

REFLEXIONES Y PROPUESTAS SOBRE LAS ACCIONES CIVILES APLICADAS A LA TUTELA DEL CRÉDITO PÚBLICO. ESTUDIO DE LA NULIDAD POR CAUSA ILÍCITA

Víctor F. Romo Blanco

*Inspector de Hacienda
(España)*

Title

Reflections and proposals on civil actions applied to the protection of public credit. study of nullity for unlawful cause

Resumen

El acreedor público, para la defensa recaudatoria del crédito público, para reaccionar frente al fraude de acreedores, tendrá a su disposición tanto las autotutelas administrativas como los remedios civiles y ambas vías serán compatibles y necesarias, especialmente para el caso de que, donde no lleguen las autotutelas sí puedan llegar los remedios civiles.

En este sentido, por la jurisprudencia contenciosa se ha impuesto la necesidad de plazos concisos y conocidos para la declaración de responsabilidades tributarias, surgiendo la cuestión de cómo abordar el fraude de acreedores que pueda padecer el acreedor público. Dicho fraude de acreedores legitimará al acreedor público para ejercitar la acción de nulidad por simulación absoluta, que es imprescriptible, de suerte que, prescrito el derecho a declarar una responsabilidad tributaria por ocultación de bienes será obligación del acreedor público continuar la actividad recaudatoria por las vías civiles si se dan sus requisitos.

De igual modo, por la jurisprudencia contenciosa se ha sentado que no cabe declarar la responsabilidad tributaria de un menor, como causante o colaborador en la ocultación de bienes en fraude del acreedor público. La solución no será otra que acudir a los remedios civiles, y a ser posible empleándolos combinadamente.

En todo caso, la relación entre todas estas facultades y remedios, –los civiles y los propios de las autotutelas– será de plena compatibilidad. Así, el acreedor público podrá decidir con discrecionalidad técnica, si bien bajo un mandato, el de eficacia, pues lo que para el acreedor privado es principio dispositivo, para el acreedor público es necesidad de eficacia.

Palabras clave

Acreeedor público, fraude de acreedores, remedios civiles, acción de nulidad por simulación absoluta, simulación, menor de edad, tutela del crédito público.

Abstract

The public creditor, for the collective defense of the public credit, to react against the fraud of creditors, will have at his disposal both administrative self-protections and civil remedies and both ways will be compatible and necessary, especially for the case that, where self-protections do not reach, civil remedies can reach.

In this regard, contentious case law has imposed the need for concise and known deadlines for the declaration of tax liabilities, raising the question of how to address creditor fraud that the public creditor may suffer. Such fraud of creditors will legitimize the public creditor to exercise the action of nullity by absolute simulation, which is imprescriptible, so that, prescribed the right to declare a tax liability for concealment of assets will be the obligation of the public creditor to continue the collection activity by civil means if its requirements are met.

Similarly, the contentious jurisprudence has ruled that it is not possible to declare the tax liability of a minor, as a cause or collaborator in the concealment of assets in fraud of the public creditor. The solution will be no other than to resort to civil remedies, and if possible using them in combination.

In any case, the relationship between all these faculties and remedies, 'civilian and those of self-protection' will be fully compatible. Thus, the public creditor may decide with technical discretion, albeit under a mandate, that of effectiveness, because what for the private creditor is a principle device, for the public creditor is a need for effectiveness.

Keywords

Public creditor, creditor fraud, civil remedies, action for nullity by absolute simulation, simulation, minor, guardianship of public credit.

Fecha de Recepción: 12-09-2024 /Fecha de aceptación: 16-10-2024

Cómo citar: Romo Blanco, V.F. (2024). Reflexiones y propuestas sobre las acciones civiles aplicadas a la tutela del crédito público. Estudio de la nulidad por causa ilícita. *Revista Técnica Tributaria*, (147), 159-202.

SUMARIO

1. Introducción, la protección institucional del crédito público bajo el fundamento primario del artículo 1.911 CC
 - 1.1. Sobre las acciones civiles y la mejor defensa recaudatoria del crédito público
 - 1.2. De la compatibilidad de las autotutelas con los remedios civiles, como vía para la mejor defensa del crédito público
 - 1.3. Planteamiento, metodología y desarrollo de este estudio
2. La nulidad por causa ilícita, el fraude de acreedores y en particular el fraude a la hacienda pública
 - 2.1. Comenzando por el final: el concepto de simulación por causa ilícita que nos ofrece la jurisprudencia
 - 2.2. Las dos vías para la causalización de los motivos impulsivos y comunes, bien su expresión como fundamento del negocio, bien su ilicitud
 - 2.3. Las condiciones para la causalización de los motivos lícitos, la doctrina del móvil causalizado
 - 2.4. Las condiciones para la causalización de los motivos ilícitos: el propósito ilícito buscado por ambas partes —o buscado por una y conocido y aceptado por la otra— elevado a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico
 - 2.5. Los requisitos para la causalización de los motivos: la comunidad de propósitos o la finalidad negocial contraria a la ley o a la moral y común a todas las partes
 - 2.6. Los requisitos para la causalización de los motivos y en particular, el que sea común a ambas partes, entendido cuanto menos porque la motivación se dé en una de ellas y la otra haya conocido y consentido
 - 2.7. Una idea a tener presente: procede la nulidad por simulación con independencia de los motivos, o de la licitud o ilicitud, por el sólo hecho de haber creado una apariencia
 - 2.8. Una reflexión necesaria: la causa ilícita no lo será del negocio —a la sazón inexistente y carente de causa—, sino de la simulación

2.9. Las consecuencias de que el fraude de acreedores sea la razón de simular serán dos: será hecho determinante de la legitimación activa del acreedor defraudado, y reforzará el régimen de la nulidad contractual que se basará, además de la en la mera apariencia, en la necesidad de salir al paso del fraude

2.10. Los motivos impulsivos o determinantes que, siendo ilícitos, coadyuvan al hallazgo del designio de razonabilidad de la atribución patrimonial

2.11. Sobre la irrelevancia —a efectos causales— de los deseos y expectativas que puedan impulsar a una sola de las partes de la relación contractual

2.12. La especial relevancia de la ilicitud de la motivación común y determinante

2.13. Los efectos de la nulidad contractual. La restitutio in integrum

2.14. Imprescriptibilidad de la nulidad absoluta por ilicitud de la causa

2.15. Sobre el posible ejercicio conjunto de la nulidad por simulación por causa ilícita con el remedio pauliano

2.16. La idoneidad de la prueba indiciaria para la simulación en fraude de acreedores

2.17. Selección de casos de tutela del crédito público tributario acudiendo a la nulidad por causa ilícita

2.18. Una somera mirada a la simulación recogida en el artículo 16 de la Ley General Tributaria

3. Conclusiones del estudio

4. Bibliografía

1. Introducción, la protección institucional del crédito público bajo el fundamento primario del artículo 1.911 CC

1.1. Sobre las acciones civiles y la mejor defensa recaudatoria del crédito público

Debemos ubicarnos en la sede de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en lo sucesivo AEAT), en la parte de «normativa y criterios interpretativos». En la entrada de 29 de mayo de 2024, titulada «Sobre las acciones civiles y la mejor defensa recaudatoria del crédito público»¹, podemos leer lo siguiente:

«En el plan estratégico de la Agencia Tributaria 2024-2027, dentro de sus ejes vertebradores, junto a la asistencia al contribuyente, las actuaciones preventivas y la estrategia de comunicación aparece, como no podía ser de otro modo, el control del fraude.

Dentro del mismo, en el subapartado c.10 se hace referencia a las «actuaciones complejas de control en materia de recaudación», donde podemos leer, como algo novedoso, que:

«Desde otro punto de vista, se debe hacer referencia al ejercicio de acciones civiles en defensa del crédito público. Se trata de casos en que los mecanismos de recuperación de deuda de los que está dotada la Agencia Tributaria se muestran insuficientes para lograr el fin perseguido, por lo que ha de acudir a la tutela judicial para conseguir el mismo, a través del ejercicio de acciones en el ámbito jurisdiccional civil. Así pues, es un hecho que la mejor defensa recaudatoria de los derechos de la Hacienda Pública estatal hace necesario acudir a las acciones civiles».

Esto merece comentario y reflexión y es que acaso debamos modular la respuesta que, desde la recaudación del crédito público, estamos dando al fraude de acreedores.

Si acudimos al diccionario panhispánico del español jurídico veremos que «fraude de acreedores» se define como acto del deudor, generalmente simulado y rescindible, que deja al acreedor sin medio de cobrar lo que se le debe.

Estas ideas no son complejas y no deben complicarse. Todo acreedor espera cobrar lo que se le debe y para ello cuenta con el patrimonio de su deudor. El problema surge cuando este patrimonio se esfuma y no por azares, sino por actos del deudor y de su grupo de confianza, que como se decía, dejan al acreedor sin medio de cobrar lo que se le debe.

Cuando esto le sucede al acreedor privado, la jurisprudencia civil nos tiene dicho que el fraude de acreedores podrá servir de fundamento a la acción rescisoria, a la nulidad por simulación contractual por inexistencia de causa, y además, a la acción de nulidad por causa ilícita.

1 Sede de la Agencia Tributaria: Sobre las acciones civiles y la mejor defensa recaudatoria del crédito público.

Esto puede resultar complejo y debemos explicar estos tres remedios que dispensa el derecho civil al acreedor frustrado:

- En la simulación absoluta el contrato por el que los bienes salieron del patrimonio del deudor, lisa y llanamente, no existe –pensemos en una venta sin precio-, pues careciendo de causa, adolece de un defecto insubsanable.
- En la nulidad por causa ilícita, siendo el contrato real y existente, 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. En esta figura el fraude de acreedores no es la consecuencia del contrato, sino su causa que, por su ilicitud determina, desde su génesis, su ineficacia estructural.
- El remedio pauliano es acaso lo más complejo, pues el contrato nace perfecto y válido, pero deviene fraudulento por el daño que a la postre causa al acreedor. En este remedio lo importante es el daño y no la intención, importando la diligencia para conocer que se puede causar un daño más que el exacto grado de conocimiento, llegando el remedio a ser objetivo para el caso de las disposiciones o título lucrativo o gratuito.

En conclusión y para que se entienda, el fraude de acreedores puede ser buscado y querido por el deudor y por miembros de su grupo de confianza que con él colaboran en ocultar los bienes al acreedor. En este caso el remedio es la nulidad de los contratos, ya sea por inexistencia de causa, ya sea por causa ilícita, y la consecuencia es el retorno de los bienes al deudor y la reconstrucción de la garantía patrimonial de la que disfrutaba el acreedor.

Y si el fraude de acreedores no es una causa, sino una mera consecuencia, si lo importante no era la intención, sino el daño causado a la postre, el remedio es el pauliano, que no reconstruye el patrimonio del deudor, sino que opera el efecto repristinatorio del embargo, esto es, respeta el acto dispositivo realizado, pero permite al acreedor perjudicado proceder al embargo del bien en el patrimonio del adquirente que, pese a no ser deudor, deberá sufrir el embargo.

Este es básicamente el esquema civil de tutela frente al fraude de acreedores, y lo que sucede es que cuando quien sufre el fraude es el acreedor público, estando como está investido de autotutelas, tiene a su disposición un remedio propio y específico, cual es el artículo 42.2 a) LGT.

Este precepto nos viene a decir que serán responsables solidarios del pago de lo debido y hasta el importe del valor de los bienes y derechos ocultados, los que con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria hayan sido causantes o colaboradores en dicha ocultación.

Vemos con nitidez que estamos hablando de lo mismo, de fraude de acreedores, que la conducta sufrida por el acreedor es la misma y que lo que diverge es el remedio aplicado.

Es por ello que la jurisprudencia ya contenciosa nos tiene dicho que la facultad contenida en el artículo 42.2 a) LGT permite la protección del crédito público sin necesidad de acudir a acciones de nulidad o rescisión.

Y es que, lo que para el acreedor privado son acciones de nulidad o rescisión a ejercitar ante el juez civil, que permiten bien reconstruir el patrimonio o reprimir el embargo, para el acreedor público es una facultad que, con autotutelas, permite declarar deuda en el responsable del daño, con el límite del valor de los bienes ocultados.

Pero debemos entender que la Administración tiene a su disposición todos estos remedios, que acaso la declaración de responsabilidades deba ser, por eficacia, su primera opción, pero que, si esta vía fallase nada impide el empleo de cualquiera otra de las que el ordenamiento pone a su disposición, como pueda ser la revocatoria o la de nulidad por simulación, y así podemos leerlo en la STS 24-04-2013, Sala de lo Civil, recurso de casación 2108/2010, ECLI:ES:TS:2013:2753.

Y esto es lo que nos dice el párrafo referido del plan estratégico de la Agencia Tributaria 2024-2027, que para la mejor defensa recaudatoria de los derechos de la Hacienda Pública estatal se hace necesario acudir a las acciones civiles, y para ilustrar esta idea, ofrecemos dos ejemplos:

- Puede suceder que haya prescrito el derecho a declarar la responsabilidad tributaria del artículo 42.2 a) LGT.

Pues bien, nada impide si se dan sus requisitos que la Administración tributaria acuda a la acción de nulidad por simulación que, como es por todos sabido, es por definición imprescriptible como puede leerse, por ejemplo, en la STS 19-11-2015, Civil recurso de casación 1329/2014, ECLI:ES:TS:2015:4891.

- Puede suceder que en la conducta que causa un daño al acreedor público esté implicado alguien de quien no pueda predicarse el elemento subjetivo del artículo 42.2 a) LGT, piénsese en una donación hecha, en fraude del acreedor público, a un menor de edad.

Pues bien, nada impide que la Administración acuda al remedio pauliano que, para el caso de actos a título gratuito, dispensa un remedio objetivo, sin necesidad de acudir al plano de la conciencia o culpabilidad, como nos dejó dicho la STS 07-09-2012, Civil recurso de casación 560/2010, ECLI:ES:TS:2012:7508.

En suma y conclusión, debemos reflexionar sobre el hecho de que para la mejor defensa recaudatoria de los derechos de la Hacienda Pública estatal se hace necesario acudir a las acciones civiles.»

1.2. De la compatibilidad de las autotutelas con los remedios civiles, como vía para la mejor defensa del crédito público

En base a los criterios interpretativos referidos en el punto anterior y tal y como desarrolla ROMO BLANCO², podemos destacar esta idea: el acreedor

² ROMO BLANCO, V.F., «Reflexiones y propuestas sobre las acciones civiles y las derivaciones de responsabilidad, entendidas como partes de un remedio global frente al fraude de acreedores», en

público, para la defensa recaudatoria del crédito público, para reaccionar frente al fraude de acreedores, tendrá a su disposición tanto las autotutelas administrativas como los remedios civiles y ambas vías serán compatibles y necesarias, especialmente para el caso de que, donde no lleguen las autotutelas sí puedan llegar los remedios civiles.

Y lo que vamos a pretender, de la mano de la jurisprudencia y doctrina civil, es desarrollar este planteamiento:

1. A este conjunto de facultades o acciones que salen al paso del fraude de acreedores (remedio pauliano, nulidad por simulación, inoponibilidad ganancial entre otros) lo podemos definir, siguiendo la terminología de la Sala de lo Civil del Supremo como *la protección institucional del derecho de crédito, que opera bajo el fundamento primario que otorga la responsabilidad patrimonial de nuestro artículo 1911 del Código Civil*³.

Y es que, debemos subrayar que, tal y como refieren ORDUÑA MORENO y TAMAYO HARA⁴, tratando de favorecer el cobro de lo debido «[...] aparecen un conjunto de facultades y acciones que formando parte del contenido natural del derecho de crédito tienen como función facilitar o tutelar su efectividad o valor de realización ante determinadas situaciones en donde la garantía patrimonial del deudor resulta vulnerada.»

2. Cuando nos referimos al crédito público lo que sucede es que, a estas facultades o acciones deben añadirse las propias de la autotutela ejecutiva, particularmente algunas de lo que se ha dado en denominar derivaciones de responsabilidad.

3. La relación entre todas estas facultades y remedios, – los civiles y los propios de la autotutela– será de plena compatibilidad. Así, el acreedor público podrá decidir con discrecionalidad técnica, si bien bajo un mandato, el de eficacia, pues lo que para el acreedor privado es principio dispositivo, para el acreedor público es necesidad de eficacia.

Es cita obligada la STS de 24 de abril de 2013, Civil sección 1ª, recurso de casación 2108/2010, ECLI:ES:TS:2013:2753, que sin lugar a dudas, es la que de modo más completo ha analizado estas cuestiones que ahora nos ocupan y de

Procedimientos tributarios, MERINO JARA, I., (Dir.), LUCAS DURÁN, M., y SUBERBIOLA GARBIZU, I., (Coordinadores). Ed. La Ley 2024, pags 426 y 427.

3 En este sentido la STS de 7 de septiembre de 2012, Civil, sec. 1ª, rec.cas. 560/2010, ECLI:ES:TS:2012:7508, supuso un hito, conteniendo el más completo estudio sobre la acción pauliana y, muy principalmente, sobre sus presupuestos objetivo y subjetivo.

Acaso lo más notable sea cómo la Sala, en su FJ 2º articula y diseña la acción pauliana «en torno a la protección institucional del derecho de crédito, bajo el fundamento primario que otorga la responsabilidad patrimonial de nuestro artículo 1911 del Código Civil», de modo que «se trata, por así decirlo, parafraseando en clave la literalidad del artículo 1111, de tutelar y favorecer el «cobro de lo debido» desde la efectividad del derecho de crédito, tomada en su propia consideración normativa, y no desde la conexión con otros conceptos próximos, pero claramente diferenciales (dolo, simulación, equidad, etc.).»

4 ORDUÑA MORENO, F.J. Y TAMAYO HARA, S., La protección patrimonial del crédito, tomo I. La conservación de la garantía patrimonial del derecho de crédito. Aranzadi 2006, pags. 28 y 29.

la que queremos, desde ya mismo, anticipar dos ideas recogidas en su FJ 8^o⁵, a saber:

- Que los diversos instrumentos jurídicos tuitivos del derecho de crédito están a disposición de los particulares y de las administraciones para ser ejercitados, de suerte que, fallando una de las vías, es obligado acudir a otras.
- Que las responsabilidades por ocultación propias de las autotutelas y, por ejemplo, la nulidad por simulación por causa ilícita, responden a un sustrato común, el fraude de acreedores.

Pues bien, entrando ya a desarrollar esta idea de la compatibilidad de remedios, todos ellos integrantes de la protección institucional del derecho de crédito, la reciente STS de 22 de abril de 2024, Sala de lo Contencioso sección 2^a recurso de casación 9119/2022, ECLI:ES:TS:2024:2438, contiene una idea valiosa cual es que, es a la Administración a quien corresponde el ejercicio de la función recaudatoria, sin que pueda verse condicionada en su ejercicio, reconociendo a renglón seguido su capacidad para escoger entre los supuestos de responsabilidad de los artículos 42 y 43 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT).

Basta elevar este principio de la libertad de elegir, a un nivel superior, al del conjunto de remedios puestos a disposición del acreedor público, dado que como nos recordaba la STS de 21 de diciembre de 2001, Sala de lo Contencioso sección 4, recurso de casación 4576/1996, ECLI:ES:TS:2001:10191, la Administración puede actuar de dos formas distintas: como cualquier otro sujeto de derecho –sometido al Derecho común– o como sujeto investido de prerrogativa –sometido al Derecho propio, al Derecho administrativo.

Es un hecho que atestigua la realidad de las Salas civiles y contenciosas: todas estas facultades, civiles y propias de autotutelas en orden a la protección del crédito público son perfectamente compatibles entre sí⁶, y es más, es tan intensa su imbricación que también es posible acudir a las normas

5 Donde podemos leer que:

«Tampoco considera la Sala que constituya un abuso de derecho o fraude procesal el ejercicio de una acción de nulidad por simulación absoluta cuando anteriormente ha fracasado la vía de la derivación de responsabilidades por colaboración en el ocultamiento malicioso de un bien. Los diversos instrumentos jurídicos están a disposición de los particulares y las administraciones para ser ejercitados, y si una vía no ha dado el resultado buscado (en este caso porque el Tribunal Económico Administrativo Central consideró que se estaba aplicando retroactivamente la norma que permitía la derivación), puede la administración utilizar otra de las que el ordenamiento jurídico pone a su disposición. Y no es correcto que exista contrariedad entre lo alegado en uno y otro, como se ha explicado. Tampoco se observa incompatibilidad entre la derivación de responsabilidades en vía administrativa (que no el ejercicio de una acción de rescisión, como se alega por los recurrentes) y el posterior ejercicio de la acción de nulidad por simulación absoluta en vía civil cuando tal derivación ha sido anulada, pues ambas parten de un mismo sustrato común: la existencia de un ocultamiento malicioso del bien susceptible de traba mediante la apariencia de una transmisión ficticia.»

6 Así, puede acudirse a la tutela civil como primera opción, o como segundo intento tras un primero frustrado en sede de autotutela, o incluso concatenarse remedios civiles y de autotutela. Los ejemplos son inagotables, así por ejemplo, en defensa del crédito público se puede

civiles y mercantiles con autotutelas, empleando para ello cláusulas abiertas de reenvío.⁷

1.3. Planteamiento, metodología y desarrollo de este estudio

Nuestro punto de partida será pues el de la plena compatibilidad del conjunto de remedios –civiles y propios de las autotutelas– que conforman, para el acreedor público, la protección institucional del crédito público bajo el fundamento que otorga la responsabilidad patrimonial de nuestro artículo 1911 del Código Civil. Y para su desarrollo, vamos a estudiar uno de dichos remedios, la nulidad por simulación por causa ilícita, siendo nuestra metodología el análisis de la jurisprudencia y doctrina civiles, pero siempre buscando su aplicabilidad, su incidencia sobre el crédito público.

concatenar la responsabilidad del padre como administrador con la del hijo como donatario, y malograda esta última en sede de autotutela, volver a intentarlo en sede civil, promoviendo acción de nulidad por simulación, SAP de León de 18 de julio de 2018, Civil, sec. 2ª (rec. 171/2018, ECLI:ES:APLE:2018:832), posibilidad ésta avalada por la STS 24 de abril de 2013, Civil (rec. 2108/2010, ECLI:ES:TS:2013:2753); o ante un vaciamiento de una mercantil en favor de vinculados con su grupo de control, optar el acreedor público por el remedio pauliano como primera opción, STS de 22 de junio de 2009, Civil (rec. 2160/2004, ECLI:ES:TS:2009:3900); o ante un vaciamiento hacia el grupo familiar hecho en perjuicio del crédito tributario, cabe optar por el remedio pauliano como primera opción, SAP de Zamora, de 31 de marzo de 2014, Civil, recurso 274/2013, – ECLI:ES:APZA:2014:86 o la SAP de Salamanca de 30 de septiembre de 2019, Sala de lo Civil recurso 338/2019, ECLI:ES:APSA:2019:594; o bien concatenar una responsabilidad tributaria como administrador con el remedio pauliano, ante el refugio de los bienes del administrador en el grupo familiar, SAP de Málaga de 24 de enero de 2022, Civil sec. 5ª rec. 823/2019, – ECLI:ES:APMA:2022:230; o bien concatenar la responsabilidad tributaria como administrador de un cónyuge con una acción autónoma de inoponibilidad para lograr embargo de los bienes recibidos por el cónyuge no deudor, STS de 19 de febrero de 2014, Civil (rec. 317/2012, ECLI:ES:TS:2014:638) o la SAP de Logroño de 30 de septiembre de 2022, Civil sec. 1ª (rec 501/2021, ECLI:ES:APLO:2022:408) o incluso concatenar una responsabilidad tributaria de administradores con una nulidad por causa ilícita ante una capitulación fraudulenta, caso de la STS de 21 de octubre de 2009, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 1302/2005, ECLI:ES:TS:2009:6181.

7 Así la Tesorería General de la Seguridad Social, en base al artículo 15.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, (en adelante TRLGSS) acude a la responsabilidad por deuda del artículo 367 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital., (en adelante LSC), ante el caso de generación de deudas que reducen el patrimonio neto a una cifra inferior a la mitad del capital social, así SSTS de 16 de noviembre de 2023, Contencioso sec. 3ª (rec 7457/2020, ECLI:ES:TS:2023:5055), de 18 de septiembre de 2023, (rec. 657/2021, ECLI:ES:TS:2023:4004) o de 24 de enero de 2023, (rec. 6244/2020, ECLI:ES:TS:2023:297), por citar las más recientes; e igual cláusula de remisión, ya para la AEAT que permite idéntica reacción encontramos en los artículos 42.3 y 43.3 LGT, así STS de 22 de junio de 2023, (rec. 7395/2021, ECLI:ES:TS:2023:2966); o podemos referir la cláusula de remisión sita en el artículo 43.1 c) LGT, que se remite, como es sabido al derecho mercantil, ejercitable con autotutelas, así STS 10 de enero de 2014, (rec. 2715/2012, ECLI:ES:TS:2014:301).

2. La nulidad por causa ilícita, el fraude de acreedores y en particular el fraude a la hacienda pública

2.1. Comenzando por el final: el concepto de simulación por causa ilícita que nos ofrece la jurisprudencia

No es casual que comencemos con la STS de 24 de abril de 2013, Civil sección 1ª, recurso de casación 2108/2010, ECLI:ES:TS:2013:2753, pues es la que –para un caso referido al crédito público tributario, tutelado con la figura de la nulidad por causa ilícita–, mejor y más completamente ha estudiado estas cuestiones.

En su FJ 3º refiere la Sala que:

«[...] 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 [...] 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 [...]. 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 [...].»

Y ya en su FJ 16º nos ofrece los caracteres de este remedio, cuando asegura que:

«El acreedor, en este caso la AEAT, 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][...].»

Y en este sentido, y ya para un caso de liquidación ganancial en perjuicio de titulares de derechos hereditarios, la STS de 6 de febrero de 2020, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 904/2017, ECLI:ES:TS:2020:311⁸, con cita de un precedente reitera estas notas caracterizadoras del remedio.

8 Tal y como podemos leer en el FJ 5º haciendo cita de la STS de 19 de noviembre de 2015, Sala de lo Civil sección 1ª recurso de casación 1329/2014, ECLI:ES:TS:2015:4891: «[...] La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se

Son cuestiones complejas, la construcción de la causalización de los motivos, el poder acudir a un remedio tuitivo del crédito imprescriptible que opera de modo ipso iure y erga omnes, a lo que debe unirse su compatibilidad con la autotutela administrativa.

Esto, como decimos, no es sencillo, y será menester ir poco a poco, desgranando la figura y para ello comenzaremos con la cuestión de la causalización de los motivos, punto de partida ineludible de este estudio, donde también analizaremos cómo la jurisprudencia y doctrina contenciosas están perfilando la figura recogida en el artículo 16 de la LGT.

Entendida esta cuestión ya podremos entrar en las notas caracterizadoras de la figura, como es la de su imprescriptibilidad, y en sus efectos prácticos, para concluir con una relación de casos de aplicación de la misma al crédito público.

2.2. Las dos vías para la causalización de los motivos impulsivos y comunes, bien su expresión como fundamento del negocio, bien su ilicitud

Si acudimos a la STS de 19 de febrero de 2009, Sala de lo Civil sección 1ª recurso de casación 2236/2003, ECLI:ES:TS:2009:586, toparemos con un convenio entre las partes de reparto de determinados fondos con finalidad de defraudación fiscal, con reconocimientos de deudas y con demandas cruzadas. Lo que interesa de la sentencia son sus notables reflexiones sobre la causalización de los motivos, y sobre cómo el negocio ordenado a la consecución del fraude fiscal por fuerza adolecerá de causa ilícita.

En su FJ 2º⁹ encontramos un texto revelador, cuando nos dice que serán dos las vías en que los móviles de las partes puedan acceder a la causa del contrato, bien cuando siendo lícitos se objetiven vía expresión como fundamento del negocio, bien cuando sean ilícitos, en ambos casos estaremos ante los «motivos causalizados».

produce «ipso iure» y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. [...]»

9 Es reseñable este párrafo del FJ 2º:

«Aun cuando la «causa» no aparece conceptualmente definida en el Código Civil y el propio legislador utiliza una terminología equívoca, pues unas veces habla de causa de la obligación (artículo 1261-3º) y otras de causa del contrato (artículos 1275, 1276 y 1277), puede afirmarse que se trata del fin objetivo o inmediato del negocio jurídico o la función económica y social que el Derecho le reconoce como relevante, sin perjuicio de que los móviles subjetivos –en principio, ajenos a la causa– puedan considerarse integrados en la misma cuando se han objetivado mediante su expresión en el propio negocio como fundamento del mismo o se trata de móviles ilícitos, los que vienen a integrar los llamados «motivos casualizados» (sentencias de esta Sala de 11 julio 1984, 21 noviembre 1988 y 8 abril 1992, entre otras).»

2.3. Las condiciones para la causalización de los motivos lícitos, la doctrina del móvil causalizado

Estamos intentando entender la construcción de la nulidad por causa ilícita, y hemos visto un primer concepto, el de la «causalización de los motivos», cosa que puede suceder cuando siendo lícitos se expliciten, o cuando siendo ilícitos, a buen seguro se oculten.

Detengámonos en la primera posibilidad, la de la licitud, –antes de pasar a la segunda, la de la ilicitud y en particular la del fraude de acreedores, que es la que nos interesa– y veamos cómo esta causalización de motivos lícitos ha de tener límites, y en este sentido podemos traer a colación la interesante STS de 19 de junio de 2009, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 1944/2004, ECLI:ES:TS:2009:5729.

En la misma, sucedía que dos entidades suscribieron un complejo contrato, por el que una se comprometía a vender una actividad y otra se hacía con la opción de compra. Para la primera era determinante un vencimiento al que debía hacer frente, y dado que, por sus propios medios pudo atenderlo, se argumentó un decaimiento de la causa del contrato, extremo éste aceptado por las instancias. El Supremo es de otro parecer, en el FJ 4º¹⁰ ofrece una magnífica exposición de la doctrina de la causalización de los motivos, pero advierte de la nece-

10 En cuyo FJ 4º podemos leer que:

«CUARTO.– El artículo 1274 del Código civil, cuya directa inspiración en la doctrina de POTHIER ya fue reconocida por esta Sala en decisiones muy antiguas, ha sufrido una lectura jurisprudencial en la que se ha acentuado el sentido objetivo, más coherente con las tesis doctrinales imperantes que presentan la causa como la función económico-social del negocio. Así, las Sentencias de 8 de julio de 1983, 4 de mayo de 1987, 25 de febrero de 1995, 24 de enero de 1992, 8 de febrero de 1996, 17 de abril de 1997 o 17 de diciembre de 2004, entre muchas otras, consideran que la causa es la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato y se define e identifica por la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico. En los contratos sinalagmáticos, la causa está constituida por el dato objetivo del intercambio de las prestaciones (SSTS 8 de julio de 1974, 8 de julio de 1983, 17 de enero de 1985, 11 de abril de 1994, 21 de julio de 2003, etc.)

Así entendida, la causa se ha de distinguir de los móviles subjetivos, cuya relevancia se produce cuando sean reconocidos y exteriorizados por ambas partes contratantes (SSTS 4 de mayo de 1987, 30 de septiembre y 21 de noviembre de 1988, 31 de enero de 1991, 8 de febrero de 1996, 6 de junio de 2002, etc.).

Esta concepción no elude el peso de los factores subjetivos, pues cabe que el móvil o propósito que guía a las partes tenga peso en la determinación de la voluntad negocial, hasta el punto de que se configure en el caso un «propósito empírico común de las partes» que encarne, en ese supuesto, el elemento causal del negocio. Y así es posible que el móvil subjetivo, que en principio es una realidad extranegocial, salvo que las partes lo incorporen al contrato como cláusula o como condición (SSTS 19 de noviembre de 1990, 4 de enero de 1991, 28 de abril de 1993, 11 de abril de 1994, 1 de abril de 1998, etc.), se incorpore a la causa («móvil casualizado») y tenga trascendencia como tal elemento del contrato (SSTS 11 de julio de 1984, 21 de noviembre de 1988, 8 de abril de 1992, 1 de abril de 1998, 21 de marzo y 21 de julio de 2003, etc.). Pero para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (SSTS 16 de febrero de 1935, 20 de junio de 1955, 17 de marzo de 1956, 30 de enero de 1960, 23 de noviembre de 1961, 27 de febrero de 1964, 2 de octubre de 1972, 8 de julio de 1977, 1 de abril de 1982, 8 de julio y 17 de noviembre de 1983, 30 de diciembre de 1985, 17 de febrero de 1989, 4 de enero de 1991, 11 de abril de 1994, 6 de junio de 2002, 21 de julio de 2003, etc.).»

sidad de que «para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo», y en este caso, el atender a un vencimiento bien podría ser el móvil impulsivo de una de las partes, pero no de la otra, que tan sólo contaba con adquirir una actividad por un precio.

2.4. Las condiciones para la causalización de los motivos ilícitos: el propósito ilícito buscado por ambas partes –o buscado por una y conocido y aceptado por la otra– elevado a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico

Ya nos acercamos a lo que nos interesa, la causa ilícita. Hemos visto cómo los motivos lícitos pueden causalizarse, pero habrá requisitos para ello, toca pues estudiar los requisitos para la causalización de los motivos ilícitos –como pueda ser el fraude de acreedores– que, desde luego, no estarán explicitados en el contrato, sino que se mantendrán ocultos.

Y es que, como podemos ver, ya estamos en el terreno de la simulación contractual en fraude de acreedores y en puridad del acreedor público, dado que como nos decía ALBADALEJO GARCÍA¹¹, en el prólogo de su obra «la simulación», se simula especialmente al fisco y que, acaso el campo de la simulación no sea sólo el fiscal, pero quizá el fiscal sea el más importante.

Y debemos acudir, de nuevo, a la STS de 24 de abril de 2013, Civil sección 1ª, recurso de casación 2108/2010, ECLI:ES:TS:2013:2753, que en relación al crédito público tributario abordó un caso de vaciamiento de la mercantil deudora a través de pantallas societarias bajo control del grupo familiar.

Es en su FJ 3º¹² cuando analizando la «causa ilícita» del artículo 1.275 del Código Civil, se nos dice que, ha de ser un propósito común a ambas partes, que

¹¹ ALBADALEJO GARCÍA, M., *La simulación*. Ed. Edisofer, 2005. Páginas 13 y 14.

¹² Es este un texto contundente y de lectura ineludible:

«[...] 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 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 760/2006, de 20 de julio, RC núm. 3121/1999, y núm. 83/2009, de 19 de febrero, RC núm. 2236/2003) 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 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 426/2009, de 19 de junio, RC núm. 1944/2004, 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.»

ha de ser el móvil impulsivo del contrato y que en tal caso, ese propósito –en el caso analizado el fraude al acreedor público– se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico.

Buscando en siempre necesario enfoque doctrinal acudimos a OLIVA BLÁZQUEZ¹³ que en un texto notable sostiene que:

«La doctrina, como es suficientemente conocido, se ha movido entre dos grandes concepciones dogmáticas de la causa del contrato, la subjetiva y la objetiva. La primera teoría vincula la causa con el fin inmediato (aunque abstracto y típico de cada negocio) que los contratantes pretenden alcanzar cada vez que deciden asumir una determinada obligación contractual. La segunda, aparentemente sostenida por nuestra jurisprudencia, pivota hacia una concepción de la causa como el fin económico-social o la función práctico-social reconocida por el derecho a los contratos. Sin embargo, lo cierto es que ambas teorías naufragan cuando se enfrentan a la categoría de la ilicitud causal. Efectivamente, si, de acuerdo con la teoría subjetiva, la causa se identifica con el fin abstracto que las partes buscan en cada negocio, resulta inconcebible la idea de que ésta pueda ser ilícita. Y lo mismo sucede con la teoría objetiva, ya que, en palabras de la [STS 265/2013, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2753)], la posibilidad de que exista una causa ilícita» es incompatible con el fin típico y pre-determinado de cada negocio jurídico».

Así pues, resulta indudable que la ilicitud no puede predicarse en puridad de ninguna de las dos versiones de la causa del contrato, sino, tal y como sostiene de forma mayoritaria nuestra doctrina, a los motivos que se han incorporado expresa o tácitamente al acuerdo de voluntades. Obviamente, no nos referimos a los móviles internos que llevan a negociar a una de las partes, pues estos carecen de cualquier trascendencia jurídica [STS 359/2015, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2967)], sino a la «causa final» perseguida por los contratantes. Tal y como señalara la STS de 23 de noviembre de 1961, se trata de «la finalidad concreta perseguida por las partes e incorporada al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad». Esta doctrina, que en el fondo no es más que una versión de la teoría subjetiva de la causa refaccionada por obra y gracia, entre otros, de Capitant, pone el foco en el «motivo relevante», en lo que el profesor De Castro denominó como «causa concreta», definida acertadamente como «el conjunto de las motivaciones básicas de los contratantes que han impulsado a la celebración del contrato (motivos) y se han incorporado a él».

2.5. Los requisitos para la causalización de los motivos: la comunidad de propósitos o la finalidad negocial contraria a la ley o a la moral y común a todas las partes

Es nuclear la idea del «propósito común a ambas partes», que vamos ahora a desarrollar. Así la STS de 2 de febrero de 2012, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso

¹³ OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Causa ilícita y contratos ilegales», en *Estudios de Derecho de contratos*, MORALES MORENO, A., (Dir) y BLANCO MARTÍNEZ, E. V. (Coor.). Ed. BOE, abril 2022. Páginas 816 y 817.

de casación 1664/2008, ECLI:ES:TS:2012:501, ante el designio de hacer un uso ilícito de los beneficios fiscales, declaró la causa ilícita de este proceder, y nos dejó dicho, con cita de precedentes, que la ilicitud de la causa ex artículo 1275 CC «descansa en una finalidad negocial contraria a la ley o a la moral y común a todas las partes, y que esta exigencia de comunidad de propósitos viene rotundamente impuesta por un texto prestigioso en el Derecho comparado, como es el artículo 1345 del Código civil italiano, al declarar que «el contrato es ilícito cuando las partes se hubiesen decidido a concluirlo exclusivamente por un motivo ilícito común a ambas».

Así pues debemos ya afirmar la irrelevancia de los deseos y expectativas que puedan impulsar a una sola de las partes, y ya en este sentido la STS de 15 de febrero de 1982, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 461/1980, ECLI:ES:TS:1982:1547, ya nos advertía de que «la ilicitud de la causa aludida en el artículo mil doscientos setenta y cinco del Código Civil presupone una finalidad negocial contraria a la Ley o a la moral, común a todas las partes, decididas a concluir el contrato exclusivamente por un motivo ilícito»; o la STS de 22 de diciembre de 1991, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación (-), ECLI:ES:TS:1991:16112, cuando afirmaba que la imprescindible comunidad de propósitos de las partes «hace irrelevantes los deseos y expectativas que impulsan a una sola de ellas».

2.6. Los requisitos para la causalización de los motivos y en particular, el que sea común a ambas partes, entendido cuanto menos porque la motivación se dé en una de ellas y la otra haya conocido y consentido

Ya estamos cerca de la delimitación completa de la «causa ilícita» del artículo 1.275 del Código Civil. Así sabemos que ha de ser un propósito común a ambas partes, y sabemos que estamos ante una «comunidad de propósitos», resta para cerrar el círculo entender que, si bien el propósito ha de ser común a ambas partes, tal cosa sucederá cuando ambas hayan convenido en el mismo propósito ilícito, o como nos ha dejado dicho la STS de 23 de marzo de 2021, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 5093/2018, ECLI:ES:TS:2021:1079¹⁴, «porque la motivación ilícita de una de las partes sea consentida por la otra, cuanto menos porque la haya conocido y aun así haya celebrado el contrato; esto es, como ha dicho una autorizada doctrina, porque aun siendo la motivación ilícita individual de una sola parte, ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero».

14 La sentencia en los 11 primeros apartados del FJ 3º ofrece una inmejorable exposición de la doctrina de la causalización de los motivos y de sus requisitos, que puede glosarse en que los móviles, deseos y expectativas que han impulsado a las partes a celebrar el contrato son irrelevantes en tanto no hayan trascendido de la esfera interna de cada parte para dar sentido al contrato. Pero si han trascendido y se han convertido en la finalidad práctica o empírica, concreta, perseguida con la celebración del contrato y determinante de tal celebración, se elevan a la categoría de causa del contrato. Así sucede que el propósito ilícito 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, cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda al acto

2.7. **Una idea a tener presente: procede la nulidad por simulación con independencia de los motivos, o de la licitud o ilicitud, por el sólo hecho de haber creado una apariencia**

Decíamos que, con determinados requisitos, podrán acceder a la causa tanto los motivos lícitos, debidamente explicitados, como los ilícitos, necesariamente ocultos; y centrándonos ya en la causa ilícita, entroncamos con la apariencia y la simulación.

Recordemos como DE CASTRO¹⁵ nos advertía de que la simulación lleva dentro de sí misma la idea del ocultamiento o del engaño, de suerte que la declaración simuladora es querida y no sólo para ocultar o engañar; se quiere crear una apariencia y para un fin determinado, existiendo, por tanto, un acuerdo de simular «consillium simulationes».

Por su parte, ALBADALEJO GARCÍA¹⁶, nos ofrece una notable definición teniendo por simulado el negocio que, «[...] sin quererlo de verdad, se finge celebrar, llevando a cabo la conducta exterior en que consiste el otorgamiento del negocio verdadero que sea, pero sin voluntad de realizar efectivamente el tal negocio, que sólo se aparenta, pues el otorgante u otorgantes no tienen deseo de darles vida, sino que sólo persiguen (con el fin que sea) hacer creer a los demás que es realidad lo que únicamente es una engañosa apariencia vacía del necesario propósito negocial, propósito que no se tiene, sino que sólo se finge.»

Y añade el autor, entrando en terreno causal, que «[...] el negocio simulado es un negocio que aparenta lo que no es, y así la declaración de voluntad que contiene es una falsa realidad, que no responde a que exista una voluntad negocial verdadera, pues lo que se declara no se quiere. De modo que faltando verdade-

jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo, en tanto que determinante de la celebración del contrato. De tal suerte, el propósito perseguido por las partes al celebrar el contrato ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que, si hay coincidencia entre aquel propósito y esta función, y no concurren otras causas de ineficacia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. Pero si no la hay, porque el propósito que se persigue es ilícito (como es el caso en que ese propósito de las partes es la comisión de un delito), 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, conforme al art. 1275 del Código Civil.

Y es en los puntos 10º y 11º del FJ 3º donde se refieren los requisitos para la causalización de los motivos ilícitos, así es sabido que para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo. Por tanto, tres son los requisitos para que la motivación jurídicamente relevante constituya la causa ilícita determinante de la ineficacia del contrato: i) ha de ser opuesta «a las leyes o a la moral» (art. 1275 del Código Civil); ii) ha de ser determinante de la celebración del contrato; iii) ha de ser común a ambas partes, porque ambas hayan convenido en el mismo propósito ilícito o porque la motivación ilícita de una de las partes sea consentida por la otra, cuanto menos porque la haya conocido y aun así haya celebrado el contrato; esto es, como ha dicho una autorizada doctrina, porque aun siendo la motivación ilícita individual de una sola parte, ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero.

15 DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio jurídico. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1971», páginas 338 y 339.

16 ALBADALEJO GARCÍA, M., *La simulación*. Ed. Edisofer, 2005. Página 17.

ramente la voluntad hay un caso de discrepancia entre voluntad, que no se tiene, y declaración de voluntad en la que aparece como querido lo que no se quiere. Además, partiendo de todo eso, está claro que falta la causa del negocio, ya que la que se le atribuye es ficticia. De lo que resulta que el negocio es doblemente nulo, pues lo es por falta de voluntad y por falta de causa (C.c., arts. 1261, 1º y 3º, y 1275).»

Así pues, debemos entender que lo determinante de la nulidad es la creación de una mera apariencia, haya sido la finalidad lícita o ilícita, y así por ejemplo la STS de 25 de marzo de 2013, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 2201/2010, ECLI:ES:TS:2013:2456, en un interesante caso de vaciamiento de la mercantil deudora a través de pantallas vinculadas, en su FJ 14º¹⁷ nos ofrece esta reflexión, que lo determinante de la nulidad no lo fue la ilicitud del fraude de acreedores como motivo impulsivo, sino la creación de un mera apariencia.

Pero ya anticipamos que nosotros nos vamos a mover en el terreno de la ilicitud causal, siendo la causa simulaciones o causa de simular, el fraude de acreedores, y en particular del acreedor público, lo cual tendrá marcadas consecuencias, a mayores de la nulidad que sucede por la creación de la mera apariencia.

2.8. Una reflexión necesaria: la causa ilícita no lo será del negocio –a la sazón inexistente y carente de causa–, sino de la simulación

Siguiendo con la idea anterior, y acudiendo nuevamente a la STS de 24 de abril de 2013, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 2108/2010, ECLI:ES:TS:2013:2753, aborda la Sala en su FJ 3º esta espinosa cuestión, donde los términos pueden parecer equívocos, y nos dice que:

«Puede considerarse que en los casos en que existiendo una simulación absoluta la jurisprudencia hace referencia a la «causa ilícita» se está refiriendo no a la causa del negocio, inexistente justamente por ser absolutamente simulado y como tal meramente aparente, sino a la causa de la simulación. Dado que pueden existir móviles determinantes de una simulación absoluta que no sean ilícitos o inmorales (la jactancia, la discreción, la confianza), pueden distinguirse simulaciones absolutas con causa lícita y con causa ilícita, por más que la simulación absoluta sea siempre una patología determinante de la nulidad absoluta del negocio, pues «los contratos sin causa... no producen efecto alguno» según prevé el art. 1275 del Código Civil.»

17 Sobre esta cuestión, ante la alegación de las partes de la ausencia de fraude de acreedores, pues hubo pago real y válido u entraron bienes en el patrimonio del deudor, esto es que «[...] las facultades agresivas del cualquier acreedor [...] no resultaban disminuidas con una venta de bienes [...] al ingresar en su patrimonio una contraprestación o equivalente [...]», reflexiona la Sala en su FJ 14ª que «[...] Por otro lado, no tienen en cuenta que la sentencia recurrida declaró simulado el contrato y que, aunque añadió que la finalidad perseguida por quienes lo celebraron había sido fraudulenta – evitar que los acreedores hicieran efectivos sus derechos sobre las acciones de que era titular Otachi, SA –, no fue tal ilicitud el factor determinante de la declaración de inexistencia del negocio, sino su simulación, esto es, el hecho de no haber constituido más que una mera apariencia. De modo que, aunque el fin hubiera sido lícito – que no lo fue –, la enajenación no existiría para el ordenamiento, « inter partes », pues éstas lo que pactaron fue crear, conscientemente y de acuerdo, una falsa realidad. [...]».

Bien parece que lo determinante de la nulidad será la simulación, la creación de una mera apariencia, ésta y no otra, será la patología que acarree la nulidad absoluta.

Pero dicho esto, no será baladí que la causa de simular sea ilícita, —entendida no como causa del contrato, inexistente por ser mera apariencia, sino como causa de la simulación—, y de consistir en el fraude de acreedores, los efectos no serán menores, como veremos a continuación.

Y es una certeza que las más veces se simula en fraude de acreedores —también desde luego del acreedor público— y así GARCÍA VICENTE¹⁸, subraya el hartazgo del Tribunal Supremo dando cuenta de la frecuencia con la que, con la simulación, lo que se busca es el fraude de los acreedores; y OLIVA BLÁZQUEZ¹⁹, sostiene que «los contratos realizados en fraude de acreedores también pueden resultar nulos por causa ilícita, [...] a pesar de que en muchas ocasiones lo más conveniente sea invocar su rescisión (arts. 1111 y 1291.3 CC).»

2.9. Las consecuencias de que el fraude de acreedores sea la razón de simular serán dos: será hecho determinante de la legitimación activa del acreedor defraudado, y reforzará el régimen de la nulidad contractual que se basará, además de la en la mera apariencia, en la necesidad de salir al paso del fraude

Ya estamos cerca de una solución, si hay apariencia, si hay engaño, habrá simulación, y esto es lo determinante de la nulidad. Pero el hecho de que el móvil impulsivo de este engaño haya sido el fraude de acreedores tendrá marcadas consecuencias, a saber, la legitimación activa del acreedor burlado —también desde luego de tratarse del acreedor público— y el reforzamiento del régimen de la nulidad, pues el fraude a los acreedores es odioso, también cuando el burlado es el acreedor público.

Retornemos a la STS de 24 de abril de 2013, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 2108/2010, ECLI:ES:TS:2013:2753. En su FJ 3º advierte la Sala de que «[...] esa causa ilícita de la simulación puede ser relevante para la determinación del interés que atribuye al tercero legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad. Asimismo, puede añadir una justificación a la represión jurídica de la simulación absoluta, que se justificaría, valga la redundancia, no sólo por el defecto interno del negocio, sino también por la improcedencia de dar reconocimiento jurídico al engaño y al fraude.»

Y tan capital concepto se desarrolla en el FJ 16º, con un texto revelador que merece ser reproducido:

«El acreedor, en este caso la AEAT, en tanto ostenta un interés legítimo, puede ejercitar la acción de nulidad por simulación absoluta, que es impres-

¹⁸ GARCÍA VICENTE, J.R., *La simulación de los contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ed. Aranzadi 2017, págs. 39 y siguientes.

¹⁹ OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Causa ilícita y contratos ilegales», pág. 812, en *Estudios de Derecho de contratos*, MORALES MORENO, A., (Dir) y BLANCO MARTÍNEZ, E. V. (Coor.). Ed. BOE, abril 2022.

criptible, 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][...]. El fraude de acreedores constituye en este caso un elemento determinante de la legitimación, pues el acreedor está legitimado para ejercitar la acción de nulidad 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. Refuerza además la justificación del régimen de nulidad contractual pues tal justificación 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 defraudatorio que impide que pueda otorgarse protección jurídica a tal apariencia.»

Vemos que es mucho sobre lo que se debe reflexionar, así cuando es el acreedor público el que sufre el fraude de acreedores, uno de los remedios tuitivos que le asiste, como parte de la protección institucional del derecho de crédito, será la nulidad por causa ilícita, a la sazón imprescriptible, ipso iure y erga omnes, y será así « 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».

2.10. Los motivos impulsivos o determinantes que, siendo ilícitos, coadyuvan al hallazgo del designio de razonabilidad de la atribución patrimonial

Estamos ya cerca de lograr un concepto nítido de la nulidad por causa ilícita como remedio tuitivo del derecho de crédito. Hemos visto que es la creación de una simulación lo que determina la nulidad, y hemos visto cómo cuando el motivo impulsivo de esa simulación era defraudar al acreedor público, las consecuencias serán su legitimación activa defensiva y el reforzamiento del régimen de la nulidad, pues el fraude es odioso.

Complementando estos conceptos podemos acudir a la STS de 25 de mayo de 2007, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 4904/2000, ECLI:ES:TS:2007:3419, en la que el Supremo desestima la pretensión de causa ilícita, pues es cierto que los motivos impulsivos se causalizan, pero como explica en su FJ 3º²⁰ es preciso que dichos motivos den razonabilidad a lo sucedido, que el negocio, a priori ilógico, logre explicación bajo el prisma del fraude de acreedores.

20 Recuerda en su FJ 3º sobre la acción del artículo 1.275 CC cómo:

«[...] la doctrina jurisprudencial ha destacado la importancia que en la configuración de la causa del contrato ostenta la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, y que si ésta puede explicitarse en el conjunto de las circunstancias que emergen de la situación subyacente que origina el negocio que se lleva a cabo, ha de tenerse en cuenta para integrar aquel concepto, pues, como se dice en la Sentencia de 25 de mayo de 1995, de esa forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado, si bien es cierto que con ello se margina la dualidad entre la causa como elemento objetivo trascendente a los móviles o motivos internos y estos últimos, de los cuales, no se olvide, sólo los impulsivos o determinantes se elevan a la categoría de causa contractual. Mas esa conjunción entre aquella y éstos es posible cuando, al ser ilícitos los móviles particulares que implícitamente explican

2.11. Sobre la irrelevancia –a efectos causales– de los deseos y expectativas que puedan impulsar a una sola de las partes de la relación contractual

Estamos ya poniendo los límites y requisitos de la figura, los motivos impulsivos que llevarán a urdir una simulación deberán dar razonabilidad a lo sucedido, pero, además es ineludible que sean comunes, que sean compartidos, siendo irrelevantes las motivaciones de una sola de las partes.

En este sentido es de provecho la consulta de la STS de 19 de junio de 2009, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 1944/2004, ECLI:ES:TS:2009:5729, cuando en su FJ 4º advertía de que «para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo».

Recordemos cómo DE CASTRO Y BRAVO²¹ en su clásico estudio reflexionaba sobre este «consilium simulationis» diciéndonos que «[...] la declaración simuladora es querida y no sólo para ocultar o engañar; se quiere crear una apariencia y para un fin determinado. Existe, por tanto, un acuerdo de simular «consilium simulationis»). No tiene éste una causa especial que le independice de lo simulado; antes bien, hace que sea causa falsa la declarada en el negocio simulado.»

2.12. La especial relevancia de la ilicitud de la motivación común y determinante

Y ya concluyendo, cabe subrayar la idea de que la nulidad dimana de la simulación, sean sus motivos lícitos o ilícitos, pero es modo alguno puede significar equidistancia con lo ilícito o irrelevancia de dicha ilicitud, pues es ineludible tener presente la trascendencia que el artículo 1.275 CC confiere a la ilicitud causal.

Encontramos estas ideas ya en DE CASTRO Y BRAVO²² cuando advertía de que «[...] levantada la máscara de la simulación, queda al descubierto la carencia de causa o la causa típica o atípica que se disimulara; pero, además, se podrá

el negocio en su respectiva repercusión interna para cada interesado, coadyuvan al hallazgo de aquel designio de razonabilidad, como explica la misma Sentencia de 25 de mayo de 1995, la cual, partiendo de la triple distinción entre causa de la atribución, causa de la obligación y causa del contrato –el por qué el atributivo está jurídicamente facultado para recibir el desplazamiento patrimonial, fuente constitutiva de la obligación, o el fin común perseguido en el negocio por las partes, respectivamente–, añade que habría que adscribir ese juego de conjunción en el primer expediente de ese proceso, esto es, en la causa de la atribución. [...]»

21 DE CASTRO Y BRAVO, F., El negocio jurídico. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1971. Página 339.

22 DE CASTRO Y BRAVO, F., El negocio jurídico. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1971. Página 339.

conocer la causa concreta de la simulación, la cual vendrá a caracterizar la simulación o al mismo negocio disimulado. Esta causa o motivo caracterizante de la simulación puede tener muy diferente condición; podrá ser plausible o elogiable (como los actos de discreción, para, por ejemplo, ayudar, recompensar, cumplir deberes morales) de confianza (negocio fiduciario), indiferente (por ejemplo, a efectos de comodidad; donaciones «ad pompam», de propaganda), ilícita (fraude de acreedores, de legitimarios) y hasta ser de carácter delictuoso [...]».

En la jurisprudencia, se recoge claro está, esta trascendencia de la causa ilícita, así por ejemplo, la STS de 17 de marzo de 2015, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 1640/2014, ECLI:ES:TS:2015:1860, que dicho sea paso contiene un magistral estudio de estas cuestiones, en su FJ 4º en sus tres primeros apartados, se nos dice que si bien la causa es distinta de los móviles subjetivos de cada contratante, éstos últimos «no obstante, adquieren relevancia jurídica cuando son reconocidos y exteriorizados por ambos y se convierten en el elemento determinante de las concordes declaraciones de voluntad, como el propósito empírico común que se identifica, en ese plano subjetivo, con el elemento causal del negocio». Y añade que «la significación jurídica de esa motivación común y determinante se hace visible, particularmente, cuando merezca la calificación de ilícita, ya que ese fenómeno de objetivación y de conversión en causa concreta del contrato posibilita que se les aplique el artículo 1275 del Código Civil, norma que niega efectos a los contratos con causa ilícita, entendiendo por tal la que es contraria a la ley o a la moral».

2.13. Los efectos de la nulidad contractual. La restitutio in integrum

Es esta cuestión compleja y para su estudio puede acudir a las magistrales STS de 14 de julio de 2021, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 3403/2018, ECLI:ES:TS:2021:3016 y STS de 15 de noviembre de 2023, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 3315/2019, ECLI:ES:TS:2023:4694.

Esta última, con cita a la anterior, analiza esta cuestión en el FJ 11º, en su apartado 3º. Su doctrina se puede glosar en que:

«[...] Los contratos, una vez perfeccionados, obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a «todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes [...] a la ley» (art. 1258 CC). Entre estas consecuencias derivadas de los contratos conforme a la ley se encuentran las obligaciones restitutorias generadas por la ineficacia total o parcial del contrato, por causas previstas en el propio contrato (en forma de condición resolutoria explícita – art. 1123 CC–) o directamente en la ley, como en los casos de nulidad absoluta o relativa (art. 1303 CC), resolución tácita en las obligaciones recíprocas (art. 1124 CC) o rescisión – en la medida necesaria para satisfacer los derechos del perjudicado – (art. 1295 CC). [...]».

Dicho esto, se argumenta que el contrato inválido no es un nihil, tendrá consecuencias, que no serán las pactadas, sino las legales. Una consecuencia negativa será la necesidad de borrar sus efectos de la mano de la regla quod nullum

est nullum producit effectum, y una positiva, la obligación de restitución, la restitutio in integrum. Y así se concluye que:

«nuestro sistema legal parte de que la ineficacia de los contratos, como regla general, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil [...]».

De forma que una vez declarada la nulidad del contrato el resultado es que:

«las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador», reponiendo las cosas «al estado que tenían al tiempo de la celebración.»

Sentado lo cual, podemos nosotros añadir que este reponer las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración del contrato, es lo que nos permite entender este remedio tuitivo como parte de la protección institucional del derecho de crédito, operando bajo el fundamento primario del artículo 1911 del Código Civil, pues a la postre, lo que se busca, es reponer la solvencia del deudor, lo cual es básico, pues como se decía al inicio, todo acreedor espera cobrar lo que se le debe y para ello cuenta con el patrimonio de su deudor.

2.14. Imprescriptibilidad de la nulidad absoluta por ilicitud de la causa

Son innumerables las sentencias que afirman tal cosa, por todas y por su claridad, podemos acudir a la STS de 19 de noviembre de 2015, Sala de lo Civil sección 1ª recurso de casación 1329/2014, ECLI:ES:TS:2015:4891, cuando en su FJ 3º en su punto 4º nos dice que:

«[...] 4.— La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce «ipso iure» y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. En consecuencia, ante la absoluta falta de consentimiento por parte del cliente, debe declararse radicalmente nulo el contrato de comercialización o adquisición de obligaciones subordinadas. Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible (por todas, Sentencia de esta Sala 178/2013, de 25 de marzo). [...]»

Y, en este punto, crucial, debemos recordar cómo la STS de 24 de abril de 2013, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 2108/2010, ECLI:ES:TS:2013:2753, en su FJ 16º nos dejó dicho que:

«El acreedor, en este caso la AEAT, 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][...]. El fraude de acreedores constituye en este caso un elemento determinante de la legitimación, pues el acreedor está legitimado para ejercitar la acción de nulidad 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. Refuerza además la justificación del régimen de nulidad contractual pues tal justificación 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 defraudatorio que impide que pueda otorgarse protección jurídica a tal apariencia.»

Es sabido que el cambio operado en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en relación a la prescripción y la responsabilidad tributaria ha determinado una evolución interpretativa²³ desde una «anterior jurisprudencia» que avalaba la forma de trabajar de recaudación hasta una «nueva y reciente jurisprudencia», que introduce dos cambios relevantes, que, por lo que ahora interesa, pueden glosarse así:

- Que es precisa la previa declaración del responsable para que pueda operar la extensión de efectos interruptivos de la acción de cobro en el mismo por lo actuado con otros obligados al pago.
- Que para lograr tal extensión es preciso el conocimiento formal del obligado tributario a cuya carrera prescriptiva de cobro va a afectar.

Y si bien puede entenderse esta necesidad de plazos concisos y conocidos para la declaración de responsabilidades tributarias, surge la cuestión de cómo abordar el fraude de acreedores que padece el acreedor público.

Ya lo hemos dicho y aún lo repetiremos, cuando quien sufre el fraude de acreedores es el acreedor público, a los remedios civiles, con plena compatibilidad se añadirán la autotutela administrativa, de suerte que el acreedor público tendrá a su disposición un remedio propio y específico, cual es el artículo 42.2 a) LGT.

Este precepto nos viene a decir que serán responsables solidarios del pago de lo debido y hasta el importe del valor de los bienes y derechos ocultados, los que con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria hayan sido causantes o colaboradores en dicha ocultación.

Vemos con nitidez que estamos hablando de lo mismo, de fraude de acreedores, que la conducta sufrida por el acreedor es la misma y que lo que diverge es el remedio aplicado:

- Es por ello que la jurisprudencia, ya contenciosa, nos tiene dicho que la facultad contenida en el artículo 42.2 a) LGT permite la protección del crédito público sin necesidad de acudir a acciones de nulidad o rescisión²⁴.

23 Así, la STS de 15 de septiembre de 2023, Sala de lo Contencioso sección 2ª, recurso de casación 2851/2021, ECLI:ES:TS:2023:3679, FJ 6º punto 9º.

24 Así podemos leerlo en la STS de 20 de junio de 2014, Contencioso sec. 2ª, rec.cas. 2866/2012, ECLI:ES:TS:2014:2529, o en la STS de 14 de diciembre de 2017, Contencioso, sec. 2ª rec.cas. 1847/2016, ECLI:ES:TS:2017:4513.

- Y es por ello que la jurisprudencia civil nos tiene dicho que las responsabilidades por ocultación, propias de las autotutelas, y la nulidad por simulación por causa ilícita, responden a un sustrato común, el fraude de acreedores²⁵.

Así pues, podemos y debemos preguntarnos ¿qué hacer ante la prescripción de la posibilidad de declarar responsabilidades administrativas del artículo 42.2 a) LGT?

La respuesta se nos antoja evidente y la encontramos en la nota de criterio de 29 de mayo de 2024, titulada «Sobre las acciones civiles y la mejor defensa recaudatoria del crédito público»²⁶:

- «[...] Puede suceder que haya prescrito el derecho a declarar la responsabilidad tributaria del artículo 42.2 a) LGT.

Pues bien, nada impide si se dan sus requisitos que la Administración tributaria acuda a la acción de nulidad por simulación que, como es por todos sabido, es por definición imprescriptible como puede leerse, por ejemplo, en la STS 19-11-2015, Civil recurso de casación 1329/2014.»

Y este proceder, ni es abuso de derecho, ni es contrario a la doctrina de los actos propios, ni nada por el estilo, es mera continuación de actuación recaudatoria en pos de la recuperación del crédito público, pues sucede que la pretensión de cobro de la Hacienda Pública acudiendo a remedios civiles ante el fraude de acreedores, no es sino su obligación²⁷.

2.15. Sobre el posible ejercicio conjunto de la nulidad por simulación por causa ilícita con el remedio pauliano

Hemos partido de la idea de que el acreedor público, para la defensa recaudatoria del crédito público, tendrá a su disposición tanto la autotutela administrativa como los remedios civiles y ambas vías serán compatibles y necesarias, especialmente para el caso de que, donde no llegue la autotutela sí puedan llegar los remedios civiles.

Y hemos querido subrayar que la relación entre todas estas facultades y remedios, – los civiles y los propios de la autotutela– será de plena compatibilidad.

Y, desde luego estará a disposición del acreedor público –del mismo modo que lo está para el acreedor privado–, la interesante posibilidad de combinar remedios civiles en unidad de acto, posibilidad que, dicho sea de paso, para el acreedor público, será más bien una obligación, pues lo que para el acreedor

²⁵ Puede consultarse la STS de 24 de abril de 2013, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 2108/2010, ECLI:ES:TS:2013:2753, FJ 8º.

²⁶ Sede de la Agencia Tributaria: Sobre las acciones civiles y la mejor defensa recaudatoria del crédito público.

²⁷ Puede consultarse la tantas veces citada STS de 24 de abril de 2013, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 2108/2010, ECLI:ES:TS:2013:2753.

privado es principio dispositivo, para el acreedor público es necesidad de eficacia.

Y es que, ambas dos, son acciones acumulables, siendo imprescriptible la de simulación y sometida a caducidad el remedio pauliano, como nos destaca la STS de 5 de julio de 2010, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 1748/2006, ECLI:ES:TS:2010:5403²⁸.

De tal suerte opera un equilibrio entre las potencias y las demandas de los remedios, demandando menos prueba el remedio pauliano, se ve sujeto a una ominosa caducidad, y siendo imprescriptible la nulidad, pero de onerosa prueba; en todo caso, de cara a su ejercicio combinado, la nulidad lo será con carácter principal y la pauliana con carácter subsidiario, como nos advierte la STS de 3 de noviembre de 2015, Sala de lo Civil, sección 1ª, recurso de casación 2328/2013, ECLI:ES:TS:2015:4471²⁹.

No podemos ahora abordar el estudio de la acción pauliana³⁰, pero sí queremos hacer cita de GUTIÉRREZ PÉREZ³¹ cuando con elogiada claridad nos dice que «el código civil no dispone únicamente de la acción pauliana como mecanismo de protección del derecho de crédito frente al fraude de acreedores. La

28 En cuyo FJ 3º, en el punto 30, podemos leer que:

«[...] 30. La respuesta a la cuestión así planteada exige analizar si estamos ante un supuesto de caducidad, el día inicial de cómputo del plazo y la posibilidad de que el mismo quede suspendido por imperativos de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero antes de entrar en su análisis conviene precisar: 1) Que, como afirma la sentencia número 278/2008, de 6 de mayo, la acción de nulidad y la de rescisión son acumulables, siendo imprescriptible la de nulidad ya que, razona la sentencia número 722/2005, de 14 de octubre «tanto los vicios de inexistencia como los de nulidad radical de los actos y negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo», y sujeta a plazo de caducidad la rescisoria ya que el fraude de acreedores parte de la base de un negocio válido. [...]»

29 En cuyo FJ 3º se nos dice que:

«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. [...]»

30 Baste emplazar a la lectura de la STS de 7 de septiembre de 2012, Civil, sec. 1ª, rec.cas. 560/2010, ECLI:ES:TS:2012:7508, que en nuestra opinión contiene el más completo estudio sobre la acción pauliana y, muy principalmente, sobre sus presupuestos objetivo y subjetivo.

Acaso lo más notable sea cómo la Sala, en su FJ 2º articula y diseña la acción pauliana «en torno a la protección institucional del derecho de crédito, bajo el fundamento primario que otorga la responsabilidad patrimonial de nuestro artículo 1911 del Código Civil», de modo que «se trata, por así decirlo, parafraseando en clave la literalidad del artículo 1111, de tutelar y favorecer el «cobro de lo debido» desde la efectividad del derecho de crédito, tomada en su propia consideración normativa, y no desde la conexión con otros conceptos próximos, pero claramente diferenciales (dolo, simulación, equidad, etc.)»

distinta naturaleza que puede aportar el «fraude de acreedores», bien como *causa* del contrato o como su *consecuencia*, permite que, junto a la acción pauliana, el acreedor pueda alternativamente ejercitar, en su caso, con carácter principal la acción de *nulidad por simulación absoluta* y la acción de *nulidad por causa ilícita*, [...]».

Y contraponiendo potencias y requisitos de sendos remedios, destaca la autora cómo «[...] estas dos acciones poseen como principal problema la dificultad de probar el *elemento intencional* del propósito común de las partes de defraudar los derechos de crédito de los acreedores mediante la celebración del contrato. Por esta razón, la acción pauliana, tras la flexibilización de sus requisitos, tiene más visos de prosperar. Esta circunstancia explica que sea habitual que el ejercicio de estas acciones se efectúe acumuladamente y, con carácter principal, se interponga la acción de nulidad y, de forma subsidiaria, la acción pauliana. [...]»

A título de reflexión final y tal y como decíamos, este ejercicio combinado de remedios, para el acreedor público no debería ser una opción, sino una obligación, pues sobre el mismo pesa un deber de eficacia.

2.16. La idoneidad de la prueba indiciaria para la simulación en fraude de acreedores

Lo difícil de la simulación es probarla.

Así, DE CASTRO Y BRAVO³² ya nos advertía de que «La simulación supone ya la confección artificiosa de una apariencia, destinada a ocultar la realidad que la contradice. Por ello mismo, el negocio simulado corrientemente está adornado de todos los requisitos externos de legalidad y seriedad (p.ej., constancia en escritura pública, inscripción en Registros) y se han borrado con cuidado las huellas de la simulación. Se crea así una apariencia de firmeza difícilmente quebrantable. [...]».

Sobre esta dificultad probática de la simulación PICÓ JUNOY³³ advierte que «es lógico si tenemos en cuenta que los contratantes actúan externamente de forma diferente a lo que interiormente desean, ocultando así una voluntad deseada que resulta muy difícil evidenciar. Frente a los terceros, los documentos y actos públicos efectuados cumplirán todas las formalidades legales, y las partes habrán realizado todo tipo de actuación para eliminar cualquier rastro de sus verdaderas voluntades.»

Esta idea, reiterada en la STS de 18 de abril de 2013, Civil sección 991, rec.cas. 1878/2009, ECLI:ES:TS:2013:3009, FJ 11º debe completarse con la plena consolidación de la tendencia a la objetivación para el remedio pauliano o sobre cómo el daño para a ser el elemento central de la acción, afirmada por la STS de 3 de noviembre de 2015, Civil, sec. 1ª, rec.cas. 2328/2013, ECLI:ES:TS:2015:4471.

31 GUTIÉRREZ PÉREZ, E., «La acción pauliana vs. El delito de alzamiento de bienes: ¿Una cuestión de «indignación» del acreedor?» *InDret 1.2024*, páginas 189 y 190.

32 DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1971, páginas 366º 368.

33 PICÓ JUNOY, J., «Los indicios en la prueba de la simulación contractual» *InDret 3/2017*. Página 6.

Y es ineludible la cita de FERRARA³⁴ cuando señalaba que «respecto a terceros, por consiguiente, ajenos a la simulación, la prueba no sufre restricciones: todo medio de prueba es admitido para descubrir la apariencia o la falsedad del contrato por el cual reciben un daño presente o la amenaza de otro futuro. No sería justo, en efecto, prohibir a los terceros la prueba testifical o de presunciones, puesto que se hallan siempre en la imposibilidad de procurarse una prueba escrita de la ficción llevada a cabo por otros sin su conocimiento.»

Y es notable cuando prosigue argumentando que «verdaderamente eficaz, y de resultado, sólo tenemos la prueba por *presunciones*, que es el auxilio al que normalmente acuden los terceros al impugnar la simulación. La simulación como divergencia psicológica que es de la intención de la intención de los declarantes, se substrahe a una prueba directa, y más bien se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél y circunstancias que lo acompañan. La prueba de la simulación es indirecta, de indicios, de conjeturas (*per coniecturas, signa et urgentes suspiciones*) y es la que verdaderamente hiere a fondo a la simulación, porque la combate en su mismo terreno. [...]»

Sabias palabras, y a renglón seguido observa el autor cómo «[...] se necesita poner de relieve primeramente la *causa simulandi*. Este ha de ser siempre el punto de partida: buscar el motivo de la simulación para levantar después sobre fundamento sólido el edificio de la prueba». Y procediendo ya al estudio de lo que nos atañe, la enajenación simulada en fraude de acreedores, advierte de que «la *causa simulandi* está en el interés del deudor de salvar su patrimonio, burlando a sus acreedores».

Un prolijo desarrollo de estas cuestiones, y una lectura ineludible es MUÑOZ SABATÉ³⁵, que partiendo de la dificultad probática de la simulación extrae la triple consecuencia de dar entrada como medio idóneo a la prueba por presunciones, así como matizar el onus probandi de la mano del principio de facilidad probatoria y proponer pasar a primer plano los indicios endoprocesales (la simulación obliga al simulador a una defensa cerrada en el proceso, –negar, dar respuestas evasivas– pero este cerrojo actúa como indicio de la simulación).

Así sucede en suma y conclusión que «el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad»³⁶ acarrea por fuerza que el principal problema en esta materia será el de la prueba, como advierte la STS de 4 de abril de 2012, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 149/2009, ECLI:ES:TS:2012:2139³⁷ y que las presunciones serán el medio idóneo de prueba de la simulación, como afirma la STS de 13 de mayo de 2016, Sala de lo Civil sección 1ª recurso de casación 762/2014, – ECLI:ES:TS:2016:2042³⁸.

34 FERRARA, F., *La simulación de los negocios jurídicos*, Revista de Derecho Privado 1931. 2ª edición. Páginas 396 y siguientes.

35 MUÑOZ SABATÉ, L., *La prueba de la simulación*. Editorial Temis 2011, páginas 45 y siguientes.

36 Expresión ésta frecuente en la jurisprudencia, así por ejemplo la STS de 18 de marzo de 2008, Sala de lo Civil, sección 1ª, recurso de casación 361/2001, FJ 4º.

37 En cuyo FJ 2º podemos leer que:

«[...] El problema de la simulación es la prueba de la misma; las propias partes, al ir de común acuerdo, no siempre dejan pruebas o, al menos, indicios claros de su presencia, por lo que normalmente será

Restaría por hacer referencia a la relación de indicios más habituales en la prueba de la simulación, cuestión que excede el ámbito de este estudio, pudiendo encontrar una relación de los más usuales en PICÓ JUNOY³⁹, viniendo a ser los que cita, por ejemplo, la SAP de Cádiz de 29 de noviembre de 2016, Sala de lo Civil sección 2ª, recurso 130/2016 ECLI:ES:APCA:2016:2062⁴⁰.

2.17. Selección de casos de tutela del crédito público tributario acudiendo a la nulidad por causa ilícita

Ya expuesta la figura podemos concluir su estudio seleccionando, de la producción jurisprudencial civil, casos de defensa triunfante del crédito público tributario acudiendo a la nulidad por causa ilícita, así como casos en los que la sombra del crédito público tributario es alargada. En todos ellos, como se verá, desde diferentes perspectivas, nuestro postulado de partida, cual es el de la plena compatibilidad de remedios, se impone como una necesidad ineludible.

2.17.1. El caso de la STS de 24 de abril de 2013, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 2108/2010, ECLI:ES:TS:2013:2753, estudio completo sobre la nulidad por causa ilícita en protección del crédito tributario y su relación con la autotutela

En el caso analizado por esta sentencia, sucedió que una sociedad deudora por IVA se deshizo de sus bienes embargables a favor de otras vinculadas, en evidente fraude de acreedores, y el problema fue que lo hizo a finales de 1994, cuando aún no tenía la Hacienda Pública el artículo 131.5 de

preciso acudir a la prueba de presunciones (así lo expresa la sentencia de 11 de febrero de 2005). Ello, en el bien entendido que la simulación, como ha reiterado la jurisprudencia, es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia. Así lo dicen las sentencias de 31 de diciembre de 1999, 6 de junio de 2000, 17 de febrero de 2005, 20 de octubre de 2005, que coinciden en afirmar: «la doctrina jurisprudencial ha declarado que es facultad peculiar del Juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los que ha de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud igualmente, la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Juzgador de instancia».

38 En el FJ 2º encontramos una interesante afirmación, así:

«[...] hemos reiterado que las presunciones son medio idóneo de prueba de la simulación [STS 178/2013, de 25 de marzo (Rec. 2210/2010), y las en ella citadas], [...]».

39 PICÓ JUNOY, J., «Los indicios en la prueba de la simulación contractual» InDret 3/2017.

40 Ya en su FJ 3º se pasa a referir y definir los indicios simulatorios más relevantes:

«[...] 1. Causa simulandi (conurrencia de causa o motivo que lleva a las partes a dar la apariencia de negocio jurídico a uno que no existe). [...] 2. Omnia bona (venta o gravamen de todo el patrimonio del simulador o la parte más selectiva del mismo). [...] 3. Affectio (existencia de relaciones familiares, de amistad, dependencia, negocios o de otro modo vinculen al simulador y su cómplice). [...] 4. Subfortuna (falta de capacidad económica del adquirente para atender las obligaciones asumidas en el contrato que se impugna por simulado). [...] 5. Pretium confesus (precio no entregado de presente en contratos de compraventa simulados). [...] 6. Pretium vilis (precio bajo de las fincas que se han transmitido). [...] 7. Tempus (tiempo y momento sospechoso del negocio que se realiza). [...] 8. Celeritas (urgencia de la formalización de las transmisiones). [...] 9. Retentio possessionis (inexistencia de ocupación posesoria por parte del adquirente de la cosa transmitida y la correlativa continuación en la posesión por parte del transmitente). [...]».

la Ley 230/1963, General Tributaria. De todas formas, la AEAT instó la declaración de responsabilidad por ocultación, pero el Tribunal Económico Administrativo Central rechazó esta aplicación retroactiva de la Ley 25/1995; y cegada esta posibilidad la AEAT instó acción judicial civil de nulidad absoluta por simulación por causa ilícita, con fundamento en el fraude de acreedores. Tanto en primera instancia como en apelación se estimó la pretensión de la AEAT, que confirma el Supremo.

Ya hemos dicho que esta sentencia contiene el más completo y perfecto estudio sobre la materia que nos ocupa, y ya hemos referido parte de sus doctrinas, queriendo ahora, hacer un breve comentario integral de la misma.

De la misma, son estas las cuestiones que deben ser destacadas, todas ellas jurisprudencia aplicable a la tutela civil del crédito público tributario:

1. La cuestión causal y la causalización de los motivos, FJ 3º, ya se ha visto como se aborda la doctrina de la causalización de los motivos, y particularmente de los ilícitos.
2. La cuestión terminológica, la causa ilícita no lo será del negocio, sino de la simulación, FJ 3º, ya vimos cómo la causa ilícita no lo será del contrato, sino de la simulación, patología ésta que necesariamente determinará la nulidad absoluta.
3. De las consecuencias de la causa ilícita, legitimación activa y reproche, FJ 3º, es la simulación, la creación de una mera apariencia lo que acarrea la nulidad, pero el fraude de acreedores, como causa de la simulación determinará la legitimación activa del acreedor público burlado, reforzando el reproche legal, pues el fraude es odioso.
4. Aplicación de oficio de la nulidad por causa ilícita, FJ 3º, este vicio de nulidad podrá ser apreciado de oficio por los tribunales.
5. Doctrina de los actos propios y derivación previa por ocultación y ulterior nulidad por simulación, FJ 8º. Refiere la Sala que no hay contradicción alguna en el hecho de haber promovido una derivación de responsabilidad por ocultación que, una vez malograda, conlleva proseguir la acción recaudatoria con una acción de nulidad por causa ilícita.
6. La cuestión de la legitimación de los simulantes y su relación la legitimación de los terceros perjudicados, FJ 8º, donde encontramos una interesante reflexión, pues la Sala recuerda cómo «ha declarado que la doctrina de los actos propios no impide la legitimación impugnatoria de los simulantes entre sí en el caso de simulación contractual porque se está atacando un contrato sin realidad ni efecto jurídico alguno», y de esto extrae como lógico corolario que «Si ello ocurre con los propios contratantes, con más razón ha de reconocerse tal criterio legitimador a los terceros que no participaron en la apariencia de negocio».
7. Sobre cómo tiene la AEAT a su alcance los diversos remedios tuitivos del crédito, FJ 8º. Esta idea es central y refiere la Sala que «Los diversos instrumentos jurídicos están a disposición de los particulares y

las administraciones para ser ejercitados, y si una vía no ha dado el resultado buscado (en este caso porque el Tribunal Económico Administrativo Central consideró que se estaba aplicando retroactivamente la norma que permitía la derivación), puede la administración utilizar otra de las que el ordenamiento jurídico pone a su disposición. Y no es correcto que exista contrariedad entre lo alegado en uno y otro, como se ha explicado.»

8. Sobre cómo las responsabilidades por ocultación propias de las autotutelas y la nulidad por simulación por causa ilícita responden a un sustrato común, el fraude de acreedores, FJ 8°. Otra idea crucial destacada por la Sala cuando nos dice que «Tampoco se observa incompatibilidad entre la derivación de responsabilidades en vía administrativa (que no el ejercicio de una acción de rescisión, como se alega por los recurrentes) y el posterior ejercicio de la acción de nulidad por simulación absoluta en vía civil cuando tal derivación ha sido anulada, pues ambas parten de un mismo sustrato común: la existencia de un ocultamiento malicioso del bien susceptible de traba mediante la apariencia de una transmisión ficticia.»
9. La pretensión de cobro de la Hacienda Pública acreedora acudiendo a remedios civiles no es sino su obligación, FJ 10°. Idea nítida cuando se nos dice que «[...] la pretensión de la AEAT de cobrar la deuda tributaria evitando que maniobras fraudulentas hagan inviable el cobro no sólo no es un abuso de derecho, sino que es una obligación de la misma. Que se reúnan los requisitos necesarios para el éxito de la acción es cuestión ajena al abuso de derecho y será examinado en los motivos en que se plantean tales cuestiones».
10. La legitimación de la Hacienda Pública acreedora para interponer la acción de nulidad por simulación en defensa de su derecho de crédito, FJ 12°. Se afirma categóricamente, «la existencia de un crédito tributario declarado por un acto administrativo, cuya validez se presume en tanto no sea anulado y es eficaz en tanto no sea anulado o suspendida cautelarmente su eficacia, constituye en principio un título suficiente para otorgar legitimación activa a la AEAT para ejercitar la acción de nulidad por simulación absoluta de los negocios jurídicos que impiden la efectividad del cobro de dicho crédito tributario».
11. La relación entre la tutela civil y el acto administrativo declarativo del derecho de crédito, FJ 12°, donde se nos dice que, para la jurisdicción civil dicho acto administrativo declarativo del derecho de crédito es «presupuesto lógico de su decisión, sin que pueda ser revisado en la vía jurisdiccional civil».
12. La simulación como cuestión de hecho, que se revela por pruebas indiciarias, cuya apreciación probatoria debe ser respetada en casación, FJ 14°, donde se recuerda que la determinación de la concurrencia de simulación en un determinado negocio jurídico es una cuestión de hecho, cuya prueba corresponde, por tanto, apreciar a la Sala de instancia.

13. El fraude de acreedores como causa de la simulación y su consecuencia, la nulidad absoluta por causa ilícita, FJ 16^º⁴¹, donde se afirma sin fisuras que el fraude de acreedores, puede amparar la acción rescisoria de los artículos 1.290 y siguientes del Código civil, pero también una acción de simulación absoluta por ilicitud de la causa, del artículo 1.275 CC. En tal caso, con la mención a la «causa ilícita», se está haciendo referencia a la causa de la simulación y no a la causa del negocio, pues tal negocio, como mera apariencia, carecía de causa en sentido negocial.
14. Sobre cómo la nulidad por simulación descansa tanto en la carencia de causa de la mera apariencia contractual como en el elemento fraudatorio, el cual no puede ser amparado por el derecho, y constituye un elemento de legitimación del acreedor y a la postre refuerza la nulidad contractual. FJ 16^º, que concluyó con un texto revelador que merece ser reproducido «El acreedor, en este caso la AEAT, 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][...]. El fraude de acreedores constituye en este caso un elemento determinante de la legitimación, pues el acreedor está legitimado para ejercitar la acción de nulidad 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. Refuerza además la justificación del régimen de nulidad contractual pues tal justificación 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 defraudatorio que impide que pueda otorgarse protección jurídica a tal apariencia.»
15. De los caracteres de la nulidad por simulación por causa ilícita, por fraude de acreedores, ipso iure, erga omnes e imprescriptible, FJ 16^º, donde se dice expresamente que «El acreedor, en este caso la AEAT, 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

41 Es destacable la cita que se hace a la STS de 16 de octubre de 2006, Sala de lo Civil, sección 1ª, recurso de casación 5151/1999, ECLI:ES:TS:2006:6117, en cuyo FJ 5º, se enfrentó la alegación de que «la sentencia confunde o mezcla argumentos de la acción rescisoria, de la reacción frente al fraude, con la cuestión de nulidad por simulación», y se contesta que:

«[...] 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 1291.3º 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.).»

iure» [por virtud del Derecho, por determinación de la ley], insubsanable y con efectos «erga omnes» [frente a todos][...].»

A modo de conclusión, recoge esta STS de 24 de abril de 2013, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 2108/2010, ECLI:ES:TS:2013:2753 lo que sería la jurisprudencia aplicable a la tutela civil del crédito público tributario, que puede glosarse en que la nulidad absoluta dimana de la simulación, cuya causa podrá ser lícita o ilícita; de ser ilícita la causa, lo sería no del contrato, sino de la simulación; y de consistir en el fraude del acreedor público serán sus consecuencias otorgar legitimación activa al acreedor público para promover la nulidad por simulación y reforzar el régimen de dicho remedio, pues es odioso el fraude.

2.17.2. Dos casos reveladores de fiducia cum amico orquestada en fraude del acreedor público: las STS de 30 de mayo de 2016, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 537/2014, ECLI:ES:TS:2016:2564 y STS de 10 de junio de 2016, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 2219/2013, ECLI:ES:TS:2016:3043

Comenzaremos con la STS de 30 de mayo de 2016, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 537/2014, ECLI:ES:TS:2016:2564.

En este caso el *dramatis personae* lo componían tres matrimonios uno de ellos, como fiduciantes y los otros dos como fiduciarios. Y sucedió que en fecha 16 de diciembre de 1993, se otorgó contrato de fiducia cum amico, por el que las participaciones que fueron de los fiduciantes, pasaron a figurar como de los fiduciarios, que se comprometieron a llevar la empresa bajo las órdenes de los primeros y a la devolución de los títulos cuando les fuese demandado dicho retorno. Y solicitado que fue el retorno de los bienes surgió el pleito, pues los fiduciarios alegaron ausencia de buena fe y que se les debían gastos. La primera instancia estimó la petición de los fiduciantes, ordenando las devoluciones, pero no así la apelación.

La Audiencia Provincial, advirtió cómo todos reconocieron que la «fiducia se había firmado porque tuvieron una inspección muy importante en su empresa, y se lo aconsejaron sus asesores. Añadió que se imaginaba que, si no hubiesen podido pagar, tenían la fiducia separada y que «para que los acreedores no conocieran [...]». Añadió acto seguido que a los acreedores se les pagó todo». Y siendo así la causa ilícita de la fiducia entendió la Audiencia causa torpe común a todos los contratantes, y de aplicación por ello el artículo 1.306 CC, no procediendo restitución alguna.

El Supremo casa ahora a la Audiencia, y afirma en su contundente FJ 2º⁴² que, «el contrato se había firmado con el fin de ocultar los títulos a los acreedo-

42 Donde podemos leer que:

«Frente a esta pretensión, la sentencia recurrida, que no ha negado que se había convenido una fiducia cum amico, razona que el contrato se había firmado con el fin de ocultar los títulos a los acreedores de los demandantes, lo que vició de ilicitud la causa del contrato. Motivo por el cual entiende que no puede reclamarse a los demandados nada en virtud del dicho contrato, conforme a lo prescrito en el art. 1306 CC. Esta posición es contraria a la jurisprudencia de esta Sala que, en supuestos como el

res de los demandantes, lo que vició de ilicitud la causa del contrato» y sucede que en esta tesitura, de causa ilícita por fraude al acreedor público, no será de aplicación el artículo 1.306 CC, sino la *restitutio in integrum*.

Similar, pero más sugerente, por lo desenfadado del reconocimiento de la causa *simulandi* es el caso estudiado por la STS de 10 de junio de 2016, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 2219/2013, ECLI:ES:TS:2016:3043.

En este caso un individuo y su hermano, como fiduciarios, en 1996 se deshicieron de su patrimonio societario en favor de un tercero fiduciario, supuestamente a título de fiducia *cum amico*. Difunto el fiduciario, el fiduciante interpuso demanda frente a sus herederos, entendiéndolo que la defunción del fiduciario era causa de extinción de la fiducia *cum amico*, solicitando que se declarase la extinción de susodicho contrato de fiducia así como la restitución íntegra in natura de los bienes y derechos entregados en su día al finado.

Estas pretensiones prosperaron en las instancias, dado que se apreció causa lícita en la fiducia y se entendió que la defunción del fiduciante era causa de extinción de la misma, procediendo por ello la restitución. Pero los herederos del fiduciario persistieron en casación, afirmando que no hubo tal causa lícita, pues los fiduciarios al tiempo de ceder su patrimonio societario lo que buscaban principalmente era burlar al acreedor público, sabiéndose deudores a título de responsables frente a la Hacienda Pública y frente a la Seguridad social. Los susodichos herederos entendieron que el contrato de fiducia carecía de causa o adolecía de causa falsa, y siendo la causa torpe común a ambos contratantes, carecían de acción entre ellos por virtud de la regla «*nemo auditur*» del artículo 1.306 CC, no procediendo restitución alguna⁴³. La casación es magistral, casa las instancias, pues si lo que se buscaba era soslayar a los acreedores públicos

presente, afirma: «lo que no se puede pretender es aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia *cum amico* para negar toda eficacia inter partes a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata» (sentencias 182/2012, de 28 de marzo, y 648/2012, de 31 de octubre). De este modo, en un supuesto como el presente de fiducia *cum amico*, frente a la reclamación de las participaciones y acciones objeto de la fiducia, los fiduciarios no podían oponer la previsión contenida en el art. 1306 CC respecto de la concurrencia de causa torpe, para eludir el cumplimiento de la obligación de restituir las participaciones y acciones cuya propiedad no llegó a ser realmente transmitida entre las partes, en un sistema de transmisión de la propiedad causalista como el nuestro.»

43 Todo esto lo explica a la perfección el FJ 1º en sus puntos finales, y debe reconocerse lo desenfadado del reconocimiento de la causa *simulandi* que no era otra que zafarse de seguras responsabilidades tributarias, así:

«4. Ambas instancias consideran probada la existencia del negocio fiduciario, bajo la modalidad *cum amico*, y el carácter instrumental (meramente formal) de las compraventas simuladas de 14 de marzo y 24 de julio de 1996.

5. A los efectos que aquí interesan, el demandante, en su escrito de demanda, manifiesta lo siguiente (fundamento de derecho tercero):

«[...] Como puede comprobar el Tribunal de la documental acabada de referenciar, nuestro mandante Don Mariano después de un largo periplo procesal y judicial, tuvo finalmente que hacer frente a cantidades que superan los TRESCIENTOS MIL EUROS, como consecuencia de deudas tributarias acumuladas en los años 1.990, 1.991, 1.992 y 1.993, en tanto que garante subsidiario por su labor en la gestión social de empresas integrantes del GRUPO [...]. Unas cantidades que, como se documentará con posterioridad en este escrito de demanda, fueron abonadas por el propio GRUPO SOCIETARIO, articulándose a través de préstamos ficticios.

–y por añadidura a los cónyuges– su causa es necesariamente ilícita, el fraude creditoris⁴⁴; y además, en tal tesitura no opera como es sabido, el artículo 1.306

«Después de este breve inciso documental y volviendo la vista al año 1.996, nos encontramos con una situación de hecho en la que nuestro mandante tiene articuladas a su alrededor una pluralidad de sociedades de las que era el partícipe mayoritario, a la vez que administrador y gestor social. Por ello, se le hizo saber que podía llegar a responder subsidiaria y solidariamente, con todo su patrimonio –y entre éste las participaciones sociales y acciones de las mercantiles del grupo–, de las sanciones que los dos Órganos público-estatales tuvieran a bien interponer contra las personas jurídicas que administraba y era titular mayoritario, una vez agotados todos los recursos que la Legislación sectorial le permitiese. Una responsabilidad de tipo subsidiaria que crearía, llegado el caso, una situación de hecho en la que podía llegar a desaparecer la estructura empresarial constituida, tal y como se había articulado con tanto esfuerzo y tesón, si finalmente le eran embargadas y posteriormente ejecutadas en subasta pública esas participaciones sociales y acciones del Grupo.

«Por todo ello y a la vista de lo que sucedería irremediamente a largo plazo, –su separación matrimonial y su más que posible responsabilidad personal de deudas tributarias elevadísimas–, en el citado 1.996 nuestro mandante tuvo que tomar la decisión de ceder formal y temporalmente su negocio, con el objetivo de salvaguardarlo de injerencias externas, injerencias que habrían provocado un grave y quizá definitivo perjuicio a su organización empresarial –no olvidemos que nos encontramos ante un negocio cuyo objeto social resulta ser muy específico, competitivo y difícil de gestionar para personas que no se han curtido durante años de su especial idiosincrasia–, accediendo por consejo estricto de personas de su confianza ceder ficticia y temporalmente la propiedad de su negocio, pero manteniendo su control y la unidad del mismo «en la sombra», ASEGURANDO ESO SI Y SIN NINGÚN GÉNERO DE DUDA, EL ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES PERSONALES Y SOCIALES COMO DEUDOR Y/O GARANTE SUBSIDIARIO DE TERCEROS, EN ESTE CASO LA AGENCIA TRIBUTARIA.

«Y estos fueron, por lo tanto y en virtud de los hechos expuestos, los motivos por los que nuestro mandante cedió temporalmente en fiducia el control de las sociedades que se encontraban totalmente «limpias» [...]. Una cesión temporal que debía articularse a favor de una persona de su estricta confianza, que a su vez conociese el sector específico en el que desarrollaban la actividad económica del transporte de mercancías. Y toda vez que la persona en quien más confiaba, su hermano, también se encontraba en su misma situación – ambos eran administradores solidarios de la mayoría de las sociales implicadas–, decidió enarbolar el negocio fiduciario con Don Fructuoso, su delegado en la ciudad de Madrid y persona con la que compartía las participaciones sociales en las que se dividía el capital social de Ecot. [...]»

44 No puede ser más claro ni contundente el FJ 3º en su punto 2º, el intentar zafarse con artificios de una segura responsabilidad tributaria como administrador societario, es constitutivo de causa simulandi y acarrea nulidad por simulación por causa ilícita, con sus ineludibles consecuencias, así: «2. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado.

El examen del motivo comporta dos cuestiones que, aunque estrechamente relacionadas entre sí, deben ser diferenciadas. En la primera de ellas, hay que dar respuesta a si procede la nulidad del negocio fiduciario que los demandados, aquí recurrentes, opusieron como excepción en su contestación a la demanda. Nulidad que hay que precisar que el presente caso no se produciría por la carencia de causa del negocio, o por su falsedad, tal y como formalmente alega el recurrente, sino por la ilicitud de la misma, como en el fondo denuncia el recurrente por su «finalidad fraudulenta». En la segunda cuestión, si se declara la nulidad del negocio fiduciario por causa ilícita, hay que dar respuesta al posible efecto restitutorio que se deriva de dicha declaración, esto es, bien a su improcedencia, como sostiene la recurrente sobre la base de la regla nemo auditur, propia del artículo 1306 del Código Civil, o bien a su procedencia por aplicación de la regla de la recíproca restitución dispuesta en los artículos 1275 y 1303 del Código civil, de acuerdo con la naturaleza y función del negocio fiduciario celebrado.

Centrados en la primera cuestión, no le falta razón al recurrente en su denuncia sobre la ilicitud de la causa fiduciae. Esta Sala, a tenor de la propia demanda transcrita, no puede compartir los pronunciamientos de licitud del negocio fiduciario que realizan ambas instancias. Por el contrario, la transcripción referida evidencia que la finalidad fraudulenta, lejos de poder ampararse en el ámbito subjetivo de los motivos o móviles que llevaron al fiduciante a realizar la transmisión, fue un elemento determinante de la «causa concreta» del negocio fiduciario celebrado, es decir, del propósito práctico que las partes quisieron conseguir con dicho negocio fiduciario considerado en su unidad. De ahí, que esta indisimulada finalidad fraudulenta de eludir la responsabilidad patrimonial del fiduciante, de la que fue partícipe el fiduciario, comporte la nulidad del negocio fiduciario en cuanto se opone a las leyes en sentido de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil. [...]».

CC, sino que muy al contrario procede dar aplicación a la regla de la recíproca restitución dispuesta en los artículos 1275 y 1303 del Código civil, desestimando así las conspicuas pretensiones de los herederos, deduciendo testimonio de lo actuado al Ministerio Fiscal a los efectos oportunos, pues los hechos enjuiciados pueden ser constitutivos de infracción penal, y condenando en costas a los susodichos herederos.

Una vez expuestas ambas sentencias, nos invitan a una serena reflexión.

La legitimación activa en pleito de nulidad por simulación será la más amplia posible pues el derecho quiere que esa apariencia simulada sea erradicada, y es por ello que es doctrina de esta Sala la de que los intervinientes en un contrato con simulación absoluta están legitimados para pedir la declaración de nulidad del contrato⁴⁵.

Y no faltarán quienes argumenten en el sentido de que este remedio civil, imprescriptible a la sazón, no deba estar al alcance de un acreedor público investido de autotutelas, acaso sugiriendo que bastantes privilegios son ya las susodichas autotutelas, y que a ellas deberá ceñirse y resignarse.

Pero lo cierto es que la verdad se impone por sí misma, y reconocer legitimación activa imprescriptible al simulador y no a la víctima de la simulación se nos antoja absurdo, el derecho por fuerza no puede querer tal desatino, no cabe conceder mayor tutela al causante de la simulación que a quien la sufre.

Es preciso recordar la STS de 24 de abril de 2013, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 2108/2010, ECLI:ES:TS:2013:2753, cuando para un fraude urdido ante el acreedor público, en su FJ 8º reflexionaba cómo se «ha declarado que la doctrina de los actos propios no impide la legitimación impugnatoria de los simulantes entre sí en el caso de simulación contractual porque se está atacando un contrato sin realidad ni efecto jurídico alguno», y de esto extraía como lógico corolario que «Si ello ocurre con los propios contratantes, con más razón ha de reconocerse tal criterio legitimador a los terceros que no participaron en la apariencia de negocio».

2.17.3. Un caso muy ilustrativo de simulación de capitulaciones matrimoniales en fraude a la AEAT: STS de 21 de octubre de 2009, Sala de lo Civil sección 1ª, recurso de casación 1302/2005, ECLI:ES:TS:2009:6181

El caso es pura desmesura, y en el FJ 1º se contiene una detallada exposición de lo sucedido, baste referir que una sociedad mercantil recibió un tres de mayo una comunicación de derivación de responsabilidad tributaria de la AEAT a sus cuatro administradores; y dos de ellos a la sazón hermanas el cuatro de junio ya estaban en notaría, capitulando de sus sendos maridos, a los que en suerte les

⁴⁵ Pueden consultarse en este sentido, entre otras, la STS de 4 de octubre de 2004, Sala de lo Civil sección 1ª recurso de casación 2524/1998, ECLI:ES:TS:2004:6171 FJ 1º, la STS de 21 de diciembre de 2009, Sala de lo Civil, sección 1ª, recurso de casación 2540/2004, ECLI:ES:TS:2009:7691 FJ 5º o la STS de 3 de mayo de 2016, Sala de lo Civil sección 1ª recurso de casación 1135/2014, ECLI:ES:TS:2016:1892 FJ 3º.

tocó lo más granado de los haberes gananciales, y el seis de junio las susodichas hermanas hicieron donación a los hijos de lo poco que les había correspondido en la partición ganancial.

Así, centrándonos en la hermana que analiza la sentencia, la madre, esposa, administradora y responsable tributaria, logró en dos jornadas de notaría separadas por dos días desembarazarse del fruto de años de esfuerzo, logrando la ansiada insolvencia.

Pero hete aquí que tanto artificio, tanta simulación resultó contraproducente y estéril, pues la deuda con la AEAT que ascendía a algo más de siete millones de pesetas la terminó pagando la abuela y montar este tinglado les costó en impuestos más de cuatro millones de pesetas; y además pasado un tiempo llegó la crisis matrimonial, y la otrora desafortunada munificente pleiteó para recuperar sus bienes, tanto del marido como de sus propios hijos, alegando la simulación de todo lo orquestado, al obedecer todo al ansia de zafarse del embargo de la AEAT.

Su pretensión prosperó en todas las instancias, es de señalar cómo la SAP de Valladolid de 2 de marzo de 2005, Sala de lo Civil sección 3^a, recurso de casación 439/2004, ECLI:ES:APVA:2005:239, dejó dicho que «la verdadera razón de las capitulaciones y donación era la situación generada por las deudas de la empresa familiar. Y la operación fue diseñada para que, a pesar de que nada figurara a nombre de la –esposa y administradora–, el matrimonio siguiera usando y disfrutando de todos sus bienes.»

La casación confirma sin reservas a la Audiencia, frustrando al marido, que pretendía retener lo aparentemente recibido, y son notables sus argumentos que merecen comentario.

Comienzan los FJ 3^o y 4^o recordando cómo no cabe hacer supuesto de la cuestión, negando la simulación apreciada por las instancias que es lo que intentaba desnortadamente el marido. Y es en el FJ 5^o donde se sale al paso de una conspicua alegación. Así, el marido, puestos a negar la simulación alegó que con el pacto capitular no podía dificultarse la actuación de la AEAT habida cuenta de la inoponibilidad garantizada por el artículo 1317 CC, alegando en suma la infracción del susodicho artículo 1317 CC. La Sala es contundente y replica que no se ha infringido el artículo 1317 CC pues no ha sido preciso aplicarlo, dado que dicho precepto parte de la base de una capitulación válida, cosa que en este caso no había ni por asomo al ser todo simulado. Así podemos leer que «No se infringe el Art. 1317 CC porque no se ha aplicado al no ser ello necesario: efectivamente, el Art. 1317 CC declara la no oponibilidad de los capítulos matrimoniales a terceros, en un sistema en el que se busca compaginar la libertad de los cónyuges para elegir el régimen que crean más conveniente y la protección de terceros acreedores. Pero este sistema no es necesario si puede declararse su nulidad porque el Art. 1317 CC parte de la validez de las capitulaciones y de los pactos en ella contenidos y por ello se requiere otra figura jurídica para evitar el perjuicio de terceros. En este litigio se ha probado la simulación absoluta, lo que conlleva la nulidad de las capitulaciones, de modo que no es necesario utilizar la figura del Art. 1317 CC para evitar dicho perjuicio, que nadie ha discutido en esta litis. Por lo que no puede considerarse infringida una disposición que no es aplicable.»

De nuevo, una alambicada alegación del marido, pues pese a haber capitulado en escritura pública, se procuraron los cónyuges simulantes —a modo de cobertura— un documento privado en el que se emplazaban a seguir en ganancias, documento que, arguye en marido, no tendría virtualidad para lograr tal efecto. Ya en el FJ 6º la Sala explica que «La declaración de nulidad de los capítulos matrimoniales por simulación absoluta determina como efecto esencial que no se produjera el efecto buscado, es decir, el cambio de régimen, que solo fue aparente, pero no real como consecuencia de la simulación. Por ello mal se ha podido infringir el Art. 1327 CC relativo a la forma necesaria de los capítulos cuando el tantas veces citado documento privado tenía como finalidad evitar entre los cónyuges la apariencia de cambio de régimen creada con las capitulaciones nulas. Es decir, no se restauraba el régimen que se había extinguido con el pacto capitular, sino precisamente se destruía la apariencia creada y se mantenía entre los cónyuges el régimen que rigió su matrimonio desde el momento de la celebración del mismo sin interrupción.» Y concluye el FJ 7º con esta contundente afirmación «[...] al ser simulados los capítulos, no hubo ni cambio de régimen ni, por consiguiente, liquidación [...]».

También este caso nos invita a una serena reflexión, que no es otra que la referida en el apartado anterior en relación a los casos de fiducia cum amico.

2.17.4. El revelador caso de la SAP de León de 18 de julio de 2018, Civil, sección 2ª recurso 171/2018, ECLI:ES:APLE:2018:832, o la promoción de pleito civil ante el cierre insatisfactorio de las autotutelas

Debemos estudiar este caso con detenimiento. Se trata de una sociedad mercantil que en la declaración del Impuesto de sociedades declara gastos inexistentes a favor del marido de su administradora. Ésta, la administradora, dos años antes del inicio de la inspección en la susodicha sociedad, pero previendo las liquidaciones de la mercantil que administra, y su propia responsabilidad, dona su patrimonio inmobiliario a su hijo.

Tal y como vaticinó, se levantaron actas a la mercantil, se declaró la responsabilidad de la administradora, y se declaró la responsabilidad del hijo por colaboración en la ocultación. Sin embargo, esta última responsabilidad por ocultación fue anulada por el TEAR de Castilla y León, y ello por el juego de fechas, al ser la donación dos años anterior al inicio de la inspección en la mercantil, se tuvo por no concurrente los presupuestos del artículo 42.2 a) LGT.

Sólo cabía alzada extraordinaria y el TEAC en extraordinario de criterio, sienta el origen legal de la deuda del responsable por ocultación al tiempo de la realización del presupuesto de su responsabilidad.

Y lo relevante del caso es que, con la vía administrativa concluida, y para buscar satisfacción del crédito tributario, con buen criterio, se abandonó la autotutela, acudiendo a la vía judicial civil e interesando la nulidad de pleno derecho de la donación, por simulación absoluta o por ilicitud de la causa, solicitado la

restitución por el donatario de lo recibido y cancelando las inscripciones registrales. Se concede tanto en la instancia como en la apelación.

Ante la alegación de caducidad de la acción en el FJ 4º se afirma la imprescriptibilidad del remedio que asiste al acreedor público, y en el FJ 6º se expone cómo hallándonos ante una simulación, es precisa la prueba indiciaria.

Pero nos interesa el FJ 4º cuando con cita a un precedente ya se advertía de la idoneidad de la simulación absoluta como respuesta ante el fraude de acreedores, y en el FJ 6º cuando se afirma expresamente que «en el presente caso, la «causa simulandi» estaría en perjudicar a los acreedores, concretamente a la Agencia Tributaria, simulando una donación, no efectiva».

Merece ser reproducida la conclusión del FJ 6º dada por la Audiencia Provincial:

«[...] En definitiva, con base en todo lo anteriormente expuesto, se obtiene la conclusión de que los actores otorgaron la escritura de donación en favor de su hijo con la única y exclusiva finalidad de sustraer los bienes donados por parte de los acreedores, concretamente de la Agencia Tributaria, pero no con intención de liberalidad hacia su expresado hijo, encarnando un claro supuesto de simulación absoluta lo que, como acertadamente señala la juzgadora de instancia, hace que la acción de nulidad ejercitada en la demanda deba ser estimada. [...]»

Este caso nos aboca a un corolario claro, no es demérito de la función desarrollada por los órganos económico administrativos, ni mucho menos; más bien lo que sucede es que si hablamos de fraude de acreedores, —y de eso es de lo que estamos hablando—, la última palabra por fuerza la ha de tener la jurisdicción civil.

2.17.5. Un caso reciente, la SIPI nº 14 de Valladolid, de 19 de junio de 2024, Civil PO 1305/2022, o la solución al fraude de acreedores hecho con abuso de la patria potestad

Nos hallamos ante una donación a un menor de edad hecha en fraude del crédito público tributario y resuelta —al menos de momento, pues carece de firmeza— con una acción de nulidad por causa ilícita.

En el caso que nos ocupa el abuelo se sabía deudor a la Hacienda Pública a título de responsable ex artículo 43.1 a) LGT y ello desde los ejercicios 2010 y 2011 —fechas de comisión de las infracciones tributarias por la sociedad por él administrada—, y el susodicho abuelo, como técnica elusoria de su segura responsabilidad, resolvió hacer donación de sendos locales comerciales, generadores de rentas superiores a los 2.000 euros mensuales, en fecha 16 de julio de 2012 en favor de su nieto, a la sazón menor de edad. La responsabilidad ex artículo 43.1 a) LGT del abuelo, administrador societario y donante, fue declarada en fecha 17 de diciembre de 2015. Habida cuenta la conducta descrita, la AEAT en fecha 18 de noviembre de 2022 interpuso demanda ejercitando la acción de nulidad por causa ilícita de la donación de fecha 16 de julio de 2012,

estimada en todos sus pedimentos, con condena en costas a los demandados, declarando la nulidad por causa ilícita de la donación, operando la restitución de la finca a los donantes.

En el FJ 2º encontramos un pronunciamiento sobre la libertad de elección de remedios por parte del acreedor perjudicado, la AEAT, idea que nos es cara.

Así la sentencia, tras reproducir extensamente la STS de 3 de noviembre de 2015, Sala de lo Civil, sección 1ª, recurso de casación 2328/2013, ECLI:ES:TS:2015:4471, que tiene por idónea y de acertada cita por la parte actora, en el FJ 2º, identifica la acción ejercitada como de nulidad por causa ilícita, dado que «conforme alega con su realización, el donante perseguía, con conocimiento del donatario (en este caso sus representantes legales al ser menor de edad) sustraer el inmueble donado a la acción de su acreedora la Agencia Estatal de la Administración Tributaria». Y concluye este FJ 2º afirmando que: «no es preciso ni puede exigirse al actor, como pretenden los demandados, que con carácter previo hubiera ejercitado acción rescisoria prevista en el artículo 1.291.3º del Código Civil y ello en cuanto, como queda dicho, el acreedor hoy demandante es libre para ejercitar la acción que estime pertinente en garantía del cumplimiento de las obligaciones tributarias que resulten exigibles».

Ya en el FJ 3º se argumenta sobre la manida cuestión del fraude preparatorio o incluso premonitorio, o para que se entienda bien, el fraude urdido por el que se sabe responsable.

Así, muy acertadamente se reflexiona sobre cómo el abuelo y donante se sabía deudor a título de responsable ex artículo 43.1 a) LGT, por lo que «como administrador de esta sociedad debía conocer su situación financiera y económica, siendo por ello fácil para él prever, que, la administración pudiera acordar su responsabilidad subsidiaria por las deudas contraídas por la sociedad cuando desempeñaba dicho cargo, tras lo cual se dirigiría contra su patrimonio dentro del cual se encontraba la finca que a la postre fue donada», he ahí el fraude de acreedores.

El FJ 4º nos brinda el análisis indiciario del caso, donde destaca lo disparatado de la conducta, pues a la postre al donatario se le perjudica, sólo entendible bajo la luz del fraude de acreedores.

Determinado el fraude de acreedores, se analiza si el mismo era querido por ambas partes contratantes o al menos si era conocido y consentido por los donatarios. Así se destacan los lazos de parentesco «no constando que entre todos ellos existiera una mala relación o estuvieran distanciados por cualquier conflicto o circunstancia». Cómo la operación no reportó beneficio alguno al menor, pues la finca se le transmitió con las cargas, y las rentas que producía –más de 2.000 euros al mes– «se abonaban en una cuenta bancaria abierta a nombre del donatario, desde la que se realizan cada mes disposiciones en efectivo que se ingresan en otra cuenta de los donantes y deudores tributarios que utilizan para el pago del préstamo mencionado». Y se abunda en el carácter antieconómico de la donación, pues no pudiendo el menor disponer de las rentas, «aun le correspondía abonar las cargas e impuestos que lo gravaban, tal como se indica en la contestación a la demanda».

Y aún el FJ 4º in fine contiene una atinada reflexión, cuando apunta el ponente que una de las muchas causas que pudieran explicar esta donación sería «la posibilidad de aplicar la doctrina del Tribunal Supremo mencionada en la contestación a la demanda de que no se puede exigir a un menor de edad la responsabilidad solidaria ex. Artículo 42.2 de la LGT».

Esta sentencia nos invita de nuevo a la reflexión serena.

Sabemos cómo la STS de 18 de junio de 2021, Sala de lo Contencioso sección 2ª, recurso 2188/2020, ECLI:ES:TS:2021:2573, nos dejó dicho en su FJ 2º que «no cabe declarar la responsabilidad solidaria de un menor por ser causante o colaborador en la ocultación o transmisión de bienes del obligado tributario con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria».

Para ello reitera un precedente y destacándolo con negritas, la Sala subraya aspectos tales como que «**estamos en presencia de una responsabilidad subjetiva, no meramente objetiva**», [...] «**lo que remite a una conducta que implica conocimiento y voluntad**», que «**los menores como tales carecen de capacidad de obrar**» y que «**sus actos jurídicos, respecto de la titularidad de derechos y obligaciones, ha de realizarlos por ellos su representante legal**».

Se antoja evidente, para estos casos, que como se dice en la nota de criterio de 29 de mayo de 2024, titulada «Sobre las acciones civiles y la mejor defensa recaudatoria del crédito público»⁴⁶, la solución no es otra que acudir a los remedios civiles, y a ser posible, usándolos combinadamente.

2.18. Una somera mirada a la simulación recogida en el artículo 16 de la Ley General Tributaria

No es este el lugar para analizar la simulación recogida en el artículo 16 LGT, pero sí puede ser de interés contrastar dicha figura con el concepto de simulación propio y específico de la jurisprudencia civil que, como hemos visto, puede ser de provecho a la recaudación del crédito público.

Acudiendo a BLASCO DELGADO⁴⁷, vemos cómo «el negocio jurídico simulado en sus aspectos fiscales, se caracteriza porque mediante él se crea una ficción con la que se enmascara la realidad obteniendo una tributación menor de la que correspondiera aplicando la norma al negocio real», y ya nos avanza la autora que en la simulación «el engaño y la ocultación marcan la diferencia».

A nosotros nos interesa especialmente la relación entre la nulidad por ilicitud de la causa que hemos analizado y la figura del artículo 16 LGT y esto, lo analiza la autora que estamos citando en el apartado 5º, titulado «la irrupción de la simulación de la causa en el artículo 16 LGT».

⁴⁶ Sede de la Agencia Tributaria: Sobre las acciones civiles y la mejor defensa recaudatoria del crédito público.

⁴⁷ BLASCO DELGADO, C., «La configuración tributaria de la simulación en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *Doctrina jurisprudencial aplicable tras 20 años de la Ley General Tributaria*, MERINO JARA, I., (Dir.), LUCAS DURÁN, M., y RUIZ GARIJO, M., (Coordinadores). Ed. La Ley 2023. Pags 239 y ss.

En el mismo se estudian tanto la STS de 30 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso sección 2ª, recurso de casación 1061/2007 ECLI:ES:TS:2011:4147 como la STS de 24 de octubre de 2013, Sala de lo Contencioso sección 2ª, recurso de casación 1650/2011, ECLI:ES:TS:2013:5140⁴⁸, llegando a la conclusión de que, en ambas «[...] se recoge la jurisprudencia de la Sala de lo Civil en relación con la simulación. El hecho de que la LGT no recogiera un concepto de simulación obligaba a considerar esta doctrina que desvirtúa la idea de falsedad de la causa objetiva o típica del negocio para incorporar el dato de su ilicitud dependiendo del propósito que originaba la falsedad.»

Asimismo PALAO TABOADA⁴⁹ en su esfuerzo de deslinde la simulación y el fraude de ley, nos recuerda cómo «en el negocio simulado las partes están de acuerdo (pacto simulatorio) en que lo que convienen es únicamente una pantalla, que eventualmente disimula un negocio distinto», y advierte de un problema en la práctica administrativa, pues «La norma sobre la simulación, contenida en el artículo 16 de la LGT, ha desplazado casi por completo la del artículo 15 como norma general anti elusión, sin que ello haya suscitado ningún reparo de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo. Para conseguir este resultado, la Agencia Tributaria ha utilizado el concepto de «simulación en la causa»[48], a

48 Es muy clarificador su FJ 3º en sus dos primeros apartados, cuando nos dice que: «Tanto la Inspección, como el TEAC, como la Audiencia Nacional, llegan a la misma calificación, la falta de validez de los hechos, actos y negocios, desde la perspectiva tributaria, y se considera que la causa de los mismos es ilícita, puesto que se pone de manifiesto que la intención y finalidad de dichos negocios es la elusión fiscal en los términos y con el contenido visto. La distinción entre el ámbito tributario y mercantil o civil, es obligada, sucede sin embargo que las categorías y estructuras contractuales o negociales no pueden ser distintas por la coherencia y armonía propia de cualquier sistema y ordenamiento jurídico, por ello ha de acudirse a lo dicho por la jurisprudencia civil y al artº 1275 de CC , en tanto que la causa ilícita determina la nulidad de los contratos, lo que llevado al caso que nos ocupa es evidente que siendo la causa de los referidos procurar la elusión fiscal, siendo su causa ilícita, la consecuencia es que los mismos no producen efectos en el ámbito tributario. Ningún inconveniente existe para encuadrar las operaciones realizadas en la consecución de la elusión fiscal, dentro de la figura del negocio indirecto, y en el que los negocios, los contratos u operaciones típicas resultan ser una simple pantalla jurídica o medios en la consecución de fines buscados por las partes. Como es conocido en el negocio indirecto u oblicuo se invierte la relación normal entre motivo y causa jurídica, el propósito último de los instrumentos pasa a ser aquí causa del negocio, en tanto que la causa típica legal de este negocio se convierte en puro medio para la consecución de aquel fin, lo que nos ha de llevar a significarla falta de virtualidad a los efectos que pretende la parte recurrente en la distinción que ofrece entre la causa del negocio y la intención o finalidad subjetiva buscada con el mismo.

A nuestro entender la calificación de las operaciones desde el punto de vista tributario resulta acertada, pues se observa que se valen de negocios que desde el punto de vista mercantil son correctos y lícitos, pero con una clara finalidad, que no es la típica de las convenciones acaecidas, sino que el fin que se persigue es distinto de la causa-fin de aquellos; la intención de los esposos con la realización de las operaciones, sólo adquiere sentido en relación a la obtención de unos efectos diversos a los típicos de las operaciones llevadas a cabo, y que se concretan en el ahorro fiscal mediante la elusión de la carga tributaria que conllevaba el pago de los dividendos. La causa-fin de las citadas operaciones se imbrican inescindiblemente con los aspectos subjetivos, descubriendo la verdadera intención perseguida. Objetivamente ningún reparo cabe hacer en cuanto aparentemente la causa típica de las operaciones realizadas coinciden con la forma exteriorizada, pero cuando se descubre cuál es el verdadero fin perseguido, resulta evidente que dicha causa típica se halla vacía de contenido, se acuerdan una serie de operaciones que en puridad sirven para un fin determinado, agrupar el patrimonio familiar en una empresa holding, pero es evidente que a través de las mismas el fin pretendido es bien distinto. Estamos ante un supuesto paradigmático de negocio indirecto en el que la intención de las partes, desnaturaliza la causa finalidad de las operaciones realizadas, existe una falsa causa-fin de las operaciones realizadas.»

49 PALAO TABOADA, C., Y SALVADOR CODERCH, P., *Fraude a la ley y simulación en derecho civil y derecho tributario*. Fundación coloquio jurídico europeo, 2022. Pag. 44 y ss.

veces también llamada «simulación del tipo negocial». La causa simulada a la que alude la primera expresión sería la causa típica del negocio, que ocultaría la causa concreta de este, es decir, el propósito elusivo. Pero cuando esta es la verdadera finalidad práctica del negocio la «simulación en la causa» no es, en nuestra opinión, otra cosa que el fraude a la ley, al que con este artificio se disfraza de simulación con el fin de aplicarle el régimen tributario de ésta.»

3. Conclusiones del estudio

El acreedor público, para la defensa recaudatoria del crédito público, para reaccionar frente al fraude de acreedores, tendrá a su disposición tanto las autotutelas administrativas como los remedios civiles y ambas vías serán compatibles y necesarias, especialmente para el caso de que, donde no lleguen las autotutelas sí puedan llegar los remedios civiles.

En este sentido, por la jurisprudencia contenciosa se ha impuesto la necesidad de plazos concisos y conocidos para la declaración de responsabilidades tributarias, surgiendo la cuestión de cómo abordar el fraude de acreedores que pueda padecer el acreedor público. Dicho fraude de acreedores legitimará al acreedor público para ejercitar la acción de nulidad por simulación absoluta, que es imprescriptible, de suerte que, prescrito el derecho a declarar una responsabilidad tributaria por ocultación de bienes será obligación del acreedor público continuar la actividad recaudatoria por las vías civiles si se dan sus requisitos.

De igual modo, por la jurisprudencia contenciosa se ha sentado que no cabe declarar la responsabilidad tributaria de un menor, como causante o colaborador en la ocultación de bienes en fraude del acreedor público. La solución no será otra que acudir a los remedios civiles, y a ser posible empleándolos combinadamente.

En todo caso, la relación entre todas estas facultades y remedios, –los civiles y los propios de las autotutelas– será de plena compatibilidad. Así, el acreedor público podrá decidir con discrecionalidad técnica, si bien bajo un mandato, el de eficacia, pues lo que para el acreedor privado es principio dispositivo, para el acreedor público es necesidad de eficacia.

Madrid a 31 de octubre de 2024.

4. Bibliografía

ALBADALEJO GARCÍA, M., *La simulación*. Ed. Edisofer, 2005.

BLASCO DELGADO, C., «La configuración tributaria de la simulación en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *Doctrina jurisprudencial aplicable tras 20 años de la Ley General Tributaria*, MERINO JARA, I., (Dir.), LUCAS DURÁN, M., y RUIZ GARIJO, M., (Coordinadores). Ed. La Ley 2023.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1971.

FERRARA, F., *La simulación de los negocios jurídicos*, Revista de Derecho Privado 1931. 2ª edición.

GARCÍA VICENTE, J.R., *La simulación de los contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ed. Aranzadi 2017.

GUTIÉRREZ PÉREZ, E., «La acción pauliana vs. El delito de alzamiento de bienes: ¿Una cuestión de «indignación» del acreedor?» *InDret 1.2024*.

PALAO TABOADA, C., Y SALVADOR CODERCH, P., *Fraude a la ley y simulación en derecho civil y derecho tributario*. Fundación coloquio jurídico europeo, 2022.

MUÑOZ SABATÉ, L., *La prueba de la simulación*. Editorial Temis 2011.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Causa ilícita y contratos ilegales», en *Estudios de Derecho de contratos*, MORALES MORENO, A., (Dir) y BLANCO MARTÍNEZ, E. V. (Coor.). Ed. BOE, abril 2022.

ORDUÑA MORENO, F.J. Y TAMAYO HARA, S., *La protección patrimonial del crédito, tomo I. La conservación de la garantía patrimonial del derecho de crédito*. Aranzadi 2006.

PICÓ JUNOY, J., «Los indicios en la prueba de la simulación contractual» *InDret 3/2017*.

ROMO BLANCO, V.F., «Reflexiones y propuestas sobre las acciones civiles y las derivaciones de responsabilidad, entendidas como partes de un remedio global frente al fraude de acreedores», en *Procedimientos tributarios*, MERINO JARA, I., (Dir.), LUCAS DURÁN, M., y SUBERBIOLA GARBIZU, I., (Coordinadores). Ed. La Ley 2024.

VARGAS BENJUMEA, I., *La ocultación de bienes y derechos del obligado tributario. La derivación de responsabilidad frente al ejercicio de acciones civiles y penales*. Ed Tirant lo Blanch 2017.