



Roj: **STS 7508/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7508**

Id Cendoj: **28079110012012100662**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/09/2012**

Nº de Recurso: **560/2010**

Nº de Resolución: **510/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CS 42/2010,**
STS 7508/2012,
AATS 12363/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Septiembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 140/09 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm 717/06, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vinaróz cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador doña Carmen Rubio Antonio en nombre y representación de COINSOM 2005, S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Luis Pozas Osset en calidad de recurrente y el procurador don Luis Ortiz Herráiz en nombre y representación de don Jose Antonio en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don Agustín Juan Ferrer, en nombre y representación de don Jose Antonio interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Aquilino y contra la mercantil COINSOM 2005 S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "... *estimando la demanda: A) Declare resuelto el Contrato de Compraventa llevado a efecto entre don Jose Antonio y don Aquilino el 14 de enero de 2005, respecto de la finca NUM000 del Registro de la Propiedad de San Mateo, inscrita al folio NUM001 del Libro NUM002 y cuya escritura se otorgó ante el Notario de Benicarló don Luis Alberto Terrón, con el nº 87 de protocolo y por tanto, la nulidad de todas las operaciones registrales efectuadas por dicho demandado respecto de dicha finca, tales como segregaciones y cualquier otra que afectare a la integridad de la finca objeto de transmisión.*

B) Se declare la rescisión, por haberse celebrado en fraude de acreedores, de la transmisión que el demandado don Aquilino hizo a favor de Coinsom 2005 S.L. de un solar segregado de la finca NUM000 antes referida, de 88 metros cuadrados de superficie y que ha dado lugar a la finca nº NUM003, del Registro de la Propiedad de San Mateo, Tomo NUM004, Libro NUM005 y del resto de finca matriz NUM000, todo lo cual se llevó a efecto en escrituras de 8 de febrero de 2006, ante el Notario de Benicarló, Sr. Terrón. Así como la nulidad del resto de operaciones registrales que respecto de dichas fincas haya llevado a cabo Coinsom 2005 S.L.

C) Como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se ordene la cancelación de todas las inscripciones que se hayan producido respecto de la finca NUM000 en el Registro de la Propiedad de San Mateo, posteriores a la fecha de inscripción de la citada finca a nombre de don Aquilino, causadas por este



o por Coinsom 2005 S.L., revirtiendo la citada finca a la titularidad registral de don Jose Antonio en el estado anterior al de transmisión al Sr. Aquilino .

D) Imponga a los demandados las costas del juicio.

2.- La procuradora doña Mercedes Cruz Sorribes, en nombre y representación de COINSOM 2005 S.L., contestó a la demanda exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "*...se desestimen íntegramente las pretensiones de la actora con expresa imposición de las costas del proceso*".

Por la procuradora doña María Ángeles Bofill Fibla, en nombre y representación de don Aquilino contestó a la demanda exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "*... desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de costas al demandante*".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vinaróz dictó sentencia con fecha 22 de abril de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: "*...Estimo la demanda interpuesta por don Jose Antonio contra don Aquilino , y declaro resuelto el contrato de compraventa celebrado por ambos sobre la finca nº NUM000 del Registro de la Propiedad de San Mateo y formalizado mediante la escritura nº 87 del Notario don Luis Alberto Terrón Manrique el día 14-1-2005; condenando al demandado a restituir la finca al actor. En caso de que dicha restitución no se efectuara en el plazo de un mes desde la firmeza de la sentencia, el Sr. Aquilino debería indemnizar al Sr. Jose Antonio con la cantidad en que se estime el valor actual de la finca en ejecución de sentencia. Con imposición de costas al demandado.*

Y desestimo la demanda interpuesta por don Jose Antonio contra COINSOM 2005, S.L., con imposición de costas al actor".

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, Sección 3ª, dictó sentencia con fecha 19 de enero de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: "*...Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de don Jose Antonio , contra la Sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vinaróz en fecha veintidós de abril de dos mil ocho, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 717 de 2006, **REVOCAMOS** la resolución recurrida en el sentido de que **la estimación de la demanda es frente a ambos demandados y que además de declarar resuelto el contrato de compraventa celebrado sobre la finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad de San Mateo y formalizada mediante la escritura nº 87 de fecha 14 de enero de 2005, declaramos también la rescisión, por haberse celebrado en fraude de acreedores, de la transmisión que el demandado don Aquilino hizo a favor de Coinsom 2005 S.L. de un solar segregado de la finca NUM000 antes referida, de 88 metros cuadrados de superficie y que ha dado lugar a la finca nº NUM003 , del Registro de la Propiedad de San Mateo, Tomo NUM004 , Libro NUM005 y del resto de finca matriz NUM000 , todo lo cual se llevó a efecto en escritura de 8 de febrero de 2006, ante el Notario de Benicarló, Sr. Terrón.***

Ordenamos en consecuencia la cancelación de todas las inscripciones que se hayan producido respecto de la indicada finca NUM000 en el Registro de la Propiedad de San Mateo, desde que la misma fue inscrita a nombre de don Aquilino , causadas por éste o por Coinsom 2005 S.L., revirtiendo la citada finca a la titularidad registral de don Jose Antonio .

Imponemos expresamente el pago de las costas de la primera instancia a la parte demandada.

No realizamos expresa imposición de las costas de la alzada".

TERCERO .- **1.-** Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de COINSOM 2005 S.L. con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Infracción por inaplicación del artículo 1293.3º del Código Civil .

Segundo.- Infracción del artículo 1111 del Código Civil .

Tercero.- Infracción de los artículos 1124 C C , 1295.2 y 1297 del Código Civil .

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 25 de enero de 2011 se acordó admitir el recurso interpuesto por la representación de COINSOM 2005, S.L. y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. El procurador don Luis Ortíz Herráiz en nombre y representación de don Jose Antonio presentó escrito de impugnación al mismo.



QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de julio del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La moderna configuración de la acción rescisoria por fraude de acreedores. Contexto Doctrinal.

PRIMERO. - 1. Dado que la Sentencia de Apelación comparte el relato de hechos probados que realiza la Sentencia de Primera Instancia la discrepancia entre sus respectivos fallos, y con ella la base del presente recurso, se centra en la distinta valoración que se realiza respecto del ámbito de aplicación e la acción rescisoria por fraude de acreedores en atención a su caracterización, así como de los presupuestos y requisitos de su pertinente ejercicio.

En este contexto, se desarrollan las alegaciones de la parte recurrente en la formulación del recurso de casación al amparo del ordinal 2º del artículo 477.2 de la LEC 2000 . El escrito de interposición del recurso se articula en tres motivos. En el motivo primero se denuncia infracción, por inaplicación del artículo 1293.3º del Código Civil , en el que se establece la subsidiariedad de la acción rescisoria por fraude de acreedores. En el motivo segundo, se plantea la infracción del artículo 1111 del Código Civil , por entender que el ejercicio de la acción rescisoria exige el presupuesto del *eventus damni* , entendido como un daño al acreedor que deja a éste sin posibilidad de ver satisfecho su crédito. En el motivo tercero se denuncia infracción de los artículos 1124 , 1295.2 y 1297 del Código Civil respecto del requisito del conocimiento del fraude y la mala fe del tercer adquirente.

Dada la concurrencia de las alegaciones sobre el ámbito de la caracterización subsidiariedad de la acción, así como de los presupuestos y requisitos pertinentes para su ejercicio, conviene su examen conjunto en orden a su mejor delimitación y alcance sistemático.

En el presente caso, los motivos deben ser desestimados.

2. Expuesta la preferencia de la perspectiva doctrinal sobre la cuestión a dilucidar y, por tanto, de sus vertientes metodológica y conceptual, lo primero que interesa señalar, a los efectos de clarificar y unificar la doctrina jurisprudencial, es que, en orden a una mejor y mas correcta protección patrimonial del derecho de crédito, *esta Sala, de forma paulatina, ha consolidado un cambio o giro doctrinal en la concepción tradicional que venía caracterizando el ejercicio de la acción rescisoria*, derivada de una noción marcadamente subjetiva y dolosa del fraude, con una aplicación rígida y restrictiva de sus presupuestos y requisitos de aplicación, por *una concepción mas objetivable del fraude de acreedores y mas funcional y flexible en su caracterización y requisitos de ejercicio* , centrada ya en la protección patrimonial del derecho de crédito, como objeto de la tutela dispensada y conexas, tanto materialmente como teleológicamente, con el entramado orgánico de la propia relación obligatoria, así como con las reglas y principios básicos de nuestra organización económica, particularmente de la efectividad de la responsabilidad patrimonial como fundamento primario de la acción rescisoria. Una vez señalado el cambio de concepción, *lo segundo que interesa precisar son "las claves jurídicas" que lo justifican y fundamentan en orden a su mejor comprensión y aplicación.*

3 . Para conocer estas claves, tanto metodológicamente como conceptualmente, resulta del todo necesario que partamos del contexto jurídico que favoreció el alumbramiento de lo que hemos denominado concepción o tesis tradicional de la acción rescisoria por fraude de acreedores y que, en muy buena medida, ha estado informando la aplicación de la misma durante un largo periodo de nuestra doctrina jurisprudencial. Una exposición sintética y razonada de los principales factores que contribuyeron a su desarrollo puede quedar expuesta en los siguientes términos:

A) *La interpretación sesgada y dogmática de los antecedentes históricos sobre la materia.* En efecto, para entender la concepción tradicional hay que partir del notable influjo que tuvo la doctrina de los comentaristas del *ius commune* en la interpretación de nuestros antecedentes históricos. Esta doctrina, atraída por el discurso retórico que ofrecía el concepto de fraude, conforme a los valores morales y cristianos imperantes en la época, realizó una lectura sesgada y dogmática tanto de los antecedentes de Derecho romano, como de nuestro antecedente mediato en la Legislación de Partidas, ley 7ª, título 15, Partida 5. Así, respecto de los primeros, se oscureció el significado natural que presentaba el término fraude en las fuentes jurídicas (*fraus*) y *que denotaba un dinamismo semántico* , acorde con un enfoque mas objetivable de su utilización, en la medida en que se proyectaba una perfecta ambivalencia tanto para referir el "daño o perjuicio causado", (la insolvencia del deudor), como la correspondiente sanción al mismo (*iudicia rescisoria*), para resaltar su empleo, mas tardío en las fuentes, como comportamiento propiamente doloso (*actio ex delicto*) o contrario a los valores esenciales representados en la idea de justicia ("*fraus omnia corrumpit*"), caso del deudor insolvente que, faltando a la



verdad de su verdadera situación, se declara solvente para perjudicar a su acreedor. Del mismo modo, no se destacó que en el curso de la sucesiva confluencia de los remedios y acciones que dieron lugar a la acción pauliana, *particularmente el interdictum fraudatorium*, la finalidad que presidió su aplicación, excepción hecha de la citada actio ex delicto, no fue la sanción o condena de un comportamiento propiamente doloso, sino la reparación de la vulneración injustificada de un previo deber de cumplimiento. Respecto de la interpretación de Partidas ocurrió algo similar, de forma que se realizó una lectura parcial e interesada en donde el papel *meramente complementario del tan traído consilium fraudis*, un requisito tan solo adicional que con base al criterio objetivable que incorporaba el *eventus damni*, como elemento impulsor de la acción, servía para delimitar retroactivamente el alcance de la revocación de los actos del deudor, y a su vez, para corroborar la presunta imputación del tercero, *pasó a desempeñar el papel estelar de referente conceptual y general de la figura*; de suerte que el resultado de esta elaboración doctrinal fue el olvido de la posición central que ocupaba el presupuesto de *la scientia fraudis*, que acorde con el papel impulsor del *eventus damni*, *se situaba en la línea de la culpa*, ya como conducta reprochable (tener conocimiento del perjuicio), o bien, como diligencia exigible (haber debido conocer el perjuicio). Desde este *arquetipo doctrinal*, se comprende como el paradigma de la cristalización codificadora de esta figura, localizado en el abolengo jurídico del artículo 1111 del Código Civil, lejos de ser un punto de partida o de conexión hacia la imbricación de la acción rescisoria con los referentes nucleares de la relación obligatoria, *fuera mas bien un muro para su correcto desarrollo sistemático* al ser objeto de una interpretación dogmática y extremadamente subjetiva que en clave intencional se extendió a los restantes preceptos del Código Civil sobre la materia.

En este contexto, también hay que señalar en el déficit de la acción otros factores que también colaboraron en el marco de su interpretación restrictiva. Sin duda, *su proximidad con el instituto de la rescisión por lesión*, de otrora relevancia jurídica en la Legislación Antigua, fue mirada con recelo en orden a la estabilidad de los contratos y la seguridad del tráfico jurídico, de ahí que, pese al avance jurídico que supuso para la categoría de la ineficacia funcional de los contratos su reconocimiento con la fórmula del artículo 1290 del Código Civil: "Los contratos *válidamente celebrados* pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley", no obstante, la interpretación de su carácter subsidiario, desde la literalidad del artículo 1111 del Código Civil, configuró la aplicación de la acción desde una nota de singularidad, mas propia de las figuras de derecho excepcional, que de la razón de especialidad técnica que se derivaba de su peculiar modo de ineficacia. En parecidos términos, la simplificación del fraude de acreedores *bajo la fórmula sacramental de su implícita valoración como "cuestión de hecho"*, fuera de su lógica ponderación como referencia indicativa de la necesaria fijación de su prueba o realidad material, también abundó en una concepción dogmática y subjetiva del fraude.

B) *El insuficiente y fragmentado marco de referencia en orden a la protección patrimonial del derecho de crédito.*

Aunque el arquetipo doctrinal examinado resultó, de por sí, determinante a los efectos de sustentar una concepción subjetiva y dolosa del fraude, no obstante, el predominio y vigencia de su postulado doctrinal se vio favorecido por una deficiente regulación de nuestro Código Civil en el ámbito de la tutela institucional del derecho de crédito, ausente de reconocimiento expreso y de referentes normativos que permitieran su pronto desarrollo y sistematización.

En este sentido, y en primer lugar, hay que referirse a una cuestión metodológica por todos conocida y que puede sintetizarse en el papel de "supraconcepto" que acompañó a la obligación, tanto como conjunto como proceso, de gran parte del desenvolvimiento técnico del derecho patrimonial. Esta perspectiva ancilar, no sólo representó uno de los campos más señalados de evolución y progreso de las categorías jurídicas, sino que fue determinante en la estructura organizativa de nuestro Código Civil y de su ámbito de derecho patrimonial; particularmente de la preeminencia del enfoque del derecho de crédito como una relación de prestación, en donde el núcleo central de derecho radicaba en el derecho a exigir la prestación debida.

Sin perjuicio del carácter orgánico de dicho enfoque, lo cierto es que su expansión conceptual simplificaba y reducía en exceso la perspectiva económica que subyace en el derecho de crédito al presentarlo, básicamente, como un elemento de la relación obligatoria en detrimento de su posible especialidad en el marco del derecho patrimonial.

Nuestro Código Civil contiene numerosas muestras de la tendencia apuntada, pero quizá las más ejemplarizantes se encuentren en la deficiente sistematización del principio de la responsabilidad patrimonial como fundamento primario de la defensa patrimonial del derecho de crédito. En efecto, lejos de contemplar dicho principio en toda su autonomía y extensión lógica como fundamento de los diferentes medios tendentes a facilitar o procurar la efectividad patrimonial del derecho de crédito, su formulación en el artículo 1911 queda delimitada en el particularismo de su incidencia en el ámbito del ya extinto concurso de acreedores, tal y como aún refleja gráficamente la rúbrica del Título XVII del Libro IV: «De la concurrencia y prelación de créditos». Este encuadre extremadamente casuístico y orientado hacia la raíz concursal del principio, propio de un desarrollo conceptual incipiente y poco elaborado de la materia, concuerda plenamente con la



diáspora que presentan las principales medidas de protección patrimonial del derecho de crédito respecto de la responsabilidad patrimonial como su natural centro de fundamentación. De esta forma puede observarse que tanto la acción rescisoria como la subrogatoria cristalizan extrañamente en el artículo 1111 del código, al socaire de la naturaleza y efectos de las obligaciones; mientras que, por su parte, el poder de agresión sobre los bienes del deudor, a través de sus fases de embargo y ejecución de los bienes, ya había obtenido previa carta de naturaleza de forma separada y anticipada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

En segundo lugar, merece destacarse que la principal dificultad de una mejor ordenación de la tutela patrimonial del derecho de crédito no sólo responde a un criterio de sistematización, sino que obedece a un orden más profundo de índole analítico y constructivo. Nos estamos refiriendo a la delimitación de la insolvencia, como específica lesión de la efectividad patrimonial del derecho de crédito. Su configuración conceptual en el marco de la función económica del derecho de crédito constituye un auténtico nudo gordiano para posteriores desarrollos doctrinales y normativos. En efecto, si tuviéramos que escoger una nota que caracterizaba el actual estado de la cuestión de la insolvencia en la panorámica de la doctrina privatista, ésta no sería otra que la terrible anfibología del concepto de insolvencia.

No obstante, la indeterminación que presenta el concepto de insolvencia no sólo es producto de un desmesurado y superficial uso del término, sino que, más bien, trasluce la complejidad ínsita en el estudio de la configuración jurídica de la figura. En este sentido, se ha dejado notar la plural incidencia de una suerte de circunstancias de distinta índole o alcance, pero estrechamente relacionadas entre sí. A la parquedad conceptual de nuestro Código en esta materia, gráficamente reconocible en la fórmula positiva del antiguo artículo 1913, como mero enunciado aproximativo de la definición descriptiva de la insolvencia, hay que sumar la difícil sistematización o encuadre de la figura en la teoría general de la relación obligatoria, aspecto que corrobora la ordenación seguida por nuestro Código Civil, que contempla la insolvencia bajo la perspectiva prioritaria de sus efectos jurídicos en una profusa y variada casuística que, a su vez, trae causa de un proceso de cristalización disperso y fragmentado que abarca, a título de ejemplo, desde procesos de evolución de rancio abolengo jurídico, caso del perjuicio pauliano, artículos 1111 y 1291.3 del Código Civil, hasta desenvolvimientos recientes en el iter codificador, caso de su inclusión como causa del vencimiento anticipado de la obligación: artículo 1129.1 de dicho Cuerpo legal. No es de extrañar, por tanto que el estudio con ocasión de la insolvencia se haya realizado de un modo particularizado sin mayores pretensiones de abstracción en orden a su delimitación conceptual.

La protección patrimonial del derecho de crédito como objeto y función de la acción. Configuración de la acción y progresiva objetivación del fraude.

SEGUNDO - 1. En el panorama doctrinal actual la moderna configuración de la acción rescisoria por fraude de acreedores, como remedio paradigmático de la denominada conservación de la garantía patrimonial del deudor, se articula y diseña en torno a la protección institucional del derecho de crédito, bajo el fundamento primario que otorga la responsabilidad patrimonial de nuestro artículo 1911 del Código Civil. Esta nueva configuración metodológica y sistemática de la figura implica un notable cambio de las perspectivas y referentes conceptuales en orden a normalizar el extremado carácter excepcional y restrictivo que caracterizaba la aplicación de la acción en el marco de la concepción tradicional examinada.

En efecto, la protección del derecho de crédito, como objeto y función de la acción rescisoria, destaca que el postulado central de este proceder metodológico no es otro que el fortalecimiento del valor institucional del derecho de crédito tanto en el plano técnico de su configuración, como derecho subjetivo, como en el de su incidencia social en la estructura y dinámica de nuestro sistema económico. De esta forma, sin perjuicio de la referencia del derecho de crédito en el curso de la relación obligatoria, como derecho a recibir la prestación pactada, esta nueva perspectiva de su tutela se proyecta directamente sobre el interés patrimonial del acreedor inherente a la propia constitución de la relación crediticia, especificando su función jurídica en orden a la defensa de la efectividad o valor de realización del derecho de crédito como exponente básico de su caracterización patrimonial. Se trata, por así decirlo, parafraseando en clave la literalidad del artículo 1111, de tutelar y favorecer el "cobro de lo debido" desde la efectividad del derecho de crédito, tomada en su propia consideración normativa, y no desde la conexión con otros conceptos próximos, pero claramente diferenciales (dolo, simulación, equidad, etc.)

En este nuevo marco de configuración de la acción, sin perjuicio de las aportaciones de la doctrina científica, la jurisprudencia de esta Sala ha jugado un papel determinante. En este sentido, puede afirmarse que con la Sentencia de 6 de abril de 1992, (RJ 1992, 2942) se da un paso definitivo hacia esta nueva orientación al declarar, entre otros extremos: "que el artículo 1111 del Código Civil contiene una firme respuesta a las necesarias garantías que deben ser inherentes a las obligaciones, expresando un principio de justicia para la efectividad de su funcionalidad no sólo económica sino también decididamente social, que ha llevado, no obstante no darse la exigencia de animus nocendi o de perjudicar a los acreedores, a proyectar el requisito



subjetivo del *consolium fraudis*, bien entendido como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo y así lo ha declarado esta Sala, *llegando a alcanzar cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación*". Por su parte, la Sentencia de 17 de julio de 2006, (R.J. 2006, 4960), citada por la Sentencia de Apelación, viene a confirmar, este giro doctrinal en el objeto y función de la acción al declarar 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>*".

2. Aunque, como se ha señalado, la deficiente regulación del Código Civil respecto del derecho de crédito en su vertiente de tutela patrimonial represente un cierto obstáculo y aunque, como veremos, la tipicidad de la insolvencia del deudor, como causa que determina la lesión patrimonial del derecho de crédito, reporte una clara dificultad en orden también a la respectiva sistematización de los supuestos a relacionar, pues unas veces se presentan como meras facultades y otras como propias acciones, con sus respectivos regímenes jurídicos, caso del vencimiento anticipado de la obligación y de la acción subrogatoria, respectivamente; no obstante, al situar el objeto y función de la tutela dispensada en el marco común de la protección patrimonial del derecho de crédito se les otorga una unidad de sentido y de aplicación material que favorece tanto su configuración jurídica como su sistematización. En efecto, tomando como puntos de referencia válidamente aceptados tanto el carácter orgánico y unitario de la relación obligatoria, como el derecho de crédito como centro de actuación e imputación de facultades jurídicas, se puede afirmar que los supuestos a relacionar, entre ellos, la acción rescisoria por fraude de acreedores, *se presentan como un conjunto de facultades y acciones que formando parte del contenido natural del derecho de crédito tienen como función facilitar y tutelar su efectividad o valor de realización ante determinadas situaciones en donde la garantía patrimonial del deudor resulta injustificadamente vulnerada*.

Por otra parte, la complejidad del ámbito de aplicación de la acción rescisoria, referido necesariamente a un acto o negocio de disposición válidamente realizado (artículo 1290 del Código Civil), determina que el poder conferido al acreedor no pueda articularse mediante el ejercicio de una mera facultad jurídica, *sino que venga configurado como un específico poder de impugnación consistente en el ejercicio de una acción personal que, con carácter general, posibilita a los acreedores para atacar la eficacia funcional de los actos fraudulentos celebrados por el deudor, en la medida en que dichos actos determinen su incapacidad patrimonial en orden a la satisfacción de los respectivos créditos*.

3. Respecto a la noción del fraude y su progresiva objetivización, SSTS de 31 de octubre de 2002, R.J. 2002, 9735, de 15 de marzo de 2002, R.J. 2002, 2841, de 13 de junio de 2003, R.J. 2003, 4304 y 21 de junio de 2004. , hay que señalar que *la moderna configuración de la acción tiende a invertir el arquetipo tradicional recibido*, delimitado en torno a una concepción extremadamente subjetiva del fraude, así como a una aplicación excepcional de su recurso, por el de un concepto operativo del mismo *que tiende a objetivar la responsabilidad derivada bajo el protagonismo del eventus damni como presupuesto impulsor del ejercicio de la acción rescisoria*. Sin duda, este giro doctrinal ha requerido de un claro cambio en la significación tradicional que venía caracterizando a la noción de fraude de acreedores. En este sentido, puede afirmarse que la determinación de su concepto en la articulación de la acción ya no responde a una aplicación autónoma y directa en el terreno subjetivo de la culpabilidad de los comportamientos implicados, particularmente de las conductas dolosas, ni tan siquiera a la heterogeneidad derivada del recurso auxiliar a otras fuentes de integración tales como su referencia a un abstracto principio de justicia, o a la aplicación interpretativa del criterio de equidad, *sino que su concreción se realiza desde 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*. Acaso, a tenor del dinamismo semántico que caracterizó etimológicamente el término *fraus*, la razón de este planteamiento, inicialmente objetivo del fraude de acreedores, descansa en la recuperación de su significado básico en el campo jurídico relativo a su acepción de «infracción», y a su perfecta ambivalencia para referir prioritariamente tanto el daño causado como su correspondiente sanción. Desde esta perspectiva, entroncada con los principios y deberes que sustentan la garantía patrimonial del derecho de crédito, 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. Ello tiene una casuística y tipología precisas, que permiten deslindar la acción rescisoria de otros remedios o posibilidades de actuación defensiva del acreedor. *Aún más cuando la traslación patrimonial se verifica con absoluta carencia de corresponsivo (v.gr. art. 1297.1 C.c.) el fraude es relevante por sí mismo, sin acudir al plano de la conciencia o de la culpabilidad*. Esta idea se refuerza cuando se examina que, además de la imposibilidad de demostrar un estado de malicia que pertenece al proceloso mundo de las intenciones, la vinculación del adquirente a las consecuencias de la acción rescisoria (restitución o indemnización, art. 1295 C.c.) *no se basa en el dolo al menos entendido como un grado de*



conciencia, sin el consilium fraudis se apoya en la idea de mala fe del tercero, que nos conduce a la constatación de un error excusable y, por tanto, a la diligencia para conocer, más que al exacto grado de conocimiento . El tercero indemne no tenía porque conocer que la transmisión efectuada a su favor generaba una situación de insolvencia en el transmitente, o que se había dictado sentencia o librado mandamiento de embargo. Pero en estos últimos casos, la presunción juega en contra del tercero, sobre el que pesará la carga de la prueba de la diligencia media, y no podrá apoyarse en grado de conocimiento o de ignorancia alguno, entre otras razones porque es perfectamente indemostrable. Luego hemos de pensar que aquí juega restrictivamente la buena fe del tercero, lo que al menos indica en estas hipótesis que se puede llegar a prescindir del tan reiterado consilium fraudis.

De ahí que quede como un criterio de imputación subjetivo de carácter accesorio y especialmente indicado para corroborar el fraude intencionado o doloso en aquellos casos en que pueda gestarse incluso con cierta anticipación al momento del nacimiento del derecho de crédito ante la previsibilidad de su próxima y segura existencia (SSTS 28 de mayo de 1997 , RJ 1997, 4116, 16 de junio de 1999, RJ 1999, 4475 y la ya citada de 17 de julio de 2006).

4. En el presente caso, la Sala no puede compartir la tesis de la parte recurrente que, en síntesis, tercer motivo del recurso, se alinea con la concepción tradicional que hemos declarado superada por la configuración actual de la acción rescisoria. De forma que el consilium fraudis, como confabulación de un propósito defraudatorio entre el deudor y el tercero adquirente, no se erige en el elemento principal de la acción, sino como un criterio accesorio en orden a la determinación temporal del fraude intencionado respecto de su previsible anticipación al momento del nacimiento del derecho de crédito. Con lo que la imputación subjetiva del fraude, a tenor del eventus damni como presupuesto objetivo de la lesión del derecho de crédito por la insolvencia del deudor, requiere solamente del concurso de la scientia fraudis como referencia ya al conocimiento propio del perjuicio, o bien a la diligencia exigible de haber debido conocer dicho perjuicio.

Del relato de hechos probados que expone la Sentencia de Apelación queda acreditado que, con independencia del animus nocendi o consilium fraudis señalado, Coinsom 2005 S.L. cuando adquirió el inmueble del deudor conoció la trascendencia patrimonial que dicha venta suponía en orden a la incapacidad patrimonial de éste, pues el necesario correspondiente patrimonial de la misma no se había producido en su parte esencial, quedando retenido por la compradora o aplazado para recibirlo, sin fecha determinada, a cambio de la obra que iba a realizar la compradora. Del mismo modo, la empresa adquirente conoció las obligaciones asumidas por el deudor con el acreedor y titular anterior del inmueble vendido, su notorio incumplimiento e imposibilidad de cumplir con la consiguiente frustración del derecho de crédito tanto en el ámbito prestacional, como con el que aquí interesa de vulneración de su garantía patrimonial.

La tipicidad jurídica de la insolvencia como lesión patrimonial del derecho de crédito. El ejercicio subsidiario de la acción.

TERCERO .- 1. No cabe duda que la concepción moderna de la acción rescisoria por fraude de acreedores, imbricada en la tutela ordinaria del crédito bajo el fundamento general de la responsabilidad patrimonial del deudor, tiene su correlato lógico, en cuanto a su función se refiere, en la tipicidad jurídica de la insolvencia como expresión o referente de la lesión del derecho de crédito. Dicha conexión, favorece un mayor protagonismo de la perspectiva objetiva en el mecanismo de aplicación de la acción, pues el abolemento del eventus damni, relegado por la doctrina tradicional a un mero requisito para la aplicación de la acción, pasa, merced a su equiparación con el concepto jurídico de la insolvencia, a desempeñar el papel del presupuesto impulsor de la acción rescisoria, pues no en vano escenifica su razón o finalidad de ser, esto es, la tutela del interés patrimonial del acreedor inherente a la constitución del derecho de crédito. No obstante, la decantación de la insolvencia como hecho o causa jurídica y la superación de su valoración como mera cuestión de hecho no ha sido una tarea fácil para la doctrina reciente, entre otras razones, por la variedad de sus procesos de cristalización en el Código Civil, la marcada anfibiaología del término y, sobre todo, por el predominio de su estudio desde parámetros exclusivamente concursales. Por todo ello conviene que expongamos, aunque sea sólo de forma sucinta, algunas consideraciones acerca de la configuración legal que inciden en su protagonismo actual como elemento impulsor de la acción rescisoria por fraude de acreedores. *En todo caso, esta relación lógico-jurídica entre la insolvencia y el eventus damni ha sido plenamente aceptada por esta Sala, en donde tanto el requisito de la subsidiariedad de la acción como, en su caso, la demostración o realidad del perjuicio pauliano, vienen confirmados en orden a la situación de insolvencia patrimonial en la que incurre el deudor, SSTS de 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9194) y 24 de julio de 1988 (RJ 1988, 6139).*

2 . Consecuencias derivadas de la tipicidad legal de la insolvencia como hecho o causa que refiere la lesión patrimonial del derecho de crédito.



1. *Valoración normativa de la insolvencia.* Ello supone que la regulación de sus efectos viene determinada directamente por la propia norma. De ahí, por tanto, que en el contexto jurídico de la insolvencia de autonomía de la voluntad venga excluida como fuente de graduación de sus diferentes efectos jurídicos. En parecidos términos, la legitimación para el ejercicio de las correspondientes facultades y acciones surge de la propia existencia del derecho de crédito, de forma que la modulación de su ejercicio dependerá de la voluntad y diligencia de su titular, con independencia de cualquier pacto o estipulación que se pueda realizar al respecto. En efecto, en estos casos, vencimiento anticipado de la obligación, fraude de acreedores y acción subrogatoria, la autonomía de la voluntad determina la oportunidad, el momento adecuado del ejercicio de estas facultades o acciones, pero no delimita los "efectos jurídicos" producidos por la insolvencia del deudor *que ya vienen, "ex lege", contemplados por la norma* . No obstante, ello no es obstáculo para que la capacidad o nivel de la solvencia (solvere), y no la insolvencia propiamente dicha, que es causa de lesión del crédito, pueda ser objeto de pacto o estipulación reglamentándose sus efectos en el curso del ámbito contractual.

2. *La efectividad del derecho de crédito como objeto específico de tutela.* En segundo lugar, si es la propia norma quien regula los efectos derivados de la insolvencia, no cabe duda de que dichos efectos tienen como objeto específico la tutela del derecho de crédito. Sin embargo, en el marco de esta función de tutela, la tipicidad de la insolvencia como hecho o causa jurídica denota también unas notables peculiaridades que puntualizan o precisan la finalidad perseguida con sus efectos jurídicos. En este sentido, la tutela desplegada viene especificada en atención a la efectividad o valor de realización de derecho de crédito, de modo que la realidad de sus efectos no se proyecta directamente sobre la pretensión de cumplimiento de la prestación debida y sus consecuencias derivadas, sino sobre la satisfacción del interés patrimonial del acreedor inherente a la constitución del derecho de crédito. Su incidencia, por tanto, tiende a vigorizar la dignidad del derecho de crédito en cuanto exponente de un contenido patrimonial. Se trata, por así decirlo con los términos de nuestro Código, de tutelar o favorecer el "cobro de lo debido". Expresión que, al margen de su utilización para justificar el pretendido carácter ejecutivo de la acción pauliana, exterioriza la efectividad o el valor de realización del derecho de crédito como objeto específico de tutela.

3. *La garantía de la obligación excluye la constatación de la insolvencia como lesión del derecho de crédito.* La vigencia de esta regla encuentra un claro refrendo en nuestro ordenamiento jurídico. Principalmente en los supuestos del vencimiento anticipado de la obligación, artículo 1129, y de la acción pauliana y subrogatoria, artículo 1111; en estos casos, el acreedor que tuviese *ab initio* garantizada la deuda no está legitimado para el ejercicio de la facultad o de las acciones, respectivamente. En caso contrario, expresamente previsto para el vencimiento anticipado, el otorgamiento *ex novo* de una garantía suficiente de la obligación también enerva el posible ejercicio de los remedios apuntados, dada la salvaguardia del fundamento de su aplicación: la lesión del derecho de crédito. En parecidos términos, se pronuncia el artículo 1467 respecto de la excepción del deber de entregar la cosa vendida cuando el comprador afiance el pago en el plazo convenido. En todo caso, cuando la garantía no es suficiente o resulta vulnerada, cobra plena legitimidad el ejercicio de la acción rescisoria.

4. *La tutela desplegada con base a la tipicidad de la insolvencia comprende todo tipo de obligación, con independencia del contenido de su correspondiente objeto* . En este aspecto, reconocido el alcance jurídico de la insolvencia como hecho o causa legal de la tutela dispensada tanto su propio engarce con el derecho de crédito, en abstracto, como el objetivo carácter patrimonial que presenta la relación obligatoria, imponen la aplicación generalizada de sus efectos. Sin duda pueden ser objeto de protección o tutela las obligaciones de dar, tanto de cosa específica como de cosa genérica, así como las obligaciones pecuniarias, en las que parece estar pensando el Código. La posible duda que plantean las obligaciones de hacer y las obligaciones negativas, especialmente de cara a supuestos concretos como el vencimiento anticipado de la obligación, queda resuelta en sentido afirmativo si tenemos en cuenta, que el objeto específico de la tutela derivada no viene representado directamente por el cumplimiento de la prestación debida, incoercible en el caso de la prestación de hacer de naturaleza personalísima (ex art. 1098 C.c), sino que se dirige hacia la efectividad o valor de realización del derecho de crédito. En este sentido, y con carácter muy generalizado, aunque se pueda afirmar que en este tipo de obligaciones la solvencia del deudor no tenga una repercusión determinante para el cumplimiento de la obligación, no obstante, al igual que los otros tipos de obligación, si que la tiene de cara a la efectividad del crédito, esto es, respecto de la satisfacción del interés patrimonial del acreedor, dado que el valor de realización de su derecho de crédito va a depender, en última instancia, de la capacidad patrimonial o solvencia del deudor, tanto en aquellos casos en los que el procedimiento de ejecución forzosa permita que lo indebidamente no hecho o hecho pueda realizarse o deshacerse a costa del deudor, como en aquellos otros en que dicho proceso de ejecución se concreta en el equivalente pecuniario de la obligación o en la indemnización de daños y perjuicios. Por ello, en el vencimiento anticipado de estos tipos de obligaciones por insolvencia del deudor, la dificultad consistente en apreciar en qué medida la pérdida del beneficio de plazo puede afectar al deudor desaparece si dejamos a un lado el plano del cumplimiento de la obligación y observamos como la medida resultante, en consecuencia con el interés patrimonial del acreedor, tiende a procurar la efectividad



del crédito favoreciendo el recurso al procedimiento de ejecución y, en su caso, el mejor acceso a los otros medios de protección o tutela.

Por otra parte, el cauce de constitución de la relación obligatoria, ya sea por la vía contractual o extracontractual, no afecta a la tipicidad de la insolvencia como hecho o causa legal que refiere la lesión del derecho de crédito a los efectos del oportuno ejercicio de los medios de protección o tutela.

5. *La tutela derivada de la insolvencia como lesión del derecho de crédito también se proyecta con independencia de la condición civil o mercantil del deudor*. En efecto, la literalidad del artículo 1129 del Código Civil constituye un argumento contundente de la virtualidad de los aspectos señalados en nuestro ordenamiento jurídico, pues centra sus efectos en la protección del derecho de crédito sin establecer distinciones según el tipo de la obligación o la condición del deudor. En esta dirección, cabe también aludir a los supuestos de legitimación para el ejercicio de las acciones pauliana y subrogatoria en donde la protección desplegada descansa, ab initio, en la propia existencia y legitimidad del crédito.

3. *La determinación de la insolvencia como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito: criterios generales*.

En la línea desarrollada, junto a las consecuencias generales derivadas de la tipicidad legal de la insolvencia, hay que señalar que para que pueda ser considerada como presupuesto material de la lesión patrimonial del derecho de crédito la insolvencia del deudor debe reunir además los siguientes extremos:

1. *El carácter sobrevenido de la insolvencia*. Con base a los antecedentes históricos en la materia, la insolvencia se configura como un cualificado *eventus damni* que determina la lesión del derecho de crédito por medio de una disminución del patrimonio (*diminutio patrimonii*) que merma la garantía patrimonial del deudor como soporte de la posible efectividad o valor de realización del derecho de crédito. El carácter sobrevenido de la insolvencia se presenta como un aspecto derivado de la propia exigencia del *eventus damni*, pues si dicha insuficiencia existiera con anterioridad no se daría el correlato lógico del perjuicio al nacer el crédito sin garantía patrimonial de realización. De ahí, la locución del verbo *solvere* como indicativa del "riesgo de la insolvencia" del deudor y no de su insolvencia como lesión del derecho de crédito.

En torno a este presupuesto se puede, a su vez, inferir las siguientes premisas de la insolvencia como lesión del derecho de crédito:

a) *La proyección del daño o perjuicio derivado de la insolvencia no alcanza a los acreedores posteriores al acto o negocio de disposición*. El carácter sobrevenido de la insolvencia tiene su entronque con la propia efectividad del propia efectividad del principio de la responsabilidad patrimonial del deudor, pues si su potencialidad se establece con una previsión de futuro, «bienes presente y futuros», y su actuación queda determinada en una acción de presente, «los bienes que integran el patrimonio del deudor», su delimitación temporal a estos efectos queda delimitada en relación a la constitución de la relación obligatoria, de tal forma que la lesión no alcanza a los acreedores posteriores a la alteración o modificación de la garantía patrimonial afectando, solamente, tal y como recogen las fuentes «a los acreedores que lo sean al tiempo de efectuarse la enajenación». El daño o perjuicio, por tanto, no alcanza a los acreedores posteriores al acto o negocio de disposición, sujetos a un nuevo estado de la garantía patrimonial del deudor como soporte efectivo de su responsabilidad patrimonial. Consecuencia que concuerda en el tenor del artículo 1911 del Código Civil, que no alude a los bienes o derechos pasados, esto es, a los que dejaron de formar parte de la garantía patrimonial del deudor. La terminología empleada por el Código Civil, en la línea de la determinación objetiva de la insolvencia, denota en buena medida la exigencia de su carácter sobrevenido. Así, por ejemplo, resultan especialmente significativas las expresiones utilizadas para describir el hecho de la insolvencia como «resultar o venir insolvente», caso de los artículos 1071, 1129, 1139 y 1844.2 del Código Civil. En otras ocasiones su descripción se realiza en términos concluyentes, caso del artículo 1685 del Código Civil: «si el deudor (de la sociedad) cae después en insolvencia». En el supuesto ejemplar de la acción pauliana el carácter sobrevenido de la insolvencia queda configurado como uno de los requisitos para el ejercicio de la acción, cual es, la anterioridad del derecho de crédito respecto del posible negocio fraudulento. En parecidos términos cabe pronunciarse en aquellos su puestos en donde si bien no se hace mención expresa de dicha circunstancia temporal de la insolvencia, no obstante, su carácter sobrevenido es posible deducirlo con arreglo al tenor lógico de la norma; caso de aquellos requisitos en donde la insolvencia del deudor se configura como una causa de extinción o disolución del contrato; artículos 1700.3 y 1732.3 del Código Civil relativos a los contratos de sociedad y mandato, respectivamente. Como podemos observar en el contexto positivo enunciado la determinación de la insolvencia se presenta como el resultado o desenlace de un *eventus damni*, esto es, como una situación objetiva de lesión jurídica producida por el posterior acaecimiento de un cualificado perjuicio: la insolvencia del deudor.



b) *La insolvencia debe representar una alteración del estado patrimonial del deudor consistente en una significativa merma o disminución de su garantía patrimonial en relación con el importe derivado de la reclamación de las deudas* . La disminución es significativa a raíz de la existencia del perjuicio, lo que supone que la incidencia de la enajenación o disposición realizada por el deudor ha de provocar o agravar su insuficiencia respecto del valor del crédito. Cuando la disminución operada no es determinante de esta insolvencia patrimonial, carece de significación de cara a la lesión del derecho de crédito. En cualquier caso, esta nota de insuficiencia no cabe identificarla con una falta absoluta de recursos económicos, es decir, con la imposibilidad de cubrir el importe de ninguna de las propias deudas, ya que de este nodo quedaría frustrada la finalidad de la ley que va dirigida a tutelar el interés del acreedor.

c) *Dicha merma o disminución significativa de la garantía patrimonial debe perdurar en el momento en que se ejerciten las correspondientes medidas de protección o tutela del derecho de crédito*. En esta dirección el otorgamiento de una garantía suficiente de la obligación excluye la calificación de la insolvencia del deudor a los efectos de la aplicación de estas de tutela o protección del crédito. Pues, de esta forma, dada la salvaguarda del fundamento de su respectiva aplicación, el acreedor que tenga u obtenga la garantía accesoria de su crédito, difícilmente podrá acreditar el presupuesto material de la lesión del derecho de crédito.

2. *La idoneidad del acto o negocio causante de la lesión* . Al respecto conviene tener en cuenta que sólo los actos jurídicos del deudor con trascendencia patrimonial que determinen una auténtica disminución patrimonial son susceptibles de producir el correspondiente perjuicio o lesión del crédito. En este sentido, la merma o disminución patrimonial puede operarse *tanto en los propios bienes y derechos* que forman la garantía patrimonial del deudor, caso de los negocios traslativos y los de renuncia, ya mediante la propia renuncia abdicativa, o bien, a través de figuras complejas como la renuncia "traslativa", y la llamada renuncia "bilateral", *como en el valor de éstos* , caso de los actos de disposición del deudor tendentes a la constitución de un gravamen o un derecho real limitado sobre un bien o derecho integrado en su garantía patrimonial.

La jurisprudencia de esta Sala, entre otras STS de 18 de julio de 1991 (RJ 1991, 5399), mantiene una reiterada doctrina *en favor del carácter abierto de la naturaleza o tipología de actos o negocios jurídicos impugnables por medio de la acción rescisoria*.

4. *El ejercicio subsidiario de la acción*.

Este avance en la configuración técnica de la acción rescisoria por fraude e acreedores, particularmente en la conexión existente entre el *eventus damni* y la juridicidad de la insolvencia, ha permitido a esta Sala adecuar y flexibilizar la nota de subsidiariedad como caracterización del ejercicio de la acción, pues no en vano dicha nota revela, en esencia, *la situación de indefensión en la que se encuentra el acreedor al tiempo de producirse el perjuicio patrimonial de su derecho de crédito* .

En efecto, *la flexibilización* respecto del criterio restrictivo, con el que se venía interpretando el carácter subsidiario de la acción, *se ha proyectado 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* .

Así, respecto del primer aspecto indicado, conforme al desenvolvimiento doctrinal señalado, *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 (STS de 18 de julio de 1991 , RJ 1991, 5399).

En parecidos términos, y superando la mera interpretación literal del artículo 1111 del Código Civil , *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, pues tanto desde el plano de la configuración de la acción, como acción general de impugnación, como desde su objeto y función, la tutela que se despliega en orden a facilitar o salvaguardar la efectividad patrimonial del derecho de crédito comprende, a su vez, tanto *la fase de contestación o pendencia de la responsabilidad patrimonial del deudor* , favoreciendo la conservación o mantenimiento de las "expectativas de realización" del derecho de crédito, *como la fase central de ejecución o realización propiamente dicha* de la responsabilidad patrimonial.

En relación al segundo aspecto indicado esta Sala ya ha declarado *que 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 (SSTS 5 de junio de 2006, RJ 2006 , y 1 de julio de 2009) .

En esta línea, también resulta innecesario 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 (*SSTS 28 de noviembre de 1994 , RJ 1994, 8630 y 31 de octubre de 2002 , RJ 2002, 9735*).

5 . En el presente caso, y de acuerdo con las indicaciones doctrinales señaladas, la Sentencia de Apelación declara que concurre el requisito de la subsidiariedad de la acción ya que al demandante no le cabe otro recurso útil para el reintegro de la deuda que el ejercicio de la acción rescisoria, sin que sea necesario la acreditación de la insolvencia total del demandado. Criterio, plenamente acertado a juicio de esta Sala, dado que se comprobó entre otros extremos, los siguientes hechos:

- La ausencia de bienes propios u otros ingresos del deudor para hacer frente al pago de las deudas contraídas.
- La falta de correspondiente patrimonial respecto de la venta de la finca al tercero, pues parte esencial del precio fue retenido por éste.
- La inadecuación del crédito resultante del deudor frente al tercero adquirente en orden a garantizar el cobro del acreedor, pues su base patrimonial, el cumplimiento por el comprador de las obligaciones del contrato respecto del pago de parte del precio por pisos construídos; ni se ha exigido, ni se ha cumplido, ni se espera cumplir, no pudiendo, por tanto, integrar el patrimonio realizable del deudor a los efectos de constatar su capacidad patrimonial.

CUARTO .- *Desestimación y Costas .*

Desestimado en su integridad el recurso, las costas del mismo se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil CINSOM 2005,SL. contra la Sentencia dictada, con fecha de 19 de enero de 2010, por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, en el rollo de apelación nº 140/2009 .
2. No ha lugar a casar por los motivos fundamentados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.
3. Imponemos las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.