

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Impugnación de hipoteca por fraude de acreedores

(comentario a la STS de 28 de noviembre de 1997)

CARMEN JEREZ DELGADO

Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Hechos y doctrina de la sentencia.* II. *Comentario:* 1. El elemento subjetivo del fraude o *consilium fraudis*. Criterios de valoración. El régimen jurídico del fraude en la constitución de hipoteca. 2. La prueba del perjuicio. Insolvencia y fraude de acreedores. Subsidiariedad de la acción pauliana. Solidaridad en la deuda. Crédito anterior. (2.1. El perjuicio. Sólo ha de tenerse en cuenta en relación con el acreedor impugnante: se aclara la confusión de las sentencias de instancia. 2.2. La prueba de la insolvencia: debe agotarse la vía de apremio. 2.3. Subsidiariedad. Solidaridad en la deuda. 2.4. Crédito anterior).

I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

En escritura pública, la «Caja de Ahorros y Préstamos de Antequera» documenta un préstamo hipotecario a favor de «Industrias Frigarcía, S. A.», sin llegar a constituirse la hipoteca comprometida hasta nueve meses después. Durante el transcurso de esos meses, otra entidad, el «Banco de Andalucía», concede a «Industrias Frigarcía, S. A.» un par de créditos, de los que doña Juana P. es avalista. Al advertir, los representantes de esta última entidad, que se constituye hipoteca sobre bienes pertenecientes a doña Juana P., interponen una demanda solicitando que se declare rescindido el negocio de constitución de la misma por fraude de acreedores.

Ante el impago de los créditos que se le debían, la entidad demandante había iniciado ya sendos procesos ejecutivos contra «Industrias Frigarcía, S. A.». En los dos ha recaído sentencia condenatoria, sin que se haya agotado la vía de apremio.

En cuanto a la impugnación de la hipoteca, en primera instancia, así como la Audiencia Provincial de Córdoba, se estimó la demanda, declarándose rescindido el negocio de constitución. Por el contrario, en casación, el TS declara haber lugar al recurso y absuelve a los demandados.

La sentencia del TS tuvo como ponente al Excmo. Sr. don Pedro González Poveda, y consta de cinco fundamentos de Derecho: El primero se refiere a los

hechos. Los dos siguientes, al perjuicio. El cuarto versa, básicamente, sobre la existencia o no del fraude (en sentido subjetivo o *consilium fraudis*). El último declara la estimación «*del recurso en su integridad con la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida así como la revocación de la de primera instancia*».

La doctrina relativa al *consilium fraudis* o elemento subjetivo del fraude la tratamos en el apartado siguiente, al comentar la sentencia (II.1), y no la exponemos aquí para evitar reiteraciones. Sólo adelantar que el TS ha tratado la hipoteca como contrato oneroso, por lo que declara que no es aplicable la presunción de fraude prevista para los gratuitos (art. 1297.I CC). De otro lado, el TS declara que «*cae fuera de las reglas de la lógica*» estimar –como hace la sentencia recurrida al acoger los fundamentos de la de primera instancia– que existió *consilium fraudis* partiendo de la confesión de doña Juana P. y su esposo, de que habían acordado, con la «Caja de Ahorros y Préstamos de Antequera», la ampliación del préstamo a fin de pagar a otros acreedores, promesa que –dice la sentencia de primera instancia– quedó sin cumplir. Se tuvo en cuenta también en aquella instancia el hecho de que tardase la hipoteca casi un año en inscribirse. El TS, en cambio, señala que sólo puede referirse esa ampliación del crédito a la finalidad de pagar a otros acreedores ya existentes en ese momento, no futuros. También considera como una falta de lógica el pensar que el retraso en la inscripción pueda significar una intención de perjudicar o, al menos, un conocimiento del perjuicio (porque, en todo caso, el perjudicado por ese retraso podía ser el propio acreedor hipotecario).

En cuanto al perjuicio, los recurrentes alegaron que aquél no había sido suficientemente probado, por diversos motivos: En primer lugar, porque el derecho de crédito de los demandados (y ahora recurrentes), aunque no existiera la hipoteca, seguiría siendo preferente, pues está documentado en escritura pública y, además, doña Juana P. es deudora solidaria (M. 1). El TS desestima el motivo, alegando que se trata de una cuestión nueva referente a la preferencia entre los créditos respectivos de los litigantes no suscitada en la instancia. Sin embargo, no se pronuncia el Tribunal acerca del carácter solidario de la deuda y la prueba del perjuicio (es decir, sobre si es suficiente la prueba de la insolvencia de doña Juana P. o si el ejercicio de la acción pauliana exigiría la prueba de la insolvencia de todos y cada uno de los deudores) (FD 2.º).

En segundo lugar, y en relación también con el perjuicio, los recurrentes motivaron la infracción de los artículos 1291.3.º y 1294 CC, alegando que no se ha respetado el carácter subsidiario de la pauliana (M. 3). Se estima el motivo, fundándose la decisión del TS en la existencia de otros bienes de la codemandada que habían sido trabados en los procedimientos ejecutivos y respecto de los cuales no consta que se haya seguido la vía de apremio (FD 3.º). Se motiva, además, la infracción de la jurisprudencia según la cual, la acción revocatoria sólo puede ejercitarse en defensa de un crédito anterior al acto de disposición impugnado (M. 4). El motivo es desestimado ya que la jurisprudencia es flexible en este punto. El TS declara admisible la impugnación de actos anteriores al nacimiento del crédito siempre y cuando éste fuera previsible al tiempo de realizarlos (FD 3.º). De otro lado, el TS hace un inciso para salir al paso de cierta confusión que se da en la anterior sentencia, y aclarar que «*sólo ha de tenerse en cuenta el posible perjuicio del crédito del acreedor accionante pues a él sólo beneficia la rescisión*» (FD 4.º).

II. COMENTARIO

Habiendo sido declarada la rescisión de una hipoteca por fraude de acreedores en primera instancia, y confirmada la sentencia por la Audiencia Provincial, el TS estima procedente la casación y absuelve a los demandados. El TS considera que no se dan los presupuestos para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores o acción pauliana, puesto que, ni hubo fraude subjetivo (*consilium fraudis* o acuerdo fraudulento entre el deudor y el tercero), ni se presentó prueba suficiente del perjuicio (elemento objetivo del fraude).

1. El elemento subjetivo del fraude o *consilium fraudis*. Criterios de valoración. El régimen jurídico del fraude en la constitución de hipoteca

Nos hallamos ante un conflicto que tiene lugar entre dos acreedores de una sociedad («Industrias Frigarcía, S. A.»). Doña Juana P. es, de un lado, avalista de las obligaciones que tiene contraídas dicha sociedad frente a la entidad demandante y, de otro lado, dueña de los bienes hipotecados para garantizar la deuda contraída con la entidad codemandada. El proceso tiene por objeto precisamente la impugnación del negocio de constitución de hipoteca por fraude de acreedores; Objeto acerca del cual podemos afirmar que la doctrina del TS ha sido muy vacilante, porque no acaba de definirse el régimen aplicable a estos supuestos, como lo prueba el hecho de que nos encontremos con sentencias muy variadas tanto en la fundamentación como en la solución de distintos casos que han llegado a casación.

En materia de tratamiento del fraude de acreedores partimos normalmente de un esquema tradicional, según el cual cabe distinguir entre actos gratuitos y onerosos a la hora de enjuiciar si el acto jurídico realizado por el deudor y perjudicial para sus acreedores, puede calificarse o no de fraudulento con independencia de la buena o mala fe del deudor y del tercero. Solemos distinguir entre actos gratuitos y onerosos porque el ordenamiento tiende a subrayar la debilidad de la causa gratuita frente a la onerosa, entre otros, en este caso: Se facilitan presunciones de fraude cuando se trate de contratos gratuitos (art. 1297.I CC; llegando a la total objetivación –el artículo 643 CC– con una presunción *iuris et de iure* de fraude), mientras que, si el contrato es oneroso, se exige la prueba del elemento subjetivo del fraude (*consilium fraudis* o acuerdo entre el deudor y el tercero para defraudar...).

Tanto en la sentencia recurrida, como en la sentencia del TS, se parte de este mismo esquema, pero se llega a distinta solución. En la primera, se estimó la demanda por considerarse gratuita la hipoteca.

En la sentencia recurrida se aplicó el artículo 1297.I CC, alegando que la constitución de hipoteca «se hizo sobre bienes de doña Juana P. R., sin contraprestación alguna, lo que en realidad implicaba una enajenación parcial a título gratuito». Esta sentencia aceptaba, además, los fundamentos de derecho de la de primera instancia, en la que se señalaba –al analizar este requisito del fraude– que «probablemente los codemandados (...), lo único que pretendían era asegurarse su posición económica no preten-

diendo de un modo directo causar el perjuicio económico al resto de los acreedores (...). Pero esto en ningún caso excluye el «consilium fraudis», pues en vez de asumir el posible perjuicio (...) lo que se ha hecho es desplazar el perjuicio patrimonial hacia terceras personas, hacia acreedores que se les privaba así de su posibilidad de cobro, de modo que sin la hipoteca, todos hubieran percibido lo que al rango y proporción de su crédito correspondía y, con la hipoteca nada puede percibir».

En contra de la anterior, el TS, en casación, consideró que la hipoteca es onerosa y, con acierto, anuló la sentencia por estimar, entre otros motivos, que no había sido probado el fraude (Motivos 5.º, 6.º y 7.º; FD 4.º).

Estimación de los Motivos 5.º, 6.º y 7.º (FD 4.º): No puede afirmarse que se trate de un acto gratuito. Es jurisprudencia de esta Sala la que sostiene el carácter oneroso de la hipoteca (como muestra de ello, en la sentencia se citan textos de diversas sentencias del Supremo en que se planteó la misma problemática de la gratuidad u onerosidad de la hipoteca, pero en relación con el art. 34 LH). *«En consecuencia, la constitución de hipoteca sobre bienes propios del deudor no tiene su causa en la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274 CC), por lo que no cabe aplicar en este caso la presunción de fraude del artículo 1297, párrafo primero, del Código Civil, lo que conduce a la estimación del motivo quinto del recurso».*

Cierto es que, en uno y otro caso, se parte del mismo esquema de tratamiento del fraude de acreedores que distingue entre actos gratuitos y onerosos. Verdad es también que no es la primera vez que se resuelve conforme a este esquema un conflicto entre acreedores originado por la constitución de una hipoteca en favor de uno de ellos ¹. Sin embargo, este esquema, que se va asentando en nuestra doc-

¹ Por ejemplo, en la sentencia de 14 de enero de 1935, el TS estimó que era de aplicación el artículo 1297.I CC y que, por lo tanto, podía presumirse fraudulenta la constitución de la hipoteca. Se trata de un caso en el que el deudor otorgaba escritura de reconocimiento de deuda con constitución de hipoteca en favor de sus hermanos. Ante la insolencia del deudor, sus restantes acreedores impugnaron los negocios mencionados. Lógicamente, la relación de parentesco entre el deudor y los acreedores en favor de los cuales se reconoce la deuda, llevó al Tribunal Supremo a estimar la demanda de rescisión (tuvo que casar para ello las sentencias de instancia), y el argumento al que se acoge es, en este caso, el de considerar la gratuidad del negocio y consiguiente aplicación de la presunción de fraude prevista en el Código Civil. El Tribunal juzgó, en este caso, que la hipoteca tiene causa independiente de la de la obligación anterior garantizada, y que puede tratarse como un contrato gratuito cuando no lleve aparejada contraprestación alguna. El Tribunal Supremo se aparta de esta doctrina en una sentencia posterior, de 28 de marzo de 1988, en la que declara (si bien *obiter dicta*), que *«la gratuidad, en la garantía de deudas propias, en todo o en parte, es difícilmente concebible»* (sobre el supuesto de hecho de esta sentencia, véase nota núm. 2). En la sentencia de 27 de marzo de 1992, el TS vuelve a pronunciarse en este sentido: *«Si el exigir la constitución de una garantía hipotecaria para asegurar el cobro de un crédito antiguo, cuando el deudor tiene contraídas otras deudas posteriores, fuera por sí solo constitutivo de fraude, la mayoría de las operaciones bancarias podrían rescindirse»*. Se trataba, este último, de un supuesto en el que cada uno de los cónyuges del matrimonio deudor había recibido un crédito de una entidad bancaria,

trina y jurisprudencia, es insuficiente, no sólo cuando se impugna la hipoteca, sino en la mayoría de los casos que pudieran presentarse. En primer lugar, porque hay muchos actos jurídicos que difícilmente pueden calificarse como gratuitos o como onerosos, bien por estar a caballo entre una y otra categoría (por ejemplo, la donación remuneratoria), bien porque ni siquiera quedan comprendidos en la gama de figuras intermedias (por ejemplo, los pagos, la compensación, algunos actos de renuncia...). Además, porque encontramos en el propio ordenamiento civil preceptos específicos (art. 1292 CC; art. 6.II CC) a partir de los cuales podemos extraer criterios aplicables a estos actos difícilmente encajables entre los gratuitos y los onerosos (por ejemplo, la hipoteca, a la que ahora nos referimos).

En mi opinión, al tratar del fraude de acreedores, bien pudiéramos partir de un marco más amplio, en el cual se distinguiera entre los *actos realizados por el deudor con un tercero* (compraventa, donación...); los *actos realizados entre el deudor y un acreedor* (pagos,...); y, por último, los *actos en los que sólo participa el propio deudor* (actos abdicativos). El primer grupo encaja perfectamente en el esquema de la onerosidad o gratuidad de la causa, al que antes nos referíamos. Pero el segundo grupo merece distinto tratamiento ya que podemos extraer criterios más ajustados a Derecho a partir del artículo 1292 CC. Para el último grupo de actos –de renuncia o abdicativos– es aplicable el artículo 6.II CC, que prohíbe la renuncia lesiva para terceros.

Cuando el deudor insolvente constituye una hipoteca en favor de alguno de sus acreedores, se origina un conflicto de intereses entre el acreedor favorecido por la hipoteca y aquellos que no tuvieran debidamente garantizados sus créditos, del mismo modo que se origina un conflicto entre acreedores cuando el deudor insolvente paga a alguno de ellos con perjuicio para los demás (que como consecuencia del pago no puedan cobrar la totalidad de sus créditos). Para este último caso, el artículo 1292 CC aporta una solución: son «*rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*» (obligaciones no vencidas o no exigibles). *A contrario*, podemos interpretar que no son impugnables los pagos que el deudor insolvente haga por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles. El mismo criterio es trasladable por analogía, en nuestra opinión, a todos aquellos supuestos en que el conflicto de intereses se presente entre acreedores (fuera de concurso), como es, por ejemplo, este supuesto de la hipoteca. Son rescindibles los actos por los que el deudor insolvente favorece a un acreedor que no pudo haberle compelido a hacerlo (art. 1292 CC). La constitución de la hipoteca no fue, en efecto, fraudulenta. Y no lo fue porque al tiempo de constituirse la hipoteca, el deudor pudo haber sido compelido por el acreedor tanto al pago como a la constitución de la propia hipoteca, pues la deuda estaba vencida y era exigible (además, el acreedor contaba con la escri-

después de lo cual habían constituido hipoteca sobre algunos de sus inmuebles, en favor de la hermana de uno de los cónyuges, para garantizar un crédito nacido con anterioridad. Ante el impago del crédito bancario, aquella entidad promovió un procedimiento ejecutivo y, al advertir la existencia de la hipoteca, instó su rescisión, que fue denegada por el TS (casando la anterior sentencia) por no haberse probado suficientemente ni el perjuicio (o la falta de bienes), ni la complicidad en el fraude.

tura pública de préstamo hipotecario, que equivale a una promesa de constitución de hipoteca y es documento suficiente para obligar al deudor a constituir-la). Si, en lugar de constituir la hipoteca, el deudor le hubiera pagado, o si, por ejemplo, hubiera vendido los bienes y con el dinero obtenido a cambio le hubiera pagado, no podríamos decir que el pago fuera fraudulento, pues la deuda era vencida y exigible (art. 1292 CC). Si, en esas circunstancias, el pago no es revocable, no puede serlo tampoco la hipoteca (por más razón, ya que no supone la salida del bien del patrimonio del deudor). Esto nos confirma que el criterio a tener en cuenta cuando el conflicto tiene lugar entre diversos acreedores es el que marca el artículo 1292 CC, que es aplicable por analogía. Por último, tan sólo señalar que, aunque el conflicto tenga lugar entre acreedores, no sería oportuno invocar, como se ha hecho en alguna ocasión, el principio de la *par condicio creditorum*, ya que es un principio propiamente concursal.

La STS de 28 de marzo de 1988 declaró rescindida una hipoteca por fraude de acreedores al haberse constituido «*para que uno de los acreedores prevaleciese sobre los demás, hasta el punto de privarles conscientemente de su posibilidad de cobro*»². La sentencia ha sido criticada, porque centra el fraude en la infracción de la *par condicio creditorum*, lo que, fuera del concurso, no se estima acertado³.

Supongamos que se hubiera probado el perjuicio. Supongamos que también se hubiera probado que tanto el deudor como el acreedor constituían la hipoteca conscientes de que ello impedía el cobro a otros acreedores. ¿Realmente debemos tratar sistemáticamente la constitución de hipoteca como contrato oneroso? Si lo hiciéramos así, la hipoteca sería revocable por fraudulenta. Pero, ¿sería fraudulento el pago realizado en tales circunstancias, es decir, conscientes, el deudor y el acreedor, de que —tras realizarlo— quedaba el deudor insolvente frente a otros acreedores? ¿Participa en un fraude ilícito el acreedor diligente que cobra a su tiempo la deuda? No parece que sea así, no parece que sea el criterio legal. Más bien el criterio es otro, el que marca el artículo 1292 CC, y es ésta la vía a la que hemos de acudir, en mi opinión, cuando tengamos que resolver conflictos entre acreedores fuera del concurso. Sirva como modelo el nuevo Código civil holandés⁴.

² Se había constituido hipoteca de máximo en favor de una entidad bancaria, en garantía de créditos ya existentes y futuros. El deudor solicita el concurso voluntario, y el síndico demanda la rescisión de la hipoteca por fraude de acreedores, ya que al tiempo de constituirse, eran conocidas ya por el banco las deudas del insolvente y su precaria situación patrimonial. En primera instancia se desestimó la demanda, pero la Audiencia, revocando la anterior, declaró la rescisión. En casación, no hubo lugar al recurso.

³ En este sentido, ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del TS*, 1992, p. 145; LLEBARÍA SAMPER, «Insolvencia civil, «par conditio creditorum» y rescisión de hipoteca. Comentario a la STS de 28 de marzo de 1988», *La Ley*, 1989-3, p. 932; CAPILLA RONCERO, «Comentario a la STS de 28 de marzo de 1988», CCJC, 16, núm. 431, p. 280. La línea seguida por nuestros autores al comentar aquella sentencia, es doctrina ya asentada en Italia (entre otros, por ejemplo, MICCIO, *I diritti di credito*, I, 1971, pp. 339-340; o BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, II, 1970, p. 406).

⁴ En el artículo 46.1.2.º del Libro 3.º CC holandés, se presumen fraudulentos los pagos por cuenta de obligaciones no exigibles, así como la constitución de garantías en favor de tales deudas.

2. La prueba del perjuicio. Insolvencia y fraude de acreedores. Subsidiariedad de la acción pauliana. Solidaridad en la deuda. Crédito anterior

En relación con el perjuicio, elemento objetivo del fraude, el TS se pronuncia sobre diversos aspectos que afectan al ejercicio de la acción.

2.1 *El perjuicio sólo ha de tenerse en cuenta en relación con el acreedor impugnante: se aclara la confusión de las sentencias de instancia*

La legitimación activa para el ejercicio de la acción pauliana corresponde a cualquier acreedor, no tienen que ejercitarla todos simultáneamente (no hay litis-consorcio activo necesario). Estando pendiente el proceso, otros acreedores legitimados pueden incorporarse a él y beneficiarse así de los efectos de la acción. Para el ejercicio de la acción se exige que el acreedor pruebe el perjuicio que el acto le ha causado a él, esto es, la lesión de su derecho de crédito. Hay perjuicio cuando, como consecuencia del acto del deudor, el acreedor no dispone de otro medio para el cobro de su crédito más que la impugnación (arts. 1291.3.º y 1294 CC). No se exige, por lo tanto, que se pruebe la insolvencia del patrimonio deudor, es decir, no se exige la prueba de que el pasivo supera al activo, sino la prueba de la lesión del singular derecho de crédito ⁵.

En las sentencias de instancia se incurre en confusión en relación con si debe haber perjuicio sólo para el acreedor accionante o en general para todos los acreedores: el TS recuerda aquí que sólo surte efectos a favor de quien la ejercita, sin que otros acreedores se vean también beneficiados «*como si en un procedimiento concursal nos encontrásemos*», y que «*sólo ha de tenerse en cuenta el posible perjuicio del crédito del acreedor accionante pues a él sólo beneficia la rescisión*».

2.2 *La prueba de la insolvencia: debe agotarse la vía de apremio*

Normalmente, la prueba de la insolvencia será la acreditación del previo procedimiento ejecutivo infructuoso. Sin embargo, se admiten también otros medios de prueba, de manera que no se puede afirmar que se requiera para el ejercicio de la acción pauliana la previa persecución judicial insatisfactoria de los bienes del deudor (en este sentido, las SSTs de 2 de junio de 94 y 24 de diciembre de 1996, o la STSJ de Navarra de 11 de diciembre de 1995) ⁶. Es ilustrativa, a estos efectos, la STS de 14 de abril de 1998 ⁷. Ahora bien, el TS es constante en exigir que, si el pro-

⁵ En relación con estas cuestiones, es interesante la obra de FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, 1998, capítulo 1.

⁶ En la sentencia se declara que es jurisprudencia reiterada la que exige al acreedor de «*una carga extraordinaria de investigación y persecución de los bienes de su deudor, justificándose la insolvencia por el propio impago ordinario de sus obligaciones, si no existen bienes notoriamente conocidos en el patrimonio del deudor bastantes para atender a la deuda impagada*».

⁷ En sentencia de 14 de abril de 1998, el TS ha declarado como «*un principio absolutamente cierto*» aquél según el cual «*no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia del deudor*». Sin embargo, se trata de un supuesto en el que el TS estima que no se da el requisito de la subsidiariedad, necesari-

cedimiento ejecutivo se hubiera iniciado, debe agotarse la vía de apremio antes de iniciar la impugnación pauliana (por ejemplo, la STS de 5 de diciembre de 1994). Esta línea jurisprudencial vuelve a confirmarse en la sentencia que ahora comentamos (FD 3.º): El TS casa la sentencia anterior, y declara que no procede la rescisión porque no se puede tener como probada la imposibilidad de la entidad demandante para el cobro, ya que en los procedimientos ejecutivos iniciados se mostró la existencia de otros bienes de la codemandada que fueron trabados, distintos de los hipotecados, «sin que conste que respecto de ellos se haya continuado la vía de apremio».

2.3 Subsidiariedad. Solidaridad en la deuda

En uno de los motivos del recurso, la parte demandada y ahora recurrente, alega infracción de los artículos 1111 y 1291.3.º CC, «al no haberse producido un perjuicio para» la entidad demandante. Se explica que el crédito, aunque no existiera la hipoteca, seguiría siendo preferente, pues está documentado en escritura pública. Se explica, además, que doña Juana P. es deudora solidaria, por lo que la prueba del perjuicio no puede centrarse sólo en su patrimonio. El TS no entra a juzgar el asunto: se limita a señalar que el motivo no puede prosperar porque se trata de una cuestión nueva referente a la preferencia entre los respectivos créditos no suscitada en la instancia. Pero no se pronuncia el TS sobre la cuestión de la solidaridad y la subsidiariedad de la pauliana. En situaciones de solidaridad, ¿pueden los acreedores impugnar los actos realizados por uno de los deudores, aún siendo éste insolvente, sin haber probado a la vez la insolvencia de los restantes codeudores?

A nuestro juicio, el hecho de que la deuda sea solidaria supone que, para el ejercicio de la acción pauliana, el acreedor deberá probar no sólo la insolvencia de su deudor, sino también la de los fiadores o avalistas solidarios. Mientras uno de los codeudores sea solvente, el acreedor dispone de otros medios para el cobro de su crédito distintos del ejercicio de la acción revocatoria por fraude o pauliana. Esto le impide el ejercicio de la acción (art. 1291.3.º CC). Es una manifestación de la subsidiariedad de la acción pauliana.

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente del TS parece ser otra. En la sentencia de 10 de abril de 1995, se resolvía un supuesto de fianza solidaria en que se impugnaba por fraude un acto realizado por un fiador. El TS se pronunció en favor del acreedor, y resolvió que éste estaba legitimado para dirigirse frente a uno de los deudores solidarios ejercitando la acción pauliana, «sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal»⁸. En el

rio para el ejercicio de la acción pauliana, «por no haber procedido previamente a la persecución de los bienes que pudiera proveer el deudor y no haber demostrado que carece así de todo recurso legal para obtener lo que se le adeuda». Es decir, no se exige necesariamente el previo procedimiento ejecutivo, de un lado, pero, en ocasiones, si no hubo previa ejecución infructuosa, puede estimarse no probada suficientemente la insolvencia, o se aprecia la existencia de bienes embargables en el patrimonio deudor, y esto es suficiente para desestimar el ejercicio de la acción, que es subsidiaria.

⁸ Se estimó revocable la venta que el fiador, avalista solidario de la entidad prestataria, había hecho de todos sus inmuebles.

mismo sentido se pronunció el TS en sentencia de 3 de octubre de 1995, en la que se declara que la subsidiariedad de la acción pauliana «*quiebra en los supuestos de concurrencia de solidaridad*»⁹. Pero esta última sentencia ha dado paso a la polémica entre los autores. Martín Pérez¹⁰ se inclina parcialmente a favor de esta solución, pues aunque opina que la insolvencia de uno sólo de los codeudores «*no es suficiente para dejar expedita la vía rescisoria*», explica también que existen razones que justifican el ejercicio de la acción «*contra un codeudor solidario con independencia de la solvencia del resto*», pues de lo contrario podría beneficiarse al insolvente («*deudor defraudante*») en perjuicio del deudor «*honesto y diligente en mantener su patrimonio*». Visto así, es cierto que estaría justificado el ejercicio de la rescisoria, pero —en mi opinión— no hemos de olvidar que la finalidad de esta acción no es proteger al deudor diligente en conservar su patrimonio, frente al codeudor insolvente y tal vez defraudador, y, por tanto, no hemos de acudir directamente a este tipo de razonamiento, que no por ello deja de parecernos justo y digno de consideración. Mejor solución o, al menos, más ajustada a nuestro Derecho, puede ser la que aporta Fernández Campos¹¹. Señala el autor que la subsidiariedad de la pauliana, definida principalmente en el art. 1291.3.º CC (que el deudor no pueda «*de otro modo cobrar*» lo que se le deba), requiere la insolvencia de todos y cada uno de los codeudores para que sea procedente el ejercicio de la acción.

2.4 Crédito anterior

Desde hace años, la jurisprudencia del TS es constante en estimar que no es necesario que el crédito defraudado sea anterior al acto fraudulento, siendo suficiente la prueba de que éste se realizó con intención o conocimiento del fraude del futuro crédito (por ejemplo, la STS de 28 de junio de 1994, o, más antigua, la STS de 14 de junio de 1958). También es ésta la opinión doctrinal mayoritaria¹². En esta sentencia, el TS vuelve a ratificar su doctrina y desestima uno de los motivos del recurso alegando que se admite la impugnación de actos que se realizaron cuando era ya previsible el nacimiento del crédito posterior (el supuesto presentaba alguna especialidad, pues la hipoteca queda comprometida antes de que nacieran los créditos del demandante, pero no llega a constituirse hasta un momento posterior al nacimiento de tales créditos origen de la demanda).

⁹ El TS explicó en ese caso que el acreedor puede accionar frente al deudor «*que estime más conveniente*». A juicio del TS, «*en estos supuestos de solidaridad es la solvencia o insolvencia del deudor o fiador contra quien acciona el acreedor, la que debe ser tenida en cuenta, con independencia del derecho que tiene ese concreto fiador solidario para accionar, a su vez, contra el deudor principal y los demás cofiadores*».

¹⁰ MARTÍN PÉREZ, CCJC, núm. 40, 1077, pp. 173-176.

¹¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, «Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias», *La Ley*, 1996.3, pp. 1450-1454.

¹² Entre otros, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, I, 1995, p. 563; SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, por LACRUZ y otros, II.1.º, 1994, p. 249; CASTÁN *Derecho civil...*, III, 1992, p. 331; y CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana*, 1997, pp. 91-92.

