



Roj: **SAP IB 538/2018 - ECLI: ES:APIB:2018:538**

Id Cendoj: **07040370042018100105**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **20/03/2018**

Nº de Recurso: **594/2017**

Nº de Resolución: **100/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ALVARO LATORRE LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00100/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LES ILLES BALEARS, SECCIÓN IV

Procedimiento declarativo ordinario nº 1.275/2.014 del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Palma de Mallorca.

Rollo de Sala nº 594/2.017.

SENTENCIA nº 100/2.018

Ilmos. Sres.

Presidente:

DON ÁLVARO LATORRE LÓPEZ

Magistrados:

DOÑA MARÍA DEL PILAR FERNÁNDEZ ALONSO

DON MIGUEL ÁLVARO ARTOLA FERNÁNDEZ

En Palma de Mallorca, a 20 de marzo de 2.018.

Vistos en grado de apelación por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, los presentes autos de juicio declarativo ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Palma de Mallorca, bajo el número de autos y rollo de Sala arriba señalados, entre partes, de un lado y como demandados-apelantes DON Felipe y DOÑA Andrea , representados por la Procuradora Doña Nancy Ruys Van Noolen y asistidos por el Letrado Don Miquel Galmés Rotger; como demandantes-apelados DON Ildefonso y DOÑA Celestina , representados por la Procuradora Doña Francina Más Tous y dirigidos por la Letrada Doña Magdalena Palou Larrañaga. Permanece en situación de rebeldía procesal DON Marcial .

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Presidente de la Sala, Don ÁLVARO LATORRE LÓPEZ, que expresa el parecer de la misma.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Palma de Mallorca, se dictó sentencia en fecha 17 de mayo de 2.017 y en los autos anteriormente identificados, cuyo Fallo dice literalmente así:



"ESTIMO la demanda presentada por la representación procesal de D. Ildefonso y D^a Celestina , contra como demandados D. Felipe y D^a Andrea , D. Marcial .

1º.- DECLARO que la transmisión de la finca registral nº NUM000 del registro de la propiedad, sita en DIRECCION000 , NUM001 de SANTA Ponsa, Calviá, entre D. Marcial y D. Felipe y D^a Andrea firmada en escritura pública el 20 de octubre de 2010, ante el Notario de Palma, D. MIGUEL MULET FERRAGUT, fue realizada en fraude de D. Ildefonso y D^a Celestina , como acreedores del transmitente deudor, concurriendo carácter perjudicial y fraudulento del acto.

2º.- DECLARO que la anterior transmisión impide a los Sres Celestina Ildefonso la realización o cobro del crédito que contra el deudor, D. Marcial ostentan, al haberse situado éste en una situación de insolvencia provocada y voluntaria.

3º.- DECLARO que los Sres Celestina Ildefonso han agotado los medios de que disponían para cobrar lo que se les debe, en consecuencia a lo anterior,

4º.- DECLARO haber lugar a la acción de rescisión por fraude, y en consecuencia, se declare resuelta la venta mencionada en el punto a),

5º.- CONDENO a D. Felipe y D^a Andrea a la restitución de la finca registral número NUM000 del registro de la Propiedad, sita en DIRECCION000 , NUM001 de Santa Ponsa, Calviá al patrimonio o titularidad de D. Marcial , con la consiguiente cancelación de los asientos registrales correspondientes y contradictorios con tal declaración".

6º.- CONDENO a D. Felipe y D^a Andrea y a D. Marcial , a la realización de cuantos actos sean necesarios u otorgamiento y firma de cuantos documentos sean procedentes para ello, incluyendo el pago de los correspondientes impuestos si correspondiera, para la inscripción en el registro de la propiedad de la finca número NUM000 a nombre del deudor D. Marcial

7º.- CONDENO a los demandados al pago de las costas del procedimiento".

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia y por parte de DON Felipe y DOÑA Andrea , representados por la Procuradora Doña Nancy Ruys Van Noolen, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y tramitado conforme a la Ley procesal, oponiéndose al mismo DON Ildefonso y DOÑA Celestina , representados por la Procuradora Doña Francina Más Tous.

Recibidos los autos en esta Sección Cuarta, a la que corresponde la resolución del recurso por vía de reparto, se acordó el señalamiento para la deliberación, votación y fallo el día 14 de marzo de 2.018.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se ha observado la normativa aplicable al mismo.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se aceptan los que sustentan la resolución apelada en cuanto no se opongan a los que siguen.

SEGUNDO.- La primera alegación de los recurrentes se centra en la vulneración del art. 152 de la Lec . respecto de la notificación de la demanda al codemandado Sr. Marcial , o bien a los síndicos del concurso, quiebra o insolvencia seguido en Reino Unido, habiendo actuado los actores del litigio con dolo al ocultar el domicilio efectivo de dicho codemandado, todo lo cual comportaría, a su entender, la nulidad de actuaciones.

Dicha alegación es insostenible por las razones que siguen.

En primer lugar, la nulidad de pleno derecho de las actuaciones procesales debe hacerse valer a través de los recursos legalmente establecidos, como ponen de manifiesto tanto el art. 240.1 de la L.O.P.J . como el art. 227.1 de la Lec . En nuestro caso y pese a las dudas que ya planteaban los recurrentes en su contestación a la demanda sobre los domicilios facilitados para emplazar al Sr. Marcial , nada más hicieron al respecto desde una perspectiva procesal admisible, porque aun cuando es el actor quien debe indicar el domicilio del demandado (art. 399.1 de la Lec .), no facilitaron los Sres. Andrea Felipe el domicilio que les constaba en Reino Unido de dicho señor Marcial y que conocían a través del poder realizado por aquel a favor del hijo de los apelantes (Don Everardo) a fin de transmitirles el inmueble litigioso, ni tras efectuar la correspondiente averiguación de domicilio del codemandado Sr. Marcial en España por parte del Juzgado, recurrieron los Sres. Andrea Felipe la diligencia de ordenación de 5 de diciembre de 2.016, en la que tras dicha averiguación domiciliaria y habiendo resultado fallida, se acordó emplazar al mencionado codemandado por medio de edictos, dejando de impugnar también la diligencia de ordenación de 18 de enero de 2.017 por la que, entre otros pronunciamientos, fue declarado el Sr. Marcial en situación de rebeldía procesal. Por lo tanto, nada impidió a los Sres. Andrea Felipe utilizar los recursos correspondientes en primera instancia con vistas a



lograr un emplazamiento efectivo del Sr. Marcial en el domicilio que consta en el poder otorgado por aquel y que, como decimos, no podían desconocer, por lo que, conforme con el art. 244.1 de L.O.P.J , en relación con el art. 228.1 de la Lec ., no es posible admitir en sede de apelación la pretendida nulidad de actuaciones, ya que es evidente que pudieron denunciar la pretendida deficiencia procesal a través de los correspondientes recursos en primera instancia.

En segundo lugar, la nulidad pretendida encontraría encaje en los arts. 238.3º de la L.O.P.J . y 225.3º de la Lec . Ahora bien, la indefensión que pretenden conjurar esos preceptos es la propia, en este caso la de los Sres. Andrea Felipe , si bien ellos ni en sus escritos expositivos propios de la primera instancia ni en su recurso de apelación, efectúan razonamiento alguno que justifique la indefensión que les hubiese podido suponer la situación de rebeldía procesal del codemandado Sr. Marcial .

En tercer lugar, dado que los recurrentes vienen a intentar, en definitiva y no acreditando perjuicio propio, una rescisión de sentencia firme solapada bajo una petición de nulidad de actuaciones, debida a la rebeldía del Sr. Marcial , para lo cual sólo él está legitimado conforme al art. 501 de la Lec . en su párrafo primero.

Y por último, porque al haber quedado esta cuestión resuelta mediante la citación edictal al Sr. Marcial y su posterior declaración de rebeldía en resoluciones que no se impugnaron, no era necesario volver a tratar sobre ello en la audiencia previa al juicio, pues si bien este momento procesal tiene, entre otras, una finalidad depuradora y correctora del procedimiento, ello es respecto de las cuestiones procesales que pudieran obstar la prosecución de la tramitación del litigio y su terminación con sentencia que resuelva su objeto (art. 414.1 en su párrafo segundo de la Lec .) pero, obviamente, siempre que se trate de puntos todavía no decididos mediante resolución firme.

TERCERO.- El siguiente motivo en que se apoya el recurso es la pretendida vulneración del art. 38 de la Lec ., en relación con el art. 36.2 del mismo texto normativo y con el Reglamento CE 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia que, aún vigente en el momento en que fue interpuesta la demanda, fue después sustituido por el Reglamento UE **2015/848**, debiendo apreciarse de oficio la ausencia de competencia internacional.

Mantienen los recurrentes que aun cuando no interpusieron declinatoria de jurisdicción, la falta de competencia internacional puede ser apreciada de oficio en cualquier momento y, en nuestro caso, tal competencia corresponde al Tribunal de Reino Unido encargado del procedimiento de insolvencia del Sr. Marcial , tal como se alegó en la audiencia previa al juicio y en la vista oral. Sostienen en definitiva los recurrentes, que al ejercitar los actores del litigio una acción personal contra el Sr. Marcial , que se encuentra declarado en situación de insolvencia, el art. 4 del Reglamento CE 1346/2000 determina que la legislación aplicable es la del Estado en cuyo territorio se abra el procedimiento de insolvencia, aludiendo también a su art. 16 y siguientes del mismo texto normativo, que establecen que toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia adoptada por un Tribunal competente de un Estado miembro, será reconocida en todos los Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura.

Como en el caso anterior, la alegación es inatendible tal como explicaremos a continuación.

En primer término, ni en el escrito de contestación a la demanda, ni en su ampliación y tampoco en el recurso de apelación, los Sres. Andrea Felipe han sido capaces de identificar un procedimiento de insolvencia propiamente dicho en el que esté inmerso el Sr. Marcial ni el Tribunal británico que se encarga de su tramitación. En este sentido, es enormemente significativo que los demandados-apelantes no intentaran en su momento procesal una declinatoria de jurisdicción si tal era su convencimiento, aunque debemos destacar que en su contestación no hablaban de un procedimiento de insolvencia del Sr. Marcial , sino de fraude como autor de una estafa piramidal, por lo que entendían que era en ese procedimiento por fraude abierto en Reino Unido donde debían dirigir sus reclamaciones los actores, sin que en la fundamentación jurídica de la contestación ni en su suplico se respalde y pretenda, respectivamente, que el Juzgado se pronuncie sobre su competencia internacional, cosa que tampoco ocurre en el escrito de ampliación a la contestación. Por consiguiente, no puede hablarse de incongruencia omisiva alguna.

En segundo lugar, como consta en el Anexo A del mencionado Reglamento UE **2015/848**, en Reino Unido se consideran procedimientos de insolvencia los de liquidación sujeta a la supervisión de un Tribunal; la liquidación voluntaria de los acreedores, con confirmación por parte del Tribunal; la administración, incluidos los nombramientos realizados mediante la presentación de documentos prescritos ante el Tribunal; los arreglos voluntarios en virtud de la legislación sobre insolvencia; así como la quiebra y secuestro. Lo mismo ocurre si nos centramos en el Anexo A del Reglamento CE 1346/2000, puesto en relación con el art. 1 y 2, a) del mismo -vigente cuando se planteó la demanda-. Pero no existe acreditación alguna de que el Sr. Marcial esté sometido a ninguno de estos procedimientos, ya que no lo constituye el auto de medidas restrictivas de 1 de diciembre de 2.009, dictado por el Tribunal Central Penal en un procedimiento de naturaleza estrictamente criminal, no concursal.



Por lo demás, no se acredita el nombramiento de administrador concursal o de síndico como requieren tanto el art. 22 del Reglamento UE 215/848 como el art. 19 del Reglamento CE 1346/2000, es decir, mediante la presentación de copia certificada conforme al original de la decisión por la que se efectúe ese nombramiento, o bien a través de cualquier otro certificado expedido por el órgano jurisdiccional competente.

Por lo que respecta a la queja de los recurrentes cuando afirman que en la vista oral no se permitió exponer en plenitud esta alegación, recordaremos que el juicio, cuya finalidad es la práctica de la prueba propuesta y admitida y la realización de las conclusiones sobre las mismas (art. 431 de la Lec .), sólo permite además de lo anterior el planteamiento de cuestiones relativas a la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de alguna de las pruebas, así como, en caso de que se hubiesen alegado o se expusiesen hechos nuevos, acontecidos o conocidos después de la audiencia previa, oír a las partes sobre los mismos con proposición y admisión de las pruebas que procedieran en relación con ellos (art. 433.1 de la Lec .), por lo que tampoco en esta fase procesal era procedente tratar sobre esta cuestión, sin que la parte apelante hubiese recurrido la decisión tomada al respecto en la audiencia previa.

Pero incluso aplicando el mencionado Reglamento CE 1346/2000, vigente en el momento de interponerse la demanda, resulta que salvo disposición en contrario prevista en esa norma, la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos es la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento, denominado en lo sucesivo "el Estado de apertura" (art. 4). Ahora bien, con independencia de que no se ha acreditado la apertura de un procedimiento de este tipo, tal como hemos dicho, la competencia para incoarlo la tienen los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor (art. 3.1) y lo mismo ocurre con la regulación del Reglamento UE **2015/848** , sin que se haya discutido en nuestro caso que el Sr. Marcial operara fundamentalmente en Mallorca, donde tenía el núcleo de sus intereses, no en Gran Bretaña, por lo que es muy dudoso, al menos con los elementos probatorios de que disponemos, que hubiesen sido los tribunales británicos los competentes para conocer de un procedimiento de insolvencia del Sr. Marcial .

Así las cosas, quiebra absolutamente la argumentación de los recurrentes en este aspecto.

CUARTO.- Entrando desde este momento a considerar los motivos del recurso relativos al fondo del debate y, en concreto, si se dan en este caso los requisitos precisos para que prospere la acción rescisoria en fraude de acreedores, conviene recordar en primer lugar, aun cuando sea conocido, que tanto el art. 1.111 del Código Civil en su última proposición, como los arts. 1.291.3º y 1.294 del mismo texto normativo establecen el carácter subsidiario de esta acción, de forma que sólo puede hacer uso de ella el acreedor una vez que haya perseguido todos los bienes de su deudor sin resultado positivo para su crédito y sin que exista otro mecanismo de defensa del mismo. Aparte de ello, deberá existir, obviamente, un crédito de la parte actora frente al codemandado, en nuestro caso el Sr. Marcial , cosa que aquí no se ha discutido; que se haya dado una efectiva transmisión de bienes por el deudor a terceros con posterioridad al nacimiento de esa deuda, lo cual no es tampoco discutible en este litigio; que exista perjuicio para los acreedores por la insolvencia de su deudor, así como que se carezca de cualquier otro recurso legal para hacer efectivo el crédito, es decir, que cobrarlo resulte imposible; y, finalmente, que concurra el carácter fraudulento de la enajenación.

Estos requisitos de la acción deben ser entendidos, no obstante, de acuerdo con los últimos criterios jurisprudenciales a los que inmediatamente haremos mención.

Los apelantes vienen a discutir fundamentalmente la inexistencia entre ellos y el Sr. Marcial de un propósito defraudatorio en la compraventa del inmueble de la finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad nº 1 de Calvià, que adquirieron por medio de escritura pública de compraventa de 20 de octubre de 2.010. Para sustentar su afirmación manifiestan que la referida venta no procede de un acto o disposición voluntarios del vendedor Sr. Marcial , sino que deriva de una orden emitida por un tribunal británico dictada el 16 de agosto de 2.010, modificatoria de la orden de restricción, prohibitiva de disponer de sus bienes y que afectaba al citado Sr. Marcial , lo cual explica el otorgamiento de poder por el codemandado al hijo de los recurrentes, Don Everardo , con el fin de que este último pudiera vender o gestionar la propiedad, lo que hizo efectivamente a favor de sus padres y por un precio de mercado. Dicha alegación debe ser rechazada.

Llama la atención que los apelantes pretendan restringir al juzgador la posibilidad de valorar e interpretar unos documentos que ellos mismos han incorporado a autos y para el que ofrecen la hermenéutica y alcance que a ellos interesa, pretensión que no puede admitirse en modo alguno, máxime cuando de lo que se trata aquí es de constatar en dichos documentos la prohibición general y su modificación respecto del inmueble litigioso y las consecuencias que la transmisión del mismo tiene para el éxito de la acción entablada. Pero sí asiste la razón a los apelantes en un punto, como es la claridad de la propia orden de restricción de 1 de diciembre de 2.009 y su variación producida el 16 de agosto de 2.010, permitiéndose en esta última y a instancia, no lo olvidemos, de Everardo , hijo de los apelantes y también acreedor del Sr. Marcial , la enajenación de la



vivienda litigiosa a precio de mercado por medio de un poder otorgado por el codemandado; es en ese contexto en el que cobra sentido el otorgamiento de tal apoderamiento por parte del Sr. Marcial (el vendedor) a Don Everardo de fecha 19 de agosto de 2.010.

No obstante, dicha autorización nada tiene que ver con los presupuestos de todo contrato, establecidos en el art. 1.261 del Código Civil y con la intención que subyace en ellos, muy en particular en relación con el consentimiento contractual, al que obviamente precede una voluntad de comprar y vender entre determinadas personas. Con ello queremos decir que ni la decisión de enajenar el inmueble partió del tribunal británico como decisión propia de oficio emitida en el marco del procedimiento penal seguido frente al Sr. Marcial, ni su autorización para hacerlo puede difuminar la solicitud al respecto de Don Everardo ni el consentimiento de los contratantes en la compraventa mencionada ni, por tanto, su intención de transmitir y recibir el bien. Y ello enmarcado en una situación en el que el vendedor, su apoderado y los propios compradores tenían pleno conocimiento, no sólo de que con esa operación la solvencia del Sr. Marcial quedaba seriamente comprometida, sino también que se producía un evidente perjuicio para los hoy apelados, igualmente acreedores, como los Sres. Andrea Felipe y sus hijos del Sr. Marcial, pues no en vano es un hecho reconocido ya desde la contestación a la demanda que tanto los contendientes como otras personas, todos ciudadanos británicos, fueron estafados por el Sr. Marcial, con mención y acreditación de los distintos procedimientos seguidos en España por los litigantes, sin olvidar los contactos que hubo entre ellos para dar salida a la situación que se les había generado derivada de las actuaciones del Sr. Marcial.

QUINTO.- Hemos enumerado anteriormente los requisitos de la acción revocatoria establecida en el art. 1.111 del Código civil y en este momento y al hilo de lo que acabamos de exponer en el fundamento anterior, no podemos pasar por alto la perspectiva doctrinal actual sobre esta acción, según establece la S.T.S. nº 510/2.012, de 7 de septiembre, que pone en el centro del objeto y función de aquella la protección patrimonial del derecho de crédito, al afirmar que el precepto mencionado trata de proteger y favorecer el "cobro de lo debido" desde la perspectiva de la efectividad de tal derecho de crédito tomada en su propia consideración normativa, lejos de conexiones con otros conceptos próximos pero claramente distinguibles, como son el dolo, la simulación, la equidad, etc).

Así, frente a la concepción tradicional que concebía el fraude desde un punto de vista subjetivo y doloso, nos recuerda la resolución mencionada que ya la sentencia del mismo Tribunal de 6 de abril de 1.992 confirió un impulso definitivo a la nueva concepción, al entender el "consilium fraudis" bien como actividad intencionada y directamente dolosa, pero también como simple conciencia de perjudicar a los acreedores, llegando a alcanzar cotas de cuasi objetividad si el perjuicio fuese producido por simple culpa civil o impremeditación. Y la S.T.S. de 17 de julio de 2.006, igualmente citada por la misma resolución como nueva muestra del giro en el objeto y función de la acción revocatoria, nos dice que *"El acto o contrato que permite el ejercicio de la acción pauliana o rescisoria debe perjudicar al acreedor, minorando la solvencia del deudor, de modo que aquél no pueda cobrar lo que éste le debe; en definitiva "consiste en la frustración del derecho de crédito"*. Pueden citarse igualmente las S.S. T.S. de 31 de octubre de 1.992, 15 de marzo de 2.002, 13 de junio de 2.003 y 21 de junio de 2.004, como ejemplos en los que la moderna configuración de la acción tiende a invertir el arquetipo tradicional recibido que, como ya hemos dicho, se centraba en torno a una concepción extremadamente subjetiva del fraude y en la aplicación excepcional de la acción, para dar paso a un concepto operativo del mismo que objetiva la responsabilidad derivada del "eventus damni", el cual se presenta como elemento impulsor del ejercicio de la acción rescisoria. De esta manera, el concepto relativo al fraude a los acreedores queda constituido a partir de los principales deberes que sustentan la efectividad del derecho de crédito y su respectiva incidencia en el marco de la constatación del resultado lesivo inferido al acreedor. Desde esta óptica, basada en los principios y deberes que sustentan la garantía patrimonial del derecho de crédito, la citada S.T.S. nº 510/2.012, de 7 de septiembre afirma que *"el presupuesto de la actuación del deudor no es un grado de malicia o dolo considerado en sí mismo. Es un daño (la disminución de la garantía patrimonial del deudor hasta el límite de su insolvencia) en el que el plano de la culpabilidad aparece como un elemento más bien negativo: la falta de justificación de dicha disminución con arreglo a los específicos principios y deberes de tutela de la efectividad del derecho de crédito"*.

A partir de estos elementos doctrinales enfrentaremos este punto del recurso, adelantando ya desde este momento que debe ser desestimado.

Así y en primer lugar, sin perjuicio de lo que ya dijimos, no puede ampararse la parte apelante en la "orden británica sobre la propiedad de autos" ni en su variación a instancia precisamente de Don Everardo, porque ni el punto 22 de la orden restrictiva, ni los puntos 2 y 3 de la alteración permiten establecer parámetro alguno de una extralimitación de la que sólo pueda entender el Tribunal británico, porque se agota tal variación en permitir y siempre a instancia de un interesado, en esta supuesto Don Everardo, que se encargue del inmueble del Sr. Marcial sito en la DIRECCION000 nº NUM001 de Santa Ponsa (Calviá), con el fin de venderlo a precio de mercado, bien directamente o valiéndose de un poder del propietario, y eso es lo que ha acontecido, de



modo que desde el prisma de la acción revocatoria aquí ejercitada, sólo los órganos jurisdiccionales españoles pueden entender de la misma, sin perjuicio de que ya en el seno del procedimiento penal -que no concursal, reiteramos- seguido ante la jurisdicción británica, ésta sí puede estudiar, en su caso, si ha existido un saldo restante que haya sido retenido y así lo haya facilitado la parte apelante y sus hijos. Pero todo ello nada tiene que ver con la acción que estudiamos en este procedimiento.

Por otra parte, en cuanto a la afirmación de no haber existido intención del deudor de quedar insolvente, ni que haya conocido éste el perjuicio causado nos remitimos a la doctrina del Tribunal Supremo a que antes hicimos mención, añadiendo ahora que ante los perjuicios irrogados por el Sr. Marcial a un número importante de personas entre los que se encuentran los contendientes, siendo éstos acreedores del codemandado y habiendo actuado en principio juntos para tratar de saldar su respectivo crédito, no se acredita justificación alguna de la venta efectuada a los Sres. Andrea Felipe desde la perspectiva de los específicos principios y deberes de tutela de la efectividad del crédito de los promotores de la litis, ya que esa operación sólo benefició el interés crediticio de los recurrentes. Y no pueden negar los Sres. Andrea Felipe y el propio Sr. Marcial que el conocimiento que tenían del perjuicio que causaban a los Sres. Celestina Ildelfonso por medio de la operación de compraventa realizada por aquellos, mucho menos si en un principio actuaron de consuno para resarcir sus respectivos créditos.

Desde la perspectiva objetiva de los requisitos de la acción pauliana, tampoco asume la Sala el planteamiento de los apelantes. En efecto, los apelados tienen reconocido un crédito por un principal de 111.690 euros y 45.696 libras esterlinas, mediante sentencia firme nº 28/2.012, de 15 de febrero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Palma de Mallorca en el procedimiento ordinario nº 1.426/2.009. Es cierto que en el seno de ese procedimiento los actores lograron la medida cautelar de embargo preventivo sobre la finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad nº 1 de Calviá, perteneciente al demandado Sr. Marcial y por una cantidad de 68.116 €, no habiendo conseguido posteriormente la ampliación de ese embargo hasta la cantidad total de su crédito, que resultó de una ampliación de la demanda debida al vencimiento de otros contratos posteriores suscritos con el Sr. Marcial. Ahora bien, que no se ampliara el embargo preventivo hasta la cantidad total instada por el Juzgado el 27 de octubre de 2.010 por negativa del Registrador de la Propiedad, en nada afecta al derecho de crédito de los actores, ni pueden pretender los recurrentes que la finca que se les transmitió sólo respondiese por 68.116 €, ya que todo el patrimonio del Sr. Marcial responde por el total de lo adeudado aunque la tutela cautelar específica lograda en el litigio hubiese quedado limitada a esa suma, de manera que por el hecho de haber consignado en el Juzgado el importe del crédito de los apelados por el que se había embargado la finca (68.116 €), sigue dándose una situación de insolvencia del Sr. Marcial en cuanto al resto adeudado a los aquí apelados causada por la venta del inmueble litigioso a los Sres. Andrea Felipe.

Desde la óptica de la actuación procesal de los actores del litigio, diremos que no haber recurrido la nota negativa del Registrador de la Propiedad nº 1 de Calviá a ampliar el embargo preventivo sobre la finca del Sr. Marcial no supone en modo alguno que se conformaran con un crédito de 68.116 €, porque se trata de una actuación procesal que se enmarca en el ámbito de la tutela cautelar que solicitaron, que evidentemente no perjudica a su pretensión de fondo planteada y, por supuesto, deja intacta la acción revocatoria que han planteado y que ahora resolvemos.

Rechazamos igualmente la afirmación de los recurrentes en torno a la existencia de otros bienes del Sr. Marcial con los que podrían haber hecho efectivo su crédito, bienes sobre los que no existe prueba alguna, así como tampoco se demuestra que haya procedimientos de insolvencia seguidos en Gran Bretaña frente al Sr. Marcial, en los que los apelantes manifiestan que intervienen junto con otros acreedores. En este punto nos parecen totalmente insuficientes las declaraciones del testigo Sr. Isidro, pues si éste es realmente el letrado de los acreedores en esos procedimientos, no nos explicamos que no se haya aportado documento alguno dimanante de ellos, puesto que como ya dijimos, tan solo puede considerarse demostrado que el Sr. Marcial está incurso en aquel país en un procedimiento penal por estafa.

Nos llama la atención, por otra parte, que los recurrentes nieguen la actuación de su hijo Everardo en la compraventa de la finca como apoderado del Sr. Marcial, pues se trata ésta de una circunstancia debidamente acreditada en autos. Así, en el poder otorgado por el Sr. Marcial a Don Everardo el 19 de agosto de 2.010, consta expresamente que el primero confiere poder tan amplio y bastante como en derecho se requiera y sea necesario a favor del segundo, a fin de que, en nombre y representación del poderdante pueda -en lo que aquí nos interesa- vender a las personas y en las condiciones que estime conveniente bienes inmuebles del Sr. Marcial situados en España. Por otra parte, este poder, aunque deriva de la variación de la orden de restricción de bienes acordada contra el Sr. Marcial, no se produjo de oficio por exigencias procesales, sino por solicitud e interés del propio Sr. Everardo.

Por último, aunque reiteramos que no se acreditan procedimientos de insolvencia, sino uno de carácter penal contra el Sr. Felipe, el hecho de que la orden de restricción de bienes del Sr. Marcial refleje determinadas



cuentas corrientes, otro inmueble y un plan de jubilación del codemandado, dan pie a los apelantes para cuestionar la concurrencia de la nota de subsidiariedad de esta acción.

Ahora bien, como determina la sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, nº 5/2.014, de 30 de enero, esta característica de la acción se vincula a la finalidad y función de tal exigencia. Es decir, la subsidiariedad de la acción, tanto en la rescisión por lesión como en la rescisión por fraude es consecuencia del principio de conservación del negocio. Éste es válido, como se desprende del art. 1.291 del Código Civil, por lo que la seguridad jurídica impone su protección. El conflicto surge entre la facultad dispositiva del deudor y el interés de los terceros que con él contratan en conservar su adquisición y el derecho de los acreedores al cobro, pero cuando aflora un conflicto de intereses la cuestión fundamental es decidir cuál de ellos debe prevalecer.

A partir de esta premisa, la misma sentencia sigue diciendo que el art. 1291.3 del Código Civil condiciona el ejercicio de la acción pauliana a que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le deba. Y con esta expresión la norma alude fundamentalmente (pues también entrarían ahí cuestiones como la solidaridad pasiva o la fianza) al presupuesto objetivo de la acción, que es el perjuicio que se causa a los acreedores por no conocerse o por no existir bienes perseguibles en el patrimonio del deudor.

Ahora bien, la sentencia comentada subraya que en la literatura científica se ha cuestionado que el art. 1.294 del Código Civil sea una norma aplicable a todos los supuestos de rescisión, porque se ha observado que la exigencia que en él se recoge está prevista más bien para los supuestos de rescisión por lesión, no para la rescisión por fraude. Así, se ha señalado que, en tanto la rescisión por lesión es un instrumento excepcional al contradecir uno de los principios básicos del ordenamiento, como es el de la conservación de los contratos y en definitiva la seguridad jurídica, de modo que su ejercicio debe restringirse al máximo, no ocurre lo mismo con la acción rescisoria por fraude, ya que en estos casos no se ve qué objeto tendría proteger a ultranza el interés de un tercero adquirente, participante en el fraude, sobre el del acreedor defraudado.

Concluye la citada resolución diciendo que en caso de rescisión por fraude es suficiente el perjuicio del acreedor. Y mantiene que *"Razones históricas apoyarían esta tesis, pues el artículo 1294 tiene el mismo contenido que el 1170 del Proyecto de 1851, ubicado sistemáticamente entre los preceptos reguladores de la rescisión por lesión; el legislador de 1889 suprimió muchos artículos del proyecto y la división por secciones, con lo que la norma, prevista sólo para la rescisión por lesión, parecía entonces tener carácter general. Pero, si se examina con detenimiento la regulación de los artículos 1290 a 1299, se aprecia que no todas las normas comprendidas ahí son aplicables a todos los supuestos rescisorios. Así, el precepto del 1295.1 permite, efectivamente, sostener que no hay un solo régimen sino dos regulaciones superpuestas (una referida a la rescisión por lesión y otra referida a la rescisión por fraude de acreedores), ya que dicha norma sólo puede aplicarse a la rescisión por lesión".* Y termina indicando que *"es una exigencia del tráfico jurídico moderno facilitar el despliegue de las medidas de protección del crédito y no obstaculizarlas, observando de ese modo el mandato del art. 3.1 Cc. La acción rescisoria sirve a posibilitar el sometimiento a la responsabilidad patrimonial universal que ordena el 1911 Cc, y debe prevalecer sobre rigorismos que favorezcan al deudor defraudante y desprotejan al acreedor. Esta última consideración inspira la solución que se da a esta cuestión en otros ordenamientos como el francés o el italiano, donde la acción pauliana no tiene un carácter subsidiario sino que es un medio de defensa del crédito que el acreedor puede usar junto (no después de) los restantes que el sistema le permite".*

Por su parte, la S.T.S. de 28 de noviembre de 2.013, mencionada por la anterior, nos indica que *"la jurisprudencia más reciente ha flexibilizado este requisito (de subsidiariedad de la acción), tanto en el plano de su referencia a la carencia de cualquier otro recurso legal para obtener el cobro del derecho de crédito, como en el campo referido a la acreditación del perjuicio y su respectiva prueba. La doctrina jurisprudencial, sistematizada en la sentencia núm. 510/2012, de 7 de septiembre, puede sintetizarse del siguiente modo: - La nota de subsidiariedad no responde a una previa y rígida ordenación de los diferentes medios o acciones que, en abstracto, el acreedor deba interponer antes del ejercicio de la acción rescisoria sino, más bien, a que el acreedor deba acreditar su situación de indefensión o de riesgo patrimonial en la que se encuentra al tiempo de producirse el acto rescindible o fraudulento, de forma que se estime, en dicho momento, la falta de utilidad de otros posibles remedios preventivos o ejecutivos en orden a la defensa de su derecho de crédito. De ahí, entre otros extremos, que no sea necesario la acreditación de la insolvencia del deudor en un juicio previo y se permita su prueba en el mismo proceso en donde se pretende la rescisión del acto o negocio fraudulento.- No resulta necesario que el acreedor venga provisto de título ejecutivo para el ejercicio de la acción, bastando la propia existencia y legitimidad del derecho de crédito - La prueba o realidad de la insolvencia no ha de producirse de una forma absoluta, sino que es suficiente con la acreditación de la existencia de una notable disminución patrimonial que impida o haga sumamente difícil la percepción o cobro del crédito. Resulta innecesaria la demostración de la carencia absoluta de bienes del deudor, siendo suficiente con acreditar haber llevado a cabo la persecución de los bienes que le sean debidamente conocidos según las circunstancias del caso".*



Atendiendo a estos criterios y centrándonos en el caso que resolvemos, consideramos acreditado que en el momento en que se produjo la venta del inmueble del Sr. Marcial a los Sres. Andrea Felipe , los Sres. Celestina Ildefonso , actores del litigio, se encontraban en situación de riesgo patrimonial, porque en ese momento no hay constancia alguna de que existiesen otros bienes del Sr. Marcial sobre los que hacer traba y que tampoco consta que persiguieran los Sres. Andrea Felipe , que se centraron en adquirir el inmueble de la DIRECCION000 ya identificado y en ese momento de la venta, fracasada además la ampliación del embargo preventivo intentada por los apelados, no tenían éstos a su disposición otros remedios bien preventivos o ejecutivos para satisfacer su derecho de crédito.

Por lo tanto, concurre en este supuesto tal requisito de la subsidiariedad y, en consecuencia con lo expuesto, rechazamos el recurso de apelación, imponiendo a los recurrentes las costas de segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 de la Lec .

Vistos los preceptos citados y los demás de general y procedente aplicación.

III.- FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación planteado por DON Felipe y DOÑA Andrea , representados por la Procuradora Doña Nancy Ruys Van Noolen, contra la sentencia dictada el día 17 de mayo de 2.017 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Palma de Mallorca , resolviendo el juicio del que el presente rollo deriva.

En consecuencia, confirmamos íntegramente dicha resolución imponiendo a los apelantes las costas de esta segunda instancia.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán prepararse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15.^a de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre , el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección cuarta de la Audiencia Provincial n.º 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Así, por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente DON ÁLVARO LATORRE LÓPEZ, que lo ha sido en este trámite, en el mismo día de su audiencia pública señalado en el encabezamiento, doy fe.