

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, Sentencia de 7 May. 2012, rec. 331/2011

Ponente: Gómez Sánchez, Pedro María.
Nº de Sentencia: 140/2012
Nº de RECURSO: 331/2011
Jurisdicción: CIVIL
Tipo de recurso de la resolución: APELACION

PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Acción de reintegración. Rescisión del préstamo otorgado al concursado y de la hipoteca constituida en garantía del mismo sobre dos inmuebles de su propiedad. Perjuicio patrimonial para la masa activa a consecuencia del destino que se dio a la suma prestada. Operación financiera realizada con plena conciencia de la entidad bancaria desde el inicio en virtud de la cual se prestó el capital a la entidad mercantil de la que el concursado era socio único, para reducir el débito que con la entidad bancaria mantenía dicha mercantil, haciendo figurar al concursado como deudor formal. El préstamo incrementó el pasivo del concursado y éste incremento no se vio compensado por un aumento del activo, pues las participaciones de aquel en la mercantil no experimentaron un incremento del mismo valor que la deuda. Del mismo modo, la carga hipotecaria supuso un gravamen que disminuyó el valor de la finca hipotecada sin que resultase de ese sacrificio patrimonial provecho alguno para el concursado.

Disposiciones aplicadas

TEXTO

En Madrid, a 7 de mayo de 2012

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

[SENTENCIA: 00140/2012](#)

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 28

MADRID

C/GRAL. MARTINEZ CAMPOS 27

Tfno: 914931988/9 Fax: 914931996

Rollo: RECURSO DE APELACION 331/2011

Proc. Origen: Pieza Incidente Concursal 101/2010

Organo Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Procurador: D. Eduardo Codes Feijoo

Abogado: D. David Arrufat Ros

Recurrida: D. Nicolas ,

Procurador: D. José Miguel Martínez-Fresnada Gamba

Abogado: D. Antonio Ruiz Alarcón

Recurrida: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE D. Nicolas .

Procurador: D. José Miguel Martínez-Fresnada Gamba

Abogada: D^a Josefa Marín Plaza

S E N T E N C I A nº 140/2012

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ, Don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ y Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el Rollo número 331/2011 interpuesto contra la Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2010 dictado en la Pieza del Incidente Concursal número 101/2010, seguido ante el Juzgado de de lo Mercantil número 10 de Madrid .

Han sido partes en el presente recurso, como apelante, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., siendo apelada, D. Nicolas , ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 5 de marzo de 2010, por la representación de D. Virgilio Y MICHELS DE CHAMPOURCIN, Administrador Concursal del Concurso Voluntario de D. Nicolas contra D. Nicolas Y BANCO POPULAR S.A. - BANCO DE CASTILLA, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba se dicte sentencia por la que:

"Primero.- Se declare que la escritura de préstamo hipotecario otorgado por Nicolas , es perjudicial para la masa activa del concurso de Nicolas , procediendo a la rescisión de:

- Escritura de 25 de junio de 2008, otorgada ante el Notario de Salamanca D. Carlos Higuera Serrano, número de protocolo: 1081/08, escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Segundo.- Se declare la cancelación del asiento de inscripción del préstamo con garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad nº Tres de Marbella, sobre las fincas propiedad de Nicolas:

- Tomo: NUM000 , Libro: NUM001 , Folio: NUM002 , Finca: NUM003 .

- Tomo: NUM000 , Libro: NUM001 , Folio: NUM004 , Finca: NUM005 .

Tercero.- Se ordene la realización de cuantos actos y formalidades fueren precisas a efectos de que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos.

Cuarto.- Se impongan las cosas procesales a los demandados."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 10 de Madrid dictó

sentencia con fecha 9 de diciembre de 2010 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"SE ESTIMA la Demanda Incidental presentada por la Administración Concursal del concurso 70/2009 contra el concursado Antonio y contra la entidad Banco Popular Español S.A., y en consecuencia DECLARO:

- 1.- Que la escritura de préstamo hipotecario otorgada por Nicolas es perjudicial para la masa activa del concurso de Nicolas , procediendo a la rescisión de: escritura de 25 de junio de 2008, otorgada ante el notario de Salamanca D. Carlos Higuera Serrano, número de protocolo 1081/08, escritura de préstamo con garantía hipotecaria;
- 2.- La cancelación del asiento de inscripción del préstamo con garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad nº 3 de Marbella sobre las fincas propiedad de Nicolas tomo NUM000 , libro NUM001 , folio NUM002 , finca NUM003 .
- 3.- Se ordene la realización de cuantos actos y formalidades fueren precisas a efectos de que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos.

Y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la concursada a que restituya al Banco Popular la cantidad que resulte de restar al principal prestado de 330.000 euros las cuotas que se hubieren devengado y pagado, con los intereses que resulten, considerando dicho crédito como crédito concursal subordinado.

Las costas se imponen al BANCO POPULAR por lo dispuesto en el último fundamento jurídico."

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 23 de febrero de 2.012

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Administración Concursal del concurso voluntario de Don Nicolas interpuso demanda incidental contra este último y contra la entidad BANCO POPULAR S.A. en el ejercicio de la acción reintegración del Art. 71 de la Ley Concursal en relación con un préstamo otorgado por dicha entidad bancaria en favor del concursado mediante escritura de 25 de junio de 2008 por importe de 330.000 €, préstamo para cuya seguridad constituyó aquél segunda hipoteca sobre dos inmuebles de su propiedad.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda declarando rescindido tanto el préstamo concedido al Sr. Nicolas como la hipoteca constituida en garantía del mismo y calificando como subordinado el crédito subsistente a favor del BANCO POPULAR una vez deducido el importe de las cuotas del mismo ya devengadas y pagadas.

Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza BANCO POPULAR S.A. a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Pese a haberse generado en el proceso cierto grado de confusión a la hora de identificar el verdadero fundamento de la acción ejercitada, de una atenta lectura de la demanda se desprende que la pretensión rescisoria se cimenta sobre el perjuicio patrimonial sufrido a consecuencia del concreto destino que se dio a la suma prestada, destino para el que fue concebida la operación de préstamo en su conjunto.

La sentencia apelada, considerando que la única finalidad del préstamo otorgado al Sr. Nicolas era la de disminuir la deuda que MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. tenía con el BANCO POPULAR, conceptúa la operación en su conjunto como un acto de disposición llevado a cabo por dicho concursado a título gratuito y, en consecuencia, hace aplicación del Art. 71-2 de la Ley Concursal que presume, "iuris et de iure", su carácter perjudicial para, en definitiva, estimar la demanda y dar lugar a la

rescisión.

En su recurso, BANCO POPULAR S.A. pone de relieve que no es eso -el destino final de la suma prestada a reducir el débito que con ella mantenía la mercantil del concursado- lo que se desprende de la documentación que obra en autos y que acabamos de comentar, documentación de la que, desde su punto de vista, se deduciría que una parte sustancial de la suma prestada al Sr. Nicolas -291.000 €- fue exclusivamente utilizada para satisfacer débitos que MULTIRREFORMAS MERCHÁN S.L.U. mantenía con otros y muy diversos acreedores. Indica al propio tiempo el hecho en el que se basa la sentencia es distinto de la tesis que se hizo valer en la demanda en la que lo relatado fue que BANCO POPULAR concedió el préstamo al Sr. Nicolas ".para que el importe lo ingresara en la cuenta de la mercantil, cuenta también del Banco Popular, antes Banco de Castilla, para cubrir descubiertos, acreedores etc."

Ahora bien, si se examina la demanda con detenimiento, se comprueba que su fundamento lo constituye la noción genérica de perjuicio patrimonial a que se refiere el apartado 1 del Art. 71 de la Ley Concursal , único precepto que realmente menciona e invoca. A partir de dicha invocación, las distintas presunciones absolutas y relativas que contemplan los apartados 2 y 3 del mismo precepto legal no constituirían tanto fundamentos de la acción rescisoria -aun cuando puedan enriquecer el fundamento de la misma- como instrumentos legales que se encuentran en manos de las partes y del tribunal para aplicar las reglas sobre distribución de la carga de la prueba. Cuestión distinta será la de ponderar si ha sido correcta o incorrecta la aplicación que de dichas reglas ha efectuado el juzgado al resolver la cuestión con base en la presunción absoluta de perjuicio que el apartado 2 asigna a las liberalidades, examen que exige adentrarse en las particularidades y vicisitudes de la operación financiera que se enjuicia, todo ello sin olvidar que el éxito de una acción de reintegración concursal no se encuentra condicionado o constreñido a las hipótesis de apreciabilidad de alguna de las presunciones legales de perjuicio, pues no en vano dispone el apartado 4 del mismo Art. 71 que "Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria ..".

TERCERO.- No ha resultado controvertido en el proceso que, tan pronto como se firmó la escritura de préstamo con garantía hipotecaria el 25 de junio de 2008, se abonó en una cuenta corriente que Don Nicolas mantenía a título personal en el BANCO POPULAR el capital prestado de 330.000 €. También es pacífico -y así resulta de la documental aportada por ambas partes- que en fechas sucesivas pero en todo caso cercanas en el tiempo a dicho ingreso (a lo largo del resto del mes de junio y durante el mes de julio) el Sr. Nicolas llevó a cabo diversas transferencias, por importe acumulado de 291.000 €, a una cuenta mantenida en la misma entidad bancaria por parte de la mercantil MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U., entidad de la que aquel es único socio y que en la actualidad se encuentra también declarada en situación de concurso. Mediante la aludida cuenta se instrumentaba el crédito que BANCO POPULAR tenía concedido a dicha mercantil unipersonal hasta un límite que, según resulta pacífico, ascendería a 600.000 euros.

De los extractos de la indicada cuenta acompañados a la demanda se infiere que en el momento inmediatamente anterior a la primera transferencia de 65.000 euros que el concursado efectúa en favor de su sociedad, esta habría dispuesto de 508.875,99 euros (443.475,99 euros + 65.000 euros, primer apunte del Documento 6), por lo que en ese momento la acreditada gozaría aún de disponibilidad sobre 91.124,01 euros (600.000 euros - 508.875,99 euros). Se desprende también de dichos extractos que, a medida que el concursado iba realizando transferencias dinerarias, MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. iba efectuando distintos pagos en favor de una gran diversidad de acreedores (ENDESA. SEGURIDAD SOCIAL, TELEFÓNICA, SOLRED, ULSA, HACIENDA, etc..).

Tras la última transferencia efectuada por importe de 5.000 € el día 21 de julio de 2008, quedó un saldo de crédito dispuesto por la acreditada MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. de 445.504,35 euros.

Durante el periodo comprendido entre la primera y la última transferencia la cuenta solamente experimentó operaciones de cargo con excepción de las propias trasferencias y con excepción también de un abono por importe de 20.000 euros de origen diferente

efectuado el 18 de julio de 2008.

Del estudio de los precedentes datos extraemos las siguientes conclusiones:

1.- Dentro del total de la suma prestada de 330.000 € existe una cantidad de 39.000 euros que el concursado Sr. Nicolas nunca transfirió a su empresa MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. y que destinó a sus propias atenciones. Siendo ello así, no vemos que la propia operación de préstamo o que la hipoteca constituida, en tanto que gravamen llamado a garantizar la devolución de esa concreta suma de 39.000 €, intereses y costas correspondientes, constituya una operación perjudicial para la masa activa del concurso del Sr. Nicolas: ni cabe incardinar tal operación en las presunciones previstas en los apartados 2 y 3 del Art. 71 de la Ley Concursal ni, al margen de tales presunciones, cabe considerar acreditado por parte de la Administración Concursal demandante, a quien correspondía la carga de hacerlo por aplicación del apartado 4 del mismo precepto legal, que tal operación haya provocado un perjuicio patrimonial.

2.- Dentro de la cantidad total transferida a la mercantil de 291.000 euros, la suma de 43.371,64 euros (correspondiente a la diferencia de saldos deudores existentes entre el momento inmediatamente anterior a la primera transferencia -508.875,99 euros- y el momento inmediatamente posterior a la última -445.504,35 euros-, una vez deducida la cantidad de 20.000 euros, único ingreso de origen distinto habido durante el periodo contemplado) representa la magnitud exacta en la que la deuda mantenida por MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. quedó reducida como consecuencia directa de las transferencias efectuadas en su favor por el Sr. Nicolas .

3.- Existe otra cantidad en la que la deuda de la mercantil resultó igualmente reducida, aunque de manera indirecta o refleja, como consecuencia de las transferencias. Se trata de la cantidad de 91.124,01 euros de la que MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. estaba autorizada a disponer en virtud de la relación contractual de carácter crediticio que mantenía con BANCO POPULAR (diferencia entre 600.000 euros, límite máximo del crédito concedido, y 508.875,99 euros, suma efectivamente dispuesta por la acreditada en la fecha en que comienza a recibir las transferencias objeto de litigio) y de la que no dispuso efectivamente. En efecto, si la mercantil no dispuso de dicha suma para realizar los pagos a terceros que efectivamente realizó, ello fue debido únicamente a que para atender tales pagos ya se encontraban disponibles en la misma cuenta las sumas que su socio único le iba transfiriendo. Se trata, en consecuencia, en sentido económico o funcional, de una rebaja virtual -o mejor, evitación de incremento real- del saldo deudor que MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. habría alcanzado en caso de no haber dispuesto de las cantidades transferidas.

4.- Por lo tanto, solo la cantidad residual de 156.504,35 euros (291.000 - 91.124,01 -43.371,64) puede conceptuarse como préstamo destinado a proporcionar liquidez -"dinero nuevo" en la terminología de la apelante- a la sociedad MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. El resto, esto es, la suma de 134.495,65 euros se destinó a reducir el importe del saldo deudor que dicha mercantil mantenía -o habría en otro caso mantenido- con la apelante BANCO POPULAR.

CUARTO.- Vemos, por tanto, que no es exacta la afirmación reiterada por BANCO POPULAR con arreglo a la cual la totalidad de lo transferido habría constituido para MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. "dinero nuevo" o dinero llamado a brindar liquidez y no a cancelar deuda ya contraída. Ahora bien, con independencia de dicha cuestión, lo que consideramos verdaderamente relevante es destacar que el destino de dicha suma a la mercantil MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. y no al prestatario aparente o formal (Sr. Nicolas) era algo no solo perfectamente conocido para la entidad bancaria con carácter previo a la suscripción del préstamo sino, además, algo que se configuraba como causa de la operación misma, pues no en vano afirma BANCO POPULAR en la página 9 de su recurso que ".la principal causa de la operación (era) aportar liquidez a la social." .

A partir de ese elocuente reconocimiento, lo que BANCO POPULAR nos propone para negar la existencia de perjuicio es un escenario donde la condición de Don Nicolas de miembro único de la referida social MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. haría que cualquier iniciativa económicamente provechosa para dicha mercantil redundase -en igual medida- en provecho del propio socio.

Ahora bien, el argumento del interés común socio/sociedad, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para el propio socio, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que no se encuentra diluida la personalidad jurídica independiente del socio respecto de la de la sociedad, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica independiente cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de sujetos jurídicamente independientes, su actividad en el tráfico es generadora de círculos de acreedores comunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de su respectivo deudor.

Buena prueba de que no debemos perder esa perspectiva la encontramos en el hecho de que la eventual tramitación conjunta de concursos en dichas situaciones no ha rebasado la trascendencia estrictamente procesal (se prevé la posibilidad de instar conjuntamente la declaración de concurso de sociedad y socios o de acumular sus concursos ya declarados - Art. 25 de la LC , que pasa al Art. 25 bis con la modificación operada por Ley 38/2011), sin que ello pueda dar lugar a la consolidación de los tratamientos concursales concernientes a las respectivas masas activas y pasivas de los concursados (socio y sociedad), lo que sólo excepcionalmente, y ello tras la reforma por Ley 38/2011, se prevé expresamente para el caso específico de confusión patrimonial que contempla el párrafo segundo del nuevo Art. 25 ter, frente a la previsión de su párrafo primero que postula como regla general precisamente la no consolidación de tales masas. Y lo cierto es que, además de no resultar de aplicación al caso dicha previsión legal en razón a la época de su entrada en vigor, ni siquiera existe en autos la menor constancia de que entre el Sr. Nicolas y MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. concurra esa situación de "confusión patrimonial" (de hecho, ni siquiera consta que, habiendo sido también declarada en concurso la mercantil, los procesos concursales hayan sido objeto de acumulación).

Así las cosas, lo que debería indagarse es en qué concreta medida la suma de 291.000 euros materialmente prestada por la entidad bancaria a MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U., redundó en provecho de Don Nicolas , o más exactamente, en provecho del específico círculo de acreedores de este último, propósito que no se logra mediante apreciaciones de tipo abstracto, como lo es la consideración genérica de que aquello que es bueno para la sociedad lo ha de ser también para el socio, consideración que en modo alguno puede estimarse obvia ni susceptible de ser acogida acríticamente y sin reservas. Es más, precisamente en el ámbito de lo concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, desconfianza apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (Art. 93.2 de la LC), lo que incluso ha llevado al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos de actos dispositivos a título oneroso realizados entre quienes se hayan inmersos en ese tipo de vinculaciones (Art. 71.3.1º); es por ello que lo anteriormente argumentado cobra, si cabe, en el aspecto conceptual, mayor justificación.

QUINTO.- Nos encontramos, por lo tanto, en presencia de una operación financiera que, con plena conciencia de la entidad bancaria desde el inicio (ella misma lo concibe como "causa" del negocio), consiste en prestar a MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. la cantidad de 291.000 euros pero haciendo figurar como deudor formal a Don Nicolas , y, además, constituyendo este sobre una finca de su propiedad derecho real de hipoteca en favor de la prestamista y en garantía de la devolución del capital prestado.

Pues bien, no se precisa de un meticuloso desarrollo argumental para alcanzar la conclusión de que, sin necesidad de encontrar encaje en ninguna de las presunciones legales de perjuicio, tal operación resultó objetivamente perjudicial para la masa activa del concurso de Don Nicolas . Y ello en relación con ambos aspectos -obligacional y real- de la operación: a) En el aspecto obligacional, porque el préstamo como tal vino a incrementar el pasivo del Sr. Nicolas en 291.000 euros y sus intereses correspondientes, incremento del pasivo que nunca se vio compensado por un correlativo aumento del activo, ya que no se ha demostrado mediante adecuada pericia técnica que las participaciones de dicho señor en MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. experimentasen un incremento de valor de 291.000 euros como consecuencia del préstamo (de hecho, no parece probable que haya existido incremento alguno si se tiene en cuenta que la referida mercantil también ha concursado); b) En el aspecto real, la

carga hipotecaria, en cuanto proyectada a brindar garantía a la suma de 291.000 euros, supuso un gravamen que disminuyó el valor de la finca hipotecada en esa exacta medida sin que, por las razones ya apuntadas, resultase de ese sacrificio patrimonial provecho alguno para Don Nicolas ni, consiguientemente, para el específico círculo de acreedores de este último.

Es por lo tanto plausible el pronunciamiento de la sentencia apelada por el que acuerda la rescisión de ambos negocios - préstamo e hipoteca- y no solamente, como propone la apelante de modo subsidiario, el negocio de constitución del gravamen hipotecario, pues no nos encontramos ante una mera hipoteca de complacencia a las que se refiere la presunción relativa de perjuicio contemplada por el Art. 71-3-2º de la Ley Concursal constituida en garantía de deudas que previamente hubieran aprovechado al concursado, sino que a lo que nos enfrentamos es a una hipoteca constituida en garantía de una deuda que nunca aprovechó -ni hay razones para suponer que aprovechará en el futuro- al ese mismo concursado.

En relación con las consecuencias de la rescisión, la apelante atribuye a la sentencia apelada vicio de incongruencia al haber acordado la subordinación del crédito a su favor resultante de la rescisión en base a la apreciación de un elemento subjetivo cual es el de la mala fe que contempla el Art. 73-3, último inciso, de la Ley Concursal, sin que, desde su punto de vista, tal elemento haya sido invocado. Pues bien, no compartimos la afirmación de la apelante relativa a la ausencia de actividad alegatoria de la demandante a este respecto, pues, si bien es cierto que no utilizó la expresión "mala fe" ni invocó explícitamente el Art. 73-3 de la Ley Concursal, no lo es menos que son varias las referencias que en la demanda se efectúan a la conciencia de la entidad bancaria en relación con el destino proyectado respecto de la suma de 291.000 euros, y, aunque con expresión no extremadamente feliz, también se pide en el apartado 4 de la súplica que el tribunal lleve a cabo cuantos pronunciamientos resulten coherentes con la rescisión que en la demanda se solicita.

Y es precisamente en este aspecto -el de la conciencia- en el que hay que situar el tema de la mala fe. Para aquilatar ese concepto no podemos prescindir de la doctrina jurisprudencial recaída en torno a las acciones pauliana y rescisoria de los Arts. 1.111 y 1.291.3º del Código Civil, la cual, después de una larga evolución, ha terminado consolidándose sobre la idea de que la apreciación del elemento subjetivo (fraude) no precisa de la prueba de una intención especial -intención de perjudicar o "animus nocendi" - sino que se satisface con un simple estado de conciencia que abarque la posibilidad de originar perjuicio a terceros. El concepto de fraude no exige un específico designio de hacer inefectivos los créditos de los acreedores sino que lo determina el que el resultado perjudicial para ellos o bien era conocido que podía producirse o cuando menos debió ser conocido por los implicados en el "consilium fraudis". Recientemente, la sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 23 de marzo de 2011 ha condensado, con cita de otras muchas resoluciones, esa ya apuntalada doctrina del siguiente modo: ".La sentencia de esta Sala de 25 junio 2010 afirma que el propósito de defraudar ("consilium fraudis") ha de concurrir tanto en el que enajena como en quien adquiere la cosa objeto de la enajenación (sentencia de 20 octubre 2005), pero tal exigencia ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora (sentencias de 12 de marzo, 21 de abril y 13 de mayo de 2004; 19 de julio y 25 de noviembre de 2005; y 25 de marzo de 2009, entre las más recientes). El "consilium fraudis" -continúa dicha sentencia- se entiende de manera amplia como "conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor" (sentencias de 31 de diciembre de 2002; 12 de marzo y 21 de junio de 2004; 25 de noviembre de 2005; 19 de noviembre 2007). Basta que el deudor - enajenante- haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio (sentencias de 31 de diciembre de 2002, 30 de octubre de 2006, 19 de noviembre de 2007, entre otras), pero se requiere también la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata (sentencia de 20 de octubre de 2005), resultando suficiente para este conocimiento la conciencia de causar daño o perjuicio -"scientia fraudis"- (sentencias de 15 de marzo de 2002; 17 de julio de 2006; 30 de abril y 19 de noviembre de 2007; 19 de mayo y 20 de junio de 2008; y 28 de mayo de 2009) ." (énfasis añadido). Doctrina que no difiere en esencia de la que, para aquilatar el concepto de la mala fe a los efectos de aplicar la consecuencia prevista en el Art. 73-3 "in fine" de la Ley Concursal, ha establecido la S.T.S.

(de Pleno) de 16 de septiembre de 2010 .

En el presente caso, la existencia de un estado de conciencia que, desde el inicio y como "causa" o finalidad de la propia operación, iba referido al destino material de la suma prestada es algo que no solo fue expresamente invocado en la demanda sino que lo reconoce la apelante BANCO POPULAR de una manera explícita, con lo que no parece aventurado suponer que era también consciente de que de ese modo se causaría agravio al círculo de acreedores de Don Nicolas ante un escenario de insolvencia, pues se trata de una deducción obvia que, por supuesto, hemos de considerar al alcance de una entidad bancaria de renombre como lo es BANCO POPULAR, dotada sin duda de eficaces servicios de evaluación de riesgos.

Así pues, el recurso ha de ser objeto de estimación parcial.

SEXTO.- Estimándose parcialmente el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C ., y tampoco en relación con las ocasionadas en la instancia precedente de acuerdo con lo previsto en el Art. 394-2 de la misma ley .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- En consecuencia, manteniendo en todo lo demás los términos del fallo de la sentencia apelada y con estimación parcial de la demanda, acordamos que el pronunciamiento rescisorio de dicha sentencia quede circunscrito, tanto en relación con la eficacia jurídica del préstamo otorgado por BANCO POPULAR S.A. a Don Nicolas como con la eficacia de la hipoteca constituida en su garantía, a la suma de 291.000 EUROS, subsistiendo ambos negocios, obligacional y real, en lo referente a la suma de 39.000 euros y sus correspondientes intereses, quedando limitada a esa misma cantidad de 291.000 euros la subordinación crediticia que en la sentencia apelada se acuerda.
- 3.- No efectuar especial pronunciamiento en relación con las costas originadas en ninguna de las dos instancias.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/Ia Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/Ia Secretario certifico.