

Roj: STS 5090/2011
 Id Cendoj: 28079110012011100503
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 688/2007
 Nº de Resolución: 562/2011
 Procedimiento: Casación
 Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x ACCIÓN PAULIANA x
- x INEFICACIA DE LOS CONTRATOS x
- x CAUSAS DE RESCISIÓN (CONTRATOS) x
- x RESCISIÓN POR FRAUDE (CONTRATOS) x
- x RESCISIÓN DE CONTRATOS EN FRAUDE DE ACREEDORES x

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Julio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 43 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó la Procuradora Sra. Dª. Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere, en nombre y representación de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A.; siendo parte recurrida la Procuradora Dª. Blanca María Grande Pesquero, en nombre y representación de "BANCO DE SABADELL, S.A."

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. Angel Montero Brusell, en nombre y representación de BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Jesús Manuel , Dª Gregoria y BANCO DE SABADELL, S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que A) *Se declare nulo por fraudulento el préstamo con garantía hipotecaria sobre la finca registral nº NUM000 , inscrita en el Registro de la Propiedad nº 18 de Barcelona, al tomo NUM001 , libro NUM002 , folio NUM003 , ordenando la cancelación de la inscripción 9ª, reintegrando la titularidad de la misma, si fuere el caso, a la propiedad de los demandados, D. Jesús Manuel y Dª Gregoria . B) Se realice expresa condena en costas a los demandados.*

2.- La Procuradora Dª Marta Pradera Rivero, en nombre y representación de Banco de Sabadell, S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia *por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas al demandante.*

3.- Los codemandados D. Jesús Manuel y Dª Gregoria fueron declarados en rebeldía por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

4.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 43 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 22 de julio de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Que debo DESESTIMAR íntegramente la demanda interpuesta por BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A., representado por el Procurador ANGEL MONTERO BRUSELL, y contra Jesús Manuel Gregoria , declarados en situación de rebeldía procesal y contra BANCO DE SABADELL, S.A. representado por el*

Procurador de los Tribunales Doña MARTA PRADERA RIVERO en ejercicio de la acción Pauliana y en su consecuencia absuelvo a la parte demandada de los pedimentos contenidos en el suplico del escrito de demanda, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas en la tramitación del presente procedimiento

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de Banco Español de Crédito, S.A., la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 10 de julio de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: 1.- Desestimamos el recurso de apelación. 2.- Imponemos las costas del recurso al recurrente.*

TERCERO .- **1** .- El Procurador D. Angel Montero Brusell, en nombre y representación de BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, S.A., interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente **MOTIVOS PRIMERO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, se alega la infracción de los artículos 1111 y 1291 del Código civil y doctrina jurisprudencia para dichos preceptos. **SEGUNDO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, se alega la infracción de los artículos 1111 y 1291 del Código civil y doctrina jurisprudencia para dichos preceptos del llamado *consilium fraudis*.

2 .- Por Auto de fecha 3 de marzo de 2009, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3 .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de julio del 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Se ha ejercitado la *acción pauliana* que prevé el artículo 1111 del Código Civil y contempla el artículo 1291.3 como acción rescisoria, cuya naturaleza y subsidiaridad contempla el artículo 1294 . Para su comprensión conviene precisar los distintos actos jurídicos, con su secuencia cronológica.

* 9 marzo 2001: el BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A., demandante en la instancia y recurrente en casación, suscribe póliza para descuento y anticipo de créditos mercantiles con la entidad SANTOBA ESPAÑA S.L. que no ha sido parte en el proceso y son fiadores solidarios los codemandados D. Jesús Manuel y D.ª Gregoria y un tercero que tampoco ha sido parte.

* 15 octubre 2001: el BANCO DE SABADELL S.A. otorga a favor de estos dos últimos codemandados un préstamo con garantía hipotecaria: dicha entidad bancaria prestamista es también codemandada.

* 18 octubre 2001: la sociedad SANTOBA ESPAÑA S.L. , que no es parte, presentó solicitud de quiebra voluntaria, que fue declarada por auto de 19 noviembre siguiente.

* 19 octubre 2001: BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. cierra el saldo de la sociedad SANTOBA ESPAÑA S.L. al conocer su situación de insolvencia, dando por vencida anticipadamente aquella póliza de crédito de 9 marzo 2001.

* 13 noviembre 2001: BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. requiere de pago a la prestataria y a los fiadores de la póliza anterior.

* 29 noviembre 2001: BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. interpone demanda de ejecución de títulos no judiciales frente a la mencionada prestataria y fiadores, recae auto despachando ejecución (11 diciembre 2001) y diligencia de ordenación (13 febrero 2002) ordenando la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad sobre la finca hipotecada, hipoteca inscrita con anterioridad.

* 30 diciembre 2004: BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. formula la presente demanda ejercitando la acción pauliana, interesando la declaración de nulidad del préstamo con garantía hipotecaria de 15 octubre 2001, y la cancelación de la inscripción de la hipoteca.

* 22 julio 2005: sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 43 de Barcelona , que desestima la demanda por no concurrir los requisitos (enumera cuatro) de la acción pauliana.

* 10 julio 2006: sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 14 , de Barcelona, desestimatoria del recurso de apelación que había sido interpuesto por la entidad bancaria contra la anterior sentencia.

* 15 febrero 2007: escrito de la misma parte que, tras los trámites procesales pertinentes, interpone recurso de casación, admitido por auto de 3 marzo 2009.

SEGUNDO Ejercitada la *acción revocatoria o pauliana* prevista en el *artículo 1111 del Código Civil* y contemplada como acción rescisoria, que es su verdadera naturaleza, en el *artículo 1291.3º* , interesa ver sus presupuestos, partiendo de la aplicación general de los *artículos 1290* y s.s. y de su subsidiariedad que proclama el *artículo 1294*. *Tales presupuestos, si bien pueden desdoblarse en otros más, son dos : el eventus damni y el consilium fraudis .*

El primero, el *perjuicio al acreedor*, implica que el acto tachado de fraudulento provoque tal disminución en el patrimonio del deudor, que el acreedor quede sin posibilidad de ver satisfecho su derecho de crédito; no es preciso que pruebe la insolvencia del deudor. Las sentencias de instancia han considerado que cuando se realizó el negocio jurídico objeto de la acción (préstamo hipotecario) no pudo causarse perjuicio alguno a la entidad bancaria accionante ya que ésta no tenía crédito alguno que podría verse perjudicado puesto que la deuda no había vencido, ni era líquida, ni era exigible; la fecha en que declaró el vencimiento anticipado fue muy posterior al préstamo hipotecario.

El segundo, el *fraude* , significa que el deudor haya realizado el acto jurídico perjudicial al acreedor, en fraude del derecho de crédito de éste. Si el acto es gratuito, se presume el fraude (*artículo 1297* , primer párrafo): no es el caso presente. Si el acto es oneroso, como el préstamo hipotecario, (sentencias de 28 noviembre 1997) no es precisa la intención de dañar, sino que basta el conocimiento de ambas partes del perjuicio que causa al acreedor (sentencias de 13 febrero 1992 y 16 junio 1999). Las sentencias de instancia niegan la existencia de fraude y la Audiencia Provincial destaca que los codemandados eran meros avalistas de la póliza de descuento con la entidad bancaria demandante y que al tiempo del presunto acto fraudulento, el préstamo hipotecario, no había vencido, ni era, por tanto, exigible el crédito; asimismo, esta sentencia de la Audiencia Provincial declara no acreditado que el banco demandado, BANCO DE SABADELL S.A., tuviera conocimiento, cuando otorgó el préstamo hipotecario, que con ello podía perjudicar a otro acreedor, "porque- como dice la sentencia recurrida- para el otorgamiento de un préstamo con garantía real, no es necesaria la realización del estudio relativo a la situación económica o patrimonial de los deudores, que se puede estimar imprescindible para el otorgamiento de un crédito personal, sino lo que se exige es un estudio de la situación jurídica de la finca sobre la que se va a constituir la hipoteca y una valoración económica de la misma".

TERCERO El *recurso de casación* formulado por la entidad bancaria demandante contiene dos motivos, ambos al amparo del *artículo 477.1 LEC* y uno y otro por infracción de los *arts. 1111 y 1291 del Código civil* e infracción de la doctrina jurisprudencial, en relación, el motivo primero, con la existencia de un crédito por parte del accionante -recurrente- respecto a la finca hipotecada; cita en el motivo, especialmente, las sentencias de 1 febrero 2006 y de 21 enero 2005 . La primera de ellas destaca que, según doctrina jurisprudencial, el requisito relativo a la preexistencia del crédito (se trataba de una deuda tributaria que nace, añade la sentencia, " cuando se produce el hecho imponible) " ha de entenderse en términos generales y se hace preciso que se estudie cada caso en sus particularidades, especialmente cuando la intención defraudatoria resulta bien manifiesta, como en el supuesto de venir demandada por la *próxima y segura existencia posterior del crédito* a lo que cabe añadir cuando ocurre que se tiene pleno conocimiento de la existencia de débitos tributarios " , o como afirma la sentencia de 28 de diciembre de 2001 , cabe aplicar " la acción pauliana a créditos existentes, pero no exigibles al tiempo de la enajenación fraudulenta, o incluso a los de próxima y segura o muy probable existencia " . La segunda de ellas, relativa también a un crédito de la Hacienda Pública, reafirma que había surgido con anterioridad al acto supuestamente fraudulento y añade que " estamos ante débitos con existencia real, efectiva y cuantificada, aunque no liquidadas " y expone la doctrina que ha sido reiterada por la sentencia con el texto transcrito.

En el presente caso, cuando se dio el préstamo hipotecario que se alega fraudulento, existía un crédito cuyo acreedor era la entidad bancaria demandante y era anterior, aunque no vencido (el vencimiento anticipado se produjo más tarde) y lo que es claro, según declaran las sentencias de instancia y resulta de la relación cronológica de los hechos, no se da la intención defraudatoria , como dicen las sentencias anteriores, parcialmente transcritas.

Lo cual se conecta con el motivo siguiente, el segundo, en el que la parte recurrente mantiene la existencia del *consilium fraudis* y cita varias sentencias de esta Sala que reiteran la doctrina jurisprudencial sobre este supuesto: conocimiento (*scientia fraudis*) del perjuicio que se causa al acreedor, tanto por el

transmitente como por el adquirente; en el presente caso, por los prestatarios y por la entidad bancaria prestamista, ambos codemandados respecto a los cuales la sentencia de instancia ha declarado que "no se aprecia fraude alguno" y al ser un acto, el préstamo hipotecario, a título oneroso y no haber aplicado la presunción de fraude, no es posible apreciar la existencia de *consilium fraudis*, ni respecto a los avalistas demandados, ni respecto a la entidad bancaria, también codemandada, de la cual declara que "no se ha acreditado en forma alguna que el banco conociera la situación patrimonial de los deudores en el momento de concederles el préstamo con garantía hipotecaria". No aparece, pues, en modo alguno, el "propósito defraudatorio" que destacan las sentencias de 12 de marzo de 2004, 22 de abril de 2004, 13 de mayo de 2004, 19 de julio de 2005, 25 de noviembre de 2005, ni, como dice la de 20 de junio de 2008, "no aparece la realidad del fraude, el *consilium fraudis*, en el sentido de que el deudor tenga conciencia, no ya intención de dañar (*animus nocendi*), sino conciencia del perjuicio que causa (*sciencia fraudis*), propósito defraudatorio...".

En este motivo segundo se estudia el *consilium fraudis* y se mantiene que sí lo hubo entre los codemandados en el presente caso, lo cual no es otra cosa que hacer supuesto de la cuestión, proscrito en casación, en el sentido que han expresado reiteradamente las sentencias de 2 de julio de 2009, 25 de junio de 2010, 15 de abril de 2011, 13 de mayo de 2011, 16 de junio de 2011, entre otras muchas, de partir de un supuesto de hecho distinto del que ha declarado probado la sentencia de instancia.

Por lo cual se rechaza este motivo, al igual que el anterior: no aparece y así se ha declarado, el *eventus damni*, ni el *consilium fraudis* y el recurso se desestima con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal del BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 10 de julio de 2006, que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se condena al pago de las costas a la parte recurrente.

Tercero.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana.-Roman Garcia Varela.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.