

Roj: **STS 4471/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4471**Id Cendoj: **28079110012015100588**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/11/2015**Nº de Recurso: **2328/2013**Nº de Resolución: **575/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP A 2778/2013,**  
**STS 4471/2015**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, han visto los recursos extraordinario por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos por "Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste, S.L." y "Marcos y Bañuls, S.L.", representados ante esta Sala por el Procurador D. Julián Sanz Aragón, contra la sentencia núm. 286/2013, dictada el veintiocho de junio de dos mil trece, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en el recurso de apelación núm. 693 (M-170)/12, dimanante de las actuaciones de incidente concursal núm. 10/2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante, sobre acción de nulidad por causa ilícita y/o rescisión por fraude de acreedores. Han sido partes recurridas D. Jesus Miguel, representado ante esta Sala por el procurador D. Julián Martínez García; D. Dionisio, D<sup>a</sup> Cristina, D<sup>a</sup> Leonor y D<sup>a</sup> Salvadora representadas ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> María Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo; y los Administradores concursales de "Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste, S.L."

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Tramitación en primera instancia.

**PRIMERO** .- Los administradores concursales D. Isaac y D. Pelayo, interpusieron demanda de incidente concursal en el ejercicio de las acciones de impugnación del art. 71.6 LEC contra "Inversiones y Desarrollos del Sureste, S.L.", "Marcos y Bañuls, S.L." y "Chickpea 26, S.L." en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] por la que se declare, condenando a las demandadas a estar y pasar por estas declaraciones y todas las consecuencias legales inherentes a las mismas, lo siguiente:

» 1. Con carácter de **pretensión principal**, la nulidad absoluta de pleno derecho, por fala(sic) de causa lícita, de las **compraventas de inmuebles** a que se refiere el apartado segundo de la presente demanda, llevadas a cabo entre la hoy concursada, Inversiones y Desarrollos del Sureste, S.L. (antes denominada Contratas Marcos S.L.) -como vendedora- y Marcos y Bañuls S.L. -como compradora-, en virtud de escrituras públicas otorgadas en su día y referenciadas pormenorizadamente en nuestro apartado segundo, condenándose a Marcos y Bañuls S.L., a devolver la posesión y propiedad de las fincas transmitidas a la masa activa del concurso. Y como consecuencia legal inherente a dicha nulidad, se ordene la cancelación registral de las inscripciones causadas en virtud de las escrituras públicas de compraventa referidas, librando al efecto los oportunos mandamientos dirigidos al Registro de la Propiedad correspondiente, y condenando a Marcos y Bañuls S.L. a pagar todos los gastos, sin excepción, que origine dicha cancelación.



» Con carácter de **pretensión subsidiaria**, para el hipotético supuesto de que se entendiere que dichas compraventas no son nulas de pleno derecho pero sí rescindibles, se declare su ineficacia y se rescindan por haber sido celebradas en fraude de acreedores, condenándose a Marcos y Bañuls S.L. a devolver la posesión y propiedad de las fincas transmitidas a la masa activa del concurso, sin ningún derecho a prestación. Y sólo para el hipotético supuesto de que se entienda que sí tiene derecho a recibir la contraprestación en su día satisfecha en concepto de precio, se declare expresamente la mala fe de Marcos y Bañuls, S.L. y que su derecho a la prestación derivada de dicha rescisión, esto es, la devolución del precio satisfecho por las compraventas y sus intereses, tendrán la calificación de crédito concursal subordinado del art. 92.6º de la LC.

» Y se ordene la cancelación registral de las inscripciones causadas en virtud de las escrituras públicas de compraventa referidas, librando al efecto los oportunos mandamientos dirigidos al Registro de la Propiedad correspondiente, y condenando a Marcos y Bañuls, S.L. a pagar todos los gastos, sin excepción, que origine dicha cancelación.

» Subsidiariamente, para ambos casos de los propuestos con anterioridad, y tanto si se estimara la pretensión principal (nulidad absoluta) como la subsidiaria (rescisión por fraude), y para el hipotético supuesto de que las fincas transmitidas, o alguna/s de ella/s, hubieran sido transmitidas o hubieran pasado a ser titularidad de terceros hipotecarios de buena fe, o cuando por otra circunstancia fuera de imposible cumplimiento la restitución in natura, se sustituya ésta por la correspondiente prestación equivalente, y que consistirá en la condena a Marcos y Bañuls, S.L. a indemnizar el valor que tenía o tenían las fincas al tiempo de la transmisión, en función del valor que como tal consta en el informe pericial de tasación de los inmuebles aportado a esta demanda, con más los intereses legales que se devenguen desde el día en que se transmitieron a Marcos y Bañuls, S.L. hasta su cumplido pago.

» De igual forma, y también con carácter subsidiario tanto si se estimare la pretensión principal como la subsidiaria, y para el hipotético supuesto de que las fincas o algunas de ellas hubieran sido gravadas con posterioridad a su adquisición por la hoy demandada, Marcos y Bañuls, S.L., se conde (sic) a esta a cancelar a su costa y cargo dichos gravámenes, bajo apercibimiento de que de no hacerlo se hará a su costa en trámite de ejecución de sentencia.

» 2. Con carácter de **pretensión principal**, se declare la nulidad absoluta y de pleno derecho, por falta de causa lícita, del **acuerdo de reparto y distribución de dividendos** a que se refiere el apartado tercero fáctico de esta demanda, y en consecuencia se declare nula la compensación efectuada por importe de 2.310.440,67 ? con el importe que por igual cuantía adeudaba Marcos y Bañuls, S.L. a la concursada en concepto de préstamo, condenándose a ésta a pagar el referido importe más los intereses legales devengados, y condenándose además a Marcos y Bañuls, S.L. a devolver a la masa activa de la hoy concursada, Inversiones y Desarrollos del Sureste, S.L. el resto de dividendos percibidos por importe de 6.925.559,33 ?, con más los intereses legales de dicha cantidad devengados.

» Con carácter de **pretensión subsidiaria**, para el hipotético supuesto de que se entendiere que dichos actos y negocios jurídicos no son nulos de pleno derecho pero sí rescindibles, se declare su ineficacia y se rescindan por haber sido celebrados en fraude de acreedores, condenándose a Marcos y Bañuls, S.L. a devolver a la masa activa del concurso el préstamo por importe de 2.310.440,67 ? indebidamente compensado y a que se ha hecho referencia, con más los intereses legales correspondientes, y condenándose además a Marcos y Bañuls, S.L. a devolver a la masa activa de la hoy concursada, Inversiones y Desarrollos del Sureste, S.L. el resto de dividendos percibidos por importe de 6.925.559,33 ? con más los intereses legales de dicha cantidad devengados.

» 3. Con carácter de **pretensión principal**, se declare la nulidad absoluta de pleno derecho, por falta (sic) de causa lícita, de la **compraventa de participaciones sociales de Chickpea 26 S.L.** a que se refiere al apartado cuarto de la presente demanda, llevadas a cabo entre la hoy concursada, Inversiones y Desarrollos del Sureste, S.L. (antes denominada Contratas Marcos, S.L.) -como vendedora- y Marcos y Bañuls, S.L. -como compradora-

» Con carácter de **pretensión subsidiaria**, para el hipotético supuesto de que se entendiere que dicha compraventa no es nula de pleno derecho pero sí rescindible, se declare su ineficacia y se rescinda por haber sido celebrada en fraude de acreedores, sin ningún derecho a prestación. Y sólo para el hipotético supuesto de que se entienda que sí tiene derecho a recibir la contraprestación en su día satisfecha en concepto de precio, se declare expresamente la mala fe de Marcos y Bañuls, S.L. y que su derecho a la prestación derivada de dicha rescisión, esto es, la devolución del precio satisfecho por la compraventa y sus intereses, tendrá la calificación de crédito concursal subordinado del art. 92.6º de la LC.

» Subsidiariamente, y tanto si se estimara la pretensión principal (nulidad absoluta) como la subsidiaria (rescisión por fraude), y para el hipotético supuesto de que las referidas participaciones sociales hubiera/n sido transmitidas o hubieran pasado a ser titularidad de terceros de buena fe, o cuando por otra circunstancia fuera de imposible cumplimiento la restitución in natura, se sustituya ésta por la correspondiente prestación equivalente, y



que consistirá en la condena a Marcos y Bañuls, S.L. a indemnizar el valor que tenían las participaciones sociales cuando salieron del patrimonio de la concursada, esto es, la suma de 1.857.672,84 €, con más los intereses legales devengados desde entonces hasta su cumplido pago.

» 4. Se declare ineficaz y se rescinda el pago de 5.360.000,00 € realizado en fecha 28 de enero de 2009 por la hoy concursada a la mercantil Chickpea 2006 (sic), S.L. en **concepto de restitución de préstamos**, y a que se refiere el apartado fáctico cuarto de esta demanda, por haber sido realizado en estado de insolvencia y por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelida la hoy concursada al tiempo de hacerlos (art. 1.292 del Código Civil), condenándose en consecuencia a la mercantil Chickpea 2006 (sic), SL a reintegrar y satisfacer a la masa activa del concurso el referido importe con más los intereses legales correspondientes devengados desde el 28 de enero de 2.009 hasta su cumplido pago, sin ningún derecho a prestación. Y sólo para el hipotético supuesto de que se entienda que sí tiene derecho a la prestación, que en este supuesto consistirá en el derecho de crédito derivado de los préstamos anticipadamente cancelados el 28 de enero de 2.009, se declare expresamente la mala fe de la mercantil Chickpea 2006 (sic), S.L. y que dicho derecho de crédito tendrá la calificación en el concurso de crédito concursal subordinado del art. 92.6º de la LC.

» 5. Y todo ello con expresa condena en costas a las demandadas».

**SEGUNDO.-** La demanda fue presentada el 27 de diciembre de 2011 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante, sede en Elche y fue registrada con el núm. 10/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

**TERCERO.-** La procuradora D<sup>a</sup> Sonia Budi Bellod, en representación de "Inversiones y Desarrollos del Sureste, S.L.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «[...] dictando sentencia por la que, de conformidad con lo expuesto en la presente contestación, se desestime su integridad la demanda planteada por ser contrarias a derecho sus pretensiones, con expresa imposición de costas a la Administración Concursal por su temeridad y mala fe».

La procuradora D<sup>a</sup> Sonia Budi Bellod, en representación de "Marcos y Bañuls, S.L.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «[...] dictando sentencia por la que, de conformidad con lo expuesto en la presente contestación, se desestime su integridad la demanda planteada por ser contrarias a derecho sus pretensiones, con imposición de costas a la Administración Concursal por su mala fe».

El procurador D. Lorenzo C. Ruiz Martínez, en representación de "Chickpea 26, S.L.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «[...] dictando sentencia por la que, de conformidad con lo expuesto en la presente contestación, se desestime en su integridad la demanda planteada por ser contrarias a derecho sus pretensiones, con imposición de costas a la Administración Concursal por su mala fe».

**CUARTO.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante, dictó sentencia núm. 102/2012 de fecha dieciséis de julio de dos mil doce, con la siguiente parte dispositiva: «Estimo parcialmente la demanda formulada por la administración concursal de Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste, S.L. (concurso ordinario 286/11), contra Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste, S.L, Marcos y Bañuls, S.L. y Chickpea 26 S.L. de manera que declaro:

» a) La ineficacia y rescisión del reparto y distribución de dividendos de fecha 5 de enero de 2009 llevada a cabo por Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste, S.L. a favor de la socia única Marcos y Bañuls, S.L. por importe de 9.236.000 euros, realizada mediante compensación y pagos efectivos.

» b) La ineficacia y rescisión del pago de 5.360.000 euros en fecha 29 de enero de 2009 realizado por Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste, S.L. a la mercantil Chickpea 26, S.L. en concepto de restitución de préstamos.

» Consecuentemente condeno:

» a) A Marcos y Bañuls, S.L. a la devolución a la masa activa de la concursada de las cantidades percibidas por distribución de dividendos con sus intereses legales desde sus respectivas fechas de abono y hasta esta sentencia. Tal interés legal se incrementará en dos puntos desde la fecha de esta resolución y hasta su completo pago.

» La compensación operada, con parte de los dividendos atribuidos, quedará sin efecto debiendo reflejarse el crédito contra Marcos y Bañuls, S.L. en el inventario de la masa activa

» b) A Chickpea 26, S.L. a la devolución de la masa activa de la concursada de 5.360.000 euros con sus intereses legales desde sus respectivas fechas de abono y hasta esta sentencia. Tal interés legal se incrementará en dos puntos desde la fecha de esta resolución y hasta su completo pago.

» No se efectúa condena en costas».



El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante, en el Incidente Concursal 10/2012, con fecha diecisiete de septiembre de dos mil doce, dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se rectifica, aclara y complementa la sentencia de 16 de julio de 2012 en el sentido siguiente:

» En la fundamentación jurídica:

» A) Fundamento de derecho séptimo. Donde figura: "Consecuentemente, el crédito compensado deberá de reconocerse en la lista de acreedores a favor de Marcos y Bañuls, debe decir:

» "Consecuentemente, el crédito compensado deberá de reconocerse en el inventario contra Marcos y Bañuls. Como consecuencia de la rescisión de los pagos de dividendos, ningún crédito ha de reconocerse Marcos y Bañuls S.L."

» B) Fundamento de derecho octavo, in fine, ha de completarse con la siguiente frase: "Resultando ineficaz el pago realizado, queda vigente el crédito a favor de Chickpea por los préstamos no atacados. Siendo consecuencia el renacimiento de esos créditos de la rescisión aquí acordada (con mala fe de Chickpea) estos deberán ser calificados como créditos concursales subordinados conforme al art. 92.6º LC ".

» En el Fallo de la resolución:

» A) En el apartado "a)" de la parte de condena debe de añadirse: "Como consecuencia de la rescisión de los pagos de dividendos, ningún crédito ha de reconocerse Marcos y Bañuls, S.L."

» B) En el apartado "b" de la parte declarativa debe añadirse: "Procede que, la lista de acreedores incorpore un crédito a favor de Chickpea 26 S.L. por el importe del pago rescindido aquí, con la calificación de concursal subordinado ( art. 92.6º LC )"».

#### **Tramitación en segunda instancia.**

**QUINTO.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los Administradores Concursales; por la representación de D. Dionisio , D<sup>a</sup> Cristina , D<sup>a</sup> Leonor y D<sup>a</sup> Salvadora ; por la representación de "Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste, S.L.U.", por la representación de "Marcos y Bañuls, S.L." y por la representación de "Chickpea 26, S.L."

La resolución de estos recursos correspondió a la sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el número de rollo 693 (M-170)/12 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 286/2013, en fecha veintiocho de junio de dos mil trece , cuya parte dispositiva dispone: «FALLAMOS: Que estimando en su integridad el recurso de apelación formulado tanto por la parte demandante, la Administración Concursal de la mercantil Inversiones y Desarrollos del Sureste, S.L., dirigida por el Letrado D. Isaac , como por D. Dionisio , D<sup>a</sup> Cristina , D<sup>a</sup> Leonor y D<sup>a</sup> Salvadora , representados en este Tribunal por la Procuradora D<sup>a</sup> María Auxiliadora Márquez Muñoz; y desestimando los recursos de apelación entablados por los demandados, la mercantil concursada Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste, S.L., representada en este Tribunal por el Procurador D<sup>a</sup> Sonia Budi Bellod; la mercantil Marcos y Bañuls, S.L., representada en este Tribunal por la Procuradora D<sup>a</sup> Sonia Budi Bellod; y la mercantil Chickpea 26, S.L., representada en este Tribunal por el Procurador D. Lorenzo Christian Ruiz Martínez, recursos todos deducidos frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número tres de los de Alicante, con sede en Elche, de 16 de julio de 2012 , resolución aclarada por Auto de 17 de septiembre de 2012, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud:

» a) debemos declarar y declaramos la nulidad de pleno derecho del acuerdo de reparto y distribución de dividendos decidida por acuerdo de la sociedad Contratas Marcos, S.L., hoy Inversiones y Desarrollos del Sureste, S.L., de fecha 5 de enero de 2009 y, en consecuencia, se declara nula la compensación efectuada por importe de 2.310.440,67 euros con el importe adeudado por Marcos y Bañuls, S.L. a la concursada en concepto de préstamo, deuda que se consignará en el inventario de la concursada como crédito contra Marcos y Bañuls, S.L., condenándose además a esta, beneficiaria del dividendo, a reintegrar el importe recibido de 6.925.559,33 euros;

» b) debemos declarar y declaramos la nulidad de pleno derecho de las compraventas de inmuebles, formalizadas por instrumentos públicos otorgados los días 8 de octubre, 11 y 25 de noviembre y 9 de diciembre de 2008 entre la concursada y Marcos y Bañuls, S.L. y las que se refieren en los fundamentos jurídicos séptimo a duodécimo de esta Sentencia, condenándose en consecuencia a la compradora Marcos y Bañuls, S.L. a devolver la posesión de dichas fincas a la vendedora, procediéndose a costa de esta a la cancelación registral de las inscripciones causadas en virtud de tales negocios jurídicos. Si las fincas en cuestión o alguna de ellas hubiera sido transmitida por el comprador a tercero hipotecario de buena fe o de cualquier otro modo resultare imposible la restitución, se condena a la compradora a indemnizar el valor que tenía la finca o las fincas al tiempo de la transmisión en función del valor por el que estaba contabilizada por la vendedora.



- »c) Debemos declarar y declaramos la nulidad de pleno derecho de la venta del paquete de participaciones de Chickpea 26, S.L. hecha el día 16 de diciembre de 2008 por la concursada a favor de Marcos y Bañuls, S.L. Si las referidas participaciones sociales hubieran sido transmitidas a terceros de buena fe, o si por otra circunstancia fuera de imposible restitución, se condena a Marcos y Bañuls, S.L. a restituir su valor por importe de 1.857.672,84 euros.
- »d) Debemos declarar y declaramos la nulidad de pleno derecho al pago de 5.360.000 euros efectuado el día 29 de enero de 2009 por Contratas Marcos, S.L., hoy Inversiones y Desarrollos del Sureste, S.L., a Chickpea 26, S.L. en concepto de restitución de préstamos, condenándose a la mercantil prestataria a reintegrar el importe percibido, reconociéndosele un derecho de crédito ordinario por ese mismo importe frente a la concursada.
- »e) Se deja sin efecto el Auto de aclaración de fecha 17 de septiembre de 2012.
- » f) A Marcos y Bañuls, S.L. se le reconocerá un derecho de crédito si, tras el cumplimiento de los reintegros correspondientes, quedara acreedor por razón de alguno de los pagos efectuados, derecho que se calificará en el concurso conforme a su relación con la concursada.
- » g) Debemos condenar y condenamos a Marcos y Bañuls, S.L. y a Chickpea 26, S.L. a abonar los intereses legales de las cantidades que deben reintegrar, debiendo abonarse en el caso de Marcos y Bañuls, S.L. desde la fecha de recepción de las cuantías a reintegrar y en el caso de Chickpea 26, S.L., desde la fecha de la interpelación judicial.
- » h) Se imponen las costas de la primera instancia a los demandados.
- » i) No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas de esta alzada a los recurrentes-demandantes. Y con expresa imposición de costas de esta alzada a los recurrentes-demandados.
- » j) Se declara la pérdida del depósito efectuado para recurrir por las partes cuyo recurso se ha desestimado, depósito al que se le dará el destino previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta nº 9 LOPJ .
- » k) Se acuerda la devolución a los apelantes cuyo recurso se ha estimado, de la totalidad del depósito efectuado para recurrir».

#### **Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.**

**SEXTO.-** La procuradora D<sup>a</sup> Sonia Budi Bellod, en representación de "Marcos y Bañuls, S.L.", interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del número 4º del art. 469.1 LEC , por vulneración del art. 24 CE como consecuencia de la ausencia de valoración de la prueba relativa a la situación económica de Torrevisa al tiempo de las operaciones y sobre el conocimiento que Marcos y Bañuls, S.L e Indesur podían tener en dicha situación económica. Infracción del art. 218.2 de la LEC , infracción por inaplicación del artículo 348 de la LEC , así como infracción de las normas de carga de la prueba recogida en el art. 217.1 y 2 de la LEC ».

«Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4º por infracción del artículo 24 de la CE , al incurrir el tribunal de instancia en error manifiesto y ausencia de valoración de la prueba que le lleva a concluir en contra del resultado probatorio que el reparto de dividendos constituye la primera de las operaciones y que es la operación que genera todas las demás».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC , por aplicación indebida del artículo 1275 del Código Civil , vulnerando la doctrina relativa a la correcta interpretación de este precepto establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 22 de noviembre de 1979 , 2 de diciembre de 1981 , 19 de febrero de 2009 , 2 de febrero de 2012 , 6 de junio de 2002 y 24 de abril de 2013 , sobre la necesidad de que los motivos ilícitos han de ser queridos y perseguidos por las partes del contrato para que puedan ser considerados constitutivos de una causa ilícita».

«Segundo.- Por infracción de los artículos 1261 en relación con el art. 1275 y 1277 del Código Civil en la medida en que confunde la Sentencia acción de nulidad y acción pauliana, prevista en los artículos 1111 y 1291 del Código Civil y la interpretación y diferenciación que de ambas acciones hace el Tribunal Supremo en las Sentencias de 8 de marzo de 2012 y 20 de octubre de 2006 , así como infracción de los citados artículos 1275 y 1277 relativos a la causa de los contratos en la medida en que no concurren los requisitos que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta en las Sentencias de 28 de septiembre de 2007 , 2 de febrero de 2012 y 33 de junio de 2011 exige para entender que existe causa ilícita».

**SÉPTIMO.-** La procuradora D<sup>a</sup> Sonia Budi Bellod, en representación de "Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste, S.L.", interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.



Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Se funda en el motivo regulado en el artículo 469.1.3º por infracción por vulneración de los artículos 265, 336, 337 y 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 194 de la Ley Concursal, al haber sido admitida determinada prueba pericial una vez precluido el plazo fijado para ello».

«Segundo.- Se funda en el motivo regulado en el artículo 469.1.2º por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto infracción del artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la carga de la prueba al faltar la acreditación del estado de insolvencia de la compañía Torrevisa, S.A.».

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Primero.- En aplicación del apartado 3º del art. 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos 1290 al 1299 del Código Civil, así como la Doctrina Jurisprudencial que la desarrolla, entendiéndose que ostenta interés casacional, al entender que el fraude es causa de rescisión de los contratos y no de nulidad por causa lícita tal y conforme sostiene la sentencia recurrida».

**OCTAVO.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha veintiuno de octubre de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la mercantil Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste, S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 28 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª), en el rollo de apelación nº 693/M-170/2012, dimanante de los autos de incidente concursal nº 10/2012 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Alicante, con sede en Elche.

» 2º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la mercantil Marcos y Bañuls, S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 28 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª), en el rollo de apelación nº 693/M-170/2012, dimanante de los autos de incidente concursal nº 10/2012 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Alicante, con sede en Elche.

» 3º) De conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 474 y 485 LEC 2000, entréguese copias de los escritos de interposición de los recursos formalizados por las recurrentes, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala, para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría».

**NOVENO.-** Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

**DÉCIMO.-** Por providencia de 9 de septiembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 7 de octubre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-Antecedentes del caso

1.- Los antecedentes necesarios para entender mejor las cuestiones planteadas en los recursos extraordinarios que en esta sentencia se resuelven están recogidos en el fundamento primero de la sentencia de la Audiencia Provincial, del siguiente modo:

« Tiene su origen este incidente concursal en la demanda formulada por la Administración Concursal designada en el concurso de la mercantil Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste (Indesur) S.L. -antes Contratas Marcos S.L.-.

»En dicha demanda se promueve la nulidad de pleno derecho y, subsidiariamente la rescisión, de un conjunto de operaciones realizadas por Contratas Marcos S.L. entre octubre de 2008 y enero de 2009 que, a su entender, fueron realizadas o sin causa lícita o en fraude de acreedores y que en su conjunto vinieron a extraer el activo de la sociedad, básicamente a favor de su actual socio único, Marcos y Bañuls S.L. y que han producido como efecto, la insolvencia posterior de la sociedad hoy concursada ante su incapacidad de enfrentar los créditos existentes ya a la fecha de aquellos negocios.



»Se impugnan en concreto, como operaciones causantes de tal situación, la venta del total patrimonio inmobiliario de Contratas Marcos S.L., setenta y seis inmuebles (formalizadas por instrumentos públicos otorgados los días 8 de octubre, 11 y 25 de noviembre y 9 de diciembre de 2008) que, en las citadas fechas, fueron vendidas por la concursada a Marcos y Bañuls S.L., sociedad en aquél entonces titularidad de los mismos socios que lo eran de la vendedora y hoy socia única de la misma; se impugna en segundo lugar, el acuerdo de reparto de dividendos adoptado el día 5 de enero de 2009 por la concursada a favor de sus socios que repercute finalmente en su socio único, Marcos y Bañuls S.L., por importe de 9.236.000 euros; se promueve en tercer lugar la nulidad y/o rescisión de la venta hecha el día 16 de diciembre de 2008 por la concursada a favor de Marcos y Bañuls S.L. de un paquete de participaciones sociales de la mercantil Chickpea 26 S.L.; y, finalmente, se impugna también parte del pago hecho por la concursada el día 29 de enero de 2009 -por importe total de 6.652.294,14 euros- a Chickpea 26 S.L., en restitución de préstamo percibido en su día de tal mercantil, de los que 5.360.000 euros lo eran anticipando el momento de la obligación del prestatario no obstante la existencia de otros acreedores preferentes.

»La sentencia de instancia, contemplando individualmente cada una de estas operaciones, ha estimado sólo en parte dicha pretensión.

»Ha declarado, rechazando la acción de nulidad en atención a la especialidad de la rescisoria o pauliana también ejercitada por la Administración concursal, la ineficacia de dos de las operaciones cuestionadas por la administración concursal, a saber, el reparto de dividendos abonados finalmente a Marcos y Bañuls S.L. y la devolución del préstamo a la mercantil Chickpea 26 S.L., contenido que ha dado lugar, por discrepancias de las partes implicadas en las operaciones, a dos grupos de recursos claramente identificables, a saber, de un lado, los vinculados al interés rescisorio de las operaciones -Administración concursal y familia Leonor Salvadora Dionisio Cristina - y, de otro, los vinculados al mantenimiento de tales operaciones -la sociedad concursada, Marcos y Bañuls S.L. y Chickpea 26 S.L.-.

»[...] sus hitos fácticos esenciales, que no están en cuestión por las partes son lo siguientes:

»1.- El día 24 de junio de 2008 Contratas Marcos S.L. y Torrevisa S.A. firman un Acuerdo de Cesión Contractual y Asunción de Deuda Liberatoria -doc nº 37 contestación- por el que acuerdan dividir y adjudicar todo aquello que comparten mediante la adjudicación a cada una de ellas, bienes, deudas y obligaciones que se relacionan en el propio documento que incluye, entre otros bienes a atribuir a Torrevisa S.A., todas las acciones de la mercantil Ochando S.A. propiedad de Contratas Marcos S.L.

»2.- Con fecha 30 de junio de 2008 se acuerda por la Junta General de Contratas Marcos S.L. el reparto de dividendos a cargo de las reservas disponibles y acumuladas entre 2000 y 2007.

»3.- Los días 8 de octubre, 11 y 25 de noviembre y 9 de diciembre de 2008 se formaliza la venta de todo el patrimonio inmobiliario que posee Contratas Marcos S.L. a Marcos y Bañuls S.L., mercantil titularidad de los mismos socios titulares de Contratas.

»4.- El día 16 de diciembre de 2008 Contratas Marco S.L. vende también a Marcos y Bañuls S.L. el paquete de participaciones que posee de Chickpea 26 S.L. - que representa el 40% de dicha sociedad- por importe de 1.857.672,84 euros.

»5.- Con fecha 2 de enero de 2009, Contratas Marcos S.L. vende las 713 acciones de Ochando SA. a Torrevisa que asume el pago directo de 5.487.962,26 euros (que no se pagan al compensarse en la misma fecha el crédito que por ese importe tenía Ochando S.A. frente a Contratas Marcos S.L. y que se cede por aquella a Torrevisa) y a su vencimiento, tanto los pagarés como el resto del precio pendiente, deudas de Contratas Marcos S.L. por razón de la adquisición de las acciones de Ochando S.A. con la familia Leonor Salvadora Dionisio Cristina por importe de 84.776.657 euros. En fecha 22 de diciembre de 2008 ya se había acordado que Torrevisa S.A. asumía las obligaciones contraídas por Contratas Marcos con el Banco de Valencia al que le vinculaba como fiador de póliza de préstamo mercantil y otras operaciones de garantía. Ninguna de estas operaciones se hace con el consentimiento del acreedor.

»6.- Con fecha 5 de enero de 2009 se acuerda por Contratas Marcos S.L. la distribución de los dividendos por importe de 9.236.000 euros, lo que se hace mediante compensación de créditos y a través de pagos diversos en efectivo a favor de Marcos y Bañuls S.L..

»7.- Con fecha 29 de enero de 2009 Contratas Marcos S.L. paga a Chickpea 26 S.L. 6.652.294,14 euros para la devolución de préstamos percibidos de dicha mercantil.

»8.- Contratas Marcos S.L., bajo la denominación Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste S.L., presenta concurso voluntario el día 26 de abril de 2011 con activos por importe de 634.302,90 euros y pasivos por importe de 434.847,27 euros.

«Estas operaciones, ventas y pago de créditos, que en la práctica suponen el vaciamiento de activos de Contratas Marcos S.L., son las que se persiguen por la Administración concursal como fraudulentas, carácter que con carácter general niegan la concursada y su socia, Marcos y Bañuls S.L., en base no sólo a la legalidad individualizada de cada una de ellas sino en particular, atendida la relación contractual concertada con Torrevisa S.A., que se afirma como indiscutiblemente solvente a la fecha de la misma y en base a la cual ésta venía a asumir el pasivo principal de Contratas Marcos S.L., liberada de este modo a proceder en el modo descrito ».

2.- Como expresa la Audiencia Provincial en su sentencia, el Juzgado Mercantil desestimó las acciones de nulidad, por entender que el ordenamiento jurídico establece una acción específica para que se declare la ineficacia del negocio en caso de fraude de acreedores, la acción rescisoria, y acordó la rescisión y consecuente ineficacia de dos de las operaciones cuestionadas por la administración concursal, concretamente el reparto de dividendos de Contratas Marcos, S.L. (en lo sucesivo, Contratas Marcos) a su socios, y la devolución del préstamo a la entidad Chickpea 26 S.L. (en lo sucesivo, Chickpea).

La sentencia del Juzgado Mercantil fue apelada tanto por la Administración Concursal como por D. Dionisio , D<sup>a</sup> Cristina , D<sup>a</sup> Leonor y D<sup>a</sup> Salvadora (en lo sucesivo, familia Leonor Salvadora Dionisio Cristina ), que solicitaban la estimación de las pretensiones formuladas en la demanda, y por Marcos y Bañuls S.L. (en lo sucesivo, Marcos y Bañuls) y Chickpea, que solicitaron la desestimación de la demanda.

3.- La Audiencia Provincial estimó los recursos de apelación interpuestos por la Administración Concursal y la familia Leonor Salvadora Dionisio Cristina , revocó la sentencia del Juzgado Mercantil y, en lo sustancial, declaró la nulidad de pleno derecho de los siguientes actos y negocios jurídicos: 1º) del acuerdo de reparto de dividendos adoptado por la junta de la sociedad concursada el 5 de enero de 2009 a favor de Marcos y Bañuls; 2º) de los contratos de compraventa de los inmuebles que constituían el patrimonio inmobiliario de Contratas Marcos otorgados a favor de Marcos y Bañuls; 3º) de la venta hecha por la concursada a favor de Marcos y Bañuls de un paquete de participaciones sociales de la mercantil Chickpea; y 4º) del pago hecho por la concursada de 6.652.294,14 euros a Chickpea en restitución del préstamo percibido en su día de tal mercantil.

La Audiencia consideró que estas operaciones habían sido realizadas con la común intención de los intervinientes en ellas de vaciar de activos el patrimonio de Contratas Marcos, traspasar los inmuebles propiedad de Contratas Marcos a otra sociedad, Marcos y Bañuls, de la que eran titulares los mismos socios a fin de no perder las plusvalías obtenidas con dichos inmuebles, retornar a esta sociedad el precio pagado por estos inmuebles mediante el pago de dividendos acordados, realizar ajustes injustificados en el balance para justificar formalmente el reparto de dividendos, y traspasar también a Marcos y Bañuls el paquete de participaciones que Contratas Marcos tenía en Chickpea, retornando también a Marcos y Bañuls el precio pagado, así como la cantidad que Chickpea había prestado a Contratas Marcos y que esta no estaba obligada a devolver pues las deudas derivadas de los préstamos a socios de Chickpea se compensaban con el reparto de dividendos, cantidad que fue devuelta por Contratas Marcos a Chickpea e inmediatamente entregada también en concepto de préstamo a Marcos y Bañuls.

4.- Tanto Marcos y Bañuls como "Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste (Indesur) S.L." (en lo sucesivo, Indesur), que es la denominación que adoptó la entidad Contratas Marcos antes de declararse en concurso, han interpuesto recursos extraordinarios por infracción procesal, basados en dos motivos cada uno de ellos, y recurso de casación, basado en dos motivos el formulado por Marcos y Bañuls, y en un motivo, el de Indesur. A tales recursos se han opuesto tanto la Administración Concursal como D. Jesus Miguel y la familia Leonor Salvadora Dionisio Cristina .

Los motivos formulados por una y otra recurrente serán agrupados cuando, por la estrecha relación de los argumentos utilizados, sea conveniente hacerlo para evitar reiteraciones innecesarias. Asimismo, se procederá a resolverlos en un orden lógico, alterando cuando sea preciso el orden en que han sido formulados, a la vista de la naturaleza de las cuestiones planteadas en cada uno de tales motivos.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

#### **SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal de Marcos y Bañuls y del segundo motivo de Indesur**

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Marcos y Bañuls tiene el siguiente epígrafe: « Al amparo del número 4º del art. 469.1 LEC , por vulneración del art. 24 CE como consecuencia de la ausencia de valoración de la prueba relativa a la situación económica de Torrevisa al tiempo de las operaciones y sobre el conocimiento que Marcos y Bañuls, S.L e Indesur podían tener en dicha situación económica. Infracción del art. 218.2 de la LEC , infracción por inaplicación del artículo 348 de la LEC , así como infracción de las normas de carga de la prueba recogida en el art. 217.1 y 2 de la LEC ».





2.- En el motivo, la recurrente invoca « *la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que admite la invocación del error en la valoración de la prueba en sede del recurso extraordinario por infracción procesal* » y que « *declara la obligación jurisdiccional de realizar una adecuada valoración de la prueba practicada* ».

Según la recurrente, toda la construcción de la sentencia respecto de la existencia de un plan defraudatorio para liberar el patrimonio de Contratas Marcos de responder de las deudas de esta sociedad y traspasarlo en bloque a Marcos y Bañuls, parte de la insolvencia, actual o inminente, de Torrevisa cuando se realizaron las operaciones, y del conocimiento de este hecho por Contratas Marcos y Marcos y Bañuls (cuyos socios eran los mismos), y sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial no valora la prueba practicada sobre la solvencia de dicha sociedad. Asimismo, la Audiencia Provincial habría errado al valorar los documentos relativos al acuerdo marco entre Contratas Marcos y Torrevisa, calificando como operación fraudulenta de traspaso de activos lo que fue una operación de reestructuración empresarial.

Al no haber propuesto prueba sobre este particular la parte demandante, la demanda debía haber sido desestimada conforme al art. 217.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Asimismo, la recurrente realiza una valoración de varias de las pruebas practicadas (interrogatorio del perito, interrogatorio de parte, informe pericial de otros peritos), resaltando diversos extremos de las mismas, concluyendo que al no haber extraído la Audiencia Provincial las conclusiones sostenidas por la recurrente, se han vulnerado tanto el art. 218.2 como el 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación al 24 de la Constitución .

3.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Indesur (anteriormente, Contratas Marcos) se encabeza así: « *Se funda en el motivo regulado en el artículo 469.1.2º por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto infracción del artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de la carga de la prueba al faltar la acreditación del estado de insolvencia de la compañía Torrevisa, S.A.*».

4.- La recurrente fundamenta el motivo, resumidamente, en que la sentencia de la Audiencia Provincial llega a la conclusión de que Torrevisa era insolvente cuando asumió el grueso de la deuda que Contratas Marcos tenía con sus acreedores pese a que este extremo no ha sido probado por quien tenía la carga de hacerlo. Llegar a esta conclusión sin que la parte demandante haya practicado prueba al respecto e ignorando las pruebas practicadas por las demandadas que acreditaban la situación de fortaleza económica de Torrevisa vulneraría el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la carga de la prueba y el art. 218 de dicha ley respecto de los requisitos de exhaustividad, congruencia y motivación de la sentencia.

### **TERCERO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de las infracciones procesales planteadas**

1.- En el recurso de Marcos y Bañuls se invoca, como cauce para formular el motivo, el del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (« *vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución* »), y junto con el citado art. 24 de la Constitución se invocan como infringidos los arts. 348 (« *el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica* ») y el 217, sobre carga de la prueba, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El error en que se incurre al invocar como infringida una norma procesal reguladora de la sentencia como es el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el cauce del apartado 4º del art. 469.1 y no por el del apartado 2º, que es el que le corresponde, o al invocar como infringidos, en un mismo motivo, el precepto regulador de la carga de la prueba y un precepto regulador de la valoración de la prueba, no constituye solamente un error de técnica casacional al utilizar un cauce inadecuado y acumular cuestiones heterogéneas y hasta incompatibles, sino que muestra con claridad lo que en el recurso extraordinario por infracción procesal se ha pretendido: la reconsideración completa por el Tribunal Supremo de todo el material, tanto fáctico como jurídico, de la sentencia recurrida, y no la denuncia de concretas infracciones legales de carácter procesal que tengan encaje en el estrecho cauce de alguno de los motivos del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que es lo único que puede plantearse a través del recurso extraordinario por infracción procesal.

2.- Como primera premisa, es incompatible que en un mismo motivo se denuncie como infringido el precepto que regula la carga de la prueba y se denuncie asimismo error en la valoración de la prueba. Si los recurrentes afirman que el tribunal de apelación ha construido su sentencia sobre la acreditación de una determinada premisa que consideran errónea, cual es la insolvencia de Torrevisa cuando asumió la deuda que Contratas Marcos tenía con sus acreedores, no pueden al mismo tiempo denunciar que se han infringido las reglas sobre la carga de la prueba, puesto que estas solo se habrían vulnerado si la Audiencia hubiera considerado que no existía prueba sobre un determinado extremo relevante y hubiera atribuido incorrectamente a las recurrentes las consecuencias negativas de esa falta de prueba.



El art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no atribuye a las partes la obligación de proponer una y otra prueba, no exige un determinado nivel de prueba para considerar acreditados los extremos relevantes del litigio y no tiene nada que ver con las normas relativas a la valoración de la prueba.

3.- Al contrario de lo afirmado en los recursos, es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que no admite la invocación del error en la valoración de la prueba en sede del recurso extraordinario por infracción procesal (solo es admisible la denuncia del error patente o notorio) ni el planteamiento en este recurso de la inadecuada valoración de la prueba practicada. Tampoco es admisible que bajo la invocación formal de la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, se pretenda que el Tribunal Supremo realice una nueva valoración conjunta de la prueba practicada, distinta a la realizada por la Audiencia, cuando lo único que existe es una discrepancia de las partes recurrentes con la selección de las pruebas más relevantes y con la valoración de dichas pruebas hecha en apelación.

La selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida, pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional ni vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba, pues no lo es el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sea compartido por las recurrentes, incluso aunque fuera razonablemente discutible, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la Audiencia Provincial.

Lo que se pretende al denunciar error patente y arbitrariedad en la valoración de la prueba, con invocación de varios de los medios probatorios practicados (los que la recurrente entiende que le han sido favorables), es lograr una nueva valoración conjunta de los mismos que lleve a unas conclusiones de hecho distintas de las obtenidas por la Audiencia Provincial, lo que resultaría factible en una tercera instancia pero no en un recurso de carácter extraordinario que parte del respeto a los hechos probados declarados en la instancia, salvo que se imponga lo contrario ante la evidencia de que algún hecho, fundamental para la decisión, se ha fijado de modo ilógico y arbitrario por haber sido valorada con tales deficiencias alguna de las pruebas practicadas.

La cita y reproducción parcial que la recurrente Marcos y Bañuls hace en su recurso de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 497/2000, de 16 de mayo, no puede tener el efecto pretendido por la recurrente, sino más bien el contrario. Lo que en esa sentencia se consideró que constituía una infracción procesal susceptible de sustentar la estimación de un recurso extraordinario como el aquí formulado es que el tribunal de apelación base su sentencia en la inexistencia de unos medios probatorios que sí fueron efectivamente practicados en la primera instancia; pero lo distingue expresamente del supuesto en que el tribunal de apelación no haya atribuido a unas determinadas pruebas la fuerza probatoria que pretende otorgarle la parte recurrente, puesto que esto último entra dentro de sus facultades de apreciación y valoración de las pruebas practicadas, por lo que no sería apto para fundamentar un recurso extraordinario, y es justamente el supuesto objeto del recurso.

4.- Tampoco infringe la exigencia de motivación exhaustiva que la Audiencia Provincial haya realizado una valoración conjunta de la prueba, seleccionando las pruebas que haya considerado más relevantes, y haya omitido sacar conclusiones de las que no ha considerado relevantes.

En cuanto a la invocación de la infracción del principio de congruencia, no aparece debidamente justificada en el recurso, tanto más cuando se están planteando cuestiones atinentes a la carga de la prueba y a la valoración de la prueba practicada. En todo caso, la sentencia ha resuelto congruentemente los recursos planteados, estimando unos y desestimando otros, sin alterar la *causa petendi* [causa de pedir] ni las pretensiones formuladas por las partes.

5.- Por otra parte, a través de la denuncia del error en la fijación de la base fáctica del litigio, las recurrentes están cuestionando en buena parte valoraciones jurídicas realizadas por la Audiencia, puesto que critican que la Audiencia haya considerado una operación fraudulenta de traspaso de activos lo que ellas califican como reestructuración empresarial, y consideran como hecho fundamental del que parte la Audiencia (la insolvencia de Torrevisa) un extremo al que la Audiencia ha dado en realidad una trascendencia secundaria.

#### **CUARTO.- Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Marcos y Bañuls**

1.- El epígrafe del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal de Marcos y Bañuls es: « Al amparo del artículo 469.1.4º por infracción del artículo 24 de la CE , al incurrir el tribunal de instancia en error manifiesto y ausencia de valoración de la prueba que le lleva a concluir en contra del resultado probatorio que el reparto de dividendos constituye la primera de las operaciones y que es la operación que genera todas las demás».



2.- El motivo se basa en que las pruebas practicadas en el proceso y no valoradas por la Audiencia ponen de manifiesto que el reparto de dividendos no pudo ser el motor justificativo del supuesto fraude, puesto que no existió tal fraude, y es el Acuerdo Marco de 24 de junio de 2008 celebrado entre Contratas Marcos y Torrevisa el que explica todos los negocios jurídicos posteriores que son objeto de impugnación en la demanda.

Al no hacerlo así, la Audiencia Provincial habría vulnerado los arts. 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no valorar adecuadamente los documentos relativos a dicho Acuerdo Marco, que no fueron impugnados, y el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no valorar adecuadamente las declaraciones de algunos de los peritos que explicaron que el reparto de dividendos podría haberse realizado sin necesidad de ninguna otra operación.

#### **QUINTO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de la infracción denunciada**

1.- La valoración de la Audiencia Provincial sobre la existencia de un fraude a los acreedores de Contratas Marcos y de la importancia que en este fraude tuvieron los diversos negocios jurídicos celebrados por dicha sociedad no es una cuestión de valoración de la prueba que pueda ser impugnada en el recurso extraordinario por infracción procesal.

2.- La Audiencia no ha incurrido en error fáctico alguno en relación con el documento de 24 de junio de 2008, suscrito entre Contratas Marcos S.L. y Torrevisa S.A., y calificado como Acuerdo de Cesión Contractual y Asunción de Deuda Liberatoria. La Audiencia ha sido consciente de la existencia de tal documento, al que expresamente hace referencia al fijar los hechos relevantes en el litigio, y de su contenido. Que no le otorgue la eficacia jurídica y la trascendencia en el conjunto de actos y negocios jurídicos celebrados en las fechas inmediatamente posteriores que pretenden darle las recurrentes es cuestión completamente ajena a la existencia de un supuesto error patente o arbitrariedad valoración de la prueba documental, que ha de versar sobre la fijación de extremos fácticos, no sobre la valoración jurídica de tales extremos.

3.- La Audiencia Provincial tampoco ha infringido el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no obtener las conclusiones de las declaraciones de algunos de los varios peritos que han intervenido en el proceso que pretende la recurrente.

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que como no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, ni las reglas de la sana crítica están catalogadas o predeterminadas, no es posible someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional. Solo puede controlarse en el recurso extraordinario por infracción procesal el error patente ("error de hecho notorio"), la arbitrariedad y la irracionalidad, por conculcarse las más elementales reglas de la lógica, en la valoración judicial de dicha prueba.

En el presente caso, no se advierte ningún defecto de tal magnitud, tanto más cuando no existe una sola prueba pericial (o varias, pero coincidentes en todos sus extremos) cuyas conclusiones hayan sido irracionalmente ignoradas o contradichas por el tribunal, sino diversas pruebas periciales, propuestas a instancias de varias partes, de las que no puede considerarse que hayan resultado unas conclusiones uniformes que hayan sido irracionalmente ignoradas o contradichas por la Audiencia Provincial, y que han de ser valoradas conjuntamente con los demás medios probatorios practicados.

#### **SEXTO.- Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal de Indesur**

1.- Este motivo se encabeza con el siguiente epígrafe: « *Se funda en el motivo regulado en el artículo 469.1.3º por infracción por vulneración de los artículos 265, 336, 337 y 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 194 de la Ley Concursal, al haber sido admitida determinada prueba pericial una vez precluido el plazo fijado para ello* ».

2.- La infracción de estos preceptos legales se habría producido al admitirse al amparo del art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil una prueba pericial que no respondía a lo previsto en tal precepto sino que constituían un contrainforme a los informes periciales aportados con la contestación a la demanda, lo que determinaría la existencia de indefensión.

#### **SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de la infracción denunciada**

1.- El motivo debe ser desestimado por varias razones. La primera es que la Audiencia Provincial, reconociendo la dificultad en delimitar el supuesto de hecho del art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, razona que el informe pericial aportado por Administración Concursal tras las contestaciones a la demanda, no constituía, al menos en su integridad, un contrainforme sino un nuevo informe pericial cuya necesidad resultaba de las alegaciones de las partes demandadas, razonamiento que no puede considerarse irracional ni falto de cualquier base lógica.



2.- En segundo lugar, para que la infracción consistente en la indebida admisión de una prueba pueda dar lugar a la estimación del recurso, es preciso que se justifique adecuadamente que la prueba indebidamente admitida fue determinante en el fallo del litigio. Esta justificación falta en el presente caso.

3.- Por último, para que pueda estimarse un motivo de recurso extraordinario por infracción procesal formulado a través del cauce del art. 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es suficiente que se haya producido una infracción de una norma legal de las que rigen los actos y garantías del proceso que haya sido determinante del fallo. Es necesario, además, que la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

La recurrente alega la existencia de indefensión, que liga a la mera admisión del informe pericial.

No puede admitirse que haya existido indefensión cuando la parte recurrente pudo formular al perito que emitió ese informe no solo la solicitud de que explicara el dictamen o alguno o algunos de sus puntos ( art. 437.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), sino también preguntas y objeciones sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen ( art. 437.1.3º), y pedir asimismo a los demás peritos, y en concreto a los propuestos por las partes demandadas, que hicieran una crítica de dicha ampliación de informe ( art. 437.1.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

Ante tales posibilidades de defensa para desvirtuar la ampliación del informe pericial presentado por la Administración Concursal, no puede considerarse concurrente el requisito de indefensión.

### Recurso de casación

#### **OCTAVO.- Formulación del motivo de casación de Indesur y del segundo motivo de casación de Marcos y Bañuls**

1.- Por motivos lógicos, procede analizar en primer lugar estos dos motivos, que plantean cuestiones íntimamente relacionadas entre sí, y que, en línea con lo declarado por el Juzgado Mercantil, rechazan la posibilidad de apreciar la nulidad por causa ilícita consistente en el fraude de acreedores, que es lo hecho por la Audiencia Provincial. Se trata de un presupuesto lógico del análisis del primer motivo del recurso de casación planteado por Marcos y Bañuls, que niega la concurrencia del requisito consistente en que los motivos ilícitos (el fraude de los acreedores de Contratas Marcos) sean comunes a las partes del contrato, necesario para que puedan ser considerados constitutivos de una causa ilícita.

2.- El único motivo del recurso de casación formulado por Indesur lleva el siguiente epígrafe: « *En aplicación del apartado 3º del art. 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos 1290 al 1299 del Código Civil, así como la Doctrina Jurisprudencial que la desarrolla, entendiéndose que ostenta interés casacional, al entender que el fraude es causa de rescisión de los contratos y no de nulidad por causa lícita tal y conforme sostiene la sentencia recurrida*».

3.- Los argumentos que, sintéticamente, fundamentan este motivo pueden resumirse en que el fraude de acreedores no puede tener nunca el tratamiento legal correspondiente a la nulidad negocial, sino exclusivamente el de la rescisión por fraude de acreedores, pues para que pudiera decretarse la nulidad los negocios jurídicos deberían ser constitutivos de una simulación con ánimo de defraudar a los terceros.

4.- El segundo motivo del recurso de Marcos y Bañuls se encabeza así: « *Por infracción de los artículos 1261 en relación con el art. 1275 y 1277 del Código Civil en la medida en que confunde la Sentencia acción de nulidad y acción pauliana, prevista en los artículos 1111 y 1291 del Código Civil y la interpretación y diferenciación que de ambas acciones hace el Tribunal Supremo en las Sentencias de 8 de marzo de 2012 y 20 de octubre de 2006, así como infracción de los citados artículos 1275 y 1277 relativos a la causa de los contratos en la medida en que no concurren los requisitos que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta en las Sentencias de 28 de septiembre de 2007, 2 de febrero de 2012 y 3 de junio de 2011 exige para entender que existe causa ilícita*».

5.- El motivo se fundamenta en que la sentencia recurrida confunde la acción de nulidad y la acción pauliana, obviando que ambas son acciones distintas e independientes, con fundamentos y requisitos diferentes, siendo el "consilium fraudis" un requisito propio de la acción rescisoria por fraude de acreedores o pauliana, distinto de la causa ilícita.

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

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



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

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

**2.-** Cuando existe una mera apariencia negocial porque las partes intentan encubrir con la celebración ficticia del negocio la persistencia de la situación anteriormente existente, de modo que tratándose de un negocio traslativo, no se produzca (ni haya propósito de que ello acontezca) la traslación patrimonial ni la realización de la contraprestación, nos encontramos ante una simulación absoluta. Siendo cierto que la causa de la simulación no tiene por qué ser necesariamente ilícita (puede ser la discreción, la jactancia, la confianza), es habitual que lo sea, y puede consistir en el propósito de defraudar a los acreedores mediante la disminución ficticia del patrimonio. Por tanto, existiendo simulación absoluta, que la "causa simulandi" [causa o motivo de la simulación] sea el fraude de acreedores no implica que sólo pueda ejercitarse por el acreedor defraudado la acción rescisoria. Declara al respecto la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 976/2006, de 16 de octubre :

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

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

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

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

Como afirmábamos en la sentencia num. 265/2013, de 24 de abril , en principio, la jurisprudencia considera como causa del negocio la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico, de modo que la causa será la misma en cada tipo de negocio jurídico. Pero esa conceptualización no permite explicar la posibilidad de que exista una causa ilícita, pues ello es incompatible con el fin típico y predeterminado de cada negocio jurídico. Es por eso que el propósito ilícito buscado por ambas partes ha sido elevado por la jurisprudencia a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad del contrato conforme al art. 1275 del Código Civil ( sentencias núm. 760/2006, de 20 de julio , 83/2009, de 19 de febrero , y 215/2013, de 8 de abril , entre otras) cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda el acto jurídico como elemento determinante



de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo ( sentencia núm. 426/2009, de 19 de junio , y las citadas en ella). Por tanto, el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico.

Como declara la sentencia de esta Sala núm. 83/2009, de 19 de febrero , con cita de otras dos anteriores, « *la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las Leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio ( Ss. de 8-2-1963, 2-10-1972, 22-11-1979, 14-3 y 11-12-1986 ), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes ( Ss. de 22-12-1981 y 24-7-1993 )* ». En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la posterior sentencia núm. 215/2013, de 8 de abril , y 498/2014, de 23 de septiembre .

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

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

**4.-** En contraposición a lo anterior, el régimen de la acción rescisoria por fraude de acreedores se ha objetivado progresivamente, desplazándose el centro de gravedad desde el elemento intencional de defraudar al elemento objetivo del perjuicio para el acreedor. En ocasiones, el fraude se presume ( art. 1297 del Código Civil ) y en otros casos basta con el elemento del perjuicio, como es el caso de las acciones rescisorias concursales ( art. 71.1 de la Ley Concursal ). En estos casos, el fraude de acreedores no es el propósito común de los contratantes que, como tal, se eleva a la categoría de causa del contrato y que por su ilicitud determina su nulidad. Por el contrario, el contrato es válido, pero al tener como consecuencia el fraude de los acreedores, o de alguno de ellos, puede ser rescindido si dentro del plazo previsto en la ley se ejercita la acción pauliana por quien está legitimado para ello.

La defraudación que comete el deudor al disponer de sus bienes en perjuicio de sus acreedores no tiene por qué ser dolosa o intencional, bastando para el éxito de la acción rescisoria que se produzca el perjuicio por mera negligencia o impremeditadamente, sin que se precise un "animus nocendi" o de perjudicar a los acreedores ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 657/2005, de 19 de julio ).

La exigencia del *consilium fraudis* [propósito defraudatorio] para el éxito de la acción rescisoria por fraude de acreedores ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora. El *consilium fraudis* se entiende de manera amplia como conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor. Basta que el deudor, enajenante, haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio. Se requiere la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata, pero para este conocimiento resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio, *scientia fraudis* ( sentencia de esta Sala núm. 406/2010, de 25 de junio , con cita de numerosas sentencias anteriores).

Por tanto, para que tenga éxito la acción rescisoria ya no se exige necesariamente la prueba de una actividad intencionada y directamente dolosa, basta la simple conciencia de causar el daño al acreedor y así lo ha declarado esta Sala, llegando a alcanzarse cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple



culpa civil o impremeditación. Importa la diligencia para conocer más que al exacto grado de conocimiento. El elemento central de la acción pasa a ser el daño, consistente en el perjuicio del acreedor derivado de la minoración de la solvencia del deudor que le impide cobrar lo que éste le debe; en definitiva, la frustración del derecho de crédito ( sentencias de esta Sala núm. 749/2006, de 17 de julio , y núm. 510/2012, de 7 septiembre ).

5.- Dada la dificultad de probar el elemento intencional del propósito común de defraudar los derechos del acreedor mediante la celebración del contrato, la acción rescisoria deviene especialmente útil para lograr la protección del derecho de crédito, aunque con las limitaciones que suponen su plazo de caducidad (cuatro años, art. 1299 del Código Civil ) y el requisito de la subsidiariedad, pues solo puede ejercitarse cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso para obtener la reparación del perjuicio ( art. 1294 del Código Civil ), si bien tal requisito ha sido también flexibilizado por la reciente jurisprudencia, que no considera necesaria la acreditación de la insolvencia del deudor en un juicio previo y permite su prueba en el mismo proceso en donde se pretende la rescisión del acto o negocio fraudulento ( sentencias de esta Sala de 18 de julio de 1991 , y núm. 510/2012 , de 7 de septiembre).

Por tanto, como se ha adelantado, es admisible que el ejercicio de estas acciones se realice acumuladamente ( sentencias de esta Sala núm. 278/2008, de 6 de mayo , y 422/2010, de 5 de julio ), siendo lo habitual que se ejercite con carácter principal la acción de nulidad y, de forma subsidiaria, la acción rescisoria, para el caso de que no resultara suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos más estrictos exigidos en la acción de nulidad (bien por simulación, bien causa ilícita) respecto de los exigidos en la acción rescisoria.

El hecho de que el contratante contra el que se dirijan las acciones se encuentre declarado en concurso no es obstáculo para el ejercicio de la acción de nulidad o de la acción rescisoria no concursal, ni para su ejercicio acumulado, puesto que el apartado 6º del art. 71 de la Ley Concursal prevé que « [e]l ejercicio de las acciones rescisorias [concurso] no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el Juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente ».

6.- De lo expuesto se desprende que la sentencia recurrida no incurre en infracción legal alguna al estimar la nulidad de los actos y negocios jurídicos impugnados por concurrencia de causa ilícita al considerar que responden a un propósito común de defraudar a los acreedores de Contratas Marcos mediante el traspaso de los activos de esta sociedad a sus socios.

#### **DÉCIMO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación de Marcos y Bañuls**

1.- El epígrafe que encabeza este motivo tiene el siguiente texto: « Al amparo del artículo 477.1 de la LEC , por aplicación indebida del artículo 1275 del Código Civil , vulnerando la doctrina relativa a la correcta interpretación de este precepto establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 22 de noviembre de 1979 , 2 de diciembre de 1981 , 19 de febrero de 2009 , 2 de febrero de 2012 , 6 de junio de 2002 y 24 de abril de 2013 , sobre la necesidad de que los motivos ilícitos han de ser queridos y perseguidos por las partes del contrato para que puedan ser considerados constitutivos de una causa ilícita ».

2.- El motivo se fundamenta en que para que la causa sea ilícita se exige que el móvil o motivo contrario a la ley sea común o compartido por las partes del contrato y en el caso objeto del recurso, las cuatro operaciones mercantiles que la sentencia de la Audiencia Provincial declara nulas tienen una causa acorde con los preceptos del Código Civil que regulan la causa de los contratos, sin que en ninguna de dichas operaciones exista un motivo o finalidad ilícita, compartida por las partes, que pueda ser elevada a la categoría de causa ilícita a los efectos del art. 1275 del Código Civil

#### **UNDÉCIMO.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo por incurrir en petición de principio**

1.- Para resolver el recurso de casación hay que partir de los elementos de hecho fijados en la instancia como determinantes de la causa ilícita, puesto que, como recuerda la sentencia núm. 760/2006, de 20 de julio , la estimación de los elementos de hecho sobre los cuales ha de basarse la deducción y declaración relativa a la existencia de la causa y, en su caso, a su falsedad e ilicitud, es facultad privativa de los tribunales de instancia. La recurrente, por el contrario, modifica los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, con lo que incurre en el defecto casacional que ha venido en llamarse petición de principio o hacer supuesto de la cuestión.

2.- Tales hechos no son los que interesadamente expone la recurrente, sino los expuestos en el fundamento primero de esta sentencia al transcribir el correlativo de la sentencia de la Audiencia Provincial, completados con otras afirmaciones expuestas a lo largo de esa sentencia, y consistirían, resumidamente, en la realización de una serie de negocios y actos jurídicos por parte de las sociedades Contratas Marcos, Marcos y Bañuls y Chickpea, en un breve periodo de tiempo, como parte de un plan encaminado a vaciar patrimonialmente la sociedad Contratas Marcos y poner dicho patrimonio en manos sus socios, D. Jesús Carlos , su esposa y



sus hijos, socios también de Marcos y Bañuls, para evitar que los acreedores de Contratas Marcos pudieran cobrar sus créditos con cargo a dichos bienes.

Estos negocios consistieron, fundamentalmente, en la venta por precio vil de los bienes inmuebles que constituían el activo inmobiliario de la sociedad Contratas Marcos a la sociedad Marcos y Bañuls, que tuvo lugar mediante escrituras públicas firmadas los días 8 de octubre, 11 y 25 de noviembre y 9 de diciembre de 2008. Los socios de una y otra sociedad, afirma la Audiencia Provincial, eran en aquel momento los mismos, los integrantes de la familia Jesús Carlos Darío , D. Jesús Carlos , su esposa y sus hijos; más adelante, la sociedad Marcos y Bañuls pasaría a ser socio único de Contratas Marcos. De ambas sociedades era administrador D. Jesús Carlos . En las escrituras de compraventa intervinieron, como vendedor, D. Jesús Carlos , como administrador de Contratas Marcos, y como apoderado de Marcos y Bañuls, su hijo Darío .

El precio abonado por Marcos y Bañuls a Contratas Marcos retornó a la compradora en la ejecución del acuerdo de pago de dividendos por importe de 9.236.000 euros acordado por la junta de socios de Contratas Marcos el 5 de enero de 2009, que dejó reducido el patrimonio social de Contratas Marcos a un importe insignificante en relación al existente antes de esta operación. La operación se justificó contablemente mediante la eliminación del balance de las deudas que Contratas Marcos mantenía con sus acreedores, pese a que tales deudas persistían.

Junto con estas compraventas, otro negocio integrado en este plan sería el de la venta a Marcos y Bañuls de las participaciones de Chickpea 26 S.L. (un 40% de su capital social) de que era titular Contratas Marcos, en la que, afirma la Audiencia Provincial, el precio no llegó a ser efectivamente abonado por cuanto que en la misma fecha en que fue ingresado en la cuenta de la vendedora Contratas Marcos, retornó a la cuenta de la compradora, Marcos y Bañuls.

**3.-** El último acto integrado en este plan de vaciamiento patrimonial en perjuicio de los acreedores, íntimamente ligado con venta de las participaciones sociales a que se ha hecho referencia, sería el pago de 5.360.000 euros efectuado el 29 de enero de 2009 por Contratas Marcos a Chickpea, pese a que, afirma la Audiencia Provincial, no hubiera sido necesario realizar dicho pago, dinero que terminó inmediatamente en la cuenta de Marcos y Bañuls puesto que era el nuevo socio de Chickpea (había comprado las participaciones sociales a Contratas Marcos apenas unos días antes) y percibió de Chickpea como préstamo lo mismo que Contratas Marcos acababa de restituir a Chickpea.

La alegación de la recurrente de que en este caso no podía afirmarse que hubiera un común propósito de las partes de defraudar a los acreedores de Contratas Marcos no encaja en los hechos expuestos en la sentencia, concretamente lo anteriormente expuesto y que el Sr. Jesús Carlos era administrador tanto de Contratas Marcos como de Chickpea como de Marcos y Bañuls.

Si la Audiencia Provincial afirma posteriormente, a la hora de fijar las consecuencias de la nulidad en la calificación del crédito que se reconoce a Chickpea y en el devengo de intereses, que no puede apreciarse mala fe en Chickpea, podrá cuestionarse esta última valoración (que no lo ha sido por aquellos a quienes puede suponer un gravamen, pues no han recurrido la sentencia de la Audiencia Provincial), pero no puede cuestionarse la base fáctica de la que deriva la conclusión de la Audiencia, ni la conclusión misma, de que en la realización de dicho acto jurídico ambas partes, Contratas Marcos y Chickpea, actuaron conscientemente dentro del plan deliberado de vaciar patrimonialmente la primera sociedad, en fraude de sus acreedores.

#### **DUODÉCIMO .- Costas y depósitos**

**1.-** De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a las recurrentes.

**2.-** Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

**1.-** Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por "Inversiones y Desarrollos Urbanos del Sureste, S.L." y "Marcos y Bañuls, S.L. contra la sentencia núm. 286/2013 de fecha veintiocho de junio de dos mil trece, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava , en el recurso de apelación núm. 693 (M-170)/12.





2.- Imponer a las expresadas recurrentes las costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Pedro Jose Vela Torres.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ