



Roj: STS 2943/2014  
Id Cendoj: 28079110012014100351  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1450/2012  
Nº de Resolución: 328/2014  
Procedimiento: Casación  
Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por Banco de Santander SA, representada por la procurador de los tribunales doña María Nuria González Santoyo, contra la sentencia dictada el uno de marzo de dos mil doce, por la Audiencia Provincial de Segovia, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Segovia. Ante esta Sala compareció la procurador de los tribunales doña Ana María Alarcón Martínez, en representación de Banco Santander, SA, en concepto de parte recurrente. Es parte recurrida Don Pelayo, representado por el Procurador de los Tribunales don Víctor Enrique Mardomingo Herrero.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Por escrito registrado, por el Juzgado Decano de Segovia, la procurador de los tribunales doña Nuria González Santoyo, obrando en representación de Banco de Santander, SA, interpuso demanda de juicio ordinario contra don Pelayo, doña Vanesa, doña Candida y doña Hortensia.

En dicho escrito, la representación procesal de Banco de Santander, SA alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que, el uno de diciembre de dos mil ocho, la referida sociedad suscribió, con Subcontratas Espol, SL, una póliza de negociación de letras de cambio, documentos mercantiles y otras operaciones bancarias - aportada como documento número 1 -, en la que dicha sociedad aparecía como acreditada, hasta un límite de ciento veinticinco mil euros (125 000 #) y que, en el propio contrato, constaba ser fiador el codemandado don Pelayo - casado en gananciales con la también demandada doña Vanesa - y don Pedro Miguel, dada la solvencia de los mismos por la titularidad de bienes inmuebles.

Añadió que, en la cláusula séptima del contrato, se convino un supuesto de vencimiento anticipado, el cual se produjo y dio lugar al acta notarial de liquidación de uno de marzo de dos mil diez - como demostraba el documento aportado con el número 2 -. Y que Banco de Santander, SA presentó demanda de ejecución de títulos no judiciales, que dio lugar al proceso de ejecución número 235/2010, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Segovia, el cual dictó auto despachando la ejecución el doce de abril de dos mil diez - como demostraba con el documento aportado con el número 4 -.

También alegó que, poco después de la firma de la póliza, el veintisiete de marzo de dos mil nueve, don Pelayo y su cónyuge, con el que estaba casado en régimen de gananciales, doña Vanesa, donaron, por escritura pública, a sus hijas doña Candida y doña Hortensia, la nuda propiedad de dos fincas urbanas: una vivienda sita en la CALLE000 número NUM000, planta NUM001, de Segovia, registrada con el número NUM002; y otra vivienda existente en la CALLE001, número NUM003, de San Cristóbal, registrada con el número NUM004. Precisó que los donantes se reservaron el usufructo vitalicio sobre las fincas, con el ánimo de defraudar a los acreedores.

Añadió que, con esa disposición, el fiador quedó en insolvencia, ya que el usufructo, embargado, no resultó bastante y lo propio había sucedido con un trastero del que era dueños los cónyuges en la CALLE002. Así mismo alegó que también era insolvente Subcontratas Espol, SL, como había declarado el Juzgado de lo Social de Segovia, en el procedimiento número 137/2010.

Se refirió la representación procesal de Banco de Santander, SA a los artículos 1291.3 , 1297 y 693 del Código Civil , como normas aplicables y, en el suplico de la demanda, interesó del Juzgado de Primera Instancia competente una sentencia que declarase " 1.- *La rescisión de las donaciones llevadas a cabo por don Pelayo y doña Vanesa en favor de doña Candida , y doña Hortensia , respecto de las fincas registrales número NUM002 y NUM004 del Registro de la Propiedad número Uno de Segovia y descritas en el hecho quinto de la demanda. 2.- La cancelación de las inscripciones registrales que hubiesen podido practicarse en el Registro de la Propiedad número Uno de Segovia de las donaciones referidas y siempre en relación con las fincas registrales números NUM002 y NUM004 del Registro de la Propiedad número Uno de Segovia. 3.- Se condene a los demandados, solidariamente, al pago de las costas procesales "*.

**SEGUNDO.** La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Cinco de Segovia, que la admitió a trámite por auto de diecinueve de mayo de dos mil once , conforme a las reglas del juicio ordinario, con el número 389/2011.

Los demandados don Pelayo , doña Vanesa , doña Candida y doña Hortensia fueron emplazados y se personaron en las actuaciones, representados por el procurador de los tribunales don Juan Santiago Gómez, que contestó la demanda.

En el escrito de contestación la representación procesal de los demandados alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que efectivamente éstos firmaron la póliza en la fecha que se indicaba en la demanda. Que Subcontratas Espol, SL se dedicaba a la construcción y tenía entonces una cifra de negocio considerable, de un millón de euros, y que la concesión de crédito por Banco de Santander, SA respondió a la actividad económica de la sociedad y no al patrimonio inmobiliario de los fiadores. Que, no obstante, reconocían también el saldo deudor y la tramitación del procedimiento de ejecución número 235/2010, del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Segovia. Que igualmente admitían la donación de las fincas registrales números NUM002 y NUM004 , con reserva por los donantes del usufructo, negocio al que se refería el documento aportado con el número 4. Que, sin embargo, los inmuebles no estaban libres de cargas, sino que estaban gravados con sendas hipotecas; la finca de San Cristóbal de Segovia, CALLE001 número NUM003 , lo estaba a favor de Banco de Santander, SA, por importe de doscientos cuarenta mil euros (240 000 #) y la de la CALLE000 número NUM000 de Segovia, a favor de BBVA, por la suma de sesenta y ocho mil quinientos cincuenta euros con once céntimos (68 550,11 #).

Por otro lado, negaron que los donantes tuvieran el ánimo de defraudar a la demandante, ya que no podían suponer, al donar los bienes, que los efectos posteriormente descontados por Banco de Santander, SA a Xacia Invercón, SL no fueran pagados a sus vencimientos. Que, en todo caso, el valor del usufructo era bastante para cubrir la deuda.

En el suplico del escrito de contestación la representación procesal de don Pelayo , doña Vanesa , doña Candida y doña Hortensia interesó del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Cinco de Segovia, una sentencia que desestimara la demanda, con imposición de las costas a la entidad demandante.

**TERCERO.** Celebrados los actos de audiencia previa y del juicio, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Cinco de Segovia, en los autos de juicio ordinario número 389/2011, dictó sentencia, el veintidós de noviembre de dos mil once , con la siguiente parte dispositiva: " *Fallo. Que, desestimando la demanda interpuesta por la representación de la entidad Banco de Santander, SA, contra don Pelayo , doña Vanesa , doña Candida y doña Hortensia , absuelvo a los referidos demandados de los pedimentos de la demanda, con imposición de costas a la parte demandante "*.

**CUARTO.** La representación procesal de Banco de Santander, SA recurrió en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Cinco de Segovia, en los autos de juicio ordinario número 389/2011, el veintidós de noviembre de dos mil once.

Las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Segovia, en la que se turnaron a la Sección Primera de la misma, que tramitó el recurso de apelación, con el número 46/2012, y dictó sentencia con fecha uno de marzo de dos mil doce , con la siguiente parte dispositiva: " *Fallamos. Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco de Santander, SA, contra la sentencia de fecha veintidós de noviembre de dos mil once, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Segovia , en autos de procedimiento ordinario número 389/2011, conformamos íntegramente la sentencia impugnada y condenamos a la mercantil apelante al pago de las costas procesales generadas en esta segunda instancia "*.

**QUINTO.** La representación procesal de Banco de Santander, SA interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Segovia, en el rollo número 46/2012, con fecha uno de marzo de dos mil doce .

Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo, que, por auto de ocho de enero de dos mil tres , decidió: " 1º) *Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco de Santander, SA, contra la sentencia dictada, con fecha uno de marzo de dos mil doce, por la audiencia Provincial de Segovia, Sección Primera; en el rollo de apelación número 46/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 389/2011 del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Segovia. 2º) Entregar copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en Secretaría*".

**SEXTO.** El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco de Santander, SA contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Segovia, en el rollo número 46/2012, con fecha uno de marzo de dos mil doce , se compone de tres motivos, en los que la recurrente, con apoyo en la norma tercera del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia:

**PRIMERO.** La infracción de la norma tercera del artículo 1291 del Código Civil .

**SEGUNDO.** La infracción del artículo 643 del Código Civil .

**TERCERO .** La infracción de la norma del artículo 1294 del Código Civil , en relación con la del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**SÉPTIMO.** Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador don Victor Enrique Mardomingo Herrero, en nombre y representación de don Pelayo , impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

**OCTAVO.** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintinueve de mayo de dos mil catorce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Jose Ramon Ferrandiz Gabriel**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de los antecedentes.

En ambas instancias fue desestimada la acción que, con fundamento en la norma tercera del artículo 1291 del Código Civil , había ejercitado Banco de Santander, SA, para que se declarase la ineficacia de la donación de la nuda propiedad de dos inmuebles, efectuada, como donante y a favor de sus hijas, por uno de los fiadores del crédito del que la demandante era titular contra otra sociedad - Subcontratas Espol, SL -, con causa en un contrato de descuento.

I.- El Tribunal de apelación tuvo en cuenta, por considerarlos probados, los hechos siguientes:

1º.- El uno de diciembre de dos mil ocho Banco de Santander, SA y Subcontrata Espol, SL suscribieron una póliza de negociación de letras y documentos mercantiles, con la garantía de dos fiadores - entre ellos, quien luego sería demandado como donante -.

2º.- La nuda propiedad de las dos fincas las donó uno de los fiadores - junto con su cónyuge - a sus hijas, el diecisiete de marzo de dos mil nueve.

3º.- Los títulos, descontados en fecha que no consta, resultaron impagados a sus vencimientos, que se produjeron en los meses de agosto, septiembre y noviembre de dos mil nueve.

4º.- A consecuencia de ello, Banco Santander, SA dio por vencida anticipadamente la póliza, con fecha uno de marzo de dos mil diez, liquidando la deuda en algo más de cincuenta y cinco mil euros.

II.- Los argumentos que, a partir de esos datos, han dado soporte a la sentencia de apelación, son, en síntesis, los siguientes:

1º.- El tipo de deuda afianzada no nace hasta que los títulos descontados resultan impagados y eso sucedió en el caso después de haber quedado perfeccionada la donación inmobiliaria.

2º.- Aunque la acción pauliana puede alcanzar éxito cuando el crédito todavía no ha nacido al ser ejecutado el acto patrimonial rescindible, para ello es necesaria la cumplida prueba del ánimo fraudulento del futuro deudor.

3º.- En todo caso, el donante se había reservado bienes suficientes para cumplir sus deudas.

III.- Contra la sentencia de apelación interpuso la acreedora demandante recurso de casación, con fundamento en la norma tercera del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por tres motivos.

Los examinamos conjuntamente, pues todos están referidos a los requisitos de la acción pauliana y existe entre ellos una intensa relación.

#### **SEGUNDO. Enunciado y fundamentos de los tres motivos del recurso de casación.**

I.- En el primer motivo del recurso, Banco Santander, SA denuncia la infracción de la norma tercera del artículo 1291 del Código Civil - conforme a la que son rescindibles los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba -.

Alega la recurrente que el Tribunal de apelación, al referirse al nacimiento de la deuda del fiador donante, no había tenido en cuenta las características del descuento, conforme a las que su crédito, como descontante, tuvo existencia desde que anticipó a la descontataria el importe de cada título cedido.

De lo que deriva - ya en relación con el artículo 1291 - la consecuencia de no ser necesaria la prueba de que el fiador donante actuó con ánimo de defraudarle, en contra de lo afirmado en la sentencia recurrida.

A mayor abundamiento, al ser el donante un fiador, hizo referencia, entre otras, a las sentencias 770/2002, de 22 de julio, y 1008/2008, de 12 de noviembre, según las que dichos garantes son deudores desde que contratan la fianza y no desde que la deuda principal resulta incumplida.

II.- En el segundo motivo, Banco de Santander, SA denuncia la infracción de la norma del artículo 643 del Código Civil - conforme al que se presume hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se hubiera reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores -.

Alega la recurrente que los cónyuges donantes no se reservaron bienes para pagar sus deudas y, en particular, la que había sido garantizada por uno de ellos, razón por la que debía presumirse la existencia de fraude.

Citó en apoyo de tal argumentación la sentencia 367/2001, de 11 de abril - la donación constituye " *un acto gratuito que, por sí mismo, se considera, con presunción <iuris tantum>, realizado en fraude de acreedores ( artículos 1.297 y 643 Código Civil )* ", aunque los bienes donados estuvieran gravados con cargas al afianzar, pues ello " *no constituye la demostración contraria a esa presunción, porque no es en este pleito donde pueden resolverse las preferencias de aquellas cargas entre sí* " -.

III.- En el tercer motivo Banco de Santander, SA señala como norma infringida la del artículo 1294 del Código Civil - según el que, por ser la acción subsidiaria, no puede ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio -.

Alega la recurrente que la sentencia recurrida le había cargado indebidamente con la prueba de la existencia de otros bienes ejecutables del fiador, sin tener en cuenta que dicha carga pesaba sobre los demandados.

Citó en apoyo del planteamiento - respecto del concepto de insolvencia - las sentencias 425/2008, de 19 de mayo - que tuvo por demostrada la insuficiencia patrimonial de los deudores, pese a la existencia de " *recursos económicos procedentes del salario de los deudores y que están ya siendo destinados a realizar pagos parciales y a cuenta de otros créditos vencidos y exigibles y sobre los que ha recaído resolución judicial condenatoria* ", porque " *ello no empece la clara situación de insuficiencia patrimonial de los deudores para atender el crédito no satisfecho a la entidad actora en los presentes, ante las cargas y gravámenes que pesan sobre los bienes y derechos de los que éstos son titulares* " -; 1258/1998, de 31 de diciembre - que precisó que la insolvencia del deudor " *no tiene por qué ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso* " -.

Y - respecto de la prueba de la insolvencia y su carga - las sentencias 547/1999, de 16 de junio - según la que no se puede imponer al acreedor demandante, respecto del deudor, " *la prueba diabólica, por imposible, de que carece (hecho negativo) de toda clase de bienes* " -; 303/2004, de 21 de abril - que destacó no ser necesario " *que se promueva pleito previo para acreditar la insolvencia del obligado, ya que lo que se precisa es que se dé ausencia de bienes que imposibilitan el derecho de quien ostenta condición de acreedor y éste no tenga otro remedio que acudir a la rescisión del acto jurídico de disposición llevado a cabo por el deudor, que perjudica sus intereses y se reputa realizado en fraude [...]* ", ya que " *no se pueda cargar al acreedor con*

la prueba de que el deudor carece de bienes, y le basta con acreditar haber llevado a cabo la persecución de los que le eran debidamente conocidos según las circunstancias del caso " -; y 204/2001, de 7 de marzo - que señaló que " no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia o que ésta tenga que ser total, siendo suficiente que concurra minoración económica provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor o acreedores por la actuación fraudulenta del obligado, siendo esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo aquel cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que le afectan [...] -.

### **TERCERO. Desestimación del recurso.**

El artículo 1291, norma tercera, del Código Civil confiere a los acreedores la facultad de impugnar los actos que el deudor realice en fraude de su derecho.

La jurisprudencia ha procurado evitar, en la interpretación de dicha norma - puesta en relación con las de los artículos 1111, 1294 y 1297 del propio Código -, un apego exclusivo al elemento literal o gramatical, con el fin de permitir que la acción pauliana sirva a la efectiva protección del crédito en los tiempos actuales.

Así, al interpretar la exigencia de fraude, ha adoptado una posición alejada del tradicional criterio subjetivista - sentencia 510/2012, de 7 de septiembre -, y las que en ella se citan -, para entender que dicho término hace referencia al daño al crédito; y para sustituir la exigencia del ánimo o propósito de perjudicar por el mero conocimiento del deudor - " *scientia fraudis* " - o, relacionándolo con la negligencia, por el deber de haberlo conocido. Así, también, al tratar como " *iuris et de iure* " la presunción que el párrafo primero del artículo 1297 del Código Civil vincula a las enajenaciones gratuitas - sentencias de 18 de enero de 1991 y 141/1993, de 16 de febrero, entre otras -.

Igualmente la jurisprudencia ha suavizado el rigor en la prueba de la insolvencia, en cuanto incapacidad del patrimonio del deudor para soportar sus deudas, y ha sometido el " *onus probandi* " a las reglas sobre la disponibilidad y facilidad probatoria - como, expresamente, establece el artículo 611 del Código Civil portugués, que impone al deudor la carga de probar que " *possui bens penhoráveis de igual ou maior valor* " -. De lo que son muestra alguna de las sentencias invocadas en el motivo correspondiente, antes resumidas.

A lo expuesto hay que añadir que, como denuncia la recurrente, el Tribunal de apelación ha confundido la existencia de la deuda nacida, para el donante, de la fianza y el descuento, con su exigibilidad. Y que parece seguir un concepto tradicional y subjetivo del fraude, hoy superado.

Pese a ello, no cabe desconocer que la intromisión del acreedor en los asuntos de su deudor se considera condicionada a la llamada subsidiaridad, que exige el artículo 1291, norma tercera, y reitera el 1294, ambos del Código Civil ; ni que - como señaló la sentencia de 31 de marzo de 1989 - dicha exigencia está directamente relacionada con la propia insolvencia, por razón de que ésta desaparece si el deudor tiene bienes suficientes para atender al pago del crédito del demandante. Y, tampoco se puede prescindir de que el Tribunal de apelación - en el fundamento de derecho cuarto de su sentencia - declaró probado que el donante cuenta con un patrimonio de " *valor económico indudable* " y suficiente para satisfacer el crédito de la entidad descontante y acreedora.

La importancia de tal declaración es determinante, en el recurso de casación. Por un lado, porque la cuestión de la suficiencia de los bienes del deudor, después del acto de disposición - esto es, de su insolvencia o, con otras palabras, de la subsidiaridad de la acción - tiene la consideración de puramente fáctica - sentencias de 31 de marzo de 1989 y 204/2001, de 7 de marzo, y las que en ellas se citan -. Y, por otro lado, porque el recurso de casación, como es sabido, no constituye un instrumento que permita revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de la segunda, sino que su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la reconstruida por el recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada en la sentencia recurrida, como resultado de la valoración, por el Tribunal que la dictó, de los medios de prueba practicados.

Lo expuesto determina a desestimar el recurso de casación.

### **CUARTO. Régimen de las costas.**

De conformidad con la norma general del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso que desestimamos quedan a cargo de la recurrente.

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



## FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Banco de Santander, SA, contra la sentencia dictada el uno de marzo de dos mil doce, por la Audiencia Provincial de Segovia ,

Las costas del recurso quedan a cargo de la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la 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 .-**Jose Ramon Ferrandiz Gabriel**.-Antonio Salas Carceller.-Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.-Firmado y rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jose Ramon Ferrandiz Gabriel**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ