad societaria). Y ello no sólo por el distinto tipo de ineficacia que produce la sentencia revocatoria, sino también, y muy principalmente, porque en nuestro Derecho los preceptos que regulan la nulidad de las sociedades de capital no abarcan los vicios o anomalías que pueden evidenciar las singulares aportaciones, de modo que el régimen de ineficacia de las posiciones individuales habrá que determinarlo mediante la aplicación de la disciplina del Derecho común. Por otra parte, la invalidez o ineficacia de la aportación no tiene por qué determinar la invalidez de la sociedad, pues, como se ha dicho (Sánchez Pachón, Luis Ángel, *Las causas de nulidad de las sociedades de capital*, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor (Navarra), Primera edición, 2007, p. 715 y nota 1340), la invalidez o ineficacia de la aportación sólo habrá de determinar la invalidez de la sociedad en la medida en que la aportación sea esencial en y para el momento constitutivo de la sociedad e incurra en alguno de los supuestos del elenco de los motivos de invalidez de la sociedad que expresamente el legislador prevé.

Como la acción revocatoria tiene la función de restaurar la garantía genérica constituida por el patrimonio del deudor perjudicada por el acto de disposición patrimonial, cuya validez inter partes perdura, es evidente entonces que dicha acción, al menos directamente, no afecta a la sociedad en su complejo organizativo, dejando intacto, bajo el perfil de la validez, también el negocio constitutivo (Martorano, *ob. cit.*, pp. 64-65). El ejercicio victorioso de la acción conduce a la declaración de ineficacia del acto impugnado frente al acreedor impugnante, sin que eso se traduzca en un vicio del negocio constitutivo de la sociedad. Otra cosa distinta es que el éxito de la acción cause consecuencias o efectos en la organización societaria, como apunta la sentencia comentada cuando afirma que se puede producir una disolución de la sociedad por causa de disminución del capital más allá de los límites permitidos, pero no la nulidad sobrevenida de la sociedad (como se indica en la propia sentencia, las causas de nulidad o bien concurren en el momento de la constitución, o ya no pueden producirse con efectos retroactivos al momento de constituirse la sociedad).

Como consecuencia de todo lo anterior, la admisibilidad de la rescisión por fraude de las aportaciones in natura a sociedades de capital no entra en conflicto con su mecanismo normativo interno representado por la disciplina de la nulidad y que define el perfil patológico (Martorano, *ob. cit.*, p. 66).

4. Los requisitos objetivo y subjetivo de la acción revocatoria en el supuesto examinado en la sentencia comentada

Visto que el ejercicio de la acción revocatoria contra las aportaciones sociales no es incompatible con los principios generales que rigen en materia

de sociedades, hay que centrarse a continuación en el estudio de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción revocatoria.

Si tenemos en cuenta las afirmaciones que contiene la sentencia comentada, resulta evidente que la verdadera ratio decidendi que condujo a la rescisión por fraude del acto de aportación de bienes inmuebles a la sociedad de capital constituida fue el comportamiento fraudulento de los cónyuges, consistente en sustraer sus bienes inmuebles a la acción ejecutiva del Banco acreedor, principal finalidad de la aportación. De modo que el fraude, es decir, el ánimo defraudatorio de los socios fundadores, aparece como el elemento central en la disciplina de la rescisión de la aportación de bienes in natura a sociedad de capital en el caso que comentamos. Y eso puede llevar a pensar que para la revocabilidad de un acto no basta cualquier perjuicio causado al crédito, sino que es necesario un perjuicio *cualificado* por el elemento intencional de sustraer los bienes a la función de garantía que les atribuye el art. 1911 Código Civil. Sin embargo, el examen de las decisiones del Tribunal Supremo en materia de rescisión por fraude de actos a título oneroso pone de relieve que aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer (ver en este sentido STS 17 julio 2006 –RJ 2006, 4960– y ampliamente acerca del elemento subjetivo de la acción revocatoria en el Derecho español nuestro libro *Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código civil español*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, pp. 223 ss.). Lo que ocurre es que en el caso objeto de la sentencia comentada quedó acreditada la finalidad de los esposos fundadores de la sociedad de sustraer el patrimonio a la acción ejecutiva entablada contra ellos. Y la constatación de la intención defraudatoria constituye, como afirma la STS 25 mayo 2007 –RJ 2007, 3180–, el resultado de un proceso de valoración que, antes que jurídico, tiene un componente fáctico, que entronca con los hechos que se han tenido por probados en el proceso.

Y puede ocurrir que la maniobra fraudulenta comprenda también la transmisión a terceros de las participaciones sociales suscritas por los socios fundadores. Tal circunstancia, especialmente cuando se produce poco tiempo después de la suscripción, confirmará no sólo la existencia del perjuicio, sino también que la transmisión de las participaciones sociales había sido programada. En ese caso, la conexión entre los diversos y sucesivos actos dispositivos deberá apreciarse a través del elemento subjetivo del *consilium fraudis*, de modo que todos los actos aparezcan encaminados al resultado final del perjuicio y comprendidos en una representación unitaria por parte del deudor. No obstante, la maniobra fraudulenta señalada (deudor que constituye una sociedad a la que aporta los bienes de su propiedad para después transmitir la propia participación social) se producirá raramente, porque el deudor que quiere defraudar a sus acreedores optará antes, cuando ello es posible, por enajenar directamente sus bienes a terceros adquirentes para a continuación proceder a la ocultación de la cantidad recibida (así lo señala Lucchini Guastalla, Emanuele, *Sulla revoca del conferimento in frode ai creditori*, en *Giur. Comm.*, Vol. 23-II, 1996, nota 26, p. 28).

El problema que se plantea respecto al requisito subjetivo de la revocatoria es el de concretar el sujeto o los sujetos a los que atribuir una participación psíquica en la realización del acto revocable. En este sentido hay que partir de la imposibilidad de imputar el estado subjetivo a la sociedad. Se ha señalado a este respecto (ver Portale, Giuseppe B., *Mancata attuazione del conferimento in natura e limiti del principio di effettività del capitale nella*

società per azioni, en *Riv. Soc.*, Vol. 43-II, 1998, p. 68) que la revocación de la aportación realizada para la constitución de la sociedad comporta la singularidad de un desdoblamiento de la posición de tercero en dos diversos sujetos: el uno como destinatario del acto impugnado (la sociedad), el otro como punto de referencia para verificar la concurrencia del elemento subjetivo (los otros socios fundadores). En cuanto a si el elemento subjetivo debe estar presente no sólo en el socio aportante, sino también en los demás socios fundadores, la respuesta doctrinal más razonable se orienta en el sentido de que no es determinante para el éxito de la acción revocatoria acreditar la responsabilidad de todos los socios fundadores (ver sobre esta cuestión, Martorano, *ob. cit.*, pp. 114 ss.). Y parece fuera de toda duda que el elemento subjetivo debe concurrir en la fase constitutiva de la sociedad, es decir, en el momento del otorgamiento de la escritura pública de constitución de la sociedad de capital.

Volviendo nuevamente a la sentencia objeto de este comentario, del relato de hechos probados se desprende que los socios fundadores realizaron una aportación real y verdadera de bienes inmuebles a la sociedad constituida. De modo que el negocio impugnado con la acción rescisoria por fraude de acreedores es existente y realmente querido y con la acción se persigue obtener la declaración de ineficacia del acto de aportación frente al acreedor impugnante al objeto de reconstruir la garantía genérica que representa el patrimonio de los deudores. Diversa es la situación de las aportaciones ficticias o inexistentes, porque en dicha situación el desplazamiento de las propiedades de los deudores a favor de la sociedad que ellos mismos constituyen es sólo aparente, porque no se produce un efectivo desplazamiento patrimonial de los bienes de los deudores a la sociedad. Lo que constituye un supuesto de simulación de la aportación: los deudores simulan el acto de disposición de bienes con objeto de defraudar a los acreedores. Por tanto, al contrario de lo que ocurre con el negocio impugnado con la acción revocatoria, el impugnado por simulación existe sólo aparentemente. Eso no excluye la posibilidad del ejercicio conjunto subsidiario de ambas acciones, o bien la una en un momento sucesivo respecto de la otra. Lo que encuentra justificación en el hecho de que el acto simulado, como el acto revocado, aunque ineficaz, es de cualquier modo susceptible de producir efectos respecto de los terceros de buena fe (ver sobre este particular, De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985, Reimpresión, 1991, pp. 360 ss.; Cárca-ba Fernández, María, *La simulación en los negocios jurídicos*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, pp. 141 ss.), y eso puede traducirse en un perjuicio para los acreedores como si se tratase de un acto revocable. Está justificado también porque el acreedor no se encuentra normalmente en condiciones de distinguir el acto simulado del válido y, pues, revocable, ya que los motivos que están en la base de los dos actos pueden ser los mismos: por ejemplo, sustraer algunos o todos los bienes a la acción ejecutiva del acreedor (ver sobre la acción revocatoria y la acción de simulación nuestro libro *Perfiles...*, cit., pp. 189 ss. Acerca de las consecuencias de la simulación de la totalidad o de parte de las aportaciones, ver Sánchez Pachón, *ob. cit.*, pp. 738 ss.).

Otra cosa es que, reconociendo el efectivo y real desplazamiento patrimonial de los bienes de los deudores a la sociedad, pueda discutirse la validez de la aportación por causa ilícita, cuando los hechos revelen la existencia de una motivación ilícita en los aportantes, como, por ejemplo, la señalada en el supuesto en examen de eludir la ejecución de los bienes. En este caso, como en aquel de la simulación, la invalidez de la aportación por ilicitud de

la causa producirá consecuencias distintas según que afecte a una determinada aportación o a todas las aportaciones, hipótesis esta última que se dará cuando todos los socios fundadores persigan con las aportaciones el mismo fin fraudulento de hacer fracasar los derechos de los acreedores (aunque formalmente la causa societaria sea el fin común centrado en la obtención de ventajas de contenido económico, la función concreta querida por los contratantes será ilícita).

En lo relativo al requisito objetivo del perjuicio, el otro requisito necesario para ejercitar la acción revocatoria con éxito, se deduce de la propia sentencia que comentamos que el perjuicio no es *in re ipsa* cuando las participaciones sociales toman el lugar de los bienes inmuebles aportados. En nuestro Ordenamiento no existe ninguna norma que permita afirmar que, desde el punto de vista de la tutela del crédito, un inmueble constituye en todo caso una garantía patrimonial mejor (desde el punto de vista cualitativo) que una participación social; si así fuese, el deudor se encontraría constreñido a no poder disponer de los bienes inmuebles que posee sino en la medida en que el valor de los mismos exceda del de las obligaciones de las que deba responder, impidiéndole, de hecho, gestionar libremente el propio patrimonio (Lucchini Guastalla, *ob. cit.*, pp. 21-22). El acreedor puede realizar su derecho mediante el embargo y ejecución de los bienes del deudor, entre los cuales se encuentran sus participaciones sociales de SRL. Las participaciones de SRL constituyen, pues, derechos embargables y ejecutables susceptibles de materializar el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor *ex art. 1911 Código Civil*, como se deriva con total claridad del art. 31.1 LSRL (Alonso Espinosa, Francisco José, *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Coordinadores: Ignacio Arroyo y José Miguel Embid, Editorial Tecnos, S.A., 1997, *sub art. 31*, p. 361). 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 perjudicial 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 3 octubre 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 de que no se probó por los deudores demandados el valor de las participaciones sociales, por lo que, como se dice en la sentencia 3 octubre 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 3 octubre 2007 se pone de relieve claramente la dificultad del embargo de partici-

paciones 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 3 octubre 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 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.*, pp. 754 ss.).

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 revelarse 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 patrimonio del deudor, constituye una *res facti* que puede variar notablemente en relación con las circunstancias del caso concreto (Lucchini Guastalla, *ob. cit.*, p. 22, nota 12).

5. La solución del «levantamiento del velo» de la persona jurídica

Para terminar este comentario hay que decir que en casos análogos al que nos ocupa de aportaciones inmobiliarias al capital de una sociedad al tiempo de su constitución a cambio de acciones o participaciones sociales, en los que, existiendo una aportación formal a la sociedad, se evidencia una sustancial confusión e identidad entre las personas físicas de los aportantes y la personalidad jurídica de la sociedad familiar, en la que aquéllos siguen conservando el control sobre los bienes, lo que puede implicar un ejercicio abusivo y antisocial del derecho a constituir sociedades mercantiles aprovechando su personalidad jurídica diferenciada para eludir la responsabilidad personal de los fundadores en perjuicio de los derechos de los terceros, incumpliendo sus obligaciones frente a sus acreedores mediante la aportación al ente social de tales bienes, nuestro TS permite penetrar en el «substratum» de la persona jurídica, aplicación que no requiere negar la personalidad jurídica de la sociedad a la que se aportan bienes por los deudores apremiados ni declarar la nulidad de la misma, sino que se trata, pura y simplemente, de declarar la inoponibilidad de ese acto de aportación de los bienes al acervo social frente a los acreedores del socio aportante, que ven así alterado el régimen de responsabilidad universal de su deudor (art. 1911CC), al quedar

dicho deudor, como consecuencia directa de ese negocio jurídico de aportación, en una situación de insolvencia intencionalmente provocada (entre otras, SSTS 11 noviembre 1995 –RJ 1995, 8118– y 23 enero 1998 –RJ 1998, 547–). Por tanto, nuestro TS aplica en determinados casos la doctrina del levantamiento del velo declarando el acto de aportación inoponible a los acreedores del socio aportante. Según dicha doctrina, debe considerarse que la sociedad carece de la titularidad real y efectiva de los bienes o, dicho de otro modo, debe considerarse que los sujetos aportantes implicados continúan siendo titulares de los correspondientes elementos que hasta ese momento configuraban el patrimonio social. Según la STS 20 julio 1996 –RJ 1996, 5678–, «La aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el «levantamiento del velo» de la persona jurídica en modo alguno produce como efecto la desaparición de la misma, sino que el acreedor o el tercero que se estimase perjudicado por su existencia, ocultando a través de la forma la realidad subyacente, podrá actuar contra ella para hacer efectivos sus derechos, dicho en otros términos, responderá como deudora sujeta al art. 1911 del Código Civil». Ahora bien, una cosa es la doctrina referida, que parte de la identidad subjetiva entre la sociedad y las personas físicas de los aportantes, y otra la rescisión por fraude de acreedores del acto de aportación, pues en este caso se parte del reconocimiento de la sociedad como sujeto independiente (ver en este sentido STS 19 abril 2006 –RJ 2006, 4671–).